FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ANA PAULA PELLEGRINELLO

A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL: AUTONOMIA EXISTENCIAL E CONDIÇÃO FEMININA

CURITIBA

2014

ANA PAULA PELLEGRINELLO

A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL: AUTONOMIA EXISTENCIAL E CONDIÇÃO FEMININA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Co-Orientadora: Profa. Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA PAULA PELLEGRINELLO

A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL: AUTONOMIA EXISTENCIAL E CONDIÇÃO FEMININA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL (orientadora)

Membros: Profa. Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL (co-orientadora)

Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri
Programa de Mestrado/Doutorado em Direito, Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Curitiba, ___de_____de 2014.

A *Deus*, pela vida;
Ao meu pai, minha fortaleza;
Ao Daniel, meu querido, dedico este trabalho, minha vida e meus sonhos, afinal
(...) ninguém, ninguém verá o que eu sonhei
Só você, meu amor
Ninguém verá o sonho que eu sonhei.

“Que nada nos defina, que nada nos sujeite. Que
a liberdade seja a nossa própria substância.”
(SIMONE DE BEAUVOIR)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a ela, “a única Maria do mundo”, Maria da Graça Pellegrinello, minha mãe e melhor amiga, por quem eu sinto um amor indizível.

Ao meu amor, Daniel Ferreira, por viver intensamente comigo – com a tensão e alegria que lhe são peculiares – cada uma das minhas escolhas existenciais.

Ao Darcy Antonio Pellegrinello, meu velhinho destemido, pelo apoio e amor infinito.

À minha “I”, Silviane Pellegrinello Soares, minha única irmã, com quem compartilhei as maiores experiências de amor.

À Alessandra Back, minha comadre, amiga, sócia e colega de trabalho, companheira de tudo, que há muito me confiou o próprio filho.

À Tanya K. Kozicki de Mello, pela amizade mais dificilmente conquistada e mais agradavelmente cultivada.

À Májeda Denise Mohd Popp, pelo cuidado irrestrito e pela fé compartilhada.

Aos meus queridos amigos, sócios fundadores do “BarBerberi”, pela alegria incontida nos fins de semana.

À Professora Ana Carla Harmatiuk Matos, minha orientadora, que me cativou profundamente por fazer agradáveis as horas mais difíceis.

ÀS MULHERES Andrea Roloff Lopes, “criatura” maravilhosa; Estefânia Maria de Queiroz Barboza, professora “linda de tudo”; Rosalice Fidalgo Pinheiro, pela gratíssima surpresa de ser quem é, pelas risadas, e por toda a paciência, dedicação e disponibilidade; e Professora Vera Karam de Chueiri, “empoderada” de quem sempre fui e serei fã, por ter aceitado o convite.

A todos os colegas com quem convivo na sala dos professores da UniBrasil, a mais plural de todas, onde as pessoas se abraçam sem medo do amanhã.

Aos queridos colegas do escritório, Fernando Paulo da Silva Maciel Filho, Luciana Prado Alves, Thais Motelevicz Martins dos Santos, Guilherme Padilha Lopes e Maristela Kuka, pelo auxílio de sempre.

Aos meus alunos por fazerem do magistério uma benção.

Ao Ninja, pelas lambidas; e à Lola, pelos ronronados.

Ao Juca, meu (estranho) irmão, para deixar meu pai ainda mais feliz.

SUMÁRIO

RESUMO.....viii

ABSTRACT.....ix

INTRODUÇÃO.....01

1. A CONDIÇÃO FEMININA NO BRASIL: ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS.....06

1.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONDIÇÃO FEMININA.....07

1.2 DISCIPLINA JURÍDICA DA CONDIÇÃO FEMININA – DO BRASIL COLONIA AOS DIAS ATUAIS.....12

1.3 CONTRIBUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 NA IGUALIZAÇÃO FORMAL DE GÊNEROS.....24

1.4 O PAPEL DA FAMÍLIA E DAS DEMAIS ORGANIZAÇÕES NA MANUTENÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NA CONTEMPORANEDADE.....31

1.4.1 As Instituições de Ensino, a Educação e a Condição Feminina.....33

1.4.2 Das Diferentes Condições da Mulher na Família, no Mercado de Trabalho e na Sociedade.....37

1.5 O PAPEL DO ESTADO PARA EMANCIPAÇÃO FEMININA.....48

2. DA AUTONOMIA EXISTENCIAL DA MULHER NA CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA E NA CONCRETIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL.....55

2.1 DIGNIDADE (E LIBERDADE) COMO FUNDAMENTO DA AUTONOMIA EXISTENCIAL DA MULHER.....56

2.2 (NÃO) CONSTITUIR FAMÍLIA COMO MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA EXISTENCIAL DA MULHER.....63

2.2.1 Planejamento Familiar (e Deveres Parentais).....71

2.3 REPRODUZIR COMO EXPRESSÃO DO DIREITO AO CORPO.....75

2.3.1 Evitação e Interrupção da Gravidez.....81

2.4 MONOPARENTALIDADE FEMININA.....92

2.4.1 Construindo a Família Monoparental por meio da Reprodução Humana Assistida (RHA): A Perspectiva Tecnológica do Século XXI.....97

3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ADVERTÊNCIAS E RESTRIÇÕES À CONDIÇÃO FEMININA.....105

3.1 DA APARENTE CONTRADIÇÃO ENTRE A EMANCIPAÇÃO DA MULHER E A MANUTENÇÃO DA MATERNIDADE COMO (MAIS UM) PROJETO DE VIDA.....106

3.2 DAS “OBJEÇÕES” À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PARA “MULHERES SÓS”.....112

3.2.1 Discutindo Alguns Posicionamentos Teóricos.....112

3.2.2 Tentativas Brasileiras de "Proibição Legal" da Utilização das Técnicas de Reprodução Humana Assistida em "Mulheres Sós".....119

3.2.3. Enfrentando Alguns Apontamentos da Bioética.....124

3.3 RESTRIÇÕES GERAIS ILEGÍTIMAS DO DIREITO DA MULHER À FILIAÇÃO POR MEIO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....133

3.3.1 Entre Regras e Princípios: Adotando um Suporte Fático Amplo e uma Teoria Externa de Restrição a Direitos Fundamentais (Teoria de Virgílio Afonso da Silva).....134

3.3.2 O Conselho Federal de Medicina "Legislador".....141

3.3.2.1 Das Principais "Situações-Problema" no Âmbito da Regulação.....145

3.4 O PAPEL DO ESTADO (PROVEDOR) EM FACE DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....164

4. CONCLUSÕES.....173

5. REFERÊNCIAS.....177

RESUMO

O estudo parte da análise do regime de espoliação a que submetida a mulher desde os primórdios da história. Revela que houve e continua havendo discriminação familiar, política, social e jurídica no Brasil, o que perpetua a condição feminina como de segunda classe. Constata que a Constituição de 1988 igualizou formalmente os gêneros e que ainda assim a realidade teima em dissentir. Ele examina isso tudo numa perspectiva histórica e atual, fática e jurídica, com apelo à doutrina, à legislação e à jurisdição, demonstrando que os direitos fundamentais das mulheres continuam sendo violados, mesmo que de forma subliminar e involuntária. Registra que, a despeito da liberdade constitucionalmente garantida a todos, às mulheres sequer é dado decidir o que fazer com o próprio corpo; ou seja, que nem a decisão por ter ou não ter filhos tem sido respeitada à luz de sua autonomia existencial e, pois, da sua própria dignidade como pessoa humana. Ademais, examina a regulação da Reprodução Humana Assistida no Brasil e, mais especificamente, as disposições da Resolução CFM nº 2.013/2013 em "situações-problema", a partir de uma teoria externa com suporte fático amplo, assumida como apta no contexto das relações existenciais, pondo em cotejo regras e princípios, princípios e princípios, para permitir definir-se a solução adequada no caso concreto. Afinal, investiga o dever de atuação do Serviço Único de Saúde na seara.

PALAVRAS-CHAVE: Condição Feminina. Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Autonomia Existencial. Reprodução Humana Assistida.

ABSTRACT

The study parts from the analysis of the spoliation regime that subjected women since the dawn of history. It reveals that there has been and there continues to be family, political, social and legal discrimination in Brazil, which perpetuates the female condition as second class. It observes that the 1988 Constitution formally recognized gender equality and yet reality insists in denying it. It examines the subject under historical and contemporary, factual and legal perspective, relying on doctrine, legislation and jurisprudence, demonstrating that women fundamental rights continue to be violated, even if subliminally and involuntarily. It notices that, despite the constitutionally guaranteed freedom for all, women are not given the power to freely decide what to do with their own bodies; that is, not even the decision to have or not to have children has been respected in view of their existential autonomy and their dignity as human beings. Moreover, it examines the regulation of Assisted Human Reproduction in Brazil and, more specifically, the provisions of 2.013/2013 CFM[1] Act in problematic situations, from an external theory with ample factual support, taken as reliable in the context of existential relations, confronting rules against principles, principles against principles, in order to set up the appropriate solution for real situations. In the end, it investigates the responsibilities that SUS (Unified Health System) has in the matter.

KEYWORDS: Female Condition. Fundamental Rights. Dignity of the Human Person. Existential autonomy. Assisted Human Reproduction.

[1] CFM stands for Federal Medical Council.

INTRODUÇÃO

Continua em pauta no Brasil a questão da igualdade, do pluralismo, da solidariedade, do respeito às diferenças e do direito de cada um pretender e concretizar o próprio projeto de vida. A razão para tanto é que muito embora a Constituição da República tenha registrado tudo isso como direito fundamental, e de todos, nem todos – de fato e ainda de direito – conseguem ser tratados da mesma forma mesmo depois de vinte e cinco anos da sua promulgação.

Assim, homens e mulheres continuam diferentes, e essa circunstância se constata empiricamente nas famílias, na sociedade, no mercado e na própria legislação.

Portanto, este trabalho tem por escopo, primeiramente, confirmar essa situação e buscar entender as razões pelas quais a condição feminina continua distinguida, vulnerando a dignidade das mulheres quando comparadas aos homens a despeito da transformação havida por conta dos feminismos, e como proceder para sua emancipação. Visa também a compreender se homens e mulheres devem ser eventualmente assumidos de forma distinta, de modo a reforçar, inclusive pelo direito, aquilo que reclama diferenciação – a começar pelo corpo feminino, porque único capaz de perpetuar a espécie. Afinal, pretende confrontar as tentativas legais e mesmo a atual regulação brasileira acerca da Reprodução Humana Assistida, levada a cabo pelo Conselho Federal de Medicina, a partir da Bioética e dos direitos fundamentais da mulher, em especial do direito à dignidade, à autonomia existencial e à liberdade na definição e concretização do projeto parental, inclusive mediante instrumentalização do próprio corpo ou de outrem.

Para cumprimento desse desiderato, o estudo é divido em três capítulos.

Com o primeiro pretende-se analisar a condição social e jurídica da mulher brasileira, mas não sem antes brevemente refletir acerca da história das mulheres no mundo ocidental, que se confunde com a história das suas famílias e de seus próprios corpos. Por este motivo, na sequência vem à baila a relação delas com os integrantes do núcleo familiar brasileiro, com o fito de se

demonstrar que elas foram e continuam sendo discriminadas **de fato**, ainda que muitas vezes inconscientemente.

Ademais, almeja-se revelar, historicamente, a conjuntura jurídica atrelada à distinção de gêneros desde o Brasil Colônia, de forma a tentar demonstrar que o direito (constitucional e infraconstitucional), por ser basicamente elaborado e redigido por homens, acaba por ilegitimamente determinar o espaço de participação da mulher na família, na política e na sociedade.

Busca-se evidenciar, ainda, que foi a confluência entre o comportamento das mulheres em geral e os movimentos feministas o principal fator responsável pelas modificações no direito vigente, mormente no de família, e que são elas – as mulheres –, ainda hoje, as maiores interessadas em desmascarar as formas modernas de dominação. E mais, que não obstante a Constituição Federal de 1988 tenha formalmente instituído a igualização de gêneros, a dominação da mulher persiste na contemporaneidade a partir da indelével discriminação na educação, na família e no trabalho, o que se reflete na liberdade e na autonomia da mulher quando da construção do seu projeto personalíssimo de desenvolvimento, nas suas mais diversas esferas de realização. Daí que se pretende indagar **se há** e **quais medidas** podem ser tomadas, e **por quem**, para minimizar tamanha desigualdade social e profissional entre gêneros.

O segundo capítulo tem por pretensão analisar a autonomia existencial da mulher na constituição da família e na concretização do projeto parental. Para tanto, inicia por apresentar a dignidade e a liberdade, constitucionalmente garantidas, como fundamentos da autonomia existencial da mulher, daquela única pessoa que, com o próprio corpo, é capaz de gestar. Isto é, assumindo essa questão fática como insuperável – pela sociedade, pelo mercado e pelo direito – e que, por isso mesmo, reclama particular consideração dos direitos da personalidade, em especial os que gravitam no entorno do projeto parental.

Então que, com fulcro na dignidade da pessoa humana – assumida como mandamento máximo de otimização do ordenamento jurídico brasileiro –, busca-se externar que a autonomia existencial (entendida como a liberdade nas relações

jurídicas de cunho personalíssimo, e não financeiro) irrompe para fins de concretização do direito fundamental da mulher de (não) constituir família, de qualquer tipo, e de (não) ter filhos, como inerente ao direito ao próprio corpo.

Esta abordagem reclama, de sua parte, exame da reprodução sexuada, mas independente, e das técnicas de RHA como possibilidades fáticas na contemporaneidade, que viabilizam a monoparentalidade feminina (família composta apenas de mãe e filhos). Assim, acentua-se a residual distinção **natural** entre homens e mulheres que a legislação não consegue superar, na tentativa de provar que o direito ao corpo, embora inerente a todos os seres humanos, precisa ser diferentemente assumido quando se trate de um e de outro.

Portanto, ambiciona-se investigar a autonomia reprodutiva como inerente a perspectiva de gênero, o que leva ao debate acerca da possibilidade de evitar, ou mesmo interromper a gravidez.

Destarte, revisita-se a condição feminina, de forma a vislumbrar se a escolha planejada e responsável de (não) constituir família – de qualquer tipo – e/ou de (não) ter filhos realmente se apresenta como expressiva da dimensão emancipatória da mulher, no sentido de decidir responsavelmente o próprio futuro, à margem de considerações masculinas ou mesmo de índole coletiva. Daí é que as técnicas de reprodução assistida são apresentadas, por ostentarem importância para "mulheres sós", castas ou homossexuais (com ou sem problemas de fertilidade).

No terceiro e último capítulo intenta-se investigar se esse novo "mercado" da Reprodução Humana Assistida, em contraste com o efetivo e consciente exercício da autonomia existencial pela mulher, não representa verdadeiro retrocesso para a condição feminina, a partir do imaginário social, de apelos de consumo ou mesmo de qualquer outra consideração que não dela mesma.

Em seguida, traz-se à discussão, relativamente ao projeto (mono)parental de "mulheres sós", algumas objeções da doutrina, de parlamentares e da Bioética com vistas ao seu enfrentamento a partir do direito, portanto dos direitos fundamentais, e, mais particularmente, da dignidade da pessoa humana, que,

indaga-se, se seria ou não de confundir com o que ou quem não é "pessoa humana".

Passa-se, ainda, ao exame das regras e dos princípios como normas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro, com o escopo de examinar as disposições da Resolução CFM nº 2.103/2013 (o atual estatuto da Reprodução Humana Assistida) vigente em suas principais "situações-problema". Isto é, naquelas hipóteses concretas em que uma recomendação do órgão de classe (da classe médica, apenas) ou, pior, uma restrição (objetiva, calçada numa regra: "tudo" ou "nada") parece se chocar com princípios constitucionais, em especial com aqueles que estão a proteger a autonomia das pacientes nas relações existenciais. *In casu* na concretização do projeto parental.

Para tanto, e exatamente por isso, adota-se um suporte fático amplo e uma teoria externa de restrição a direitos fundamentais (Teoria de Virgílio Afonso da Silva) de modo a examinar a (i)legitimidade das disposições da resolução autárquica que tratam: (i) do número recomendado de embriões a ser transferidos e da proibição à redução embrionária; (ii) da impossibilidade de eleger o(a) doador(a) de material genético; (iii) da restrição quanto à idade da paciente a se submeter ao procedimento; (iv) da gestação por substituição com limites; e (v) da vedação ao sexismo e à escolha (injustificada) de caracteres dos embriões.

Por fim, pretende-se averiguar se há obrigação do Estado provedor de garantir (e em qual medida) a saúde reprodutiva também no contexto do planejamento familiar, de modo a incluir as questões que redundam na impossibilidade biológica de ter filhos, **sem ofensa à própria dignidade da pessoa humana**, como próprias da falta de higidez. Portanto, o objetivo derradeiro é indagar se o Serviço Único de Saúde pode ser demandado para viabilização de Reprodução Humana Assistida e por quais mulheres. Isto é, se apenas as inférteis (casadas ou não) podem pretender esse serviço público ou se aí se incluem as "sós" e as homossexuais, por conta das disposições infralegais acerca da "saúde da mulher", mas que em verdade tutelam a saúde "do casal", em

mais uma situação que se pretende apresentar como registro normativo de desconsideração à condição feminina.

Em suma, o corte metodológico dá-se com a restrita investigação das questões que envolvem a condição das mulheres brasileiras, sua relação com o corpo e a medida de sua disposição, inclusive para constituição de família monoparental. Ou seja, aquilo tudo que traduz a autonomia existencial da mulher no que diz com o projeto parental.

E a motivação do presente estudo centra-se na verificação de que as mulheres brasileiras, em pleno século XXI, continuam prejudicadas no livre exercício de sua autonomia existencial, a ponto de lhes ser mitigado o direito ao corpo, por meio de restrições descabidas a reprodução humana assistida. Pior, pela manutenção do padrão de um direito feito por homens e para homens, que desconhece quando mesmo não menospreza a condição feminina.

1. A CONDIÇÃO FEMININA NO BRASIL: ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS

A nosso ver, para tratar da condição feminina no cenário jurídico brasileiro é necessário primeiro ambientar esse discurso no mundo fenomênico e, ainda mais especialmente no contexto social. A razão para tanto é simples: a história das mulheres não é exclusiva delas; é, também, a história das suas famílias e de seus próprios corpos. Por conta disto, o escopo deste capítulo é apresentar a condição social da mulher, bem como a relação dela com os integrantes do núcleo familiar, demonstrando *en passant* que ela sempre foi e continua sendo discriminada **de fato**, ainda que muitas vezes involuntária ou inconscientemente.

Na sequência, e com a mesma importância, revela-se historicamente a conjuntura jurídica atrelada à distinção de gêneros desde o Brasil Colônia, com destaque para a sua desconsideração vestibular na esfera constitucional, até a equiparação formalmente atingida em 1988.

Mas como entre o ser e o dever-ser há uma distância quase abissal, demonstra-se que persiste a dominação da mulher a partir da indelével discriminação na educação e no trabalho – que só repete a desigualdade experimentada e vivida em especial nas famílias desprovidas de meios econômicos e emocionais suficientes para perceber e modificar este padrão –, mas não exclusivamente. Ou seja, que a despeito de não mais persistirem barreiras formais *a priori*, a liberdade e a própria autonomia da mulher na construção do seu projeto personalíssimo de desenvolvimento, nas suas mais diversas nuanças (profissional, pessoal, familiar etc.), inclusive de decidir ter filhos – e de como e quando tê-los –, continua assaz prejudicada na contemporaneidade.

Destarte, o estudo passa a focar as organizações, buscando reconhecer, após breve retrospecção histórica, se há nelas um espaço mais propício para

mudança de estereótipos[2] femininos e aproximação dos gêneros, mediante o deliberado e estimulado empoderamento[3] da mulher; aquele que paulatinamente desconstrói o modelo patriarcal[4] de tradição e faz emergir um novo conceito de família brasileira.

Assim, durante o percurso ficará evidenciado que a confluência entre o comportamento das mulheres em geral e os movimentos feministas foi o principal fator responsável pelas modificações sociais e no direito vigente, mormente no de família,[5] e que são elas, ainda, as maiores interessadas em desmascarar as formas atuais de dominação.

1.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONDIÇÃO FEMININA

Homens e mulheres não são biologicamente iguais, como também não são os papéis reservados aos homens e às mulheres na sociedade,[6] sejam orientais ou ocidentais, de outrora ou contemporâneos.

---

[2] Preconceito e estereótipo guardam estreita correlação. Este "pode ser definido como 'uma tendência à padronização com a eliminação das qualidades individuais e das diferenças, com a ausência total do espírito crítico nas opiniões sustentadas.' (...) estereótipo é um modelo rígido, anônimo, a partir do qual são produzidos, de maneira automática, imagens ou comportamentos." (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social das mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 29.)

[3] "(...) o empoderamento 'compreende a alteração radical dos processos e estruturas que reduzem a posição de subordinada das mulheres como gênero'." (MELO, Marlene Catarina de Oliveira Lopes. Mulheres gerentes entre o empoderamento e o teto de vidro. *In*: FREITAS, Maria Ester de; DANTAS, Marcelo (Org.). **Diversidade sexual e trabalho**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 345-346.)

[4] Esse modelo de família, dito patriarcal, tem suas origens na Roma Antiga. "O pai (*pater*), chefe da família, era revestido também da autoridade de sacerdote (*potifex*), de juiz (*domesticus magistratus*). Eram membros da família, submetidos à autoridade do chefe (*caput*), os filhos (*patrea potestas*), a mulher (*manus*) e os escravos (*dominica potestas*). Era fundamentada no princípio da autoridade, com as características de uma entidade política, obediente ao patriarca." (CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Da família patriarcal à família contemporânea**. [Revista Jurídica Cesumar, v. 4, n. 1, 2004, p. 69-77. p. 70]. (Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/364/428> Acesso: 20 set. 2013.

[5] FERNANDEZ, Maria del Rosario Valpuesta. El impulso de las mujeres em la transformación del Derecho de familia. *In:* FERNANDEZ, Maria del Rosario Valpuesta; RUBIO, Maria Paz García (Org.). **El levantamiento del velo:** as mujeres en el derecho privado**.** Valencia: Tirant lo blanch, 2011. p. 372.

[6] GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da mulher no emprego**: relações de gênero no direito do trabalho. Curitiba: Gênesis, 2003. p. 69-ss.

De fato, não se sabe precisar quando restou definido o "local social" do homem e da mulher, mas ninguém olvida que a ela se reservou a segunda categoria de ser humano,[7] que perdura até a atualidade por meio de práticas sociais e institucionais. E isso, perceba-se, de modo velado, para atender aos anseios de um código de boas maneiras, do politicamente correto.[8]

De todo modo, Renata Raupp GOMES traça um panorama histórico da discriminação feminina – da marginalização da mulher, melhor dizendo – e anuncia sustentarem alguns que ela remonta à própria Bíblia.[9]

Escorada em Engels, informa ainda que o marco ideológico da escravização do sexo feminino coincidiria com as primeiras noções de propriedade privada,[10] dando conta de refletir a primeira divisão sexual do

---

[7] José Carlos Teixeira GIORGIS explica que essa situação da mulher vem de muito: "A discriminação da mulher é comum nos pergaminhos que descrevem a estrutura das sociedades do passado, chegando às raias do desprezo e da abominação, muitas vezes relegada a uma classe pouco superior aos animais. Eurípedes almejava que a mulher não tivesse serva, mas devia viver entre feras mudas, assim nada tendo a dizer ou de quem ouvir alguma palavra; Sócrates lhe tinha desprezo, Platão aconselhava a companhia dos jovens para os jogos do sexo, Aristóteles reconhecia nelas uma natureza defeituosa; Nietzsche recomendava a companhia do açoite quando a visitasse, Dostoievski advertia que só o diabo a entende e Santo Agostinho, embora a devassidão pretérita, pensava que a mulher apenas se comprazia com o espelho." (GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada**: família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 112-113.)

[8] MATTOS, Patrícia. A mulher moderna numa sociedade desigual. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. p. 155.

[9] "Para muitos a origem do jugo feminino é bíblica, iniciando-se a saga com Eva, que, tirada de uma costela de Adão, fora criada com objetivo de ser sua companheira: 'Sob o prisma do pensamento judaico-cristão e sob a forma de relações sociais, estabelecidas nas sociedades ocidentais, o Gênesis dita o modelo de homem e mulher. Esse modelo pertence a uma ideologia universalista e moralista, que se vale de variados elementos, tais como a submissão e desvalorização da mulher, a repressão sexual, a regulamentação da conduta e os mecanismos de representação simbólica negativa desta sexualidade. Por conseguinte, o modelo de homem e mulher se expressa através de Adão e Eva, já que o cristianismo nega a existência de Lilith como a primeira mulher de Adão'." (GOMES, Renata Raupp. Os "novos" direitos na perspectiva feminina: a constitucionalização dos direitos das mulheres. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil:** natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51.)

Mas essa visão não é única. Em contrapartida sustenta-se que "Jesus deu dignidade à mulher ao retirá-la da posição inferior em que fora colocada como fez com os coxos, pecadores e pobres, pregando a igualdade e a liberdade de todos perante o reino celeste, atitude que rompeu com o tabu e revolucionou os paradigmas da sociedade palestina" (GIORGIS, José Carlos Teixeira. Op. cit., p. 113), e mesmo a de hoje. Confira-se, também, similar análise feita a partir da psicologia: BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Tradução de Waltensir Dutra. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 29-52.

[10] Ibidem, p. 52-53.

trabalho e de posses. E mais, que hodiernamente a identidade social da mulher seria fruto da organização do trabalho, assentada no capitalismo industrial, que atribuía aos homens a atividade produtiva (o trabalho remunerado) e às mulheres, por exclusão, as atribuições familiares e domésticas, modelo esse que vingou até boa parte do século XX.

Afinal, invoca Freud como o responsável pelos contornos de inferioridade atribuídos pela "inveja do pênis",[11] do complexo de castração da mulher. Logo, atribui ao pensamento freudiano a responsabilidade pelo cientificismo biológico da distinção de gênero, que por isso mesmo seria natural, numa concepção epistemologicamente masculina.[12]

Mas há que se destacar, além disso, a relevância da medicina para manutenção desse ponto de vista. Como assinalado por Mary DEL PRIORE, o estatuto biológico da mulher ("parir e procriar") sublinhava a inferioridade do corpo feminino e, entre suas disposições, definia os ossos das mulheres como "mais pequenos e mais redondos", portanto de constituição "mais fraca que o homem", o que se refletia nas "carnes mais moles", "contendo mais líquidos", e no "tecido celular mais esponjoso e cheio de gordura". Para a maior parte dos médicos brasileiros ativos no final do século XVIII, a mulher não se diferenciava do homem apenas por um conjunto de órgãos específicos, mas também por sua natureza e por suas características morais: ser mãe, frágil e submissa.[13]

Em sua obra clássica *O Segundo Sexo*, de 1949, Simone de BEAUVOIR fazia alerta similar, buscando compreender as razões do *status* atribuído à mulher. A seu ver, para Rousseau a mulher era naturalmente mais fraca e

---

[11] Essa idéia de inveja do órgão sexual masculino, contudo, não é compartilhada por todos. Gerard VINCENT é mais sutil, nessa abordagem: "As mulheres não invejam o pênis, mas as pretensões sociais autorizadas pelo pênis. (...) Entre mãos venais, a psicanálise conseguiu não só desacreditar a revolução (feminista) e obrigá-la a recuar, mas também a dar empregos, enriquecer certas pessoas, vender-se a si mesma e promover a sociedade de consumo." (VINCENT, Gérard. Segredos de família. *In*: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard (Org.). **História da vida privada**: da primeira guerra a nossos dias. Trad. Denise Bortmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. v. 5, p. 247.)

[12] Idem. No mesmo sentido é a observação de GOSDAL (GOSDAL, Thereza Cristina. Op. cit., p. 40).

[13] DEL PRIORE, Mary. Magia e medicina na colônia: o corpo feminino. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 79-83.

inapropriada para a vida pública; para Augusto Comte a mulher, por ter o cérebro menor, sofria de "infância contínua"; e para Balzac a mulher não passaria de propriedade, um anexo do homem.[14]

Daí que mesmo quando não mais se fabricavam cintos de castidade ainda assim o homem permanecia no domínio do corpo e da vida da mulher; a conduta dos homens nos casos de adultério, por exemplo, era estimulado por uma justiça absolutamente tolerante aos crimes cometidos contra a vida da mulher.[15]

Estava ela, então, indiscutivelmente desconsiderada como sujeito de direitos. Social e civilmente anulada, apenas as atividades domésticas e cuidado com os filhos eram confiadas a ela. É dizer, embora a atuação da mulher estivesse restrita ao âmbito privado, muitas delas contornavam, com seus comportamentos, toda a sorte de limitações impostas "pela sociedade" no seio da própria família, tentando superar o juízo de que a "mulher não passava de um mecanismo criado por Deus exclusivamente para servir à reprodução."[16] Ou seja,

> (...) ser assexuado, embora tivesse clitóris, à mulher só cabia uma função: ser mãe. Ela carregou por quinze séculos a pecha imposta pelo cristianismo: herdeira direta de Eva, foi responsável pela expulsão do paraíso e pela queda dos homens. Para pagar seu pecado, só dando à luz entre dores. (...) Venenosa, traiçoeira, a mulher era acusada pelo outro sexo de ter introduzido sobre a terra o pecado, a infelicidade e a morte.[17]

Em boa medida, pois, tudo isso esclarece, embora sem explicar e justificar, a distinção social havida entre os gêneros, ao que se somam, ao longo dos anos, as reiteradas falhas da medicina e da psiquiatria ao afirmar a distinção homem-mulher[18] e, ademais, a assunção de um modelo marcadamente patriarcal. Neste,

---

[14] BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo:** 2. a experiência vivida. 2. ed. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Européia o Livro, 1967. p. 144; 145.

[15] ARAÚJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na colônia. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 59.

[16] DEL PRIORE, Mary. **Magia**... p. 83

[17] DEL PRIORE, Mary. **Histórias íntimas:** sexualidade e erotismo na história do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil, 2011. p. 35.

[18] Mais do que distinção, os escritos revelam verdadeira oposição "homem-mulher": "Uma das imagens mais fortemente apropriadas, redefinidas e disseminadas pelo século XIX ocidental é aquela que estabelece uma associação profundamente íntima entre a mulher e a natureza, opondo-a ao homem identificado à cultura. (...) No século XIX ocidental, a velha

> a sociedade se organiza historicamente com base no princípio segundo o qual os homens devem dominar as mulheres, com o estrito controle de sua sexualidade, assim como os mais velhos devem dominar os mais jovens. (...) as relações entre os sexos são relações de poder, e a sociedade patriarcal engloba toda estrutura social que nasce do poder do pai, que se transfere aos governantes.[19]

De conseguinte, se no âmbito familiar, em que confinada, a mulher ficava dominada pela conformação patriarcal da família – portanto assim dotada de autonomia existencial praticamente nula –, não causa estranheza que sua aparição "em público" tenha sido igualmente contaminada de desvalor sexista, a ponto de assim referir Margareth RAGO:

> Só muito recentemente a figura da "mulher pública" foi dissociada da imagem da prostituta e pensada sob os mesmos parâmetros pelos quais se pensa o "homem público", isto é, enquanto ser racional dotado de capacidade intelectual e moral para a direção dos negócios da cidade. Pelo menos até a década de sessenta, acreditava-se que a mulher, sendo feita para o casamento e para a maternidade, não deveria fumar em público ou comparecer a bares e boates desacompanhada, e a política ainda era considerada assunto preferencialmente masculino.[20]

Destarte, a despeito do local e do tempo histórico, não parece possível olvidar de que o quase "natural" pensamento discriminatório em relação às mulheres se fez fruto do choque entre a realidade e a pretensão feminina, que sempre caminhou mais celeremente que a cultura porque (também) dominada pelos homens.

Essa digressão aponta no sentido de que grande parte da evolução da humanidade pode ser referida, direta ou indiretamente, como avanço feminino –

---

crença de que a mulher era um ser ambíguo e contraditório, misterioso e imprevisível, sintetizando por natureza o bem e o mal, a virtude e a degradação, o princípio e o fim, ganharia uma nova dimensão, um sentido renovado e, portanto, específico. Amplamente disseminada, a imagem da mulher como ser naturalmente ambíguo adquiria, através dos pincéis manuseados por poetas, romancistas, médicos, higienistas, psiquiatras e, mais tarde, psicanalistas, os contornos de verdade cientificamente comprovada a partir dos avanços da medicina e dos saberes afins." [ENGEL, Magali. Psiquiatria e feminilidade. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 332.] Perceba-se, pois, que a aniquilação dos direitos das mulheres, especialmente no século XIX, pode até mesmo ter sido sustentado em premissas como essas, que assim supostamente justificariam a inaptidão das mulheres para o exercício da cidadania.

[19] GOSDAL, Thereza Cristina. Op. cit., p. 40.

[20] RAGO, Margareth. Trabalho feminino e sexualidade. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 603-604.

e dos feminismos[21] – porquanto não seja possível cogitar de evolução enquanto os supostamente iguais continuavam tratados com evidente diferença.

Prova, em suma, as tensões e as dificuldades que se estabeleceram em diferentes épocas, entre elas e seu tempo, entre elas e a sociedade em que estavam inseridas.[22]

1.2 DISCIPLINA JURÍDICA DA CONDIÇÃO FEMININA – DO BRASIL COLÔNIA AOS DIAS ATUAIS

E isso – a mutação da condição feminina conforme o tempo e o lugar – também se expressa no direito vigente em cada época e país, inclusive no Brasil. Em verdade, "passando ao campo do direito, verifica-se que a visão não se altera, já que sob tal critério se lhe depara, por regra, uma constante limitação em seus direitos, defronte daqueles que as leis, elaboradas e redigidas pelos varões, a este

---

[21] No Brasil, como em boa parte do mundo, não há apenas um feminismo. Isto é, coexistem tantos movimentos feministas quantos forem, na essência, diferentes as suas pretensões. Não por acaso, Ronald DWORKIN assim se manifesta: "Sem dúvida, é um erro grosseiro tratar todas as mulheres que se consideram feministas, ou que se vêem como parte do movimento das mulheres em termos gerais, como adeptas do mesmo conjunto de convicções. Há, no feminismo, muitas divisões de opinião sobre as estratégias para melhorar a posição política, econômica e social das mulheres – por exemplo, sobre a ética ou a sabedoria que possa existir na censura aos textos literários que algumas feministas consideram aviltantes para as mulheres. As feministas também divergem sobre questões mais profundas: sobre a natureza e as raízes da discriminação de sexo e gênero, sobre a questão de se as mulheres são geneticamente diferentes dos homens em sensibilidade ou percepção moral e se o objetivo do feminismo deve ser, simplesmente, acabar com a discriminação formal e informal ou aspirar a um mundo totalmente sem distinções de sexo, no qual, em termos gerais, haja um número equivalente de pais e mães encarregados de cuidar dos filhos e no qual as mais altas posições militares sejam igualmente acessíveis a homens e mulheres. As feministas chegam, inclusive, a divergir sobre a questão da conveniência ou não do aborto: existem feministas 'pró-vida'." (DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 70).
Parecem comungar dessa mesma tese, acerca da pluralidade de idéias e práticas feministas, PINSKY e PEDRO (PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. Igualdade e especificidade. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto: 2003. p. 286-304.) Por conta disso, parece mais acertado falar em "feminismos" (aqui considerados como equivalentes a "movimentos feministas"), assim mesmo, no plural.

[22] DEL PRIORE, Mary. Apresentação. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 9.

concederam."[23] Logo, primeiro a inexistência e, na seqüência, a limitação dos direitos da mulher se "legitimava" – como ainda ocorre – por meio de leis criadas pelos homens e, pois, pela consciência (e mesmo pela conveniência) masculina.

À vista disso o "papel feminino" sempre se viu limitado não só pela ausência de representatividade nos parlamentos, mas pela Igreja, pelo Estado e pela sociedade, que, por meio de uma construção ideológica, "classificava" as mulheres em duas categorias socialmente antagônicas: aquelas que colocavam o seu corpo para os fins do prazer profano, e as candidatas a ou já mães, mas obviamente casadas. "A sacralização do papel social da mãe passava, portanto, pela construção do seu avesso, a mulher mundana, lasciva e luxuriosa, para quem a procriação não era dever, mas prazer."[24]

É dizer, mantendo juridicamente esse padrão social, à época do Brasil Colônia, as Ordenações Filipinas foram prejudicialmente herdadas de Portugal,[25] e algumas merecem nota destacada porque chegaram ao ponto de prever a possibilidade "legal" de o marido castigar a própria mulher (além do criado, do discípulo, do filho e do escravo) e, ainda, de o alcaide-mor aplicar multa às mulheres "que fossem 'useiras em bradar', de modo a perturbar a tranqüilidade e sossego dos vizinhos e transeuntes".[26] Isto, ainda, sem falar na possibilidade de o marido tirar a vida da mulher em caso de adultério.[27]

Na Constituição do Império, de 1824, a mulher apenas mereceu referência, e indireta, em alguns poucos artigos, especialmente para trato da

---

[23] AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 9.

[24] DEL PRIORE, Mary. **Ao sul do corpo**: condição feminina, maternidade e mentalidades no Brasil Colônia. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995. p. 83.

[25] Importante observar que, em Portugal, houve uma ou outra manifestação legal em favor das mulheres, quando de iniciativa delas, com o objetivo deliberado de buscar a afirmação de seus direitos. Por exemplo, em 1114, a mãe de Afonso Henriques, mulher por evidente, concede foral à vila de Ferreira, estabelecendo a meação dos bens entre os cônjuges em caso de morte de um deles. (AZEVEDO, Luiz Carlos de. Op. cit., p.19.)

[26] Ibidem, p. 46.

[27] PAGANINI, Juliano Marcondes. **Reprodução humana assistida e o estatuto jurídico da filiação na perspectiva civil-constitucional** [Dissertação (Mestrado em Direito) – UFPR, Curitiba, 2011. p. 8]. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25474/DISSERTACAO.pdf?sequence=1> Acesso: 20 nov. 2013.

sucessão imperial (arts. 117 a 120), quando se aludiu a "filha", a "princeza herdeira" (*sic*) e ao "sexo feminino",[28] sem, todavia, qualquer menção à mulher propriamente dita, porque ainda não considerada cidadã, juntamente com os escravos, dentre outros.

Vale ressaltar, entretanto, pequeno avanço, ainda que incidental, na condição feminina. Foi ele fruto da consideração dos "filhos ilegítimos de mãe brasileira" como cidadãos, e exatamente ao lado dos filhos de pai brasileiro (art. 6º, inciso II), o que aboliu a distinção anteriormente constante da Ordenação do Livro IV, Título 93 que os prejudicava na sucessão de bens. Destarte, a mãe do filho ilegítimo poderia eventualmente fruir das benesses advindas dessa situação, ainda que na dependência da vontade desse mesmo filho.[29]

A mulher sofria, então, os efeitos de uma sociedade marcada pela exclusão e por uma ordem constitucional e infraconstitucional injusta e discriminatória, como observado por Rachel SOIBET: "A infidelidade feminina era, em geral, punida com a morte. No Brasil, de acordo com o código penal de 1890, só a mulher era penalizada por adultério."[30]

Em 1891, com a promulgação da nova constituição, o *status* da mulher pouco se alterou. Continuava ela sem merecer referência expressa, sem direito a voto e ser votada, portanto totalmente alheia ao exercício do poder e da construção do próprio direito.[31] Ainda assim, conforme Susan K. BESSE, "por

---

[28] "Art. 117. Sua Descendencia legitima succederá no Throno, Segundo a ordem regular do primogenitura, e representação, preferindo sempre a linha anterior ás posteriores; na mesma linha, o gráo mais proximo ao mais remoto; no mesmo gráo, o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo, a pessoa mais velha á mais moça.
Art. 118. Extinctas as linhas dos descendentes legitimos do Senhor D. Pedro I, ainda em vida do ultimo descendente, e durante o seu Imperio, escolherá a Assembléa Geral a nova Dynastia.
Art. 119. Nenhum Estrangeiro poderá succeder na Corôa do Imperio do Brazil.
Art. 120. O Casamento da Princeza Herdeira presumptiva da Corôa será feito a aprazimento do Imperador; não existindo Imperador ao tempo, em que se tratar deste Consorcio, não poderá elle effectuar-se, sem approvacão da Assembléa Geral. Seu Marido não terá parte no Governo, e sómente se chamará Imperador, depois que tiver da Imperatriz filho, ou filha." (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso: 10 jul. 2013.)

[29] PAGANINI, Juliano Marcondes. Op. cit., p. 12-13.

[30] SOIBET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 397.

[31] "Art. 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. § 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados: 1º) os

mérito das primeiras defensoras dos direitos das mulheres, o sufrágio feminino foi discutido no Congresso Constituinte de 1891 (mesmo que ainda não fosse levado a sério e tivesse sido completamente derrotado).”[32]

Possivelmente incentivadas por isso, na década de 1920 um número cada vez maior de mulheres passou a apoiar o divórcio, reivindicação consequente do espaço social que a ela cabia, por conta da dedicação quase que exclusiva delas às necessidades familiares. Essa foi, portanto, apenas uma dentre outras tantas e intensas reivindicações de organizações políticas em prol dos direitos das mulheres,[33] já que para adquirir a cidadania se fazia necessário o direito de sufrágio, mas exigia também modificar as regras jurídicas que limitavam a autonomia da mulher como pessoa.[34]

Aliás, isso se fazia fruto do Código Civil de 1916, que sucedeu as Ordenações Filipinas, mas manteve praticamente incólume a feição da família como patriarcal e o entendimento da mulher como sujeito de direitos de segunda classe. Baseou-se ele, pois, na desigualdade (material e formal) entre gêneros, como referida por Tânia Maria SANTOS,[35] chegando o estatuto a escancaradamente disciplinar:[36] a capacidade civil (ainda) relativa da mulher

---

mendigos; 2º) os analfabetos; 3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior; 4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual. § 2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm> Acesso: 10 jul. 2013.)

[32] BESSE, Susan K. **Modernizando a desigualdade**: reestruturação da ideologia de gênero no Brasil, 1914-1940. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 19.

[33] Ibidem, p. 240.

[34] FERNANDEZ, Maria del Rosario Valpuesta. Op. cit., p. 368.

[35] SANTOS, Tânia Maria. **A mulher nas constituições brasileiras.** p. 10. Disponível em: <http://www.bibliotecafeminista.org.br/index.php?option=com_remository&Itemid=53&func=startdown&id=257> Acesso: 10 jul. 2013.

[36] Lei nº 3.071/1916 (na redação original) – “Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: (...) II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. (...)

Art. 218. É também anulável o casamento, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essência quanto à pessoa do outro.

Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: (...) IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido.

Art. 220. A anulação do casamento, nos casos do artigo antecedente, nºs I, II e III, só poderá demandar o outro cônjuge e, no caso do nº IV, só o marido. (...)

"casada" (arts. 6º e 242); a chefia da sociedade conjugal como atribuída ao marido (art. 233); a virgindade da mulher como exigência legítima do casamento e o direito do marido de pedir a anulação do casamento por conta deste "vício insanável", resultado do defloramento (arts. 218 a 220).[37] Mas no que diz com o pátrio poder, a diferença entre os direitos do pai e da mãe era ainda mais gritante. Na constância do casamento, o "marido", como "chefe da família" exercia o pátrio poder, competindo à "mulher" exercê-lo em caráter residual; isto é, apenas na sua falta ou impedimento (art. 380). E se viesse a contrair novas núpcias, apenas a mulher perderia o pátrio poder em relação aos filhos "de leito anterior",

---

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311). III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV). IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III). V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277. (...)
Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235). II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nº II, III, VIII, 269, 275 e 310). III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra. IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado. V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público. VI. Litigiar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV). VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. IX. Acceitar mandato (art. 1.299). (...)
Art. 329. A mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito a ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trate convenientemente (art. 248, n. I, e 393). (...)
Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher. (...)
Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I. Dirigir-lhes a criação e educação. II. Tê-los em sua companhia e guarda. III. Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento, para casarem. IV. Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autentico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercitar o pátrio poder. V. Representa-los nos atos da vida civil. V. Represental-os, até aos dezeseis annos, nos actos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos actos em que forem partes, supprindo-lhes o consentimento. VI. Reclama-los de quem ilegalmente os detenha. VII. Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (...)
Art. 393. A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder (art. 329); mas, enviuvando, os recupera." (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso: 10 jul. 2013.)

[37] Mais surpreendente, ainda, é constatar que na esfera penal essa circunstância valorativa restou afirmada até o ano de 2005. Melhor dizendo, foi apenas com o advento da Lei nº 11.106/2005 que se expulsou do ordenamento jurídico a possibilidade de o agente ver extinta a punibilidade de crime contra os costumes – dentre os quais o de sedução (contra virgem e menor) ou mesmo praticado contra mulheres solteiras – pelo casamento dele (ou de terceiro – em certas condições) com a vítima, dantes constante dos incisos VII e VIII do art. 107 do Decreto-Lei nº 2.848/1970 (Código Penal).

que lhe seria restituído apenas com a viuvez (art. 329). Ou seja, o que lhe restaria, tão-só, seria "ter consigo" os filhos (art. 384), que em nada se confundiria com o direito à guarda.

Fazia sentido, pois, que o manual da economia doméstica, intitulado "lar feliz" e igualmente datado de 1916, trouxesse as seguintes referências, a olhos vistos harmoniosas com os papéis juridicamente atribuídos ao homem e à mulher, como referido por Marina MALUF e Maria Lúcia MOTT:

> Entretanto, à mulher incumbe sempre fazer do lar – modestíssimo que seja ele – um templo em que se cultue a Felicidade; à mulher compete encaminhar para casa o raio de luz que dissipa o tédio, assim como os raios de sol dão cabo dos maus micróbios [...] Quando há o que prenda a atenção em casa, ninguém vai procurar fora divertimentos dispendiosos ou prejudiciais; o pai, ao deixar o trabalho de cada dia, só tem uma idéia: voltar para casa, a fim de introduzir ali algum melhoramento ou de cultivar o jardim. Mas se o lar tem por administrador uma mulher, mulher dedicada e com amor à ordem, isso então é a saúde para todos, é a união dos corações, a felicidade perfeita no pequeno Estado, cujo ministro da Fazenda é o pai, cabendo à companheira de sua vida a pasta política, os negócios do Interior.[38]

Mas em 1932, por ato infraconstitucional, instala-se uma nova era para as mulheres – a da democracia – por meio do "Código Eleitoral", instituído pelo Decreto nº 21.076,[39] que restou incorporado, na passagem, pela Constituição em 1934. Esta igualmente tratou da inserção da mulher no mercado de trabalho, da necessária igualdade salarial entre homens e as mulheres, além de assuntos como maternidade e infância.[40] Registre-se, entretanto, que o voto, como manifestação

---

[38] MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. *In*: NOVAIS. Fernando A. (coord.); SEVCENKO, Nicolau (Org.). **História da vida privada no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. v. 3. p. 374.

[39] Decreto nº 21.076/1932 (Código Eleitoral) – "Art. 2º E' eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código." (Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=33626> Acesso: 10 jul. 2013.)

[40] "Art 108 - São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei. Parágrafo único - Não se podem alistar eleitores: a) os que não saibam ler e escrever; b) as praças-de-pré, salvo os sargentos, do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial; c) os mendigos; d) os que estiverem, temporária ou definitivamente, privados dos direitos políticos.
Art 109 - O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar. (...)

de cidadania, foi possibilitado à mulher **por conta das manifestações sociais da época** e não como tentativa do Estado de buscar mecanismos para a persecução da igualdade material. E a reforma de 1937 não trouxe retrocessos constitucionais em relação à situação da mulher, como formalmente considerada em 1934.

Poucos anos depois, o Código Penal, editado em 1940, manteve a criminalização do aborto voluntário,[41] negando à mulher qualquer direito de decidir sobre o próprio corpo, e assim reafirmando a desigualdade jurídica de gêneros que insiste em acompanhar, até a atualidade, o ordenamento jurídico brasileiro. Não por acaso, Daniel SARMENTO o concebe, na passagem, como um dos mais severos e rigorosos do mundo e exatamente por não permitir essa possibilidade à mulher ainda que atendidos certos prazos e condições, como o fazem certos países, dentre os quais Estados Unidos, Alemanha, França, Inglaterra, Itália Espanha e Canadá.[42]

De outra banda, a obrigação jurídica de índole "legal" de não-discriminação salarial por conta do gênero remonta a 1943, ano da aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Nesse passo, a redação original do

---

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; (...) d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; (...) h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; (...) § 3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas." (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso: 10 jul. 2013.)

[41] Decreto-Lei nº 2.848/1940 – "**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento** Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso: 12 jul. 2013.

[42] SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. *In:* PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Org.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 6.

seu art. 461 ditava que "Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá, igual salário, sem distinção de sexo."[43]

Nos anos 50, por falta de qualquer novo avanço na Constituição de 1946, muitos movimentos feministas, e as mulheres em geral, passaram a se organizar na luta pelos seus direitos civis, posicionando-se especialmente contra dispositivos legais do já referido Código Civil (de 1916) que as desigualavam em relação aos homens.

Tamanha era a discriminação que a equiparação das crianças às mulheres casadas era praticamente um "privilégio" conferido a elas. Reitere-se que, à época, era negado às mulheres regularizar a propriedade sobre automóvel trazido do exterior sem a expressa anuência do marido.[44] Disso resultou a edição da Lei nº 4.121/1962. Esta lei, batizada de Estatuto da Mulher Casada, se por um lado a emancipou da qualificação de relativamente incapaz e lhe concedeu maior participação na direção familiar e autonomia para exercer sua atividade profissional, por outro conservou mecanismos para subordinar a mulher ao homem em sua esfera familiar.[45] Eis então que, engessadas por conta dessa

---

[43] Decreto-Lei nº 5.452/1943 (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso: 10 jul. 2013.) Nada obstante, essa equiparação legal de direitos – entre homens e mulheres – continuou e continua sendo completamente ignorada ou, pelo menos, absurdamente desconsiderada em boa parte do Brasil.

[44] "**Ementa**: MULHER CASADA. MANDADO DE SEGURANÇA PARA A TRAZIDA DE AUTOMOVEL. NÃO CONHECIMENTO, POR FALTA DE OUTORGA DO MARIDO. (STF, Tribunal Pleno, RMS 6350, Relator Min. Luiz Gallotti, julgado em 28/08/1959)"

[45] Lei nº 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) – "Art. 1º Os artigos 6º, 233, 240, 242, 246, 248, 263, 269, 273, 326, 380, 393, 1.579 e 1.611 do Código Civil e 469 do Código do Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

i 'Art. 6º São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer: I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos (arts. 154 e 156). II - Os pródigos. III - Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País'.

ii 'Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interêsse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Compete-lhe: I - A representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311); III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique; IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277'.

dependência obrigatória, legalmente imposta, que as levavam – em sua grande maioria, ainda – à subordinação financeira,[46] a manutenção do casamento era uma necessidade. Assim, as mulheres não eram verdadeiramente livres para se autodeterminar porque o poder familiar permaneceu com os homens e, por conta disso, não tinham elas a concreta possibilidade de se realizar em outras esferas sociais que não a da família, porque lá confinadas, mesmo vivendo nas grandes cidades. A única situação que merece ressalva diz com a situação jurídica dos filhos de "leito anterior". Nesta hipótese a lei alterou a redação do art. 393 do Código Civil então vigente para fins de preservar para a mãe o pátrio poder, ficando o novo marido impedido de exercer qualquer interferência nisso.

Exatamente nesta década, os movimentos feministas fervilhavam – tanto no Brasil, como na América Latina – em reivindicações, com ideologias e demandas das mais diversas vestes, um bom exemplo destas pautas concerne à liberdade sexual, com conseqüências definitivas como a legalização dos métodos anticoncepcionais e, em alguns casos específicos, do aborto. Tudo o que

---

iii 'Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta'.

iv 'Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I - praticar os atos que êste não poderia sem consentimento da mulher (art. 235); II - Alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, ns. II, III e VIII, 269, 275 e 310); III - Alienar os seus direitos reais sôbre imóveis de outrem; IV - Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal'.

v 'Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com êle adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. Il e III, do artigo 242. Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere êste artigo pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família'. (...)

xi 'Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência'.

xii 'Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.' (Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm> Acesso: 10 jul. 2013.)

[46] Embora o disposto no art. 246 revele evidente e importante avanço, ainda assim, na época, a colocação da mulher no mercado de trabalho era incipiente e as posições de liderança continuavam comumente reservadas aos homens. Ou seja, o fruto do trabalho da mulher não se mostrava relevante em si e ainda continuava sujeito ao crivo do marido para fins de alienação quando materializado em imóveis.

transformou em coro as vozes das mulheres em geral, que, a partir do momento em que experimentaram a possibilidade de planejar quando e quantos filhos desejariam conceber, passaram a integrar mais expressivamente os espaços públicos, adquirindo maior autonomia pessoal e patrimonial.[47]

Não por acaso, de 1960 a 1970, e ainda que em plena ditadura militar, o Brasil experimentou a revelação de grandes mulheres – inclusive da atual Presidente da República, todas envolvidas na militância da causa feminina. Para Rosalice Fidalgo PINHEIRO,

> no século XX os movimentos sociais, o advento da industrialização e a urbanização traçaram novos rumos para a condição feminina. Impulsionadas pela expectativa de inclusão social, as mulheres reagiram às novas desigualdades criadas pelas revoluções burguesas. Nasce a busca pela igualdade de gêneros, que na década de sessenta encontrou lugar nos movimentos feministas.[48/49]

Foi, então, que a Constituição de 1967[50] trouxe pelo menos duas novidades relevantes. A primeira buscou a promoção da igualdade substancial por meio da diferenciação jurídica e a segunda pretendeu a equiparação sem quaisquer discriminações.

---

[47] FERNANDEZ, Maria del Rosario Valpuesta. Op. cit., p. 372.

[48] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e condição feminina. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A Construção dos novos direitos.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 282.

[49] Perceba-se que, tanto aqui como na Europa, estas alterações legislativas, principalmente as relativas ao regime do Direito de Família, foram impulsionadas pelas próprias mulheres, que, com seus comportamentos, propiciaram o avanço do reconhecimento de seus direitos em iguais condições que os homens, acabando por modificar o modelo em que a família se assentava. (FERNANDEZ, Maria del Rosario Valpuesta. Op. cit., p. 369.)

[50] "Art 100 - O funcionário será aposentado: I - por invalidez; II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade; III - voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço. § 1º - No caso do n.º III, **o prazo é reduzido a trinta anos**, **para as mulheres.** (...)
Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: (...) III - proibição de diferença de salários **e de critérios de admissões por motivo de sexo**, cor e estado civil; (...) XX - aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral." (destacou-se.) (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm> Acesso: 11 jul. 2013.)

O trato da aposentadoria junto ao serviço público saiu, pois, da indiferença experimentada em 1946[51] e estipulou que a masculina se desse com trinta e cinco anos de serviço e a feminina com trinta. De outra banda, vedou quaisquer diferenças de critérios de admissão por motivo de sexo. Portanto, os movimentos feministas, embora vistos com antipatia por muitos, realmente parecem ter sensibilizado os legisladores de outrora, atualizando um cenário que não se modificou em 1969.

Destarte, os feminismos e suas reivindicações aproveitam às mulheres em geral, ao por em evidência a necessidade do exercício do planejamento familiar, por meio de métodos contraceptivos, como requisito para busca da igualdade em relação aos homens. A partir daí a invocação do direito de dispor do próprio corpo passa a ser constante na pauta dos movimentos feministas, como apontado por Antoine PROST: "'É meu corpo, e faço com ele o que eu quiser.' À maternidade voluntária segue-se a 'liberalização' da mulher. A contracepção feminina se generaliza nesse contexto, e a sexualidade se dissocia da procriação".[52] Estava, pois, consagrada a autonomia da mulher (com acesso à informação e à tecnologia) relativamente à decisão de não ter filhos, pelo menos.

Em dezembro de 1977, com o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515), as mulheres experimentaram uma modificação no contexto normativo, notadamente em relação à possibilidade de desfazimento da sociedade conjugal e do casamento (até então indissolúvel volitivamente) e, por conta disso, de abandono do sobrenome do ex-marido e, ainda, de consensual guarda dos filhos

---

[51] "Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão os seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: (...) II - proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil. (...)
Art 191 - O funcionário será aposentado: (...) I - por invalidez; II - compulsoriamente, aos 70 anos de idade. § 1 º - Será aposentado, se o rèquerer, o funcionário que contar 35 anos de serviço. § 2 º - Os vencimentos da aposentadoria serão integrais, se o funcionário contar 30 anos de serviço; e proporcionais, se contar tempo menor." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm> Acesso: 11 jul. 2013.

[52] PROST, Antoine. Op. cit., p. 91.

ou quando o marido desse causa à dissolução judicial do casamento.[53] Era o "fim da superioridade paterna",[54] como atesta Maria Lygia Quartim de MORAES.

Entretanto, ainda assim o direito pátrio clamava por mais igualdade de direitos, nesta e em outras searas, porque o Estado Brasileiro já tinha percebido a

---

[53] Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio) – "Art 4º - Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.
Art 5º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum. § 1° - A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição. § 2º - O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável. § 3º - Nos casos dos parágrafos anteriores, reverterão, ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância da sociedade conjugal.
Art 6º - Nos casos dos §§ 1º e 2º do artigo anterior, a separação judicial poderá ser negada, se constituir respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores.
Art 7º - A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens. (...)
Art 9º - No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.
Art 10 - Na separação judicial fundada no "caput" do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa. § 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. § 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges. (...)
Art 11 - Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no § 1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum.
Art 12 - Na separação judicial fundada no § 2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação. (...)
Art 17 - Vencida na ação de separação judicial (art. 5º "caput"), voltará a mulher a usar o nome de solteira. § 1º - Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo, quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 5º. § 2º - Nos demais casos, caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada.
Art 18 - Vencedora na ação de separação judicial (art. 5º "caput"), poderá a mulher renunciar, a qualquer momento, o direito de usar o nome do marido.
Art 19 - O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.
Art 20 - Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos." (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm> Acesso: 10 jul. de 2013.)

[54] MORAES, Maria Lygia Quartim de. Cidadania no feminino. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto: 2003. p. 504.

necessidade de proscrever toda e qualquer discriminação contra a mulher. Foi então que, em 1984, por meio do Decreto nº 89.460,[55] se internalizou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – *CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)*, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas através da Resolução 34/180, de 18 de dezembro de 1979.

Essa normativa previa, dentre outras disposições, o seguinte:

> **Artigo 1º** Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

E mais, que os Estados-Partes deveriam tomar medidas apropriadas para, nos termos do seu artigo 5º:

> a) Modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e praticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.
> b) Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos.

Todavia, isso não evitou que distinções continuassem existindo no Brasil, quer no seio da sociedade, quer no âmbito da família ou mesmo na legislação.

Foi preciso, então, uma verdadeira ruptura constitucional para que o reconhecimento da igualdade entre mulheres e homens fosse finalmente consolidado pelo ordenamento pátrio, mas nem por isso pelos brasileiros, porque

---

[55] Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=105443&norma=128648> Acesso: 10 jul. 2013.

até então desprovidos de meios para modificar uma situação que muitas vezes sequer era vista como injusta.

1.3 CONTRIBUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 NA IGUALIZAÇÃO FORMAL DE GÊNEROS

Repita-se pela insistência necessária: homens e mulheres são diferentes. Da mesma forma são diferentes entre si as mulheres, o mesmo se dando em relação aos homens. A redundância faz sentido justamente porque "se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais ou sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas."[56] Com efeito, "a concepção de igualdade é compatível com a noção de diferença",[57] que acaba assumida de forma distinta em cada modelo de estado:

> [...] as próprias expressões usadas para fins de identificação da questão da igualdade variaram de "igualdade perante a lei", no Estado Liberal do Direito, para "igualdade na lei", no Estado Social de Direito e "igualdade através da lei" no Estado Democrático de Direito, podendo ser, sob o viés do Estado do Bem-Estar Social, entendida pela expressão "igualdade através da lei legitimamente construída por seus destinatários".[58/59]

Mesmo antes dessa reflexão, contudo, Hans KELSEN deixava adequadamente assentado que

> A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados de forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os

---

[56] ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 188.

[57] GUERRA, Raquel Diniz. **Mulher e discriminação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 12.

[58] SOUZA, Flávia Roberta Benevenuto de; LORENTZ, Luciana Nacur. O princípio da igualdade e as perspectivas antiga e moderna. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 3, n.1, p. 51-79 – jan./jun. 2008. p. 65.

[59] No mesmo sentido, Raquel Diniz GUERRA. (GUERRA, Raquel Diniz. Op. cit., p. 11.)

> mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.[60]

Ou seja, KELSEN já antecipava que a igualdade concebida constitucionalmente não seria violada por ato normativo legal quando houvesse situação legitimadora da discriminação. Portanto, inclusive entre homens e mulheres e para além dos fatores intrínsecos, naturais, biológicos.[61]

Logo, o grande salto para efetiva aproximação (formal e material) dos gêneros veio com a Constituição de 1988, que instalou a República Federativa do Brasil e erigiu o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, insculpido no inciso III do artigo 1º, à condição de cláusula geral de tutela do ser humano.[62]

Mas não só. Ao reconhecer como objetivo fundamental da República a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, inciso IV), a Carta Política nada mais fez do que afirmar uma obviedade, a existência de evidentes e diuturnas discriminações entre homens e mulheres. Ciente disso, o constituinte originário deu mais um passo e, ao tratar dos "direitos e garantias fundamentais", consignou, desde logo, no inciso I do art. 5º, que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição."

Portanto, assim restavam alardeados, a um só tempo e pela Lei das leis, tanto a igualdade jurídica de gêneros como o reconhecimento da sua

---

[60] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 154.

[61] A isso Francisco J. Infante RUIZ denomina de "direito da diversidade", caracterizado como o conjunto de valores e princípios de transcendência constitucional (mas não apenas) que se assenta sobre novas coordenadas de respeito dos sujeitos de direito a partir da diversidade das situações em que se encontram. RUIZ, Francisco J. Infante. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación em el derecho privado. *In*: MARRERO, Carolina Mesa (Coord.). **Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 192.

[62] Como cláusula geral, a dignidade da pessoa humana "representa 'o ponto de referência de todas as situações nas quais algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em jogo, estabelecendo nitidamente a prioridade a ser dada à pessoa humana'." (ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 88.)

desigualdade material, indiscutivelmente presente no seio da sociedade e do mercado e que não haveria mais de ser tolerada.[63]

---

[63] Tanto isso é verdade que em decisão proferida aos 22/11/2011, no RE 227.114/SP, o Supremo Tribunal Federal tratou de avançar na discussão (acerca da desigualdade – da posição social e econômica – de homens e mulheres na sociedade brasileira) para decidir que o Art. 100, inciso I, do CPC (Lei nº 5.869/1973) se faz conforme à Constituição de 1988, a despeito de conferir "aparente" vantagem processual: "Art. 100. É competente o foro: I - da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento; (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977)". (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> Acesso: 23 dez. 2013.) Confira-se: "**Ementa**: DIREITO CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE HOMENS E MULHERES. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. FORO COMPETENTE. ART. 100, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 5º, I E ART. 226, § 5º DA CF/88. RECEPÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. O inciso I do artigo 100 do Código de Processo Civil, com redação dada pela lei 6.515/1977, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. O foro especial para a mulher nas ações de separação judicial e de conversão da separação judicial em divórcio não ofende o princípio da isonomia entre homens e mulheres ou da igualdade entre os cônjuges. Recurso extraordinário desprovido. (STF, 2ª Turma, RE 227.114/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 21/11/2011)"

No voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, fica devidamente externado que: "No mérito, entendo que a Constituição Federal de 1988 concedeu significativa importância ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, enunciando expressamente em seu art. 5º, inciso I que 'homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações'. Pode-se afirmar, ainda, que a Constituição de 1988 é um marco histórico no processo de proteção dos direitos e garantias individuais e, por extensão, dos direitos das mulheres, como podemos constatar nos dispositivos constitucionais que garantem, entre outras coisas, a proteção à maternidade (art. 6º e art. 201, II); a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias (art. 7º, XVIII); a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7º, XX); a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX); o reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º) e como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º); a determinação de que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º); a constitucionalização do divórcio (art. 226, § 6º); o planejamento familiar (art. 226, § 7º) e a necessidade de coibir a violência doméstica (art. 226, § 8º). A preocupação do Constituinte com a proteção dos direitos das mulheres e com o fim da discriminação de gênero se espraia por todo o ordenamento. (...) acredito que não assiste razão ao recorrente. Em outras palavras, entendo que o inciso I do artigo 100 do CPC não ofende o princípio da isonomia entre homens e mulheres. Em primeiro lugar porque não se trata de um privilégio estabelecido em favor das mulheres, mas de uma norma que visa a dar um tratamento menos gravoso à parte que, em regra, se encontrava e, ainda se encontra, em situação menos favorável econômica e financeiramente. A propositura da ação de separação judicial no foro do domicílio da mulher é medida que melhor atende ao princípio da isonomia, na famosa definição de Rui Barbosa de que este consiste em 'tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam'." Por sua vez, e ainda que acompanhando o relator, o Ministro Ayres Britto (então Presidente da Segunda Turma), declina seu voto nos seguintes termos: "A Constituição sai em defesa, em socorro de segmentos sociais historicamente desfavorecidos, por efeito de um renitente, de um crasso preconceito, como é o caso do segmento das mulheres, dos índios, dos homoafetivos, dos portadores de necessidades especiais - conforme hoje se diz - e ela mesma, Constituição, avança preceitos de proteção especial da mulher, dizendo, logo no artigo 5º, inciso I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição, que não faria sentido esse dispositivo se não fosse por essa necessidade de corrigir desníveis injustos, preconceituosos, desníveis de gênero. Já no artigo 7º, a Constituição prossegue no seu propósito de conferir um tratamento diferenciado à mulher, conferindo-lhe uma superioridade jurídica, exatamente como fórmula compensatória dessas desigualdades experimentadas historicamente. É por isso que se diz que o mercado de trabalho da mulher será objeto de proteção e incentivos específicos, nos termos da lei. Trata-se do inciso XX, do artigo 7º. Depois, no inciso XXX, desse mesmo art. 7º, a Constituição proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade ou estado civil, porque sabemos também historicamente que o mercado de trabalho tende a desvalorizar a mão-de-obra feminina, embora se tratando de trabalho

Demais disso, e exatamente considerando essa desigualdade material em sua feição "natural", o art. 7º – que versa sobre direitos sociais do trabalhador – em seus incisos XVIII e XIX[64] trata de distinguir a situação jurídica do homem e da mulher em relação à licença laboral garantida por conta do "nascimento" dos filhos, sem prejuízo do emprego e do salário. Isto é, resta aparente, na passagem, que o constituinte pretendeu discriminar os gêneros a partir de uma consideração biológica – a do corpo da mãe atrelado ao parto e à própria amamentação.

Raquel Diniz GUERRA, entretanto, vai além: acrescenta ao mesmo fator biológico outro, de índole social: "na maioria das famílias, a maior parte dos cuidados dispensados ao recém-nascido fica a cargo da mãe. É certo que avanços houve na divisão de tarefas entre os casais, mas não menos certo é que tais avanços não atingiram muitas famílias".[65] O fator legitimador da discriminação constitucional seria, no caso, de índole biológico-social.[66]

---

igual, factualmente igual com o trabalho masculino." Portanto, essa interpretação judicial apenas confirma como *justa* a luta travada pelas brasileiras visando à superação das distorções que as colocaram e mantiveram num degrau inferior ao ocupado pelos homens ao longo das décadas e que agora reclama por discriminação jurídica afirmativa até que se alcance o efetivo equilíbrio de forças entre os gêneros nas suas mais diversas facetas (social, econômica, acadêmica etc.).

[64] "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; (...)" (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 20 nov. 2013.)

[65] GUERRA, Raquel Diniz. Op. cit., p. 32.

[66] Todavia, na hipótese de filiação por adoção, a aplicação "fria" do dispositivo parece carecer de razoabilidade, mormente pelo fato de o § 5º do art. 226 da Constituição de 1988 ditar que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Por conta disso, seria de se esperar pela concessão do benefício em favor daquele integrante da família (inclusive homoafetiva) afinal diretamente responsável pelos cuidados com o novo integrante da família. Talvez por isso a Lei nº 10.421/2002, que inicialmente estendeu apenas à mãe-adotiva o referido direito, viu-se superada pela Lei nº 12.873/2013, que assim conferiu atual redação à mesma Consolidação das Leis do Trabalho:
Decreto-Lei nº 5.452/1943 – "Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. § 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste. § 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. § 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. § 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: (...)
Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392. (...) § 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. § 5º A

Em reforço, no inciso XX do mesmo art. 7º, estipulou-se a "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei." Nessa passagem, assume-se, outra vez, como presumida a discriminação no mercado de trabalho, a ponto de ensejar determinação constitucional de formulação de políticas afirmativas por ato legislativo. Nesse sentido é até possível falar da condição feminina como expressiva de uma "minoria", assim apta a merecer tratamento afirmativo a partir da própria desigualdade materialmente experimentada.

É que a discriminação é **qualitativa** (em desfavor das mulheres), no que diz com acesso e remuneração, ainda que quantitativamente o número de mulheres no Brasil seja até mesmo superior ao de homens.[67] Similarmente, María Luisa Rodríguez PEÑARANDA justifica o uso do termo minoria para o gênero feminino ao reconhecer a grosseira desigualdade na representação por gênero na Colômbia,[68] o que em nada se vê alterado em território pátrio.[69]

---

adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada.
Art. 392-B. (Vide Lei nº 12.873, de 2013)
Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção." (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso: 20 nov. 2013.)

Isso parece explicar o desalinho na disponibilização da Reprodução Humana Assistida pelo poder público. Como se verá mais adiante, exatamente nessa porção, induvidosamente mais sensível e crítica, tratou-se normativamente do acesso aos serviços públicos apenas quando constatados "problemas de casal" na procriação. Isto é, deslocou-se a questão da (saúde da) mulher – e da condição feminina – para uma suposta questão familiar, fazendo a autonomia existencial da mulher simplesmente esvair-se.

[67] Conforme os dados do Censo Demográfico 2010 (tabela 1.1.1), do IBGE, de uma população total de 190.755.799 de brasileiros, 93.406.990 são homens e 97.348.809 são mulheres. Logo, o gênero feminino concorre com 51,03% da população brasileira. (Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf> Acesso: 23 dez. 2013.)

[68] PEÑARANDA, María Luisa Rodríguez. **Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 101.

[69] Apenas a guisa de ilustração, consoante dados colhidos no sítio do Tribunal Superior Eleitoral acerca das eleições de 2012: foram 13.064 os homens candidatos a prefeito, sendo eleitos 4.847. Por sua vez, foram 2.021 as candidatas, tendo sido eleitas apenas 657 – para um total de 5.504 municípios. Para as câmaras de vereadores foram 285.887 homens na disputa, restando 49.684 eleitos; as candidatas, em número de 133.949, obtiveram 7.642 cadeiras (num total de 57.326 vagas). Destarte, as mulheres obtiveram 11,93% e 13,33% das vagas nos poderes Executivo e Legislativo municipais, respectivamente. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2012> Acesso: 20 dez. 2013.

Nesse contexto, então, é possível falar da igualdade não apenas como um direito, mas também como um **ideal constitucional**, como (bem) compreendido pelo argentino Lucas Sebastián GROSMAN:

> La Constitución no se limita a establecer lo que el estado no puede hacer. Nos indica, también, lo que el Estado *debe* hacer. El cumplimiento de este deber implica realizar las distinciones que sean necesarias para promover un ideal determinado. (...)
> Como tal, la igualdad es un factor que debemos tener en cuenta a la hora de definir qué distinciones son adecuadas en un contexto determinado. Por eso, la igualdad opera tanto en el nivel de los ideales como en el de los derechos. Este doble estatus es parte de lo que hace de la igualdad un concepto tan rico y complejo.
> El derecho de igualdad es un derecho a ser tratado de cierta manera. Éste, como dije, es sólo un aspecto de lo que la igualdad significa. La igualdad posee una dimensión que nos es reductible al modo en que se trata a las personas, sino que se refiere más bien a lo que la sociedad *debe* ser.
> Así, es común afirmar que una sociedad es igualitaria si no hay una gran brecha entre ricos y pobres, o si sus miembros pueden alcanzar puestos de poder, éxito económico o prestigio social más allá de su sexo, su raza, o la clase social de sus padres. La igualdad, en estos casos, se vincula a los grandes números, las estadísticas, las dinámicas sociales a largo plazo. Cuando nos referimos a la igualdad de esta manera, la estamos concibiendo como un ideal social.
> Consideremos las acciones positivas. Si entendemos las acciones positivas como una institución a favor de la igualdad, es porque estamos pensando en la igualdad como un ideal social, no como una forma de tratar a los individuos. Al fin y al cabo, si a un individuo se la favorece con una acción positiva (…), no es porque esta persona lo merezca más que otras, ni porque ella en particular esté siendo resarcida por injusticias pasadas, sino porque la presencia de minorías desaventajadas en ciertas instituciones contribuye a mejorar el estatus social de estos grupos.[70]

Entretanto, foi por ocasião do trato da política urbana e da política agrícola que se assentou, com notável veemência, a indiferença entre os gêneros e estado civil (tanto do homem como da mulher) para fins de concessão do título

---

Observe-se, ainda, que o quadro de eleitores era o seguinte: 67.382.594 homens e 72.877.463 mulheres, acrescidos de 134.046 de sexo não informado, num total de 140.394.103. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2012> Acesso: 20 dez. 2013.)

Em síntese, a despeito de as mulheres representarem 51,91% do total de cidadãos, para elas "a sociedade" reservou pouco mais de 12% dos futuros votos (no Legislativo) e ações (no Executivo) para sua representatividade.

[70] GROSMAN, Lucas Sebastián. La igualdad estructural de oportunidades em la Constitución Argentina. *In*: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto. (Coord.). **El derecho a la igualdad**: aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007. p. 203-205.UU

de domínio da propriedade,[71] e exatamente porque nessa senda a distinção se mostra indiferente.

De conseguinte, assim se ratificou a situação jurídica de igualdade entre homens e mulheres, em resposta à negativa, traumatizante e injustificada experiência legislativa anterior, infelizmente mantida até mesmo com o Estatuto da Mulher Casada.

Este, ao que tudo indica, mereceu essa simbólica sentença de morte, que restou sacramentada com a cautela constitucional deferida à sociedade conjugal – mediante previsão, em seu art. 226, § 5º, da distribuição uniforme de direitos e deveres entre o homem e a mulher.[72]

Com tudo isso, era de se esperar uma "ordinária" reação da sociedade e do mercado, especialmente o de trabalho, no sentido de superação das desigualdades (e da discriminação) por conta da nova ordem constitucional.

Não foi o que aconteceu.[73]

---

[71] "Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. (...) Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos. Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso: 11 jul. 2012.

[72] "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

[73] Em verdade, nem mesmo a Carta Magna conseguiu, por si só, os efeitos pretendidos, no sentido de alterar todo o ordenamento jurídico de modo a proscrever as injustificáveis distinções legislativas entre homem e mulher. Havia traços evidentes de inconstitucionalidade em disposições que a olhos vistos não teriam sido recepcionadas, como as constantes dos arts. 233 e 380 do Código Civil anterior, que vigeu até 2002, e que ainda dispunham, respectivamente, ser o marido chefe da sociedade conjugal e o pai o responsável pelo exercício do pátrio poder. O pior, contudo, é perceber que mesmo o novel Código Civil (Lei nº 10.406/2002) continua contaminado de disposições "retrógradas", como a constante do art. 1.736, que faz supor esteja a mulher casada em situação distinta da do homem: "Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.
Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto. Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.
Art. 1.730. É nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar.

1.4 O PAPEL DA FAMÍLIA E DAS DEMAIS ORGANIZAÇÕES NA MANUTENÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE

Como dito, a promulgação da Carta da República vigente não surtiu, por si só, o efeito desejado, de mudar o comportamento social diferençado por gênero, porque nenhuma disposição – ainda que proveniente do texto constitucional – tem o poder de impor um padrão imediato da conduta desejada coletivamente.

Para se modificar, com efetividade, a realidade social e de forma a aproximar as possibilidades de alcance da dignidade tanto pelo homem como pela mulher, faz-se necessária uma alteração radical.

É preciso, por primeiro, alterar os costumes de diferenciação e de pré-definição de papéis assumidos como "normais" pela sociedade, em particular pela mulher, haja vista que muitas das manifestações discriminatórias advêm de mulheres contra mulheres, que, inconscientemente, propagam de forma ativa e passiva a autodiscriminação.

Deste modo, a mulher necessita mudar a compreensão que tem de si mesma (e de suas semelhantes) para reunir condições mínimas de definição das novas prioridades e dos novos papéis que pretende assumir na sociedade e no mercado.

Faz-se mister, pois, internalizar que, tanto na França (do início da década de setenta), como no Brasil,

---

Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consangüíneos do menor, por esta ordem: I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor. (...)
Art. 1.736. Podem escusar-se da tutela: I - mulheres casadas; (...)." (sublinhou-se.). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso: 11 jul. 2013.
Ou seja, a depuração da ordem jurídica em vigor, no que diz com discriminações desarrazoadas entre homem e mulher, notadamente em relação à autonomia existencial, ainda há de ser perseguida, dia após dia.

> as mulheres já não lutam apenas, como no início do século, para entrar nas profissões, nos partidos, nos sindicatos ou nas associações profissionais; a este nível já obtiveram vitórias suficientes para não duvidar delas; doravante, o que está em causa é, claramente, alcançar o poder de dizer-representar-propor-decidir. O poder de inovar. E este poder se assenta na liberdade: a de não ter de mostrar constantemente carta branca, para ser aceite; a de criticar os modelos; e, mais profundamente, a de correr individualmente os riscos do erro, do sectarismo, da estupidez, do delírio ou do fiasco, sem ser imediatamente remetida para o seu sexo e sem com isso envolver a responsabilidade colectiva de todas as outras mulheres. Como, sem problemas, os homens se permitem fazer.[74]

Mas esse poder de inovar, como visto, encontra assento na liberdade, naquela mesma referida por Amartya SEN como necessariamente entrelaçada com o desenvolvimento:

> O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.[75]

E não há como alguém pretender se desenvolver – no plano individual, social ou profissional – quando, a olhos vistos, dominado. E não dominado apenas pela força física ou moral do homem próximo no âmbito familiar (pai ou companheiro), porém pelas amarras da incapacidade de prover a si mesma com dignidade mínima. Pode-se afirmar, em consequência, que não se está a buscar uma simples conquista de direitos, mas antes a superação de um regime incompatível com a igualdade e com a liberdade.[76]

Nesse novo ambiente, pois, é que se pretende ver inserida a mulher, e não apenas como sujeito (formal) de direitos, mas como cidadã consciente de seus direitos. De conseguinte, apta a eleger e gerir a própria transformação e destino e não mais simples destinatária das escolhas do genitor ou do marido para quem – não faz muito tempo – se haveria de dirigir todos os encômios no caso de sucesso feminino; jamais os reclamos decorrentes das falhas.

---

[74] GOSDAL, Thereza Cristina. Op. cit., p. 33.

[75] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 28-29.

[76] FERNANDEZ, Maria del Rosario Valpuesta. Op. cit., p. 369.

Assim, é preciso cindir o cenário intramuros (o próprio da família, da casa) do espaço externo (da escola e do trabalho). Isto é, não há como vislumbrar os mecanismos de avanço da condição feminina sem reconhecer as amarras do retrocesso, inclusive daquelas que são firmadas ao longo da vida sem que a própria mulher, às vezes, se dê conta disso. Nada mais apropriado então, que fazer mais uma brevíssima retrospectiva histórica, para se defender, justificadamente, a necessidade de revisão dos papéis do homem e da mulher em todos os espaços usuais de convívio – na família, na sociedade e no mercado de trabalho.

Sem isso a mulher sempre estará e continuará em desvantagem face o homem, e sua autonomia existencial não passará de um arremedo, aí se inserindo a possibilidade de, sozinha, traçar o próprio destino. *E.g.*, tendo filhos sem necessitar de um homem, portanto fazendo uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida.

Está-se a falar, pois, de uma revisão crítica da doutrinação por terceiros que, paradoxalmente, parece ser de mais fácil superação na contemporaneidade que a própria mudança do comportamento pessoal e familiar, onde o Estado Brasileiro não deve se imiscuir, salvo naquelas situações-limite, como a da violência contra a mulher.

1.4.1 As Instituições de Ensino, a Educação e a Condição Feminina

Não parece restar dúvida de que a própria sociedade contribuiu para a dominação do homem sobre a mulher, assim fazendo-a, por séculos, um ser de segunda classe. E a educação "dirigida" no Brasil, e mesmo a anterior ausência dela, tiveram papel marcante para isso:

> No final do século XIX, as mulheres, mesmo nos centros urbanos mais importantes do Brasil, eram em sua maioria analfabetas (...). E as que haviam aprendido a ler e escrever eram em geral estimuladas, pelos pais, pelas escolas e pela Igreja, a aperfeiçoar suas habilidades domésticas e artísticas, e não a desenvolver suas mentes. Em 1881, a um grupo de moças matriculadas nas classes femininas recém-criadas na Escola de Artes e Ofícios, disse o educador Félix Ferreira que elas não se deviam empenhar em tornar-se médicas, intelectuais ou livre-pensadoras. Ao invés disso,

> lembrava-as de que elas, como mulheres, estavam "destinadas a fazer a felicidade de um homem" e deviam buscar, acima de tudo, adquirir "conhecimentos precisos para saber governar bem uma casa."[77]

O Direito, outra vez apropriando-se da valoração social de tempos idos, não se fez diferente, legitimando de forma subliminar a situação da mulher, de manter-se sob o jugo do homem: "Apenas em 1879 o governo brasileiro possibilitou às mulheres cursarem o ensino de terceiro grau, mas as que buscaram este caminho estavam sujeitas ao preconceito social por seu comportamento contra a 'natureza'."[78]

Afinal, se as mulheres permaneceram até meados do século passado confinadas ao ambiente doméstico, sem acesso à educação qualificada, e, ademais, sem gozar dos atributos da cidadania, inclusive porque juridicamente excluídas, poderiam elas sobreviver sozinhas? Quem antecipadamente responde a esta indagação é MONTESQUIEU,

> [...] Não – dizia-me um filósofo galantíssimo com as mulheres –, a natureza jamais ditou uma lei nesses termos. O império que detemos sobre elas é uma verdadeira tirania: elas só nos deixaram adquiri-lo porque são mais doces do que nós, e, portanto também mais humanas e racionais. Se fôssemos razoáveis, essas vantagens certamente lhe valeriam ser consideradas superiores a nós, mas como não o somos, fizeram que sejam tidas por nossas inferiores. Ora, se é certo que sobre as mulheres só exercemos um poder tirânico, não é menos certo que elas exercem sobre nós um império natural – o da beleza, ao qual nada resiste. O domínio do homem não existe em todos os países, mas o da beleza é universal. Porque, então, teríamos algum privilégio? Seria por sermos mais fortes? Mas trata-se de uma verdadeira injustiça. Utilizamos todos os meios para abater-lhes a coragem; se recebessem a mesma educação suas forças se igualariam às nossas. Bastará exercitá-las nos talentos que sua educação não tenha debilitado, e veremos se somos tão fortes assim. [79]

Ao impedir a mulher de ter acesso à educação superior, o homem (detentor do poder – executivo e legislativo) também lhe retirava a possibilidade de disputar melhores empregos e de ocupar um espaço de maior relevo junto à sociedade "culta". E a razão histórica de se permitir acesso aos bancos acadêmicos não se deu em prol do desenvolvimento da mulher, mas por fins preestabelecidos, voltados, num primeiro momento, ao espaço privado – para

---

[77] BESSE, Susan K. Op. cit., p. 126.
[78] SANTOS, Tânia Maria. Op. cit., p. 4.
[79] MONTESQUIEU. **Cartas Persas**. São Paulo: Nova Alexandria, 2005. p. 60.

educação dos filhos, para saúde da família e para administração eficiente de seus lares. Era necessário, ou, pelo menos, útil ter a mulher disponível em casa e para a casa.

Num segundo momento, que ainda remonta ao final do século XIX e início do século XX, a educação feminina se tornou uma necessidade no Brasil, tanto para as mulheres como para a própria sociedade, e por conta do processo de rápida urbanização e industrialização, que reclamou aptidão ao enfrentamento das novas contingências econômicas da vida. É que os homens, sozinhos, não davam mais conta de satisfazer as necessidades econômicas da família, porque a produção doméstica havia se deslocado para o mercado. Aquilo que as mulheres outrora produziam em casa para satisfação interna haveria de ser adquirido junto ao comércio. Na prática, entretanto, ainda assim as escolas que formavam as moças para o mercado direcionavam-nas para aceitar os papéis domésticos femininos como, repita-se, "naturais" e necessários.[80] Afinal, se prestariam a

> [...] preparar as mulheres para o casamento e a maternidade. M. F. Pinto explicou: 'Entendemos que a metade da tarefa [da educação] naturalmente recai sobre a mulher; [...] que a sua instrução criteriosa e sua educação apropriada – como garantia do aperfeiçoamento individual e da grandeza material e moral dos filhos – aceleram a marcha do progresso nacional; que o problema da atualidade brasileira está em a orientarmos, racionalmente, na obra grandiosa da nossa evolução; que, sem a desviarmos da função normal – sua função principal – e sem lhe aconselharmos os exageros do feminismo, deveríamos educá-la com apuro, a fim de ser mãe inteligente e sadia de homens capazes e cultos; que a sua principal educação consiste no conhecimento claro do seu mister principal [da maternidade].[81]

Assim sendo, a educação da mulher de outrora – quando existente – acabava por reforçar o seu lugar na sociedade, o de vocacionada para o casamento e para a maternidade, de modo que a eventual incursão pelas instituições de ensino teria por escopo conferir-lhe melhores e maiores talentos.[82]

---

[80] BESSE, Susan K. Op. cit., p. 122-124.

[81] Ibidem, p. 129.

[82] Essa foi uma realidade também ostensivamente vivida pelas curitibanas. "Começou assim em 1950 a funcionar na Rua Jaime Reis – em prédio cedido pela Cúria Metropolitana, junto com a Escola de Serviço Social um curso de um ano de Formação para o Lar. Por solicitação de três alunas, que constituíram a primeira turma, o curso se tornou profissionalizante dando início em 1955 a primeira Escola de Educação Familiar do Paraná. O curso visava 'dar as jovens conhecimentos e habilidades que lhes permitirão desempenhar

Estes, é claro, deveriam estar voltados para a gestão do lar e para a boa educação dos filhos, além de, por evidente, para bem servir aos homens da casa, dentre os quais o marido. De toda sorte, a educação e mesmo a profissionalização jamais poderia se chocar com a feminilidade.[83]

Os tempos mudaram e o cenário acadêmico também mudou. A educação, pelo menos no que diz com a mulher, não está mais institucionalmente voltada à manutenção do *status quo*, ainda que certos cursos (mesmo superiores) persistam com a pecha de masculinos ou femininos.

De toda sorte, a educação parece ser um bom lugar para o início das transformações. Faz-se imperativo, assim, buscar conscientizar as pessoas da igualdade[84] entre mulheres e homens e antes mesmo da assunção dessa condição: de mulheres e homens. Margaret MEAD esclarece o cenário:

---

melhor sua futura missão no lar, como Donas de Casa e Mães de Família'. Em 1957 a Escola de Educação Familiar e as demais obras da Congregação passam a funcionar em prédio próprio, no Bairro do Batel, um dos bairros considerados da elite curitibana. Em março de 1961, a Escola foi considerada de nível Colegial, permitindo ingresso de suas concluintes aos cursos superiores. Em 1964 a escola recebeu licença para funcionar como Escola Normal com o nome de Colégio de Educação Familiar de Curitiba. O Colégio ficou conhecido em Curitiba com o apelido de 'Caça Marido', porque parte de seu currículo era composto por matérias que objetivavam a preparação para o matrimonio, como culinária, corte e costura, puericultura, administração doméstica e relações familiares. Investigar esta representação no imaginário de ex-alunas passou por uma tentativa de desvelar as relações entre educadoras e educandas, a partir do currículo escolar, da organização do tempo e do espaço escolar." (FUCKNER, Cleusa Maria. **Magistério e casamento**: memória e formação no colégio de educação familiar de Curitiba (1953-1986). Disponível em: <http://www.ichs.ufop.br/perspectivas/anais/GT1401.htm> Acesso: 14 jan. 2014).

[83] Guacira Lopes LOURO assim descreve esta situação ambivalente: "Percebida e constituída como frágil, a mulher precisava ser protegida e controlada. Toda e qualquer atividade fora do espaço doméstico poderia representar um risco. Mesmo o trabalho das jovens das camadas populares nas fábricas, no comércio ou nos escritórios era aceito como uma espécie de fatalidade. Ainda que indispensável para a sobrevivência, o trabalho poderia ameaçá-las como mulheres, por isso o trabalho deveria ser exercido de modo a não as afastar da vida familiar, dos deveres domésticos, da alegria da maternidade, da pureza do lar. As jovens normalistas, muitas delas atraídas para o magistério por necessidade, outras por ambicionarem ir além dos tradicionais espaços sociais e intelectuais, seriam também cercadas por restrições e cuidados para que sua profissionalização não se chocasse com sua feminilidade." (LOURO, Guacira Lopes. Mulheres na sala de aula. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012.p. 453).

[84] A igualdade aqui defendida, na esteira de SOUZA (SOUZA, Jessé. A má-fé da sociedade e a naturalização da ralé. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 390), há de satisfazer a critérios objetivos (emprego, renda, posição, titulação, qualificação profissional etc.) e subjetivos (autoestima, relacionamento, maternidade etc.), não servindo a viabilização de acesso a alguns apenas ou de quase todos. É que, por evidente, a dignidade não comporta meios-termos.

> todas as discussões sobre o estado das mulheres, sobre o caráter, o temperamento das mulheres, sobre sua submissão e a emancipação das mulheres, fazem perder de vista o fato fundamental, isto é, que os papéis dos dois sexos são concebidos segundo a trama cultural que se acha nas bases das relações humanas e que o menino, à medida que vai se desenvolvendo, é modelado tão inexoravelmente quanto à menina, segundo um cânone particular e bem definido.[85]

Portanto, referida conscientização há de se dar, também, a partir da educação infantil e básica,[86] de modo a promover os talentos das meninas e dos meninos indiferentemente, não numa perspectiva de descaso, mas de indiferença à diferença de gêneros.

Nessa esteira, com a mulher "moderna" encontrando o ambiente do trabalho mais favorável à sua realização como pessoa humana, concretizando também (e sob qualquer forma) o seu projeto existencial – de modo a alimentar todas as dimensões que sua dignidade requer[87] –, e, simultaneamente, vendo meninas e meninos sendo tratados da mesma maneira nos primeiros espaços sociais de interação (a creche e a escola), parece ser possível imaginar que, daqui a alguns anos, qualquer criança poderá, indiferentemente, sonhar qualquer sonho: como o de ser bombeira ou bombeiro, engenheira ou engenheiro, médica ou médico, professora ou professor e, quem sabe até, "presidenta" ou presidente (do Brasil).

---

[85] MEAD *apud* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O princípio da isonomia e a igualdade de mulher no direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 89.

[86] Embora preocupados apenas (*sic*) com a violência contra a mulher, estudos dessa ordem chegam à mesma conclusão: "**Promoting Gender Equality -** Although awareness-raising is an essential component of end-violence work, it is often out of action plans. Awareness-raising should not only include police, judges and health-care and social workers but society at large. School curricula for children can be shaped to promote an equality-based view of gender relations and include programmes on violence prevention." (**NOT a minute more**: ending violence against women. New York: United Nations, 2006. p. 59)

[87] António Enrique PÉREZ LUÑO apresenta essas dimensões correlacionando a dignidade com a igualdade e a liberdade: "La dignidad humana, en cuanto se concreta en el libre desarrollo de la personalidad, no puede ser ajena a la libertad; ésta, a su vez, no sólo se halla inescindiblemente vinculada a la dignidad, sino que en sus dimensiones positiva y comunitaria implica a la igualdad, porque difícilmente se puede hablar de libertad para todos, si todos no son iguales entre sí; al proprio tiempo que la igualdad persigue y se orienta hacia la dignidad y la libertad, puesto que repugnaría a suya propia condición de valor el que se la pudiera concebir (aunque de ello no han faltado ni faltan ejemplos históricos) como igualdad en la humillación y en la opresión." (PÉREZ LUÑO, António Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. Madrid: DYKINSON, 2007. p. 114.)

1.4.2 Das Diferentes Condições da Mulher na Família, no Mercado de Trabalho e na Sociedade

Mas esses sonhos se mostravam muito distantes da realidade das mulheres no final do século XIX e início do século XX. Como visto poucas estudavam e quando assim o faziam era para futuro retorno ao lar, com melhor qualificação para servir. A despeito disso, mesmo assim decrescia o valor do trabalho doméstico da mulher, aquele realizado no seio da família, por conta da industrialização que supria o mercado inclusive das necessidades "do lar", o que a tornava ociosa e, por via de conseqüência, menos útil "socialmente".

Essa situação acabou rotulada de "parasitismo" e serviu de mote para incremento do trabalho assalariado do gênero feminino,[88] que, contudo, nunca se desvencilhou de ocupações de menor *status* social (ocupações "da" enfermeira, "da" professora, "da" secretária, "da" balconista, "da" assistente social etc.)[89] e de remuneração nitidamente inferior. E foi esta característica específica que fez com que a expansão fosse ainda mais forte, porque a contratação de uma mulher se mostrava mais eficiente nos resultados e mais econômica. O pano de fundo para a exploração desmesurada do trabalho da mulher era, pois, perfeito e perdurou por décadas.[90]

Esse contexto, todavia, poderia até parecer forçado para alguns incautos. Entretanto, estudo patrocinado pelo Ministério do Trabalho, e publicado nos idos de 1985, provava que não. Ao contrário, demonstrava que o *status* social da mulher brasileira não havia se alterado quase nada:

---

[88] BESSE, Susan K. Op. cit., p. 143-144.

[89] Nada obstante, parecia haver "uma razão" para destinação desses cargos às mulheres, na época: "[...] as atividades profissionais representavam um risco para as funções sociais das mulheres. Dessa forma, ao se feminizarem, algumas ocupações, a enfermagem e o magistério, por exemplo, tomaram emprestado as características femininas de cuidado, sensibilidade, amor, vigilância etc. de algum modo se poderia dizer que 'os "ofícios novos" abertos às mulheres neste fim de século levarão a dupla marca do modelo religioso e da metáfora materna: dedicação-disponibilidade, humildade-submissão, abnegação-sacrifício'." (LOURO, Guacira Lopes. Op. cit., p. 454).

[90] BARROSO, Carmen. **Mulher, sociedade e estado no Brasil.** São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 17.

> As dificuldades no mercado de trabalho, a própria expectativa quanto ao papel que a sociedade destina às mulheres (o de serem mães e cuidarem de seus filhos), bem como a dificuldade de conciliar o trabalho e a atividade doméstica forçam-nas a abandonar precocemente a vida produtiva. [...] Sem dúvida, uma condição que pode favorecer o ingresso e a própria permanência da mulher no mercado de trabalho é o seu nível de instrução.[91]

Aliás, ele só atestou que o quadro sinalizado muito antes era ainda mais gravoso.[92] Nada obstante, para Maria Ester de FREITAS a conquista jurídica havida auxiliou no avanço feminino:

> Depois de muitas águas e muitas pontes, as sociedades de hoje começam a se dar conta de que podem e precisam contar com a realização do potencial da outra metade de sua população; ou seja, as capacidades e os talentos das mulheres também são parte do ativo intelectual social e precisam realizar-se para tornarem-se evidências. A competição cada vez mais sofisticada em todos os setores e esferas da vida não pode prescindir de qualificações cada vez mais elevadas e diferenciais. E não se pode negar, tampouco impedir, o extraordinário avanço nas últimas décadas das mulheres na vida escolar e universitária, inclusive como maioria em vários cursos de pós-graduação, em todas as partes do planeta.[93]

---

[91] ZYLBERSTAJN, Hélio; PAGOTTO, Carmen Silvia; PASTORE, José. **A mulher e o menor no mercado de trabalho**. São Paulo: Nobel; Brasília: Ministério do Trabalho, 1985. p. 72.

[92] "**2. O Trabalho das Mulheres** Que tipos de empregos são reservados às mulheres brasileiras? Os dados disponíveis indicam que, via de regra, a mulher tende a ocupar os empregos que não exigem maiores qualificações. Metade das mulheres que vivem na cidade e no campo trabalham ou em atividades agrícolas (25%) ou na prestação de serviços (25%) – basicamente como empregadas domésticas. A outra metade se distribui por empregos supostamente melhores: demais atividades no terciário, que incluem atividades sociais, bancos, transportes, etc. (25%), secundário (12%) e comércio (10%) (Tabela 4). Portanto, para a mulher brasileira, mesmo para as que vivem em zonas urbanas, os empregos disponíveis são os de menor status: trabalhadora agrícola, empregada doméstica, operária não-qualificada, balconista, etc. A professora, a enfermeira, a funcionária pública – embora sejam profissões 'femininas' – constituem apenas 1/4 da força de trabalho." (Ibidem, p. 76.) Não se imagine, entretanto, que isso tenha acontecido apenas no Brasil, e por uma suposta ignorância dos brasileiros, como rápida e inadvertidamente diriam alguns. Nos EUA a situação era praticamente a mesma: "E assim é que, em 1981, nos Estados Unidos, a remuneração global das mulheres que trabalhavam em tempo integral equivalia a 65% daquela auferida pelos homens, atingindo um percentual superior ao de 1979, quando a proporção era de 63%. No setor da agricultura, cujos salários são mais baixos, é que a remuneração das mulheres mais e aproximava daquela percebida pelos homens, sendo de 82% o percentual. Nas profissões intelectuais, a remuneração global das mulheres correspondia a 72% daquela atribuída aos homens". [BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. *In*: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTR, 2000. p. 45 - rodapé.]

[93] FREITAS, Maria Ester de. O sexo do trabalho intelectual. *In*: FREITAS, Maria Ester de; DANTAS, Marcelo (Org.). **Diversidade sexual e trabalho**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 204.

Observa-se, assim, que as mulheres procuraram estudar de forma contínua, o que se refletiu em melhor capacitação acadêmica, equilibrando – em parte[94] – as diferenças de oportunidades entre os gêneros.

A idéia da salvação financeira pelo casamento, pela dependência do homem, foi sendo ultrapassada na medida do acesso à educação universitária e das possibilidades de êxito financeiro daí advindo, fazendo surgir uma nova mulher.

> A mulher moderna é aquela que se caracteriza por construir sua identidade a partir do trabalho e compreender as relações entre ela e os homens como um fim em si mesmo. Explicando melhor, essa mulher acredita ou pensa acreditar que a base das relações é o afeto, a cumplicidade, o cuidado mútuo. A sua compreensão de relacionamento entre homens e mulheres tende a ser mais moral do que instrumental, uma vez que essa mulher tende a enxergar a relação afetiva como, predominantemente, um fim em si mesmo e não como um meio para realização de seus objetivos.[95]

Portanto, a mulher contemporânea inserida com êxito no mercado de trabalho não precisa mais de um companheiro provedor; ela é bastante em si para sobreviver, bem como para adquirir e administrar bens. Assim emancipada, vê-se apta a decidir e a determinar autonomamente o próprio destino. Destarte, o homem passa a ser verdadeiramente companheiro de assistência afetiva e sexual e não instrumento para subsistência.

Dissolvem-se, pois, a determinação de papéis até então estanques, pela assunção de novas funções de um e de outro (homem e mulher), desconstruindo um padrão assinalado a cada qual por séculos. Distingue-se, então, a primazia da pessoa – do homem ou mulher, de todas elas – caminhando rumo à igualdade

---

[94] O que se viu foi, verdadeiramente, uma revolução também nas universidades. O problema, notório, é que nem todas as mulheres, desde então e ainda, têm igualdade material de acesso a elas. Muitas, infelizmente, acabam por abandoná-las quando do matrimônio ou do nascimento do primeiro filho. É que a discriminação da mulher se retroalimenta, muitas vezes, com o casamento e com o surgimento da prole – tornando a realização do projeto parental e/ou de constituir família como verdadeiro risco para a realização no trabalho.

Reconheça-se, ainda, que a melhor qualificação acadêmica não conduz *ipso facto* à melhor qualificação para atuação no mercado de trabalho. Isso foi diagnosticado nos anos de 1970 e 1980, quando se demonstrou que "as mulheres recebiam, respectivamente, 46% e 33% do salário pago aos homens, apesar de possuírem nível de instrução mais elevado. É que o nível de instrução mais elevado não corresponde, necessariamente, ao desenvolvimento de funções mais qualificadas, em face da distinção que existe entre uma cultura escolar e uma cultura profissional." (BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 46.)

[95] MATTOS, Patrícia. **A mulher**... p. 172.

material, inserindo a mulher em todas as esferas da sociedade, minimizando as distorções até então evidentes. Como disse "Hannah ARENDT, (...) nós não nascemos iguais; nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garanta a todos direitos iguais."[96]

Assim, as mulheres brasileiras passaram a acreditar que seriam reconhecidas como fundamentais também ao desenvolvimento da sociedade, para além da família. As que puderam, e tiveram condições, deixaram de investir todos os sonhos e projeções de vida na união com o homem e procuraram, ademais, desenvolver, como tantas vezes repetido, "seus talentos".

Dotadas, então, de autopercepção e visão prospectiva, as mulheres passaram a concorrer por vagas de trabalho com os homens, ainda que protelando ou abrindo mão da própria maternidade. E as "exitosas" (pelo menos junto ao mercado de trabalho) tornaram-se, pois, "empoderadas" por meio da possibilidade de tomada de decisões coletivas e de mudanças individuais,[97] servindo de referência para as futuras gerações.

Em suma, diante da supremacia constitucional instalada em 1988, que alardeava e garantia a igualdade aos gêneros, e dessa (tentativa generalizada de) mudança de comportamentos, esperou-se, sem sucesso, que a discriminação da mulher seria afinal superada.

O primeiro motivo para que a discriminação feminina persista advém da realidade: nem todas as mulheres, neste nosso Brasil continental, têm condições – pessoais, familiares, psíquicas e econômicas – para tanto, quer como pretensão, quer como realidade. O segundo se extrai do fato de que aquelas tantas que puderam estudar e, pois, almejar melhores colocações no mercado de trabalho,[98] ainda assim continuam encontrando barreiras quase intransponíveis no dia-a-dia. É dizer, os problemas persistem, apenas que de modo estratificado, a começar pela situação econômico-financeira da mulher.

As mulheres que praticamente (sobre)vivem do próprio corpo pela falta

---

[96] ARNS, Cardeal Dom Paulo Evaristo. Para que todos tenham vida. *In*: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTR, 2000.p. 18.

[97] MELO, Marlene Catarina de Oliveira Lopes. Op. cit., p. 345-346.

[98] Para aprofundamento, confira-se: Ibidem, p. 337-372.

de outras habilidades mais qualificadas, e que não são poucas no país, são denominadas como mulheres "da ralé".[99] São elas que ainda se fazem constantes vítimas de violência doméstica e experimentam, na pele, os estigmas sociais construídos ao longo dos séculos. Continuam condicionadas a servir de instrumento para satisfação dos homens e, para isso, mantêm o corpo "hipersexualizado"[100] tanto quanto possível, impedidas de criar vínculos de solidariedade entre as mulheres,[101] sem prejuízo de eventualmente cumularem os

---

[99] Mas em que consiste essa tal de "ralé"? "O termo 'ralé' é usado de forma provocativa para denominar aquelas pessoas que não possuem, em nenhuma dimensão significativa, conhecimento incorporado ao corpo. Sendo assim, o que elas têm a oferecer ao mercado é o próprio corpo, enquanto mero dispêndio de energia muscular. Nesta categoria, enquadram-se os que estão integrados de forma precária ou não estão integrados de nenhuma forma ao mercado. A classe média, em oposição à 'ralé', tem, tendencialmente, uma maior quantidade de conhecimento incorporado ao corpo e detém características como: disciplina, controle do corpo, cálculo prospectivo, auto-responsabilidade e autodomínio. Apesar das variáveis renda e escolaridade serem importantes para identificação das classes sociais, como estamos trabalhando com uma dimensão sociocultural de classe, elas são agregadas à idéia de classes capazes de aprendizados morais ou não, melhor dizendo, de classes que incorporam conhecimento ao corpo ou não. Afinal, são essas características que irão explicar por que alguém detém renda e escolaridade diferencial e não o contrário." (MATTOS, Patrícia. **A mulher**... p.161.); "(...) o brasileiro da 'ralé', quando visto com a lucidez crítica da sociologia, é aquele despossuído de todos os pré-requisitos para a generosidade do amor, ficando apenas com o amor da renúncia, o das mães que usam o próprio corpo como filtro para retirar da agressividade que sofrem em casa (e na rua também) algum afeto para os filhos, na tentativa de livrá-los do destino de seus pais." (SILVA, Emanuelle; TORRES, Roberto; BERG, Tábata. A miséria do amor dos pobres. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 144.); "É assim que 'funcionamos' na sociedade de mérito. O que precisamos entender é por que um certo tipo de gente (a ralé como um todo) não se enquadra no perfil privilegiado pela lógica da competitividade." (MACIEL, Fabrício; GRILLO, André. O trabalho que (in)dignifica o homem. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 246.); "Essa miséria é todo um modo de vida, miséria que inclui, mas não se esgota na falta de dinheiro, equivale muitas vezes também à ausência de critérios de reconhecimento social que erigem a dignidade humana das crianças e dos mais frágeis em geral, para além de sua utilidade (ou inutilidade) mais imediata para o trabalho e, especialmente, no caso das mulheres, mas muitas vezes também com os meninos, para a satisfação de pulsões sexuais por parte dos homens adultos. Assim, nos melhores dos casos, tão logo essas meninas sejam julgadas aptas a contribuir, o que acontece muito precocemente pela idade dos 8 anos, elas serão responsabilizadas pelos serviços domésticos, o cuidado com os mais novos, o preparo dos alimentos e mesmo a lida na lavoura (...)." (CARNEIRO, Maria Teresa; ROCHA, Emerson. "Do fundo do buraco": o drama social das empregadas domésticas. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 129.)

[100] Entenda-se como corpo hipersexualizado "aquele no qual os signos e as indumentárias do desejo sexual tornam-se absolutos em relação a qualquer outra fonte de atração e reconhecimento." (SILVA, Emanuelle; TORRES, Roberto; BERG, Tábata. Op. cit., p. 170.)

[101] E esses vínculos não se formam porque predomina a regra do "cada um por si": "(...) podemos levantar a hipótese de que existe uma competição 'velada' entre as mães e filhas da ralé, nunca admitida enquanto tal, impedindo vínculos de solidariedade entre as mulheres que

papéis de donas de casa – melhor dizendo, de domésticas *pro bono* em seus próprios lares – e profissionais no mercado (= "domésticas remuneradas"). Para elas, "ser mulher" continua sendo um fardo diário.[102]

As outras, as mulheres "felizardas" – urbanas e de classe média, pelo menos –, não sofrem do mesmo mal; sofrem de outros. Muitas vezes protelam ou renunciam ao projeto pessoal e parental por conta da carreira, e quando assim o fazem, conscientemente, sofrem os efeitos "naturais" decorrentes do decréscimo da fertilidade, além da pecha social de egoísta. Estas, na melhor das hipóteses, são vistas como mulheres incompletas, simplesmente pela falta de filhos. E mais, a despeito de tudo quanto abdicam para se qualificar (inclusive academicamente) com vistas à melhor colocação e realização profissional, elas percebem remuneração inferior a dos homens, têm dificuldade de acesso ao trabalho e de mantê-lo, e **quase nunca** chegam ao topo da pirâmide, tanto aquela construída pelo Estado como pelo próprio mercado:

> A conquista da igualdade de remuneração não se mostrou suficiente, pois a discriminação manifesta-se não só pela via de medidas arbitrárias tomadas em relação ao salário, como também no tocante à formação profissional, ao acesso das mulheres ao trabalho, à manutenção e condições de emprego, acentuando-se quando se trata de mulher casada, com responsabilidades familiares. (...) Os postos de chefia e de direção, que envolvem poder de mando, continuam sendo conferidos aos homens, inclusive nas profissões em que as mulheres são maioria, como é o caso do setor de ensino. Obstáculos implícitos derivados de preconceitos psicológicos e estruturais constituem as chamadas "barreiras invisíveis", que impedem o acesso das mulheres aos cargos diretivos, em todos os países.[103]

Explicando melhor,

---

sofrem do mesmo 'mal' – serem reduzidas, antes de tudo, a corpo sem alma". (MATTOS, Patrícia. A dor e o estigma da puta pobre. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 190.)

[102] Dentre as mulheres da ralé está a prostituta, o tipo de mulher mais excluída e estigmatizada da sociedade. O que determina a "escolha pré-escolhida delas" para a "queda" na prostituição é o que se percebe ser comum na história desse grupo: um tipo de socialização familiar disruptivo, que impede a transmissão afetiva de valores como a disciplina, autocontrole e pensamento prospectivo, num contexto familiar marcado pela ausência da figura paterna e pela presença de relações instrumentais de todo tipo, a começar pela naturalização de abusos sexuais sofridos na infância. (MATTOS, Patrícia. **A dor...**, p. 175-176.)

[103] BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p 51; 54.

> Teto de vidro é um conceito que vem sendo abordado em pesquisas sobre gênero há dezenas de anos (STEIL, 1997). Trata-se de uma barreira que impede a ascensão das mulheres ao topo da hierarquia organizacional. É de vidro, em razão da sutileza com o qual ele se configura (STEIL, 1997). As mulheres, observa Morgan (2002), podem enxergar oportunidades no topo das organizações nas quais se inserem, mas o caminho para chegar a esse topo é, muitas vezes, bloqueado pelo preconceito sexual, o qual define como a realidade organizacional é criada e sustentada no dia a dia.[104]

É isso que se propõe como obstáculo à equalização dos gêneros para a outra categoria de mulheres. Para elas, as "felizardas", em união estável ou casadas, a situação se mostra mais difícil, porque ainda são muitos os empresários que vêem no casamento não apenas uma barreira à ascensão funcional, mas um provável prejuízo – organizacional e econômico – decorrente do afastamento na presunção da superveniência de filhos.[105] Dentre outros "inconvenientes", para dizer o mínimo, a estabilidade no emprego reclama a substituição remunerada no período por outro obreiro, que à vezes precisa ser capacitado para tanto e, pois, não traz os resultados de praxe.

Similarmente, a sociedade não aceita e discrimina a mulher que compartilha, ou deixa os filhos sob a responsabilidade do pai, *e.g.* quando da dissolução do casamento, para dar impulso a uma carreira de sucesso e, às vezes, para por fim a uma união que não suportou a equiparação concreta dos supostamente desiguais. No mesmo sentido é a leitura que se faz da mulher que prescinde da maternidade, como se ela fosse menos mulher por deixar de ser mãe.[106]

Por conta disso tudo parece, então, que é preciso

LUTAR CONTRA UMA TRADIÇÃO

---

[104] VERGARA, Sylvia Constant; GOMES, Ana Paula Cortat. Gênero no ambiente acadêmico. *In*: FREITAS, Maria Ester de; DANTAS, Marcelo (Org.). **Diversidade sexual e trabalho**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 294.

[105] Thereza Cristina GOSDAL descreve, e objetivamente, essa situação: "Gestação, parto, amamentação e encargos familiares continuam fundamentando condutas discriminatórias das empresas relativamente às mulheres trabalhadoras. É preciso um combate efetivo a essas práticas discriminatórias, não apenas em razão da relevância social da maternidade, mas também porque essas normas, em razão de seus fundamentos, anteriormente expostos, tendem a permanecer vigentes." (GOSDAL, Thereza Cristina. Op. cit., p. 220.)

[106] Tanto isto se sustenta, na perspectiva social, que o termo "nulípara" designa a mulher sem filhos, não possuindo equivalente para o homem.

> As mulheres sempre trabalharam. Vimos de uma tradição de séculos de trabalho doméstico, remunerado ou não: uma tradição de exploração das mulheres e meninas das classes mais baixas, forçadas a viver sob condições de servidão doméstica, prostituição ou trabalho operário desqualificado, Hoje, há milhares de mulheres de classe média que, por não terem estudado ou desenvolvido uma profissão, ou por estarem criando seus filhos, se vêem obrigadas a aceitar qualquer tipo de trabalho de meio período. Elas não têm segurança, status ou poder para combater a exploração a que estão sujeitas. Historicamente, as mulheres ainda são minoria no local de trabalho. (...) As mulheres entraram no mercado de trabalho com a garantia de remuneração, status e oportunidade. Tudo muito sedutor, mas a realidade quase sempre é outra. Mulheres que hoje ocupam postos médios ou altos na administração, no comércio, no campo acadêmico ou editorial, na medicina ou no ensino, não contam com a segurança de uma tradição que lhes dê suporte.
> Quando uma lei é finalmente aprovada, após muita batalha e esforço da parte de uns poucos indivíduos dispostos a dedicar tempo e energia para mudar a situação da maioria, proclama-se vitória. No entanto, **leis destinadas a reprimir práticas de racismo e machismo não provocam nenhuma mudança nas reações emocionais das pessoas. As atitudes apóiam-se em convicções profundas e duradouras, que têm raízes em percepções emocionais distorcidas que não se transformam com uma simples ameaça de sanção.** À medida que uma determinada ideologia ganha força, comentários que até então eram aceitáveis, ou mesmo aprovados em público, deixam de ser proferidos, mas continuam sendo *pensados* e admitidos intimamente. Esse tipo de preconceito oculto é mais insidioso e difícil de expor e combater, justamente porque atua subterraneamente.
> **As mudanças num sistema social – em uma dada hierarquia – ocorrem muito devagar.** Mudanças superficiais podem se dar com maior rapidez, **mas atitudes machistas, preconceitos, estereótipos e desigualdade persistem imutáveis e intocados pelos que criam leis e políticas públicas**.[107]

Isso é verdade, ainda que em termos. De tudo quanto observado se depreende que foi de fato apenas no último século que a mulher deixou de ser um "nada jurídico", até se tornar "coisa", depois indivíduo e, finalmente, cidadã. Nos dias de hoje, a mulher começa a "ser pessoa", aquela pessoa que sempre deveria ter sido – a despeito da ação do homem, que tanto a degradou, consciente ou inconscientemente.[108]

---

[107] DICKSON, Anne. **Mulheres no trabalho**: estratégias de sobrevivência. Trad. Eliana Rocha. São Paulo: Globo, 2001. p. 116-117 – negritou-se.

[108] Mas não são apenas os homens que contribuem para isso. A sociedade de consumo impregnou também o mercado de trabalho, que faz com que a mulher de hoje necessite se adequar a padrões nem sempre tangíveis para ter livre acesso e almejar qualquer tipo de reconhecimento: ela tem que ser magra, bonita, vestir-se adequadamente (ainda como "mulher honesta"), freqüentar salões de beleza para manter as unhas feitas e os cabelos "domados", e evitar as rugas, entre tantas outras obrigações "femininas", que, se não observadas, desencadeiam forte reprovação social. "Eis alguns dos atributos que usamos para nos avaliar em comparação e competição com outras mulheres: **atratividade**: aparência, forma do corpo, tom de pele, idade (real e aparente), cabelos, feminilidade; **inteligência**: formação, status que ocupa no trabalho, experiência, especialização; **condição social**: classe social, status do marido,

Daí que cumpre indagar **se há** e **quais medidas** podem ser tomadas, e **por quem**, para minimizar tamanha desigualdade social e profissional entre gêneros, em especial porque as mulheres não permaneceram omissas, desunidas e conformadas com suas condições. "Na verdade as pesquisas sobre a condição feminina que estão sendo realizadas demonstram que se tratou menos de um silêncio por parte das mulheres do que do silêncio imposto pela reconstrução histórica, pela ausência da documentação ou sua presença em documentos e manuscritos de difícil acesso."[109]

Para tanto é preciso assumir algumas situações não apenas como verídicas, mas como relevantes para a análise que se fará a seguir, em especial a partir da "redefinição" dos papéis femininos na sociedade e no mercado de trabalho. Isso exprime a providência minimamente necessária para conferir às mulheres a aptidão material de decidir e concretizar o próprio destino.

Em relação às mulheres "da ralé": (i) a mulher continua responsável em maior número pelas tarefas domésticas, pela gestão do lar, e pela educação dos filhos; (ii) (quando não sustenta sozinha a própria prole e às vezes o companheiro),[110] a mulher contribui financeiramente em boa (se não em grande) medida para o sustento de todos que formam o núcleo familiar; (iii) os filhos dificultam, quando não inviabilizam, o acesso da mulher ao mercado formal de trabalho; (iv) educação e políticas assistenciais não são bastantes em si para sanar os efeitos do não-reconhecimento da mulher (como ser humano que é, e dotado de dignidade própria) na família;[111] (v) a colocação desprivilegiada, marginal e desarticulada de uma carreira no mercado de trabalho faz com que a mulher não se veja reconhecida e, consequentemente, assista sua autoestima e dignidade minguarem (quando existentes), por falta de comprovação de utilidade prática na sociedade de mercado;[112] (vi) os efeitos pessoais causados por toda essa privação

---

número de filhos; **personalidade**: articulação, confiança, postura, relaxamento; **situação financeira**: roupas, poder aquisitivo." (negritou-se). (DICKSON, Anne. Op. cit**.,** p. 144.)

[109] BARROSO, Carmem. **Mulher**... p. 148.

[110] MATTOS, Patrícia. **A mulher**... p. 183-184.

[111] Idem.

[112] MACIEL, Fabrício. Todo trabalho é digno? *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. p. 300.

moral redundam numa generalizada apatia em relação à atuação cidadã nos espaços públicos,[113] o que retroalimenta o ciclo de discriminação.

Relativamente às mulheres **da outra classe**, em deliberada oposição às mulheres "da ralé" – aquelas detentoras de um padrão sócio-cultural-financeiro distinguido –, merece consolidação o seguinte, extraído especialmente das anotações feitas adrede: (i) a mulher continua responsável pelas tarefas domésticas, pela gestão do lar e pela educação dos filhos; (ii) a mulher, em boa medida, contribui financeiramente para o sustento de todos que formam o núcleo familiar; (iii) os filhos dificultam, quando não inviabilizam: (iii.1) o acesso da mulher aos postos mais elevados no mercado de trabalho; (iii.2) a construção de uma carreira; (iii.3) a manutenção do cargo e da carreira; (iv) a mulher continua recebendo menos que os homens para ocupações iguais; (v) os efeitos pessoais causados por toda essa situação contribuem para que muitas mulheres se mostrem infelizes, com sentimento de "culpa" por não poderem conciliar carreira, família e casamento – condições mínimas para um desenvolvimento pleno como ser humano.[114]

Todavia, não parece ser possível cogitar de responsabilidade exclusiva da organização familiar pela reprodução das desigualdades. Como muito bem observado por Jessé SOUZA,

> [...] as famílias não possuem, enquanto famílias, nenhuma matriz valorativa própria. Elas buscam a visão de mundo que implementam diariamente em "outro" lugar. Se não fosse assim cada família ensinaria coisas distintas aos filhos, o que, sabemos, não é o caso. Ao contrário, as famílias de uma mesma classe social ensinam coisas muito semelhantes aos filhos, e é isso que explica que esses filhos de uma mesma classe encontrem amigos, namorados e, depois, esposas e maridos da mesma classe e comecem todo o processo de novo.[115]

---

[113] Ibidem, p. 302.

[114] Por outro lado, ainda não parece confortável para o homem ser equiparado à mulher, menos ainda ser por ela sobrepujado. Ele não sabe como agir com uma parceira que ganhe tanto ou mais do que ele. O homem, até hoje, não aprendeu a respeitar, a se submeter no ambiente de trabalho, a amar e a conviver com a mulher como igual, formando um par. Talvez seja essa a razão por conta da qual "nos grandes centros urbanos, quanto mais instruídas, mais velhas e mais ricas, as mulheres brasileiras tendem a viver sós" (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. cit., p. 282), gerando um quadro feminino coletivo de solidão urbana sem precedentes.

[115] SOUZA, Jessé. Senso comum e justificação da desigualdade. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 44.

Sendo assim, na interação com os outros – que não os familiares – é que a mulher haverá de exercitar suas virtudes, de forma a demonstrar que nada tem de inferior em relação ao homem e que, por isso mesmo, deve gozar dos mesmos direitos e obrigações: da autonomia existencial para decidir a própria sorte e da responsabilidade de eleger os meios e pessoalmente assumir os encargos necessários para tanto.

As relações entre mulher e homem, como visto, são fruto da socialização e de experiências vivenciadas entre eles, e que, no espaço institucional, se apresentam como uma forma de reprodução e de expressão de relações de poder. Tais relações, por sua vez, são perceptíveis a partir das condições de sua emergência e dos jogos de interesses que as envolvem.[116]

Ou seja, é mais provável que a mulher ("da ralé" ou "afortunada") venha a encontrar no trabalho o ambiente propício para minimização das desigualdades ou, melhor, para maximização da sua igualdade **de fato** com o homem, já que a **de direito**, sozinha, não tem qualquer aptidão para mudar a vida. Na sequência, os resultados das novas experiências, especialmente atreladas ao empoderamento, certamente auxiliarão na mudança dos estereótipos, inclusive no próprio ambiente familiar, assim desbancando, passo a passo, a supremacia do modelo patriarcal.[117] Possibilitarão, ademais, que a mulher livremente projete e viabilize sua família da forma que melhor lhe convenha, inclusive – e ainda que excepcionalmente – monoparental, por meio da adoção ou mesmo da Reprodução Humana Assistida.

Em síntese, "de forma mais ampla, a cultura nacional se evidencia nas culturas organizacionais, o que reforça o entendimento de que ela pode acentuar ou reduzir a diferença entre homens e mulheres, sobretudo no que se refere à liberdade de escolha, da educação ao casamento, do vestir ao ir e vir."[118]

É preciso, pois, estimular as organizações empregadoras a conferir **mais** e **melhores** oportunidades à mulher – equiparando-a ao homem – porque assim estar-se-á semeando em terra boa, de forma que as virtudes dela possam vir à

---

[116] MELO, Marlene Catarina de Oliveira Lopes. Op. cit., p. 337.
[117] Ibidem, p. 366.
[118] VERGARA, Sylvia Constant; GOMES, Ana Paula Cortat. Op. cit., p. 309.

tona de forma natural, retroalimentando a cadeia de mudanças, especialmente culturais. Logo, com efeitos até mesmo de fora para dentro: do ambiente de trabalho para o interior da família.

1.5 O PAPEL DO ESTADO PARA A EMANCIPAÇÃO FEMININA

Como visto as mulheres nunca foram consideradas iguais aos homens ao longo da história, tudo por conta de preconceitos religiosos, do desconhecimento de médicos e psiquiatras, dos escusos interesses do mercado, das sociedades discriminatórias e da assunção do modelo de família patriarcal.

No mesmo sentido caminhou o direito, que foi se alterando e mitigando as distorções na medida em que os fatos sociais assim permitiam ou, até mesmo, exigiam. Isto é, na medida em que a mulher deixou de ser coisa e passou a se aproximar do homem enquanto "ser social", o direito passou a aproximá-los enquanto sujeitos de direito. Com a vigente Constituição de 1988 assumiu-se a formal igualdade entre gêneros, o que, todavia, não se mostrou bastante em si para alterar a realidade dos fatos.

Deste modo, a despeito da igualdade jurídica obtida depois de séculos de luta, a mulher continuou marginal, pela reiterada discriminação em casa, na escola e no trabalho. O direito infraconstitucional, por sua vez, foi reforçado e a discriminação no trabalho foi ameaçada de detenção e multa. Entretanto, ainda assim o cenário fático continua praticamente o mesmo, porque é o espaço social da mulher que reclama revisão mediante alteração dos estereótipos.

O que não se pode admitir, conseqüentemente, é que a morosidade na transformação cultural "dos gêneros" no Brasil impeça as mulheres de obterem, *in concreto*, a real igualdade de oportunidades para atingimento do seu desenvolvimento pessoal como pleno.

E para que tudo isso seja viável, o Estado também deve cumprir seu papel, não apenas legislando de modo a (tentar) coibir discriminações contra a

mulher, sob ameaça de sanção, [119] mas igualmente promovendo a conscientização e maximizando a igualdade entre os gêneros por meio de políticas públicas,[120] de ações afirmativas, e por especial consideração de que ela (a igualdade) constitui direito fundamental:

> [...] é sabido e aceito que os direitos fundamentais atuam como limites positivos e negativos à atuação do Estado, e, por conseqüência, à atuação do legislador, ou seja, devem atuar de modo a não contrariá-los, bem como têm o dever de promovê-los,

---

[119] Lei nº 5.473/1968 – "Art. 1º São nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos a seleção, assim nas emprêsas privadas, como nos quadros de funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedade de economia mista e de emprêsas concessionárias de serviço público. Parágrafo único. Incorrerá na pena de prisão simples de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa de NCr$100,00 (cem cruzeiros novos) a NCr$500,00 (quinhentos cruzeiros novos) quem, de qualquer forma, obstar ou tentar obstar o cumprimento da presente Lei." (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5473.htm> Acesso: 24 nov. 2013.)
Lei nº 9.029/1995 – "Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.
Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem; a) indução ou instigamento à esterilização genética; b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS). Pena: detenção de um a dois anos e multa. Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo: I - a pessoa física empregadora; II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista; III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações: I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinqüenta por cento em caso de reincidência; II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais." (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm> Acesso: 24 nov. 2013.)

[120] Para Maria Paula Dallari BUCCI, "política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados." (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito jurídico de política pública em direito. *In*: _____. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.)

restringindo e direcionando, dessa forma, a atuação dos representantes eleitos pelo povo.[121]

De outra banda, o Estado deve garantir à mulher os meios necessários à sua realização como cidadã,[122] permitindo-a participar ativamente das escolhas e da condução do Brasil ao futuro, bem como, em especial, viabilizar sua empregabilidade.

Isto é, o poder público tem o dever de prestar serviços públicos essenciais; *in casu*, oferecer e manter creches aptas a atender às demandas atuais,[123] assim permitindo à mulher freqüentar o trabalho com a tranqüilidade

---

[121] BARBOZA. Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional, Direitos fundamentais e Democracia. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 278.

[122] Lei nº 9.100/1995 – Estabelece normas para a realização das eleições municipais – "Art. 11. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher. § 1º Os partidos ou coligações poderão acrescer, ao total estabelecido no caput, candidatos em proporção que corresponda ao número de seus Deputados Federais, na forma seguinte: (...) § 3º Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres." (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm> Acesso: 24 nov. 2013.)
Lei nº 9.504/1997 – Estabelece normas para as eleições – "Art. 1º As eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Prefeito e Vice-Prefeito, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador dar-se-ão, em todo o País, no primeiro domingo de outubro do ano respectivo. (...)
Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinqüenta por cento do número de lugares a preencher. (...) § 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009) (...)
Art. 80. Nas eleições a serem realizadas no ano de 1998, cada partido ou coligação deverá reservar, para candidatos de cada sexo, no mínimo, vinte e cinco por cento e, no máximo, setenta e cinco por cento do número de candidaturas que puder registrar." (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm> Acesso: 24 nov. 2013.)

[123] Lei nº 8.069/90 – Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – "Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; (...)." (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso: 24 nov. 2013.)
Lei nº 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – "Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de: (...) V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino. (...)
Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

necessária ao bom rendimento dos seus afazeres. Sem isso, ela nunca será considerada como igual ao homem pelo empregador e o acesso ao trabalho e a construção de uma carreira estarão seriamente comprometidos. Pior, não terá igualdade em sua autonomia e menos ainda condições de ter filhos, sozinha, se assim desejar.

Anote-se, pois, que a discriminação afirmativa do gênero feminino constitui-se em uma política pública **ainda reclamada na atualidade** e que, num futuro próximo, poderá até mesmo se mostrar inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia, porém apenas quando mulheres e homens forem realmente iguais no Brasil.[124]

Portanto, nesse âmbito é que também se reclama por lei (e eventualmente por regulamento) que validamente faça distinção entre homens e mulheres, para o fim de (re)afirmar o espaço e lugar destas na contemporaneidade,[125] mas com

---

Art. 30. A educação infantil será oferecida em: I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; (...).” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm > Acesso: 24 nov. 2013.)

[124] Melhor dizendo, que se interprete *a contrario sensu* o magistério de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “[...] em determinado momento histórico parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso a certas funções públicas, e, em outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo racionalmente subsistente que convalide a vedação. Em um caso terá prevalecido a tese de que a proibição, isto é, a desigualdade no tratamento jurídico se *correlaciona juridicamente* com as condições do sexo feminino, tidas como inconvenientes com certa atividade ou profissão pública, ao passo que em outra época, a propósito de igual mister, a resposta será inversa. Por consequência, a mesma lei, ora surgirá como ofensiva da isonomia, ora como compatível com o princípio da igualdade”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 19. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 39-40.) E mais, que se aplique o raciocínio a partir da consideração de que a desigualdade persiste e se mostra aviltante, a despeito de todas as tentativas constitucionais e legais de mudar o cenário. Logo, parece que fomentar o acesso das mulheres ao mercado de trabalho, especialmente o privado e pelas razões expostas, não apenas se mostra juridicamente possível, mas necessário. E a omissão no cumprimento desse mister passa a assumir proporções inaceitáveis, daquelas que, ademais, merecem rechaço jurídico e individualizada responsabilização.

[125] Eis um bom exemplo de fomento estatal à discriminação afirmativa da mulher, dentre outros:

Decreto nº 4.228/2002 – “Art. 1º Fica instituído, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, sob a coordenação da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça.

Art. 2º O Programa Nacional de Ações Afirmativas contemplará, entre outras medidas administrativas e de gestão estratégica, as seguintes ações, respeitada a legislação em vigor: I - observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS; II - inclusão, nos termos de transferências negociadas de

necessária observância dos condicionantes referidos por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

> Sintetizando: aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de discriminação, pena de hostilizar o princípio isonômico. Diversamente, aquilo que é diferençável, que é, por algum traço ou aspecto, desigual, pode ser diferençado, fazendo-se remissão à existência ou à *sucessão* daquilo que dessemelhou as situações.[126]

Demais disso, a pauta da discriminação afirmativa de gênero há de ser igualmente razoável, em sua expectativa finalística, e proporcional no trato distintivo,[127] sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Quem assim afirma é Luis Roberto BARROSO:

---

recursos celebradas pela Administração Pública Federal, de cláusulas de adesão ao Programa; III - observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa; e IV - inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência."

E se esse decreto ficou "esquecido" – especialmente em relação aos incisos III e IV, do seu art. 2º – por uma suposta incompatibilidade (*sic*) com a Lei nº 8.666/93, então ele necessita ser revisto. E isso porque desde a Lei nº 12.349/2010, que alterou o art. 3º da Lei Geral de Licitações, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável foi erigida à condição de nova finalidade legal das licitações, ao lado da garantia da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa. De conseguinte, a maximização da responsabilidade social empresarial mediante priorização de contratação de mulheres pode e deve ser razoavelmente estimulada nas licitações instauradas no âmbito federal, não havendo nada que impeça os demais entes políticos de assumirem posição similar. Confira-se, na passagem: FERREIRA, Daniel. **Inovações para a incrementação da responsabilidade socioambiental das empresas**: o papel das licitações e dos contratos administrativos. Disponível em: <http://seminarioitalobrasileiro.com.br/arquivos/42-65.pdf> Acesso: 26 dez. 2013.

[126] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 32.

[127] Apenas a guisa de exemplo, a Lei Estadual nº 4.096/2011, do Mato Grosso do Sul, assim prevê, discriminando afirmativamente o espaço mínimo da mulher no mercado de trabalho da construção civil vinculada ao poder público: "Art. 1º O Poder Executivo Estadual fará constar, em todos os editais de licitação de obras públicas e em todos os contratos diretos realizados pela administração estadual, cláusula que disponha sobre a exigência de que a empresa contratada reserve no mínimo 5% (cinco por cento) das vagas de emprego na área da construção civil para pessoas do sexo feminino, desde que a reserva não seja incompatível com o exercício das funções objeto dos contratos. § 1º Não se entende como emprego na área da construção civil, para efeito desta Lei, os serviços de limpeza, faxina e afins, bem como as vagas na área administrativa. § 2º Para efeitos desta Lei entendem-se como emprego na área da construção civil os serviços na área operacional." Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/0ea2249a4b377ef6042579290040e955?OpenDocument> Acesso: 24 nov. 2013.

> Aliás, a própria Lei Maior desequipara as pessoas com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional, nacionalidade dentre outros. Assim, ao contrário do que se poderia supor à vista da literalidade da matriz constitucional da isonomia, o princípio, em muitas de suas incidências, não apenas veda o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como, ao contrário, impõe o tratamento desigual. (...)
> Parece-me, contudo, que a compatibilização entre a regra isonômica (na vertente do tratamento desigual) e outros interesses prestigiados constitucionalmente exige que se recorra à idéia de proporcionalidade. Somente assim se poderá obter um equilíbrio entre diferentes valores a serem preservados. (...)
> Vê-se, assim, que é possível discriminar em prol dos desfavorecidos economicamente, em detrimento dos mais abonados. Mas o tratamento desigual há de encontrar limites da razoabilidade para que seja legítimo. Este limite poderá vir expresso ou implícito no texto constitucional, e a conciliação que se faz necessária exige a utilização de um conceito flexível, fluído, como o de proporcionalidade.[128]

Somente com essas mudanças é que a sociedade brasileira igualmente se modificará, porque assim é que se destroem estigmas: da mulher "da ralé" – "doméstica" (do lar) e prestante apenas para os afazeres domésticos *ou* "hipersexualizada", que tem seu valor não nas habilidades da casa, mas no próprio corpo e nas habilidades do corpo; e da mulher "afortunada" (do lar e do mercado), prestante ainda para a manutenção da casa, para a educação dos filhos e para o mercado, mas apenas nos empregos de segunda classe e, preferentemente, nas "funções femininas".

A evolução exigida na igualização fática da mulher ao homem exige muito mais. Ela requer seu desenvolvimento pleno, portanto atendendo, repita-se, a critérios objetivos (emprego, renda, posição, titulação, qualificação profissional etc.) e subjetivos (autoestima, relacionamento, maternidade etc.), não servindo a viabilização de acesso a alguns apenas, mesmo de quase todos, porque a dignidade da mulher não comporta meios-termos.

Em suma, o caminho ainda é longo, mas a igualdade de gêneros no Brasil do século XXI é um sonho viável de ser sonhado, e acordado, porque sua concretização encontra-se em fase adiantada, de direito e de fato.

Contudo, ela exige superação diária das mulheres, em especial na derrubada dos muros do preconceito que ainda persistem no seio das famílias,

---

[128] BARROSO, Luís Roberto**. Temas de direito constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 160.

das escolas, do mercado e do próprio Estado, para fins de sua adequada emancipação nas mesmas esferas: familiar, social e econômico-laboral, privada ou pública.

De todo modo, biologicamente a mulher continua mulher e somente a ela (ainda) é dado, com liberdade, perpetuar a espécie humana, instrumentalizando o próprio corpo. E essa particular situação foi anotada por Luigi FERRAJOLI,

> (...) la libertad femenina se concibe, se teoriza, como una reivindicación en estrecha conexión con el cuerpo. La libertad femenina es, directa o indirectamente, una libertad del cuerpo, y precisamente de un cuerpo sexuado, de un cuerpo femenino: bien se trate de la libertad sexual; es decir, de la inmunidad del cuerpo de la mujer frente a violaciones, abusos sexuales, acoso, mutilaciones genitales o servidumbres conyugales; bien se trate de autodeterminación de la maternidad y de sus formas, y en cualquier caso de no constricción a embarazos forzados […] bien se trate, en general, de libertad como autodeterminación del propio futuro vital y laboral.[129]

Logo, é preciso investigar como essa situação infungível, de "ser mulher" – insuperável pela sociedade, pelo mercado e pelo direito –, é capaz de interferir na sua liberdade e na sua realização plena, como pessoa humana, que exige a consideração dos direitos da personalidade, em especial os que gravitam no entorno do projeto parental.

[129] FERRAJOLI *apud* ACHÉ, Pedro Morales. Los derechos reproductivos desde la perspectiva constitucional. *In*: PARCERO, Juan A. Cruz; VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres**. México: Fontamara, 2010. p. 138 – rodapé.

2. DA AUTONOMIA EXISTENCIAL DA MULHER NA CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA E NA CONCRETIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL

Como visto ainda falta muito para se igualar materialmente mulheres e homens na família, na sociedade e no mercado de trabalho, a despeito da tentativa formal de 1988 nesse sentido e das previsões legais que proscrevem discriminações descabidas entre gêneros sob ameaça de sanção ou que se fazem deliberadamente afirmativas.

No entanto, e ainda que isso seja alcançado algum dia, biologicamente apenas à mulher continuará reservado à capacidade de gestar, reafirmando sua condição natural de insuperável singularidade.

Acontece que, com a evolução tecnológica, a "participação masculina" acaba dispensável para a reprodução humana, o que viabiliza a monoparentalidade feminina (família composta apenas de mãe e filhos) e passa a exigir a análise crítica dessa possibilidade, notadamente a partir da reconsideração da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional.

Nesse ambiente, a autonomia existencial irrompe para fins de concretização do direito fundamental da mulher de (não) constituir família, de qualquer tipo, e de (não) ter filhos, como inerente ao direito ao próprio corpo, o que requer exame da "produção independente" e da Reprodução Humana Assistida como possibilidades fáticas na contemporaneidade.

É disto que trata o presente capítulo, de acentuar a residual distinção *natural* entre homens e mulheres que a legislação não consegue superar, provando que o direito ao corpo, embora inerente a todos os seres humanos, precisa ser diferentemente assumido quando se trate de um e de outro. Portanto, visa investigar a autonomia reprodutiva como inerente ao gênero feminino, o que leva ao debate acerca da evitação e interrupção da gravidez.

Assim sendo, aqui se revisita a condição feminina, de forma a vislumbrar a escolha planejada e responsável de constituir família e/ou de ter filhos como expressiva da dimensão emancipatória da mulher, de decidir o próprio futuro, à margem de considerações masculinas ou mesmo de índole coletiva.

2.1 DIGNIDADE (E LIBERDADE) COMO FUNDAMENTO DA AUTONOMIA EXISTENCIAL DA MULHER

Mais do que fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é o princípio que legitima e confere unidade de sentido a toda a ordem constitucional.[130] Ela importa na proteção (da própria pessoa) dentro das relações de que participa, inclusive naquelas de índole privada,[131] uma vez que, a partir do advento da Constituição de 1988, a pessoa humana deixou de ser um mero elemento dessas relações, simples titular de direitos e deveres, e passou a ser o ponto referencial de tutela.[132]

Quem bem afirma essa realidade é CANOTILHO ao sustentar que

> O sentido de uma República lastreada na dignidade da pessoa humana acolhe a ideia de um indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo seu próprio projeto espiritual. Trata-se do fundamento do domínio público da República, onde esta é tão somente uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve aos aparelhos políticos-organizatórios.[133]

---

[130] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e "novos" direitos na Constituição Federal de 1998:** algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 176-177.

[131] Considerando que o Estado Democrático de Direito é comprometido com a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais, assim prevendo mecanismos eficientes para que violações sejam coibidas e reparadas, também se assume que tanto o Estado quanto os particulares encontram-se vinculados aos direitos fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, "mínimo existencial" e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; GALDINO, Flavio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 582.)

[132] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 13. Neste contexto, pode parecer que a dignidade da pessoa humana não passe de uma concepção "meramente" jurídica. Porém, ela "(...) tem seu berço secular na filosofia, onde pensadores como Cícero, Pico della Mirandola e Immanuel Kant construíram idéias como antropocentrismo (uma visão do mundo que reserva ao ser humano um lugar e um papel centrais no universo), o valor intrínseco de cada pessoa e a capacidade individual de ter acesso à razão, de fazer escolhas morais e determinar seu próprio destino." (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 61.)

[133] CANOTILHO *apud* LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da personalidade na contemporaneidade:** a repactuação semântica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010. p. 45.

E é exatamente esse valor, o da dignidade da pessoa humana,[134] que serve de mandamento máximo de otimização de tantos outros princípios garantidores de direitos fundamentais correlatos, inclusive os sociais.[135]

Afinal, se todo o aparato estatal é construído no entorno **da** e **para a** pessoa, por evidente que a linha de chegada – a concretização deste princípio – também haverá de ter como destinatário a pessoa. É dela para ela, simples assim.

E **a pessoa** de que se pretende tratar com detença neste ensaio é a mulher.[136] Nessa senda, as condições que revelam a vida dela como digna traduzem-se mediante situações objetivas – pela disponibilização de serviços essenciais, *e.g.* –[137] e, ainda, em buscas subjetivas, projetos individuais. Logo, partindo do evidente e insuperável pressuposto de que toda mulher é única, assim também se deve compreender e assumir em relação aos móveis que a levam a se determinar no caminho de sua realização seja em que esfera for. Afinal, "a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores".[138] Demais disso,

> A polêmica acerca dos direitos humanos, ou dos direitos da personalidade, refere-se à necessidade de normatização dos direitos das pessoas em prol da concretude do princípio da dignidade da pessoa humana, do modo de melhor tutelá-la, onde quer que se faça presente esta necessidade. Aqui, e desde logo, toma-se posição acerca da questão da tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade. Não há mais, de

---

[134] Para Luís Roberto BARROSO, a melhor maneira de classificar a dignidade humana é como um princípio jurídico com status constitucional e não como um direito autônomo (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade**... p. 64).

[135] De outra banda, pode-se afirmar, também, que os direitos fundamentais, todos permeados pelo princípio da dignidade, não passam incólumes à variação das circunstâncias fáticas e sociais, de tempo e espaço, e o fato de não estarem expressos não impede o seu gozo. E isso se dá justamente por conta do caráter normativo dos princípios protetores destes direitos, resultantes dos valores assimilados ao longo dos tempos e assim definidos "democraticamente". Logo, se o estado assume uma feição social, então há direitos fundamentais de tal índole a serem atendidos. E não no plano da inação estatal que prestigia a liberdade, mas da intervenção satisfativa e, pois, materialmente necessária.

[136] Perceba-se, no entanto, que apenas excepcionalmente a "pessoa" é utilizada na forma feminina. A língua portuguesa denuncia o padrão masculino ao atribuir a palavra "homem" o significado e a referência de todos os seres humanos. (GUERRA, Raquel Diniz. Op. cit., p. 94.)

[137] Este ensaio não tem por escopo investigar as condições objetivas de dignidade da pessoa humana. No entanto, que reste devidamente assentado que até mesmo o Estado tem obrigações positivas a cumprir nessa seara, como a adequada prestação de serviços públicos essenciais, *e.g.* na necessária disponibilização de vagas em creches, para que a mulher possa dar mínima e simultânea continuidade aos projetos profissional e parental.

[138] BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade**... p. 10.

> fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do principio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral da tutela da pessoa humana.[139]

Então, com um conteúdo tão vasto quanto o anseio de cada ser humano – ainda que se tome emprestado o imperativo categórico moral de KANT[140] –, não há como definir o conteúdo e muito menos pretender normatizar todos os direitos que, uma vez concretizados, conduzam à vida digna.

Assim a dignidade se revela como cláusula geral do ordenamento,[141] que, repita-se, apenas se propõe a partir, no campo e com vistas à **livremente** promover o bem-estar de cada sujeito. Mas essa liberdade, por evidente, tem de ser compreendida em seu assento constitucional: "a liberdade é, a um só tempo, valor supremo do Estado Democrático, objetivo fundamental da República e também um direito fundamental".[142] E, não obstante a dignidade seja conformada por diversos valores, "seu principal pilar é a liberdade".[143] E, por sua vez, "a autonomia privada[144] é expressão positiva dessa liberdade no âmbito privado".[145]

Justamente por isso, cada pessoa – e cada mulher, em especial – deve ter a independência minimamente necessária para decidir e concretizar o próprio destino na exata medida de suas escolhas, personalíssimas, desde que, por

---

[139] MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 142.

[140] Da concepção da humanidade como um fim em si mesmo, como o mais apropriado a densificar o que seja a tal dignidade: "Eu digo que o homem, e em geral todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, e não meramente como um meio que possa ser usado de forma arbitrária por essa ou aquela vontade." (KANT, Imannuel. Trad. Paulo Quintela. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: Cambridge University Press, 1997. p. 428.)

[141] "A negociação que tem por objeto situações subjetivas não-patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à clausula geral de tutela da pessoa humana." (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 18.)

[142] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Op. cit., p. 104.

[143] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 92.

[144] "A idéia de autonomia privada constitui uma das dimensões fundamentais da noção mais ampla de liberdade." (SARMENTO. Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 175.)

[145] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Op. cit., p. 104.

evidente, não conflitem com os direitos de outrem. Aliás, como bem assentado por Ana Carolina Brochado TEIXEIRA,

> O papel do Estado não é optar por uma filosofia de vida que melhor atenda a seus interesses, mas possibilitar aos cidadãos que eles desenvolvam suas potencialidades, seu projeto de vida, para proporcionar o livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que isso não prejudique o outro – eis a barreira da sua conduta, inserida num país democrático pluralista.[146]

Dessa feita, a dignidade da pessoa humana só pode ser cogitada como efetivamente existente quando a pessoa é capaz de se autodeterminar e na medida do exercício de sua autonomia privada.[147]

Em mais apertada síntese, pois, a autonomia privada nada mais é do que um quadro ideal de regular por si as próprias ações,[148] "e esta é uma tarefa eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar esta tarefa à medida que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade."[149]

---

[146] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., p. 98. Contudo, demais disso, no exercício do direito de liberdade, deve haver a correlata responsabilidade, pois autonomia e responsabilidade são conceitos complementares. (Ibidem, p. 188.) Em similar sentido: "(...) o direito fundamental à autonomia privada tem como base a compreensão do 'ser humano com agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom e o que é ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros.' Nesse sentido, não cabe ao Estado, à coletividade ou a qualquer outra entidade estabelecer os fins que cada indivíduo deve trilhar, os valores que deve crer, as atitudes que deve tomar. Cabe a cada ser humano definir os rumos de sua vida, em conformidade com suas opções subjetivas. Esta é a idéia da autonomia privada, constituindo-se, **assim, como um dos elementos fundamentais do direito mais amplo de liberdade do indivíduo**." (PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. Autonomia da vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. *In*: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI:** XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 8245 – negritou-se.)

[147] Cabe aqui a distinção entre as expressões **autonomia privada** e **autonomia da vontade**: esta última tem conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito, de um modo objetivo, concreto, real; aquela encontra amparo no liberalismo e no pensamento kantiano; esta no Estado Democrático de Direito, que por si só confere contornos de função social em tudo que toca.

[148] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida. *In:* LOTUFO, Renan (Org.). **Direito civil constitucional**: caderno III. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 316.

[149] POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial, a proteção contratual no direito brasileiro. *In:* LOTUFO, Renan (Org.). **Direito civil constitucional**: caderno III. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 168.

Não por outro motivo, KANT apresenta três formulações diferentes ao seu imperativo categórico, dentre elas a fórmula da autonomia, por meio da qual apresenta a idéia da vontade de cada ser racional como a vontade formuladora da lei universal. "Autonomia é qualidade de uma vontade que é livre (...). Uma razão que se autogoverna."[150]

Daí afirmar-se, de modo plausível, que a autonomia privada "não existe apenas nos negócios jurídicos patrimoniais, mas em qualquer outro objeto em que não ocorra restrição legal e que seja possível manifestar-se na autonomia da pessoa."[151] E os negócios jurídicos não-patrimoniais – como aqueles necessariamente relacionados com os casos de gestação por substituição –, por sua vez, encontram limites no próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

De todo modo, sempre é preciso diferençar, nos moldes de Rose Melo Vencelau MEIRELES, autonomia privada patrimonial e autonomia privada não-patrimonial, também dita autonomia privada existencial, ou, mais simplesmente, "autonomia existencial": aquela se reporta a bens jurídicos patrimoniais; esta aos bens da personalidade, indisponíveis por natureza.[152]

Nesta perspectiva, a autonomia privada não-patrimonial é considerada como meio para se conferir proteção positiva às situações existenciais que, em última instância, apenas completam o caminho da dignidade.

Por intermédio dela – da autonomia privada existencial –, a pessoa, para garantir o livre desenvolvimento da sua personalidade, tem o poder de se autodeterminar. Ou seja, de criar, modificar ou extinguir situações subjetivas,

---

[150] BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade**... p.70-71.

[151] NANNI, Jorge Giovanni Etore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e os tecidos diante da Lei Federal n. 9434/97 e da Constituição Federal. *In:* LOTUFO, Renan (Org.). **Direito civil constitucional**: caderno III. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 262. Por isso mesmo, quando a negociação é sobre interesses não-patrimoniais, pertinentes à categoria do "ser", como no caso da concretização de família monoparental, seja de forma "natural" ou por meio de reprodução humana assistida, os atos de autonomia se relacionam necessariamente com a dignidade da pessoa. (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit., p. 318-319.) Para SARMENTO, a autonomia privada tem tutela constitucional, sendo muito mais intensa no plano das escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo de sua vida patrimonial e econômica, muito embora (a tutela) não seja uniforme. (SARMENTO, Daniel. **Direitos**... p.176.)

[152] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Op. cit., p. 94-150.

conforme o efeito mais adequado para a sua própria tutela (da pessoa),[153] com mínima obstrução de direitos, a menos que elas interfiram ou prejudiquem outra pessoa. Quer dizer, somente serão restritos direitos **se** e **quando** em colisão com outros, e da mesma categoria.[154] Caso contrário, a restrição será marginal ao direito.[155]

---

[153] Ibidem, p. 60.

[154] Ao contrário das regras, eles (os princípios) não se aplicam na "modalidade tudo ou nada", e em certas circunstancias podem não prevalecer devido à existência de outras razões ou princípios que apontem para uma direção diferente. Os princípios têm uma "dimensão de peso, e quando eles colidem é necessário considerar a importância especifica de cada um deles naquela situação concreta." (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade**... p. 65.)

[155] Com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça expressamente reconheceu o direito de um transexual à alteração do prenome e do designativo do sexo, a partir da consideração do princípio da dignidade da pessoa humana combinado com a autonomia privada (existencial) para superação de um suposto óbice legal, qual seja a hipótese não estar encartada na Lei nº 6.015/1973 como causa suficiente para tanto. Confira-se: "**Ementa**: Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. (...) - A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. - Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana. - A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. - Conservar o "sexo masculino" no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente. - Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. - Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a

Por isso é que se faz apelo aos direitos fundamentais como "trunfos que entrincheiram os bens de **liberdade e autonomia individual** contra decisões políticas, mesmo que estas se pretendam justificar na necessidade de limitação da liberdade individual em nome da obtenção do bem da comunidade como um todo ou de uma concepção particular de vida boa".[156]

Em suma, é na dimensão da autonomia existencial da mulher – aqui entendida como autonomia privada atrelada aos direitos da personalidade[157] –

---

dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73. - Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar. - Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna. (...) Recurso especial provido. (STJ, Terceira Turma, REsp 1008398/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009)"

[156] NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 28. "À luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, a opinião de cada um e a possibilidade de exprimir e lutar por ela, de viver segundo os padrões próprios, é tão valiosa quanto à opinião de outro. É como concretização e expressão dessa idéia que a imagem do trunfo cobra pleno sentido: a decisão democrática de muitos não quebra o direito fundamental de um." (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2003. p. 32.)

[157] Em Portugal, CANOTILHO assim apresenta a interface entre direitos fundamentais e direitos da personalidade: "Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos direitos fundamentais são direitos de personalidade [...] e, contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral da personalidade como "direito à pessoa ser e à pessoa vir, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa". (CANOTILHO *apud* GEDIEL, José Antonio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 48.) Mas a despeito de os direitos da personalidade serem normalmente estudados a partir das disposições do Código Civil em vigor (Lei nº 10.406/2002), porque primeiro estatuto jurídico a se utilizar da expressão (que empresta nome ao Capítulo II, do Título I – Das Pessoas Naturais, do Livro I – Das Pessoas, da PARTE GERAL), também é possível reconhecê-los em algumas previsões constitucionais. *E.g.*, a disposta no art. 5º inciso X que versa sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. "Anote-

que se há de refletir criticamente acerca dos seus direitos na eventual constituição da família mediante parceria (seja ela qual for) ou, ainda, por meio da adoção ou da reprodução, seja normal ou assistida.

2.2 (NÃO) CONSTITUIR FAMÍLIA COMO MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA EXISTENCIAL DA MULHER

Como anunciado, no Brasil (e no mundo) do século XXI, a vida tem assumido contornos cada vez mais distintos e que reafirmam o direito sempre em situação de atraso em face da realidade. Hoje, mulheres e homens assumem padrões de vida totalmente diferentes dos de outrora e não são poucos os que vivem sozinhos, por diversas razões. E as pessoas que vivem com outras também formam famílias novas, marcadas pelo afeto e não necessariamente pelos laços de sangue.

Melhor dizendo, de certo modo foi-se o tempo em que a família brasileira de base era a patriarcal,[158] heterossexual e constituída com vistas à procriação.[159]

Assim, o que identifica a entidade familiar na atualidade não é o vínculo formal do casamento e nem mesmo a relação material de assistência protegida pelo Código Civil a título de união estável entre homem e mulher. É a afetividade que caracteriza as "novas famílias" e que, por isso mesmo, não se importa com os padrões de outrora: há famílias de homem com mulher, de mulher com mulher, de homem com homem; de um dos pais com o filho, natural ou adotivo; de irmãos; de amigos...

---

se, ademais, que os direitos da personalidade são compreendidos, na atualidade, como espécie dos direitos subjetivos..." (Ibidem, p. 33.), o que lhes confere especial proteção.

[158] Em reforço, quanto às características da família patriarcal em âmbito estritamente doméstico, Simone de BEAVOUIR descreve que, em contrapartida às obrigações e ao cotidiano da mulher, "a vida do pai é cercada de um prestigio misterioso: as horas que passa em casa, o cômodo em que trabalha, os objetos que o cercam, suas ocupações e manias. Êle é quem alimenta a família, é o responsável e o chefe. Habitualmente trabalha fora e é através dele que a casa se comunica com o resto do mundo: êle é a encarnação desse mundo aventuroso, imenso, difícil, maravilhoso, êle é a transcendência, êle é Deus." (BEAUVOIR, Simone. Op. cit., p. 37.)

[159] MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 29.

Nesse contexto, pois, é que vem a lume a discussão acerca do direito constitucional da mulher de constituir família e, simultaneamente, os deveres do Estado de proteger a família como núcleo essencial da sociedade.

E o debate se instala exatamente nas cercanias do reconhecimento jurídico que (não) se dá a certos relacionamentos entre pessoas, bem como à (im)possibilidade de restrição de alguns direitos que exprimem a dignidade da pessoa humana e a possibilidade de decidir o próprio destino.

Mas partindo outra vez do pressuposto de que todas as pessoas são livres na medida em que podem determinar suas ações e que tal liberdade se traduz em um dos desdobramentos da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana – muitas vezes expresso por atos de autonomia existencial –, constituir família (de qualquer espécie) também configura um direito, portanto suficientemente apto a reclamar proteção e concretização.[160]

---

[160] A título de exemplo, apenas, eis um julgado ementado de nossa Corte Constitucional que fala por si: **"Ementa**: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - **O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA** - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O **DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE** - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): **DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO -** (...) O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART. 5º, XLI) – (...). RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em conseqüência,

E a família a que aqui se refere é, por evidente, plural: aquela que, ainda que por diferentes linhas de fundamentação, tem encontrado tutela – não sem acalorada discussão – junto ao Poder Judiciário, mesmo à margem de lei específica assim afirmando textualmente; ou, pior, sugerindo o contrário.[161]

---

verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. (...) - **Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.** A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - **O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família**. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - **O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais**. - **Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana**. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere "o monopólio da última palavra" em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina. (STF, Segunda Turma, RE 477554 AgR, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 16/08/2011, DJe-164 25/08/2011 – negritou-se.)"

[161] Refira-se, na passagem, que o Código Civil **aparenta** distinção entre casamento (art. 1.514) e união estável (art. 1.723), que pressupõem relação homem-mulher, mas que não se distinguem em relação ao poder familiar (art. 1.631). No entanto, a doutrina reforça o contrário, cabendo a Rodrigo Cunha Pereira evidenciar as razões dessa transição: "Quando nos referimos à família como núcleo essencial, obviamente que não estamos falando de uma família tal como concebida historicamente pelo Direito até 1988, isto é, patrimonializada, hierarquizada e matrimonializada. Estamos falando da família tal como ela é hoje: plural. (...) As múltiplas possibilidades de modelos familiares situam-se no contexto histórico do declínio do patriarcalismo, pós-feminismo, mudanças econômicas do capitalismo pós-industrial, novas tecnologias e a compreensão das subjetividades desejantes." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha.

Princípios norteadores do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 255-256.) E o Poder Judiciário segue na mesma linha, interpretando a lei a partida da Constituição: *e.g.*, "**Ementa**: (...) 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. **DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA**. **O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos**. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. **Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º).** Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no **igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil**. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. **Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural**. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS **APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO.** (...) **Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice***. (...) 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. **Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição**. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Por conseguinte, está-se a referir à família como base da sociedade e constitucionalmente prevista (art. 226), que conta com especial proteção do Estado (*caput*), e que se prevê decorra do casamento (§§ 1º e 2º), da união estável (também entre homem e mulher: §3º) e da entidade familiar monoparental (constituída por um dos pais e os descendentes, conforme § 4º),[162] mas sem prejuízo, repita-se, do reconhecimento (como iguais) das demais espécies não prévia e literalmente catalogadas[163] ou mesmo das apenas **aparentemente** alocadas com distinção no âmbito legislativo. E isso porque disposições dessa natureza não refletem a realidade social, muito menos das brasileiras que convivem nas grandes metrópoles, de modo que o fato de o direito posto ter permanecido silente (e não necessariamente indiferente) em relação à família brasileira atual não interfere no evidente avanço dos tribunais na seara.

Forçoso reconhecer, pois, que a jurisprudência foi aproximando as realidades vividas por homem-mulher, homem-homem e mulher-mulher, não

---

COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. (...) (STF, Tribunal Pleno, ADPF 132, Relator Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe-198 13/10/2011 – negritou-se.)"

[162] Tanto aqui como em Portugal, é possível verificar que há várias normas constitucionais que podem ser invocadas para se reconhecer o direito fundamental a constituir família. Para Guilherme OLIVEIRA há de se reconhecer, também, um direito fundamental de procriar, a ser invocado no sentido de eliminar todos os obstáculos ao estabelecimento jurídico das relações de filiações. (OLIVEIRA, Guilherme. Aspectos jurídicos da procriação assistida. *In*: _____. **Temas de Direito da Medicina**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 6.)

[163] E a referência a famílias "fora do catálogo" ordinário é grande: "A Constituição Federal de 1988 consolidou o Estado Social e reconheceu os modelos familiares alternativos. Atualmente, o Direito aceita a família monoparental, a anaparental, a pluriparental e, mais recentemente, a homoparental. Independente do formato, todas as famílias são dignas de proteção, uma vez que têm um fundamento em comum: o afeto." (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** direito de família. São Paulo: Atlas, 2003. p. 35) Não por acaso, Lorena PORTES amplia o rol e propõe-se classificar as famílias contemporâneas da seguinte forma: "(...) (i) famílias reconstituídas, que são aquelas que são formadas por casais que trazem filhos do primeiro casamento; (ii) famílias monoparentais, que são as famílias decorrentes de divórcio ou separações, onde um dos pais assume o cuidado dos filhos e o outro não é ativo na parentalidade, ou ainda, são famílias onde um dos pais é viúvo ou solteiro; (iii) famílias de uniões consensuais, onde casais que optam por morar juntos, sem formalizar a união ou ainda, casais que preferem morar em casas separadas, estes são principalmente os divorciados, separados ou viúvos, que desta forma procuram evitar conflitos existentes nas famílias reconstituídas; (iv) famílias formada por casais sem filhos por opção, são os indivíduos que priorizam sua vontade de satisfação pessoal, ex. desenvolvimento na carreira profissional; (v) famílias unipessoais, denominação atual para aquelas pessoas que optam por ter um espaço físico individual, onde não precisam necessariamente fazer trocas emocionais vindas de um convívio compartilhado; (vi) família por associação, que são compostas por amigos que de formam uma rede de parentesco baseada na amizade." (PORTES, Lorena. **A família contemporânea**. Disponível em: http://www.depen.pr.gov/arquivos/File/A_família_contemporânea.pdf.> Acesso: 03 mar. 2013.)

sendo mais possível traçar, com precisão milimétrica, se há e qual é a diferença jurídica entre casamento e união estável, pelo menos no que diz com o projeto familiar em si. Para este, algumas repercussões, mesmo que também jurídicas, são de somenos importância, porquanto não se pode pretender equivaler dignidade com patrimônio. O que importa é não distinguir o indistinguível: o trato a ser igualmente conferido às pessoas que se encontram em igual situação e por conta dos mesmos valores e anseios.

Demais disso, onde o direito positivado parou a doutrina similarmente avançou:

> A nova família, na verdade, deve ser concebida como novas famílias, pois a dimensão plural dos modelos é uma realidade a ser respeitada e reconhecida. Assim, dentre as possibilidades de melhor realização de seus projetos pessoais, uma pessoa poderá identificar-se com um específico modelo, o qual não deverá ser excludente de outras modalidades também reconhecidas. Não se pode mais conceber que o direito tutele a relação familiar como se ela fosse tão somente uma: a proveniente do modelo tradicional do matrimônio. A forma de se constituir uma família vincula-se a diversos fatores e características dos sujeitos dessa relação, em sua procura de como melhor desenvolver sua afetividade, sua personalidade.[164]

Perceba-se, então, que assim se dá porque o texto constitucional protege – e expressamente – a família. E este instituto, digno de custódia, é aquele mesmo que a pessoa vier a escolher ou em que estiver inserido de fato, por qualquer circunstância, independentemente de o modelo não refletir o "tradicional".

Some-se a isso, ademais, a circunstância de que a dignidade da pessoa humana, fundamento máximo de todo o ordenamento, é suficiente para legitimar a proteção de qualquer núcleo familiar, justamente porque "composto de pessoas". E as pessoas – independentemente de gênero, da orientação sexual ou da vida sem parceiro(a) – só se realizam, em alguma medida, se livres para satisfazer suas vontades e seus desejos. Logo, também por meio da concretização do direito à descendência, expressão da própria personalidade. Sintetizando,

[164] MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União**... p. 29.

> A essência da liberdade de fundar uma família constitui uma manifestação da privacidade determinada pelo livre desenvolvimento da personalidade, com um duplo conteúdo, de positiva participação na criação ou fundação familiar, e de obstáculo às interferências na intimidade de que assegura a liberdade de decisão decorrente da referida participação positiva. [165]

Enfim, nessa toada, qualquer pessoa tem total liberdade e, mais do que isso, direito fundamental de constituir família.[166] Todavia, essa afirmação não se revela de fácil confirmação, teórica ou prática, mormente porque uma expedita leitura da própria Constituição da República pode levar um incauto a concluir de forma diversa.

Os dois julgados colacionados – e especialmente "os julgamentos" externados na ADPF 132, que redundaram em mais de três centenas de páginas de argumentação – sugerem a dimensão extraordinária da (falsa) celeuma, a começar pelas tentativas de discernir entre "família" e "entidade familiar", apenas porque assim distintamente referidas no *caput* e nos §§ 3º e 4º do art. 226. Tal se deve, aliás, por conta da união homoafetiva (e dos efeitos jurídicos dela), que exprime um tipo atual e relativamente comum de família, ainda que em menor número.

Uma vez provocada, a nossa Corte Constitucional reconheceu inexistir distinção entre família e entidade familiar e, mais do que isso, declarou a possibilidade de constituição de entidades familiares tanto por homem-mulher como por homem-homem e mulher-mulher. Mas não só. O Ministro Carlos Ayres Britto, Relator da ADPF 132, assim pontificou (negritou-se):

> É certo que o ser humano se identifica no agrupamento social em que vive, desde sua célula mais elementar: a família. Permitir ao indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser, **como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou constituir, é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana**; permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração – é atender à igualdade material consagrada na Constituição.

---

[165] BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. *In*: LEITE, Eduardo Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 148.

[166] Confira-se, outra vez, o que decidido no RE 477554 AgR (nota de rodapé nº 159).

Logo, da análise (ainda que isolada) dessa afirmação aparentemente é possível vislumbrar que se reconheceu o direito de constituir família (biparental: homo ou heterossexual) como não limitado *prima facie*. Nesse mesmo julgado consagrou-se, ainda, a "liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, como expressão da autonomia de vontade, de direito à intimidade e à vida privada como cláusula pétrea", o que faz fortemente emergir o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Entretanto, essa exposição enunciativa da *ratio decidendi* do julgado não se esgota em si. Parece de facílima apreensão que ela também está a mediatamente referir que o direito fundamental de constituir família é reflexo à autonomia da vontade (subjetivamente falando) e à autonomia existencial, como objetivação do direito de personalidade. Ou seja, a autonomia de **cada pessoa humana** em constituir (ou não) família, de forma a desenvolver a própria personalidade, não pode encontrar limites *a priori*.[167]

Afinal, a pessoa humana (atrelada à sua própria dignidade) foi consagrada como centro da proteção do ordenamento jurídico. Desse modo, como assenta Liane Maria Busnello THOMÉ,

> A autonomia da vontade consiste em poder ser aquilo que se é, revelar a plenitude da essência, sem agir dentro de um padrão esperado. Autonomia da vontade é planejar ter ou não ter filhos, assumir ou não em público a sexualidade num ambiente social e jurídico capaz de acolher sem julgar ou discriminar. É poder realizar as próprias escolhas e estabelecer seu projeto de vida.[168]

Com o devido respeito antecipado, pois, e de quem entenda em contrário, não parece mesmo ser possível vislumbrar qualquer interesse público, supostamente extraível da Carta Magna, apto a limitar a constituição ou mesmo o reconhecimento de qualquer família. Aliás, pouco importa a impressão da

---

[167] Insta salientar que a eficácia das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, como nas demais relações, não poderá ser absoluta, razão por que convém adotar soluções diferenciadas. Como bem observou Alexy, também aqui se estará diante de um problema de ponderação que não se pode resolver pela lógica do tudo ou nada, mas sempre a luz dos critérios da proporcionalidade, na sua dupla acepção como vedação de excesso e de insuficiência. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais**... p. 593.)

[168] THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 82.

maioria, como também de nada importa – em termos estritamente jurídicos – a vontade do Estado ou até mesmo das Igrejas. É que, como alerta Carlos Eduardo Pianovski RUZYK:

> Nada obstante a manutenção da referência constitucional da família como base da sociedade, a leitura contemporânea do Direito de Família reconhece que a pessoa não existe para a família, mas a família para a pessoa, conforme a lição de Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz.[169]

Observe-se, ademais, que o próprio Magno Texto Republicano revela proteção a esse novo tipo de família, a eudemonista – que agasalha a liberdade positiva, como liberdade vivida, de cada um dos seus integrantes[170] –, como bem se infere do § 8º do art. 226.[171] "Está aí a definição expressa do destinatário da dimensão funcional centrada na liberdade: nem a família como instituição nem a sociedade como totalidade, mas, sim, cada uma das pessoas que integram a comunidade familiar."[172]

A família de hoje passa a ser considerada, assim, como um meio de desenvolvimento dos sujeitos que a integram, de modo que faz todo sentido aludir-se à proteção jurídica da **pessoa na família** e não (mais) **da família a despeito da pessoa**.[173] As atenções se voltam, por essa razão, para o importante papel da família no desenvolvimento e bem-estar de seus membros,[174] todos dotados de mesma dignidade.

De conseguinte, a família-instituição foi substituída, no âmago da própria Lei Fundamental, pela família-instrumento. Esta existe e contribui tanto para o

---

[169] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro [Tese (Doutorado em Direito) – UFPR, Curitiba, 2009. p. 345]. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19174/Carlos_Eduardo_Tese_completa%5B1%5D.pdf?sequence=1> Acesso: 30 nov. 2013.

[170] Ibidem, p. 362.

[171] "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 8º - O Estado **assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram**, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações." (negritou-se.)

[172] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 362.

[173] Ibidem, p. 379.

[174] MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" entidades familiares e seus efeitos jurídicos. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Família e solidariedade**: teoria prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 36.

desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso e por isso, sua proteção pelo Estado.[175] E dentro desse rol de integrantes da família podem figurar os filhos (biológicos ou não), o que reclama análise da tutela jurídica que lhes é conferida nessa particular situação.

2.2.1 Planejamento Familiar (e Deveres Parentais)

Consoante o disposto no § 7º do mesmo art. 226 da Constituição de 1988,[176] ninguém pode e deve almejar ter filhos, ou mesmo mantê-los consigo, irresponsavelmente.

Melhor dizendo, em havendo um "casal" (mulher-homem, mulher-mulher ou homem-homem) ou ainda mais pessoas já constituindo a família, a decisão por (não) ter filhos deve ser livre, responsável e compartilhada apenas entre eles (seus integrantes). É que inexiste, juridicamente, qualquer espaço para interferência estatal ou de outrem, seja pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, nessa personalíssima resolução.

A esfera, portanto, é, declaradamente, de autonomia privada existencial, competindo ao Estado, tão-só, garantir que o preceito constitucional seja materialmente confirmado. Não por acaso, junto à nossa Corte Constitucional reconheceu-se haver direitos fundamentais à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e à maternidade – tudo no contexto de uma vida digna.[177]

---

[175] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 7. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 39.

[176] "§ 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."

[177] "**Ementa**: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). (...) **NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR.** (...) III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um

Por sua vez, regulamentando a referida disposição, a Lei nº 9.263/1996 estipulou, em seu art. 2º, o "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." Portanto, o texto legal (ainda que timidamente em relação à feição das famílias da modernidade) aclarou a realidade e assumiu que a prole pode – de fato ou de direito – advir apenas do homem, da mulher ou de ambos, e da mesma forma ser contida. Dessa feita, é preferível anotar-se, pois, que tanto a paternidade quanto a maternidade reclamam responsabilidade, quando em comum ou mesmo isoladamente.

---

autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria 'natalista', em contraposição às teorias 'concepcionista' ou da 'personalidade condicional'). E quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' e até dos 'direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais 'à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade', entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (**como direito à saúde e ao planejamento familiar**). (...) **V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE.** A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como 'direito ao planejamento familiar', fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da 'dignidade da pessoa humana' e da 'paternidade responsável'. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo 'in vitro' de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou 'in vitro'. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à 'liberdade' (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, 'fruto da livre decisão do casal', é 'fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável' (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do 'planejamento familiar' na citada perspectiva da 'paternidade responsável'. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião 'in vitro' fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. (...) Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (STF, Tribunal Pleno, ADI 3510, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 27/05/2010 – negritou-se.)"

Todavia, essa lei revela preocupação com o planejamento familiar apenas nas perspectivas de controle da natalidade e da saúde (em especial a física),[178] inexistindo qualquer traço de informação ou normatização, pelo menos explícita, que diga respeito a questões emocionais ou econômico-financeiras consequentemente imbricadas com a (futura) prole em si.

E isso chega a causar estranheza porque a lei regulamenta o dispositivo constitucional constante do §7º do art. 226: aquele deliberadamente encartado no Título VIII (Da Ordem Social), que muitíssimo bem distancia as questões "gerais" afeitas à saúde[179] das "especialmente" relativas à família[180] e nestas é que faz inserir o planejamento familiar.

Nesse sentido, o planejamento familiar, como esmiuçado na lei, sequer clarifica as obrigações dos pais, em relação aos filhos, como adicionalmente dispostas na Constituição de 1988: "Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."

---

[178] Lei nº 9.263/1996 – "Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no *caput*, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras: I - a assistência à concepção e contracepção; II - o atendimento pré-natal; III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis; V - o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis.
Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.
Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.
Art. 6º As ações de planejamento familiar serão exercidas pelas instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta Lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização estabelecidos pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde. Parágrafo único - Compete à direção nacional do Sistema Único de Saúde definir as normas gerais de planejamento familiar."

[179] Capítulo II – *Da Seguridade Social*, Seção II – *Da Saúde*, arts. 196 a 200.

[180] Capítulo VII – *Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso* (sem divisão por seções), arts. 226 a 230.

Mas essa omissão legislativa não faz a "paternidade responsável" – *rectius* a maternidade e/ou a paternidade responsável (porque a responsabilidade quanto a decidir, ter e criar os filhos quase sempre é da mulher) – indiferente a tais aspectos.[181]

Estes, por assim dizer, dão o tom da adicional feição da maternidade/paternidade responsável, que se revela nos chamados "cuidados" ou "deveres parentais", normalmente invocados como descumpridos para fins de responsabilização dos pais mediante reparação por dano moral[182] ou mesmo para destituição do poder familiar.[183]

---

[181] Ana Cláudia S. SCALQUETE chega à mesma conclusão, no sentido de que a paternidade responsável, erigida ainda à condição de princípio, "deve ser interpretado em um sentido mais amplo. Não só aquele que se relaciona como o dever alimentar ou aquela imposição paterno-filial que resulta de uma ação investigatória. (...) a proteção constitucional está para além desses fatos, que estão contidos em algo maior que pode ser classificado como o dever de cuidado, somado ao respeito à integridade física e psíquica dos filhos. (SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 306.

[182] "**Ementa**: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. **4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.** 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, Terceira Turma, REsp 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)" (destaque no original.)

[183] "**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. GRAVE NEGLIGÊNCIA DA GENITORA QUANTO AOS CUIDADOS ESSENCIAIS DE SAÚDE, HIGIENE E ALIMENTAÇÃO. SITUAÇÃO DE RISCO QUE ENSEJOU O ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DAS CRIANÇAS. COMPROVADA INADEQUAÇÃO DA GENITORA PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PARENTAL DE FORMA RESPONSÁVEL, PELA FALTA DE COMPROMETIMENTO COM O BEM-ESTAR A PROLE. 1. Constatada a falta de comprometimento da genitora para com o bem-estar dos filhos, ao não assumir os deveres inerentes à maternidade, denotando sua inadequação para o exercício

Essas obrigações, ao revés, se fazem ostensivamente presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente,[184] bem como no próprio Código Civil em vigor.[185] Deste modo, o comando constitucional contido no art. 229 também parece se inserir, de uma forma ou de outra, no contexto da "maternidade/paternidade responsável". E isso constitui dever (inclusive no que diz com a sua previsibilidade) de quem planeja ou ostenta a condição de (provável) mãe e/ou de pai, seja a que título for.

Demais disso, como adverte Rosalice Fidalgo PINHEIRO:

> O princípio da paternidade responsável norteia a composição da família, conferindo à paternidade novo significado: não se trata apenas de "prover e cuidar da prole", mas de promover o desenvolvimento do filho como pessoa. Desvinculada do aspecto tão-somente biológico, a paternidade revela-se como uma opção, e não como uma imposição, capaz de conduzir os filhos à autonomia e ao encontro de sua identidade. Considerando que a "liberdade não exclui a responsabilidade", pois esta não convive sem aquela, a liberdade de planejamento familiar implica responsabilidade de paternidade. (...) Eleva-se a regra de ouro, cogitada por João Baptista Villela, a nortear o planejamento familiar: o homem constrói a sua família.[186]

No entanto, nem sempre os projetos parentais, por mais "responsáveis" que se mostrem, acabam por se realizar como originalmente pretendido e a sua concretização, afinal, pode ficar a cargo – como usualmente fica – de um sujeito

---

da função parental de forma responsável, é autorizado o decreto de perda do poder familiar, consoante disposto no art. 24 do ECA, à luz do princípio dos superiores interesses dos menores, insculpido no art.100, inc. IV, do Estatuto. 2. No caso, restou comprovada a situação de risco a que expostos os filhos da apelante, ante a severa negligência a que submetidos quanto aos cuidados mais elementares de saúde, higiene e alimentação em relação à prole, inclusive ensejando a internação hospitalar e acolhimento institucional de todos os filhos da recorrente na mesma oportunidade. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJRS, Oitava Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70056804487, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 12/12/2013, publicado aos 16/12/2013)"

[184] Lei nº 8.069/1990 – "Art. 22 - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais."

[185] Lei nº 10.406/2002 – "Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro. **§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.**
Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; **IV - sustento, guarda e educação dos filhos**; V - respeito e consideração mútuos." (negritou-se.)

[186] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. cit., p. 291-293.

só: da mulher. Está-se a falar, pois, dos direitos da mulher de negação do projeto parental (ou da afirmação do projeto de não ter filhos) e, em oposição, do direito de concretização do plano reprodutivo – inclusive assexuado, seja por que motivo for.

2.3 REPRODUZIR COMO EXPRESSÃO DO DIREITO AO CORPO

Faça-se uma retomada sucinta da discussão-compreensão que por muito tempo se teve (e ainda se tem, por alguns) acerca do papel atribuído ordinariamente à mulher na sociedade. Para esses, é como se ela realmente não fosse um fim em si mesma, porque sem família "não seria nada". Ou seja, a dignidade da mulher não residiria nela mesma, apenas encontrando lugar **se** e **quando** vinculada a um homem e (por meio dele) parisse, numa evidente confusão entre sociedade conjugal e maternidade:

> É doloroso pensar, escreve MICHELET, que a mulher, o ser relativo que só pode viver a dois, se ache mais amiúde só do que o homem. Êle encontra a sociedade por toda a parte, cria relações novas para si. Ela não é nada sem a família. E a família acabrunha-a; todo o peso lhe cai em cima.[187]

Mas isto não se mantém como verdade em tempos modernos, nem do ponto de vista social, nem do biológico e menos ainda na perspectiva jurídica.

Socialmente falando, e apenas para fins de ilustração, a mulher brasileira vem paulatinamente assumindo novos espaços. Basta invocar Dilma Roussef ("presidenta" do Brasil), Carmen Lúcia Antunes Rocha e Rosa Weber (ministras do Supremo Tribunal Federal), Delaíde Miranda Arantes (integrante do Tribunal Superior do Trabalho) e Maria das Graças Foster (atual presidente da

[187] BEAUVOIR, Simone. Op. cit., p. 308.

PETROBRAS), para tanto.[188] Tais mulheres não se mostram apenas como um fim em si mesmas; elas se prestam de exemplo eloqüente a ser seguido por milhões de brasileiras.

Por outro lado, “ter filhos” deixou de ser um dever, da mulher e da família tradicional (constituída a partir da associação da mulher e do homem), na atualidade. No entanto, mesmo após tanta luta pelo exercício da igualdade de fato, dentro e fora da família, o confinamento da mulher ao âmbito doméstico desde os confins da história vislumbra a maternidade como um destino “quase-certo” para as mulheres, principalmente quando casadas.[189] E se os resquícios desta função socialmente pré-determinada não mais configuram uma obrigação, pelo menos continuam apresentando-se como um “valor", passado pelos pais do homem e da mulher modernos, e mesmo naquelas famílias que educaram as meninas e os meninos de forma “não-instrumental”.

De todo modo, muita coisa mudou e o que era, repita-se, destino inexorável para as mulheres (casadas e férteis, pelo menos) passou a ser mais uma opção dentre outras tantas escolhas existenciais. Tal não significa afirmar, contudo, que tanto a mulher quanto o homem passem incólumes pelo dilema de ter ou não filhos, muito bem resumido por Vinícius de MORAES no “Poema Enjoadinho”:

> Filhos... Filhos?
> Melhor não tê-los!
> Mas se não os temos
> Como sabê-los?
> Se não os temos

---

[188] Pela relevância das circunstâncias, e como exemplo na superação das adversidades, destaque-se que a atual ministra é ex-empregada doméstica, que "encerava, ajudava na cozinha, lavava, passava". (Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/03/ministra-do-tst-relembra-os-dias-de-empregada-domestica.html.> Acesso: 24 jan. 2014.) Similarmente, Maria das Graças Foster é ex-catadora de papel, garrafas e latas que vendia para ajudar sua família e comprar material escolar na favela onde morava no Rio (Disponível em: <http://www.conexaomaritima.com.br/index.php?option=noticias&task=detalhe&Itemid=22&id=11933.> Acesso: 13 nov. 2013.)

[189] “Pelo menos até a década de sessenta, acreditava-se que a mulher, sendo feita para o casamento e para a maternidade, não deveria fumar em público ou comparecer a bares e boates desacompanhada, e a política ainda era considerada assunto preferencialmente masculino.” (RAGO, Margareth. Op. cit., p. 604.)

Que de consulta
Quanto silêncio
Como os queremos!
Banho de mar
Diz que é um porrete...
Cônjuge voa
Transpõe o espaço
Engole água
Fica salgada
Se iodifica
Depois, que boa
Que morenaço
Que a esposa fica!
Resultado: filho.
E então começa
A aporrinhação:
Cocô está branco
Cocô está preto
Bebe amoníaco
Comeu botão.
Filhos? Filhos
Melhor não tê-los
Mas se não os temos
Como sabê-los?
Como saber
Que macieza
Nos seus cabelos
Que cheiro morno
Na sua carne
Que gosto doce
Na sua boca!
Chupam gilete
Bebem xampu
Ateiam fogo
No quarteirão
Porém, que coisa
Que coisa louca
Que coisa linda
Que os filhos são![190]

Moacyr SCLIAR, ao analisar a poesia e o poeta, reitera que a interrogação formulada é bem atual: "cada pessoa, cada casal, responde à sua maneira. O que devemos aceitar. Somos humanos, e nada do que é humano pode nos parecer estranho".[191]

---

[190] Disponível em: <http://www.releituras.com/viniciusm_enjoado.asp>. Acesso: 30 nov. 2013.

[191] SCLIAR, Moacyr. **Filhos, melhor não tê-los?** Disponível em: <http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=7127&sid=595> Acesso: 30 nov. 2013.

Demais disso, a suposição de ser a maternidade algo inato, natural mesmo, é bem controvertida. É possível e compreensível que exista mulher que não deseja ser mãe, ainda que tudo conspire a favor disso, inclusive seu "relógio biológico", por conta de ela não ser guiada apenas pelo instinto. Ela pode, ao revés, canalizar tais sentimentos que poderiam vir a ser desenvolvidos em esferas distintas, assim como fazem os homens, em desafios para a vida pessoal e profissional.

A história, o tempo e a sociedade, no entanto, parecem sempre estar a reorientar – ainda que veladamente e como um empuxo – a mulher de volta à maternidade, insistindo na compreensão de causa e conseqüência da mulher-mãe.

Contudo, a advertência de que um filho não é o fim supremo da mulher e nem deve ser pretendido a qualquer custo foi descrita há mais de cinqüenta anos por BEAUVOIR, nos seguintes termos:

> Nem sequer é verdade que o filho seja para a mulher uma realização privilegiada; diz-se de bom grado que uma mulher é coquete, amorosa, lésbica, ambiciosa por "não ter filho"; sua vida sexual, seus objetivos, seus valores seriam sucedâneos do filho. Na realidade, há primitivamente indeterminação: pode-se dizer também que é por falta de amor, de ocupação, de satisfação de suas tendências homossexuais que a mulher deseja um filho. Sob este pseudo naturalismo esconde-se uma moral social e artificial. Afirmar que o filho é o fim supremo da mulher tem exatamente o valor de um slogan publicitário.[192]

No prisma biológico se percebe com extrema facilidade que a definição por ter ou não filhos (inclusive para deliberada constituição de família monoparental) é fruto da vontade e da autonomia existencial da mulher, pura e simplesmente.

De outra banda, o homem pode até querer ter filhos – afinal esse também é um direito seu, de personalidade – mas jamais os terá sem o beneplácito de uma mulher. Quem bem o percebe e apresenta essa realidade (que aparta os homens das mulheres, porque nela reconhece a igualdade como norma e a diferença como fato) é Luigi FERRAJOLI:

---

[192] BEAUVOIR, Simone. Op. cit., p. 291.

> Hay, en cambio, un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto), del que hay que decir enseguida que no sólo no se encuentra reconocido todavía en ninguna legislación, pues, por lo general seó ejercicio no está ni siquiera enteramente despenalizado sino que a lo sumo se encuentra sujeto a formas de legalización más o menos controladas. Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples e fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre (...) porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión de segundo imperativo kantiano según o cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento – aunque sea de procreación (...).[193]

Por isso faz sentido atinar ao direito e a um direito fundado nos princípios da dignidade, da liberdade e da igualdade (ainda que na diferença dos corpos), com vistas a proteger especificamente as mulheres contra a instrumentalização. Afinal, na maioria das vezes, a responsabilidade conseqüente da utilização de técnicas contraceptivas[194] ou conceptivas é somente delas.

E o ordenamento jurídico deve acautelar as diferentes formas de manifestação da pessoa, notadamente da mulher pela ainda patente condição de desigualdade material. Em termos jurídicos – portanto no mais deliberado campo desta investigação –, a igualdade de gêneros há de imperar, mormente pelo fato de que o direito à (não) constituição de família, tanto para homens como para mulheres, se revela como um direito de personalidade, daqueles protetivos de direitos morais. Por sua vez, o direito da mulher – e somente da mulher – de decidir ter filhos se apresenta como um direito da personalidade física e, mais precisamente, como um direito à liberdade corporal.[195]

Parece útil, então, retomar os ensinamentos de Rose Melo Vencelau MEIRELES, no sentido de que

---

[193] FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 84-85.

[194] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. cit., p. 297.

[195] Os direitos da personalidade são "(...) os direitos inerentes à pessoa humana, pertencentes a cada homem pelo simples facto de ser-se homem, subdividindo-os em direitos da personalidade física (direito à vida, direito à integridade corporal e direito à liberdade corporal), direitos de personalidade protegendo os seus interesses morais (direito ao nome, direito à honra, direito ao afecto familiar, direito ao respeito do pensamento, direito moral do autor sobre suas obras) e direitos da personalidade económica (*maxime*, direito ao trabalho e direito ao livre exercício de uma actividade económica)." (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 88 – rodapé.)

> Os atos de autonomia privada existenciais são merecedores de tutela se promotores de sua função, pois só assim se configuram propriamente como exercício. Tomando isso como premissa, não vão de encontro os pensamentos de Perlingieri e Sarmento. O fim social a ser perseguido nos atos de autonomia privada existencial se traduz na realização da dignidade humana, porque as situações existenciais são função social. Consequentemente, não é incoerente afirmar que a autonomia privada existencial se volta para a satisfação de interesses (a pessoa) e funções (livre desenvolvimento da personalidade) que merecem tutela e que são socialmente úteis (dignidade humana), mas não se subordina a interesses da coletividade. Isto porque o fim socialmente útil a que visa a autonomia privada existencial consiste na dignidade da pessoa humana, portanto, não viola e sim promove a liberdade individual.[196]

Destarte, a decisão da mulher[197] de engravidar e de parir (visando a ampliar ou, até mesmo, a assim constituir família) deve refletir sua autonomia existencial,[198] de modo que **ninguém** pode preventiva, genérica e injustificadamente interferir nesse projeto, inibindo-o. Ninguém mesmo, nem o Estado, sob pena de malferimento do princípio da dignidade da pessoa humana, com reflexos insuportáveis no livre desenvolvimento da sua personalidade.

É que esse direito fundamental da personalidade, de ter ou de não ter filhos, é inerente a qualquer ser humano, homem ou mulher. Porém, é preciso realçar que esse direito se materializa positivamente com a gravidez e, negativamente, com a sua evitação ou interrupção, o que apenas pode ser levado a cabo pela mulher porque inerente ao seu próprio corpo, ao único corpo capaz de ovular, gestar e parir.

2.3.1 Evitação e Interrupção da Gravidez

---

[196] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Op. cit., p. 189.

[197] Mas essa decisão concretiza uma vontade, a vontade da mulher. Vontade essa, ademais, que não pode ser substituída ou mesmo superada por uma vontade coletiva, porque na perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade o único sujeito que importa é ele mesmo. Não fosse assim, então o princípio da dignidade da "pessoa humana" teria de ser irremediavelmente substituído por, quem sabe, um princípio da dignidade do "ser social", esfera em que o indivíduo (em si e por si) perderia importância em prol da coletividade. O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, da vontade do(a) companheiro(a), se porventura existente.

[198] Antecipe-se que, por evidente, essa decisão deve ser compartilhada quando se tratar de uma família pré-constituída, a título de planejamento familiar.

O direito ao próprio corpo é, sem sombras de dúvida, o ponto de partida de uma sociedade democrática em que cada indivíduo tenha igual valor.[199] O corpo é a primeira e, muitas vezes, a única propriedade individual da mulher, que historicamente foi objeto para satisfação das necessidades alheias. E a autopropriedade, em uma sociedade que pretenda efetivamente observar a dignidade de todos e de cada um, não pode, **a princípio**, sofrer restrições.

Mas não sendo absoluto, esse direito ao corpo pode, sim, sofrer restrições quando em conflito com demais valores, princípios ou direitos. É exatamente por isso que não se permite, no Brasil, a venda de parte dele, dos órgãos,[200] haja vista essa prática colidir com o princípio da dignidade da pessoa humana, "coisificando" o homem.[201]

Retomando a discussão, frise-se que o direito ao corpo, entendido a partir das concepções jurídicas atuais, tem sua medida estritamente relacionada aos conceitos de liberdade e de direito subjetivo.[202] Este último, depois de renovado desenvolvimento teórico, encontrou nos direitos da personalidade espaço mais

---

[199] MARTÍ, Francesca Puigpelat. Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada. *In*: PARCERO, Juan A. Cruz; VÁSQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres.** México: Fontanamara, 2010. p. 164. Mas nem sempre foi assim: "O corpo da mulher não é mais do que metáfora das gerações que a precederam." (GORDWOSKY *apud* DEL PRIORE, Mary. **Magia**... p. 78.)

[200] Constituição da República – "Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...) §4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização."
Lei nº 9.434/1997 – "Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (...)
Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação."

[201] Estranhamente, contudo, nenhuma lei brasileira proíbe a prática da prostituição para os maiores de idade, mas apenas (*sic*) a sua exploração; ao contrário, a ocupação de "profissional do sexo" (profissão 5198-05, na Classificação Brasileira de Ocupações) consta da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) desde 2002 (Portaria nº 397/2002), do Ministério do Trabalho e do Emprego. Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/BuscaPorEstrutura.jsf> Acesso: 06 jan. 2013.

[202] GEDIEL, José Antônio Peres. Op. cit., p. 30.

apropriado a solucionar os problemas relacionados à liberdade do indivíduo e seu próprio corpo.[203]

Assim, partindo do pressuposto de que a toda pessoa é conferida a faculdade de determinar seu projeto vital livre de intervenções, pautada apenas pela autonomia existencial inerente a essa condição, de pessoa, então forçoso concluir que a mulher pode abster-se da maternidade ou buscá-la, simplesmente exercendo sua autonomia sexual.

E o direito ao corpo, como manifestação do direito da personalidade, não por coincidência tem o mesmo ponto de partida e um mesmo objetivo, ultimar a dignidade de cada pessoa humana, conforme previsto na Carta da República.

"O direito de autodeterminação em relação ao corpo e à saúde, vinculado à proteção da privacidade e intimidade, apresenta, como todos os demais direitos da personalidade, uma especial configuração, por sua função de tutela da pessoa."[204] Em relação às mulheres, a defesa deste direito merece especial atenção pela peculiaridade de apenas o corpo feminino ter o potencial de, "sozinho",[205] viabilizar a constituição de uma família (biológica) e, ainda mais, principalmente por ter tradicionalmente sido um objeto a serviço da satisfação das necessidades de outros.[206]

E por isso importa tanto saber se a maternidade é, de fato, um desejo genuíno da mulher, uma vontade livre resultante da sua história de vida (de mulher), ou se é uma influência externa – dos pais, do(a) companheiro(a), daqueles que com ela convivem, da sociedade ou mesmo do Estado. Se não for assim, estar-se-á diante de evidente inobservância de sua liberdade, especificamente quanto à autonomia existencial de índole reprodutiva e o seu direito personalíssimo ao corpo, o que pode, afinal, ofender à própria dignidade.

---

[203] Ibidem, p. 11.

[204] CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento livre e esclarecido**: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 80.

[205] José Carlos Teixeira GIORGIS faz a mesma constatação: "Para hoje gerar-se, não é preciso a relação sexual, o parto pode ser operado por outro útero, os bancos de sêmen contribuem com material para substituir a participação masculina (...)." (GIORGIS, José Carlos Teixeira. Op. cit., p. 57.)

[206] MARTÍ, Francesca Puigpelat. Op. cit., p. 164.

Nesse sentido, evitar a gravidez é a providência primeiramente apta a garantir o direito da mulher de não ter filhos.

Para tanto, em princípio basta que não realize o coito, mas essa prática, por óbvio, limitaria em muito a busca da felicidade, em sua feição sexual, para inúmeras mulheres. Restaria então fazê-lo, ainda que com certas precauções. Neste sentido é possível referir a existência de vários métodos contraceptivos – todos de domínio público – que, basicamente, podem ser classificados em: (a) métodos comportamentais; (b) métodos de barreira; (c) sistemas intrauterinos; (d) contracepção hormonal e (e) contracepção cirúrgica.

Da **primeira ordem** são os métodos calçados no comportamento sexual da mulher, a saber: (i) uso da "tabelinha" – por meio da qual se controla o ciclo menstrual e se evita o coito nos dias de fertilidade; (ii) monitoramento da temperatura basal corporal como indicativa do período fértil; (iii) método de ovulação Billings – por meio do qual se avalia diariamente o muco vaginal; (iv) coito interrompido.

São da **segunda espécie** os métodos ditos "de barreira", por meio do qual se utiliza uma barreira física para fins de evitar o contato do espermatozóide com o óvulo ou, ainda, da manutenção daquele em condições de fertilização. Inserem-se nessa categoria: (i) o preservativo (a "camisinha": seja ela feminina ou masculina); (ii) o diafragma – que consiste num anel flexível recoberto por membrana colocado dentro da vagina horas antes da cópula; e (iii) o espermicida, que consiste numa substância química (presente em cremes, supositórios, espumas ou afins), apta a matar os espermatozóides, a ser aplicada dentro da vagina antes da relação sexual.

Na **terceira categoria** tem-se o Dispositivo Intra Uterino (DIU) e o Sistema Intra Uterino (SIU): o primeiro consiste num aparelho plástico em forma de "T" que tem a haste envolta por cobre, com vistas à liberação de íons no endométrio, de modo a dificultar a mobilidade dos espermatozóides e assim impedir a fertilização; o segundo consiste em similar aparelho que libera progesterona sintética, tornando a mucosa do útero mais espessa de modo a prejudicar a mobilidade dos espermatozóides em direção às trompas e,

simultaneamente, deixando o endométrio mais fino. Neste caso, dificulta a implantação do embrião na parede do útero (se porventura havida fertilização). Ambos os sistemas exigem intervenção de profissionais habilitados.

Contraceptivos orais (pílula), injetáveis (vacina) e implantes são os integrantes da **quarta ordem** e consistem em hormônios sintéticos (noretisterona, noretinodrel e levonorgestrel) que, uma vez ministrados, inibem a ovulação.

Por fim subsiste o **quinto método**, alusivo à contracepção cirúrgica, que, no caso da mulher, se realiza por meio da laqueadura (e, no homem, da vasectomia). É um método que tende a ser permanente e, pois, torna (em princípio) a pessoa estéril.

Quanto à Anticoncepção de Emergência (AE), ou à "pílula do dia seguinte", ou, ainda, à pílula "anticoncepção pós-coital", se se preferir, é preciso perceber que ela não se trata de um método contraceptivo e nem se propõe para **ordinariamente** evitar a gravidez. Isto é, seu uso se propõe de forma episódica, extraordinária mesmo, e com vistas a – de forma emergencial – inibir uma gravidez indesejada, como em caso de estupro ou de falha do método tradicional (*e.g.* rompimento da camisinha). Sua utilização deve se dar até o quinto dia da relação sexual desprotegida e, frise-se, nunca redunda em aborto, a despeito de cogitações em contrário. Sua atuação se dá antes da fecundação e antes da implantação do embrião.[207]

Todos esses métodos ou não são totalmente confiáveis ou não são cem por cento eficazes e a mulher, por mais precavida ou "responsável" que seja, pode vir a engravidar. É nesse momento que surge a via derradeira, aquela que põe fim à gravidez antes do termo e como medida apta a preservar a dignidade da mulher, mais precisamente no que diz com sua autonomia existencial e no

---

[207] Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Anticoncepção de emergência**: perguntas e respostas para profissionais de saúde/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – 2. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2011. p. 17-18. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/anticoncepcao_emergencia_perguntas_respostas_2ed.pdf> Acesso: 06 jan. 2014.

sentido de respeito ao seu corpo. Ao corpo feminino que não pretende parir e que encontra no aborto a alternativa última de concretização da sua liberdade, da "liberdade de não ter filhos".

Nesta porção é que o discurso jurídico se avoluma, inflama e desperta paixões – positivas e negativas. É que ninguém, ninguém mesmo, é neutro o suficiente para discorrer "cientificamente" sobre o assunto, portanto de forma isenta aos pressupostos e valores religiosos, éticos e morais acumulados ao longo da história pessoal. Mas não só por isso. O embate sobre o aborto – portanto sobre o crime de aborto *versus* o direito ao aborto – reclama investigação prévia, qual seja a condição jurídica do feto: como objeto de proteção ou como sujeito de direitos.

José Antônio Peres GEDIEL,[208] tratando do direito à vida, reflete sobre o conflito entre a liberdade jurídica de um sujeito (da mãe) e o (suposto) direito à vida de outro (do nascituro), sob a ótica dos direitos da personalidade. Para tanto, parte do reexame da qualificação jurídica do nascituro e a extensão dos seus direitos, em todas as fases "da vida humana anteriores ao nascimento". Ou seja, na esteira de Eduardo de Oliveira Leite, assume que, numa proposta ampliativa da tutela dos direitos fundamentais da personalidade humana, não se admitem critérios biológicos contados da fecundação (dias, meses) para definição da vida humana.

Todavia, ele deixa consignado que – à luz do Código Civil anteriormente vigente (art. 4º), e mesmo do atual (art. 2º), ainda discutido enquanto projeto – a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, muito embora a lei proteja, desde a concepção, os direitos do nascituro. Nesse sentido, refere que o tratamento jurídico conferido ao feto revela os limites da sua própria proteção, de modo que, pelo menos no plano legislativo, teria sido feita relevante distinção entre a pessoa humana e a sua potencialidade (o nascituro). A seu ver, "a existência puramente biológica do indivíduo não é suficiente para que ele seja acolhido como sujeito de direito, pois essa qualidade, que lhe é conferida pelo

[208] GEDIEL, José Antônio Peres. Op. cit., p. 69-80.

ordenamento jurídico, poderá sofrer modulações e limitações",[209] o que não impediria, no entanto, reconhecer-se que "(...) a proteção ao direito à vida tem se imposto, levando a doutrina e a legislação a reconhecerem o **direito ao nascimento ou de nascer**, como categoria autônoma, cujo titular é o nascituro."[210] De todo modo, GEDIEL praticamente conclui no sentido de que a aceitação da personalidade jurídica do embrião e mesmo da sua autonomia em relação ao "corpo materno" – desde a concepção, *in vivo* ou *in vitro* – resultaria da necessária dispensa de tratamento jurídico isonômico a sujeitos (embrião-feto e mãe) submetidos à mesma ordem jurídica, conforme reclamado pelo art. 5º, *caput*, da Carta Magna. Assim, implicitamente denota como inconstitucionais tanto o código civil como decisões judiciais em sentido contrário.[211]Mas o

---

[209] Ibidem, p. 74.

[210] Idem – negritou-se.

[211] No Supremo Tribunal Federal a compreensão parece ter sido a mesma, pelo menos na linha do voto condutor da decisão proferida na ADI 3510, de lavra do Ministro Carlos Ayres Britto, acerca do uso das células-tronco embrionárias: "22. Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativivo em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da 'dignidade da pessoa humana' (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' (alínea b do inciso VII do art. 34), 'livre exercício dos direitos (...) individuais' (inciso III do art. 85) e até dos 'direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea (inciso IV do § 4a do art. 60), **está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém**. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais 'à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade', entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo 'residentes' no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em 'placa de Petri'), além de complementar a referência do seu art. 5º 'aos brasileiros' para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros **natos** (na explícita acepção de 'nascidos', conforme as alíneas a, b e c do inciso I do art .12) e brasileiros **naturalizados** (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas a b do inciso II do mesmo art. 12). (...) 24. Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, **mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural**. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5° é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana **é de um silêncio de morte** (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. Precisamente como esclareceu Débora Diniz, na mencionada audiência pública, *verbis*: (...) 29. Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é

Código Civil de 1916 foi substituído pelo de 2002 e, ainda assim, o nascituro continua distinguido no âmbito legal. Permanece, também, a incerteza quanto ao embrião e ao feto (na sequência) assumirem a mesma condição de pessoa humana; aquela induvidosamente ostentada pela mulher e potencial mãe. Logo entraria em embate o direito da mulher ao exercício de sua autonomia existencial, à liberdade reprodutiva e direito ao corpo *x* o direito à vida do nascituro.

---

meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. (...) (STF, Tribunal Pleno, ADI 3510, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 2705/2010).” (negritou-se.) Na ADPF 54/DF a questão da vida em potencial também foi discutida embora o debate pareça menos rico porque com a anencefalia do feto **se rejeitou a tese da potencialidade de vida** e, similarmente, não se pôs em conflito eventual distinção entre a vida da mãe e a vida em potencial do feto a partir da dignidade da pessoa humana. De todo modo, em seu voto o I. Relator, Ministro Marco Aurélio, assim destacou: “**4. Direito à vida dos anencéfalos**. (...) não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. (...) 4.1 **O caráter não absoluto do direito à vida** Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão. Aliás, no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. (...) vale mencionar decisão da Corte Constitucional italiana em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma. Eis o que ficou consignado: ‘[...] o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto... Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se.’ Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. (...)” O extrato do julgado foi consolidado nos seguintes termos: “**Ementa**: ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (STF, Tribunal Pleno, ADPF 54, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 12/04/2012, DJe-080 30/04/2013)”

E Adriana Espíndola CORRÊA aponta os parâmetros em que acredita se dê esse conflito:

> (...) instala-se entre o direito de autodeterminação corporal da mãe e a proteção da vida em formação do feto. As distintas e opostas soluções para esse conflito de normas constitucionais refletem diferentes concepções de mundo por parte de grupos sociais que se posicionam ou em favor da autonomia da mulher, ou em defesa da vida humana, mesmo que antes do nascimento. A resposta do ordenamento jurídico espelha, por isso, uma opção política do legislador quanto à determinação de qual dos princípios tem mais peso, no caso específico do aborto.[212]

Logo, a criminalização do aborto, a despeito de legalmente estipulada, soa inconstitucional, posto que "o Estado deve valorizar a autonomia individual e não o moralismo jurídico",[213] como adverte Luís Roberto BARROSO. O que dizer, então, do déficit democrático na construção dessa lei e na sua ilegítima apatia em relação à isonomia requerida constitucionalmente entre homens e mulheres. Como registra Daniel SARMENTO:

> Ora, um caso típico de legislação androcêntrica no Brasil é exatamente a que trata do aborto, elaborada sem nenhuma consideração em relação aos direitos e interesses femininos envolvidos. Ela viola a igualdade, na medida em que gera um impacto desproporcional sobre as mulheres, já que as afeta com intensidade incomparavelmente maior do que em relação aos homens, de forma tendente a perpetuar a assimetria de poder entre os gêneros presente em nossa sociedade. Só a mulher, quando não se conforma com a legislação proibitiva e busca o aborto, se sujeita a graves riscos à sua vida e saúde, ao submeter-se a métodos quase sempre precários de interrupção da gravidez; só ela, quando obedece a contragosto a lei, acolhendo em seu ventre e depois gerando um filho que não desejava, vê seu corpo instrumentalizado e perde as rédeas do seu próprio destino.[214]

Desse modo a compreensão (jurídica, pelo menos) dessa decisão (de abortar) deve necessariamente considerar a mulher como **um fim em si mesmo** e não como um instrumento para viabilização (da vida) daquele que sequer nasceu. Ademais, "o corpo não é uma máquina, e a maternidade forçada desrespeita a especificidade do ato de dar a vida. Impõe-se um duplo respeito: pelo corpo da mulher e pelo corpo do filho a nascer."[215] Mas, a bem da verdade:

---

[212] CORRÊA, Adriana Espíndola. Op. cit., p. 82.
[213] BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade**... p. 102.
[214] SARMENTO, Daniel. **Legalização**... p. 48.
[215] VINCENT, Gérard. Op. cit., p. 254.

> (...) a criminalização do aborto atenta contra a vida e a saúde das mulheres, além de humilhá-las e colocá-las em um patamar de inferioridade em relação aos homens. Nesse sentido, é um paradigma das desigualdades de gênero (VILLELA, 2011). Ou seja, a questão não estaria referida ao embrião e seu suposto direito ao desenvolvimento, e sim ao comportamento sexual da mulher: se ela consentiu em ter relação sexual, deve arcar com as consequências, inclusive uma gestação, mesmo que não planejada ou desejada. A obrigatoriedade de manter a gestação soaria como uma punição ao ato sexual, sendo a obrigatoriedade de assumir, amar e assegurar o desenvolvimento saudável do ser nascido desta gravidez a pena imposta pelo crime cometido.[216]

E isso, certamente, tem de mudar com o adequado respeito jurídico ao corpo, à autonomia existencial (e reprodutiva) e, afinal mesmo, à própria dignidade da mulher.

Trazendo mais um fator "problema" para essa reflexão, Flávia PIOVESAN trata do aborto dentro da temática dos direitos sexuais e reprodutivos e, mais especificamente, do aborto inseguro como violação aos direitos humanos. Em seus estudos, registra que foi em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, ocorrida no Cairo, que os direitos sexuais reprodutivos foram alçados à condição de direitos humanos. E dentro desse novo rol de direitos anota encontrarem-se o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção ou violência, no campo próprio da liberdade e da autodeterminação individual. Por conta deles, (indistintamente, homens e) mulheres teriam liberdade para decidir se e quando desejam reproduzir-se, quando e segundo a freqüência almejada. Logo, o papel do Estado, na seara, seria exclusivamente o de garantir condições de adequado planejamento familiar, sem prejuízo da implementação de políticas públicas garantidoras do direito à saúde sexual e reprodutiva.[217] A partir disso, referida jurista afirma categoricamente que, em relação ao Brasil,

---

[216] Comissão de estudos sobre violência de gênero – Exercício 2013/2016, Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. **Direito das mulheres, aborto e anticoncepção de emergência:** interfaces para se assegurar igualdade, cidadania e autonomia às mulheres. p. 11.

[217] PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. *In:* SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 53-54.

> (...) no plano jurídico, a criminalização do aborto viola os chamados direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, amparados pela Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994, bem como pelas Conferências de Copenhagen de 1994 e de Pequim de 1995. A criminalização do aborto resulta, assim, como uma violação a direitos humanos internacionalmente protegidos, em particular nas esferas da sexualidade e reprodução.[218]

De todo modo, surge como ainda mais eloquente o escólio de Maria José Rosado-Nunes, não por acaso assentado literalmente nas conclusões de PIOVESAN, e que merece transcrição:

> Diversamente dos animais, os seres humanos podem controlar sua capacidade reprodutiva e só ter filhas e filhos desejados/as e amados/as. Mulheres e homens têm a capacidade de escolher quando querem ter filhos/as, quantos filhos/as desejam ter, ou se não querem tê-los/as. Trazer à vida um novo ser deve ser um ato plenamente humano, isto é, pensado, refletido. Uma criança deve ser desejada e recebida para a vida. Isso é o que significa 'escolha procriativa', 'maternidade e paternidade responsáveis'. Por isso, uma gravidez não planejada, inesperada ou indesejada pode ou não tornar-se objeto de uma acolhida. É exatamente o reconhecimento da dignidade e da 'sacralidade da vida' que coloca a exigência moral de tornar possível a interrupção de uma gravidez e o correlato respeito por essa decisão.[219]

Dessa feita, ainda que não à guisa de conclusão, mas de reflexão, é preciso ter em conta que a prática de aborto pode até deixar de ser juridicamente sancionada (por conta da prescrição, ou, ainda, pelo desconhecimento do fato pelas autoridades constituídas), porém dificilmente será esquecida por quem a sofreu, o que torna esse ato – expressivo de autonomia existencial da mulher e diretamente imbricado com o seu direito ao corpo – dos mais existenciais.

Outra vez, contudo, o direito (de não ter filhos pela via do aborto) encontra restrições. Ou seja, aqui não se reconhece como direito da mulher o de pretender (ou de pessoalmente realizar)[220] o aborto a qualquer tempo.

O limite do exercício deste direito deve ser encontrado junto à medicina. A partir do momento em que se mostrar viável, em sua plenitude, a vida extrauterina do feto – a partir da semana X (com tendência a diminuir com o

---

[218] Ibidem, p. 67.

[219] Ibidem, p. 70-71.

[220] Não se esqueça de que existe o chamado aborto químico. No Brasil, por décadas fez-se famoso o uso do CITOTEC (Misoprostol) para esse fim, até que em 1998 deixou de ser "livremente" comercializado em farmácias. Hoje, a RU-486 (hormona sintética Mifeprex) prescrita a uma mulher grávida de 3 a 9 semanas, em conjunção com uma prostaglandina sintética (como Misoprostol – o CITOTEC), causa o aborto.

passar dos anos) – estará *ipso facto* proibida a realização do aborto, independentemente mesmo de lei criminalizadora desse comportamento.[221]

Sobre esse assunto, José Carlos Teixeira GIORGIS comenta que

> (...) a literatura jurídica costuma referir decisão da Suprema Corte dos estados Unidos, em 1973, no conhecido processo Roe v. Wade, em que uma mulher propugnava o direito de abortar; terminando a Corte em entender que a criança apenas concebida não podia ser considerada pessoa, ao abrigo da 14ª Emenda Constitucional, pois o feto representa uma vida em potencial, devendo o Estado preocupar-se com a menor somente depois que nascesse e fosse considerada viável.
> Para os juízes americanos, somente quando a potencialidade de vida do feto atingisse um elevado grau de probabilidade de dar lugar a uma vida em ato, é que o Estado pode interferir na esfera de liberdade da mulher a dispor de seu próprio corpo (...).[222]

E essa parece ser a resposta ponderada em tese compatível com a nossa Lei das leis, por que justapõe, para fins de valoração e decisão (entre um e outro), o direito da mulher ao corpo (à autonomia existencial e à liberdade reprodutiva) e a proteção jurídica conferida constitucionalmente à vida em potência.[223]

---

[221] Tratando do direito à autonomia reprodutiva e concebendo-o como "superior no peso do argumento" à invocação do direito da mulher ao próprio corpo para legitimação do aborto, Francesca Puigpelat MARTÍ descreve o mesmo raciocínio nos seguintes termos: "Sin embargo, no hay consenso acerca del momento en que el valor de la vida embrionaria es superior al de la autonomía reproductiva de la mujer. Algunas legislaciones consideran que la decisión de la mujer debe primar durante los tres primeros meses del embarazo sobre la vida del embrión, pero que más adelante debe tener más peso la protección de la vida embrionaria. Creo que, pese a que tres meses parece un tiempo suficiente para tomar decisiones responsables sobre la maternidad, el plazo debería extenderse a todo el tiempo durante el cual el feto no sea considerado viable, esto es, mientras el feto no haya alcanzado aquel grado de desarrollo que le permitiría, llegado el caso, alguna posibilidad de sobrevivir fuera del claustro materno sin secuelas neuronales graves posteriores." (MARTÍ, Francesca Puigpelat. Op. cit., p. 171-172.) Teresinha Inês Teles PIRES sustenta o mesmo: "a autonomia da vontade, na esfera reprodutiva, como garantia individual constitucional, só é tutelável até o ponto em que não se depara com o conceito de 'potencialidade de vida'." (PIRES, Teresinha Inês Teles. **Uma abordagem interpretativa dos fundamentos jurídicos do julgamento da ADPF 54**: dignidade humana, liberdade individual e direito à saúde. [Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v. 14, n. 14 - p. 577-598 / jul.-dez. 2013, p. 584.] Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/465/360.> Acesso: 30 nov. 2013.)

[222] GIORGIS, José Carlos Teixeira. Op. cit., p. 157.

[223] Afinal, pela importância, anote-se que até mesmo Ronald DWORKIN analisou a sentença Roe v. Wade, considerando as particularidades americanas e, inclusive, a decisão que lhe foi sucedânea (a sentença Casey). No entanto, também ele deixou de apresentar uma tomada de posição (jurídica) objetiva sobre a hipótese e, quase subliminarmente, sugeriu que a liberdade individual (a autodeterminação do indivíduo) devesse sobressair mesmo em situações limite, como em casos de aborto e eutanásia, sem prejuízo do reconhecimento da vida como sagrada. (DWORKIN, Ronald. **Domínio**... p. 141-ss.)

De toda forma, sempre é possível que, ao invés do desejo (e do direito) de não ter filhos, confirme-se na mulher o livre, consciente e responsável objetivo de ser mãe, mediante instrumentalização do próprio corpo, de modo a manter, ampliar ou, excepcionalmente mesmo, constituir família (monoparental).[224]

2.4 MONOPARENTALIDADE FEMININA

Nem toda família biológica apresenta dois genitores. Segundo Eduardo de Oliveira LEITE, "uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças".[225] A definição jurídico-constitucional é similar: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (§ 4º do art. 226).

Eduardo APPIO igualmente analisou a sentença americana e sua potencial repercussão junto ao nosso Supremo Tribunal Federal a partir da ADPF 54 (que tratou do aborto em casos de anencefalia). Antes disso refletiu sobre a melhor abordagem para o caso, que entendeu ser a minimalista, de modo que o debate se travasse entre a liberdade (da gestante) e a isonomia (gestante-feto). "É altamente recomendável que (o STF) decida a questão em termos estritos, sem envolver um direito amplo de aborto, o que somente seria possível em outra ação. **A tutela judicial da liberdade, nesse caso, não está atenta a um eventual processo de discriminação histórica sofrido pelas mulheres, que merecem uma atenção especial da Corte na condição de minoria**, mas sim a um direito de liberdade garantido em favor de todos os cidadãos. Esta, inclusive, parece ser a opção mais adequada, já que não está em discussão um suposto conflito entre a liberdade (privacidade) da gestante e a vida humana – como proposto, por exemplo, no caso *Roe v. Wade* –, mas apenas a igual tratamento. (...) Somente se abordada de maneira direta a própria ilicitude da conduta abortiva, tachando-se de incompatível com a Constituição de 1988 a criminalização do aborto, é que eventual conflito entre a privacidade e a vida estaria submetido à Corte." (APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 369-370 – negritou-se.).

[224] Ocorre que para o desenvolvimento da personalidade da mulher e quiçá mesmo para consecução do seu projeto parental, pode ser que a constituição da sua família, da família da mulher, se dê de forma praticamente "independente". Isto é, com participação masculina mínima e episódica (como produção independente) ou, quem sabe mesmo, sem contato físico com qualquer homem. Nesses especiais casos há de se considerar, adicionalmente, a autonomia privada da mulher como a capacidade de se autodeterminar e materializar o desejo de constituir família, tendo filhos, também como de cunho personalíssimo. "Frequentemente, as situações jurídicas subjetivas voltadas para as categorias do ser são identificadas com os direitos da personalidade, classificados pela doutrina como direitos subjetivos absolutos". (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Op. cit., p. 19.)

[225] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 22.

Logo, o pressuposto para reconhecimento de uma família como monoparental (ou unilinear) é a ausência de um dos genitores no seio da família – aquela não necessariamente construída, porém obrigatoriamente mantida por laços de afeto e de solidariedade – independentemente do motivo.

No Brasil, como no resto do mundo, nunca foram poucas as mulheres que, sozinhas, cuidaram da prole, após a viuvez, a cisão judicial do casamento ou do "simples" abandono. Logo, o "infortúnio", especialmente notado nas camadas mais pobres da população, sempre foi e continua sendo o motivo ordinário que leva a mulher à responsabilidade solitária de dar conta da guarda, do sustento e da educação dos filhos. Analisando o Programa BOLSA FAMÍLIA, de 2006 a 2008, o Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE) chegou aos seguintes e eloqüentes dados:

> Entre os titulares do programa, a maioria é mulher (94%), negra ou parda (64%), e está na faixa etária compreendida entre 15 e 49 anos (85%). No contexto familiar, os novos arranjos domiciliares ganham destaque: 38% dos domicílios são compostos por famílias monoparentais, sendo que 27% dos titulares são mães solteiras, índice que se torna ainda maior na área urbana. É significante também o número de idosos chefes de família e a proporção de filhos adultos, muitas vezes com cônjuge e prole, que coabitam com o pai e a mãe. Freqüentemente, estas famílias ampliadas têm como únicas fontes de renda a aposentadoria dos idosos e o Bolsa Família.[226]

---

[226] MENEZES, Francisco; SANTARELLI, Mariana. **Bolsa Família: vencendo a pobreza?** Disponível em: <http://www.fetecsp.org.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=39810> Acesso: 10 nov. 2013. O Programa Bolsa Família iniciou, em 2003, com três milhões e seiscentas mil famílias atendidas. Hoje alcança quase quatorze milhões, num total de mais de cinqüenta milhões de pessoas beneficiadas. (Disponível em: <http://bolsafamilia10anos.mds.gov.br/linhadotempo> Acesso: 10 nov. 2013.) O programa consiste, na forma da Lei nº 10.836/2004, em conceder benefícios, em dinheiro, a unidades familiares em situação de pobreza (renda pessoal entre R$ 70,01 e R$ 140,00 por mês) ou de extrema pobreza (menos de R$ 70,00 por mês). Tais benefícios podem ser fixos (básico, no importe de R$ 70,00 para famílias em extrema pobreza) ou variáveis (consoante a situação econômica e o perfil dos beneficiários: de R$ 32,00 a R$ 38,00, podendo cumular-se; para maiores informações, confira-se: <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/beneficios> Acesso: 10 jan. 2014..) Contudo, a concessão dos benefícios enseja contrapartida, as chamadas "condicionalidades", como o compromisso de vacinação de crianças, realização do pré-natal, freqüência escolar mínima dos filhos etc. (Disponível em: <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/condicionalidades> Acesso: 10 jan. 2014.) Mas realmente importa, no contexto, matéria veiculada no jornal inglês THE GUARDIAN, em data de 18/12/2013, na qual se explica a importância do programa para a libertação e independência das mulheres brasileiras, com ajuda assistencial do Estado, mediante a seguinte chamada midiática: "Brazil's cash transfer scheme a source of empowerment for women" (Em tradução livre: Esquema de transferência de renda do Brasil: uma fonte de empoderamento para as mulheres – Disponível em: <http://www.theguardian.com/global-development/2013/dec/18/brazil-bolsa-

Ou seja, a realidade continua ratificando o que se afirma faz muito tempo: que as mulheres pobres realmente cuidam da gestão e do sustento do lar e que, em muitos deles, a realidade familiar é mesmo a monoparental.[227]

Mas essas não são as únicas causas do aparecimento – e da manutenção por tempo razoável, pelo menos – das famílias monorapentais titularizadas por mulheres, aquelas expressivas da denominada **monoparentalidade feminina**.

No caso das mulheres mais abastadas, daquelas que retardaram ao máximo o projeto parental para assunção de condições mínimas de dignidade no espaço social e profissional, não são isoladas as práticas da "produção independente" e da adoção singular. Nestas, em regra o traço marcante é o projeto parental objetivamente definido, com ciência e assunção prévia de todas as responsabilidades inerentes à filiação[228] apenas pela mulher, ainda que em tese.

---

familia-women-empowerment> Acesso: 10 jan. 2014. Comentando essa e outra notícia, o governo deixa institucionalmente assentado que: "***O jornal inglês The Guardian publicou nesta quarta-feira (18) uma matéria sobre como o programa de transferência de renda dá às mulheres mais liberdade e independência*** – 'Eu substituí meu marido pelo Bolsa Família', conta a beneficiária Maria da Paz, que vive na Rocinha, no Rio de Janeiro. Ela credita ao Programa o maior apoio para a decisão de deixar o ex-marido, que agredia as duas filhas do casal. 'O Bolsa Família ajuda as mulheres', reforça. Hoje, 93% dos titulares do cartão do Bolsa Família são mulheres. Além de dar a elas mais autonomia, o Programa teve outro impacto positivo: a diminuição de partos prematuros e o nascimento de crianças mais saudáveis, graças ao acompanhamento pré-natal, uma das contrapartidas que as mulheres assumem ao ingressar no Bolsa Família. (...) Em outra matéria, publicada na última terça-feira (17), o jornal inglês afirma que o programa é, sem dúvida, o maior sucesso de exportação do Brasil atualmente, uma forma barata e eficiente de melhorar a vida dos mais necessitados. Segundo o *The Guardian*, ao repassar dinheiro diretamente aos mais pobres, o Bolsa Família representa uma mudança de paradigma. Na reportagem, a ministra Tereza Campello relembrou o lançamento do programa, há dez anos, pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, e a resistência enfrentada à época. 'Críticos citam Confúcio e dizem que é melhor ensinar as pessoas a pescar do que dar o peixe, mas os beneficiários do Bolsa Família não são pobres por serem preguiçosos ou por não saberem como trabalhar, eles são pobres pela falta de oportunidades, de educação e pela saúde precária. Como eles podem competir com essas desvantagens? Ao dar às pessoas dinheiro para sobreviver, nós as empoderamos, incluímos e damos direitos de um cidadão em uma sociedade de consumo'." (Disponível em: <http://bolsafamilia10anos.mds.gov.br/node/33321> Acesso: 10 jan. 2014.)

A segunda matéria no jornal inglês, intitulada "*Brazil's 'bolsa familia' scheme marks a decade of pioneering poverty relief"* (em tradução livre: "Esquema Bolsa Família do Brasil marca uma década de pioneirismo no alívio da pobreza") está disponível em: <http://www.theguardian.com/global-development/2013/dec/17/brazil-bolsa-familia-decade-anniversary-poverty-relief> Acesso: 10 jan. 2014.

[227] MATTOS, Patrícia. **A mulher**..., p. 183-184.

[228] Como pontua Karla FISCHER, "o vínculo jurídico de filiação, ou seja, o liame jurídico que liga um filho a seus pais, no ordenamento jurídico brasileiro, pode decorrer do

A “produção independente”, contudo, reclama fertilidade da mulher e o necessário relacionamento com um homem. Logo, essa possibilidade sexuada de construção de uma família (monoparental) por meio da filiação é restrita a certas mulheres, por fatores de idade, de saúde, de orientação e mesmo de desejo sexual.

A maternidade mediante adoção singular, por sua vez, decorre um vínculo legal ou jurídico entre a pretensa adotante e a criança ou adolescente, efetivada por meio de um processo regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.[229] Neste diploma, não há restrição quanto à condição “familiar” do adotante, o que bem demonstra a superação dos resquícios da família patriarcal. Assim, é possível que uma mulher (ou um homem) adote filhos ainda que não tenha um(a) companheiro(a).

Como se dá em todas as demais formas de concretização do projeto parental, a adoção deve ser necessariamente pautada no afeto, na potencialidade do desenvolvimento da personalidade dos envolvidos, na responsabilidade e, *in casu* ainda, no melhor interesse da criança.[230]

---

vínculo legal, do vínculo natural, biológico ou consanguíneo, ou ainda do vínculo socioafetivo. No vínculo legal, também chamado de vínculo jurídico, a relação de filiação decorre de uma presunção ou da adoção. A filiação decorrente da adoção é estabelecida por um ato civil, respeitando o processo de adoção pelo qual uma criança é colocada em uma família substituta. Seu regramento está estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente.” (FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Reprodução humana assistida e a atuação dos conselhos de medicina na perspectiva civil-constitucional.** [Dissertação (Mestrado em Direito) – UniBrasil, Curitiba, 2013. p. 8.] Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/dissertacoes_2011/09_karla_fischer.pdf> Acesso: 30 nov. 2013.

[229] Lei nº. 8.069/1990 – “Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. (...) § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: (...) I - se tratar de pedido de adoção unilateral; (...).”

[230] E a compreensão desse melhor interesse (da criança) tem de se dar conforme a realidade, sob pena de desvirtuamento. Isto é, “o melhor interesse da criança, contudo, pode ser utilizado como arma de um conservadorismo que busca, aos que estão nas instituições à espera de um lar, um perfil familiar quer não resume a realidade brasileira, bastante plural, mas apenas uma idealização infundada”. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. **O princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção e o direito fundamental à família substituta.** [Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12 - p. 285-301 / jul.-dez. 2012. p. 297.] Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/285/286> Acesso: 30 nov. 2013.)

Nesse sentido houve avanço jurisprudencial: numa mesma decisão confirmou-se a instância familiar da união homoafetiva e a idoneidade da adoção singular de filho gerado por meio de Reprodução Humana Assistida pela outra mulher, permitindo a ambas – mãe biológica e sua companheira – compartilhar em pé de igualdade o projeto parental.[231]

---

[231] "**Ementa**: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III.A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual 'a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando'. VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas '(...)têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo.' (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. In: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, **quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral**. Recurso especial NÃO PROVIDO. (STJ, Terceira Turma, REsp 1281093/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013)"(negritou-se) Mesmo assim, ainda há autoridades vozes na doutrina, como a de Eduardo Oliveira LEITE defendendo que a união homoafetiva não é família, e, por isso mesmo, não seria um lugar que

Sobra, ainda, para fins de debate, a possibilidade de reprodução humana medicamente assistida e, pois, por meio dela constituir-se um novo tipo de família monoparental: aquela responsavelmente projetada (em sua origem) como futuramente integrada apenas pela mãe e seus filhos, com auxílio da tecnologia e de modo assexuado.

2.4.1 Construindo a Família Monoparental por meio da Reprodução Humana Assistida (RHA): a Perspectiva Tecnológica do Século XXI

Se o aborto é apto a por fim a uma potencial família, quando futuramente constituída apenas da mãe e da futura prole, a reprodução assistida é o seu reverso. Isto é, ambas as decisões, de cunho nitidamente existencial, dizem respeito à autonomia da mulher, e, pois, devem ser analisados à luz dos direitos fundamentais, a começar pela dignidade da pessoa humana.

Por meio dos atuais procedimentos de Reprodução Assistida (as técnicas de RHA), mediante doação de esperma, é possível, **de fato**, a uma mulher "unilateralmente" gerar vida e, com isto, levar a cabo seu projeto pessoal de constituir família "à margem de companheiro", a qual pode ainda se ver eventualmente transformada – de monoparental para outra – bastando a agregação de outro(s) sujeito(s) pelo vínculo da afeição, do respeito e da solidariedade recíprocas.

Neste contexto, a Reprodução Humana Assistida – entendida como o "conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano"[232] – propicia novas possibilidades de se concretizar o projeto parental, quanto o mais para as mulheres que pretendem, como dito, levá-lo a cabo individualmente.

Todavia, isso também aproveita para as mulheres que planejaram, na constância de um relacionamento afetivo com um homem, submeter-se às

---

satisfizesse os direitos do adotando à convivência familiar. (LEITE, Eduardo Oliveira. Adoção por homossexuais e o interesse das crianças. *In*: _____. (Org.). **Grandes temas da atualidade**: adoção – aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 102.)

[232] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 610.

técnicas por razões de infertilidade atual ou iminente, bem como para as que se encontram sós, por conta da separação ou da viuvez, desde que haja anuência daquele(a) que compartilhou o projeto.

Logo, muito embora eventualmente acessíveis a poucas mulheres, pelo seu alto custo, as possibilidades tecnológicas de favorecimento ou mesmo de viabilização da maternidade são muitas, devendo-se adotá-las conforme cada caso, individual e personalissimamente considerado.

As técnicas de RHA que importam para fins deste estudo são aquelas conformadas com a Constituição da República de 1988 e com o art. 1.597 do Código Civil,[233] em especial, notadamente pelo fato de que ainda não há lei regendo a espécie. Todavia, normativas do Conselho Federal de Medicina (CFM)[234] têm se prestado a "informar" os procedimentos e, mais do que isso, a regular a atuação ética dos médicos e dos responsáveis técnicos (também médicos) das clínicas de reprodução humana e demais instituições afins.

Aqui o objetivo é, apenas, o de apresentar as técnicas mais comuns,[235] e de um modo claro o suficiente para o contexto desta pesquisa marcadamente jurídica, mas sempre com a lembrança de que exigirão, em alguma medida, intervenção médica especializada, doação de material genético (gametas ou embriões) ou empréstimo de útero.

Quem sabe a mais simples de todas as técnicas, a **estimulação hormonal** visa a aumentar o número de óvulos produzidos em um ciclo, incrementando, por conseguinte a probabilidade da gravidez – seja ela "normal" ou assistida.[236] Neste

---

[233] Lei nº 10.406/2002 – "Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido."

[234] Encontra-se em vigor a Resolução nº 2.013/2013, expedida pelo Conselho Federal de Medicina, que, muito embora tenha revogado inteiramente a Resolução nº 1.957/2010, reproduziu quase a totalidade de seu conteúdo.

[235] Pela qualidade técnica e pela amplitude da abordagem, confira-se: PAGANINI, Juliano Marcondes. Op. cit., p. 63-85.

[236] CAVAGNA, Felipe. Tratamento da infertilidade – reprodução humana assistida. *In*: MALAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (Orgs.). **Psicologia e**

cariz é preciso considerar que, durante toda a vida (reprodutiva), a mulher produz em média 400 óvulos, um por mês, liberado durante o período fértil. Ocorre que nem todo mês a mulher ovula, o que se mostra ainda mais reforçado naquelas que já contam com mais de 35 anos e as com dificuldades para conceber. Logo, quando a maternidade é desejada, programada e mais ou menos difícil, pode haver indicação médica de estimulação hormonal, por medicamento injetável ou não, mas sempre se inserindo essa intervenção nas espécies do tipo "reprodução assistida".[237] A estimulação por medicamento oral tem pouco interesse pela pouca efetividade do tratamento e por não ter um maior apelo do "mercado de consumo", possivelmente em razão do baixo custo. De qualquer forma, esse é o procedimento indicado para a primeira tentativa, a ser utilizada apenas nos casos de coito programado.

A estimulação que realmente apresenta relevo é a proveniente de hormônio humano (gonadotrofina hipofisária), muito menos acessível, geralmente recomendada para utilização de 7 a 11 dias, podendo variar para mais ou para menos, conforme a idade e resposta de cada mulher. Por meio dela a mulher pode produzir dezenas de óvulos e, pois, assim ter alguns fertilizados assistidamente a fresco ou congelados, para uso futuro. Os ainda excedentes podem ser destinados à doação (para a clínica mediante o termo de consentimento informado).

Assim, a estimulação hormonal pode ser utilizada tanto como um primeiro estágio da técnica de fertilização *in vitro*, como para a retirada e criopreservação dos óvulos produzidos, o que possibilita a mulher utilizá-los quando de sua conveniência. Em ambos os casos, após a estimulação medicamentosa, é necessário puncionar os óvulos por via transvaginal, com controle ecográfico. [238]

---

reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar. São Paulo: Gen/Livraria Santos, 2009. p. 9.

[237] SCALQUETTE, Ana Claudia S. Op. cit., p. 58.

[238] Há alguns anos a punção dos óvulos era realizada mediante cirurgia que exigia a abertura abdominal, procedida pela possibilidade de realizar o procedimento via laparoscopia (SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 11.). Ainda assim, o procedimento atual geralmente submete a mulher à sedação e anestesia local e por enquanto não se sabe quais as

Como acima antecipado, nosso ordenamento jurídico permite aos médicos[239] que preservem material genético de pacientes para possibilitar a descendência, qualquer que seja o motivo – desde que admitido –, para uso próprio (imediato ou futuro) ou de terceiros, mediante doação. Isso se dá por meio da **criopreservação** de: (a) **gametas femininos** (oócitos, ovócitos ou óvulos – que se convertem em zigoto imediatamente após a fecundação por um espermatozóide, usualmente nas trompas de falópio); (b) **gametas masculinos** (espermatozóides ou esperma – que junto com o plasma seminal formam o sêmen); e (c) **embriões** (resultado do desenvolvimento de zigotos, eles ordinariamente acabam por se implantar no útero e assim permanecem até sua conversão em fetos, a partir da oitava semana).[240] Mas a criopreservação de material genético não é uma técnica que, sozinha, realize qualquer projeto parental. Ela se faz de suporte necessário para outras.

A **inseminação artificial intrauterina** (IU) não é nenhuma novidade.[241] Esta técnica de reprodução consiste em conduzir, por meio de cateter, o material genético do companheiro ou do doador até o útero da mulher, quer ela tenha se submetido à estimulação hormonal ou não, quando da ovulação. O material

---

conseqüências da utilização dos hormônios injetáveis (humanos), principalmente quanto à dosagem segura, para efeitos futuros.

[239] Resolução CFM nº 2.013/2013 – "ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. (...) V – Criopreservação de gametas e embriões: 1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos, embriões e tecidos genéticos. 2 - O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados." (Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso: 24 nov. 2013.)

[240] A Itália, por exemplo, não permite a criopreservação de embriões, medida que, se por um lado dificulta a eficácia do tratamento de fertilização, por outro evita as questões morais, jurídicas e sucessórias advindas do congelamento, quanto mais quando da cessão por conta de separação ou falecimento de um dos "pais" do embrião. Todavia, a lei italiana prevê que, em caso de desrespeito à proibição, o cônjuge ou o convivente, cujo consentimento restou demonstrado, não poderá propor ação negatória de paternidade, tampouco a mãe do filho nascido poderá permanecer no anonimato. (SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 264.)

[241] Há quem faça referência a passagens mitológicas em que a procriação foi obtida por emprego de meios não naturais. Perseu teria sido o primeiro homem "a nascer por meio de inseminação artificial, pois Zeus fecundara Danae, a filha de Aerísio, que fora enclausurada para não ter o filho que mataria o avô e usurparia o trono". (BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 32.)

genético masculino, por sua vez, é "lavado" e selecionado antes de ser inseminado se colhido fresco; se o material estiver criopreservado, será "reaquecido" e introduzido na mulher. Maria Helena DINIZ refere a ele como método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), destacando tratar-se de fertilização *in vivo* – na qual não se propõe qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião. [242] A IU será **homóloga** quando "praticada na esposa (convivente) com sêmen do marido (convivente), em vida deste, ou após a morte[243] (*AIH – Artificial Insemination by Husband*)"; ao revés, será **heteróloga**, durante o matrimônio ou união estável, feita em mulher casada ou convivente, com esperma de terceiro (*AID – Artificial Insemination by Donor*).[244] O procedimento, entretanto, pode ser feito em mulheres sós ou homossexuais, utilizando o sêmen de doador anônimo, casos em que na concretização do projeto parental "não há que se falar em inseminação homóloga ou heteróloga, mas simplesmente inseminação artificial em sua acepção ampla".[245]

Quando presente um casal interessado na reprodução, a inseminação artificial homóloga é indicada em casos de incompatibilidade ou hostilidade entre o muco cervical e o esperma do parceiro, oligospermia (insuficiência numérica de espermatozóides) ou retroejaculação (retenção de espermatozóides na bexiga); a heteróloga em casos de oligospermia (quando não houver espermatozóides

---

[242] DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 610. Anote-se, entretanto, que essa abordagem parece estar tecnicamente errada. Juliano Marcondes PAGANINI aprofunda a investigação e distingue a GIFT da Inseminação Artificial Intrauterina (IA para ele). Esta conduziria à simples introdução dos gametas masculinos no útero enquanto que naquela os destinos – dos gametas aproximados em laboratório e conduzidos em cateter, mas igualmente antes da fecundação – seriam as trompas de falópio. A GIFT, ademais, seria mais propensa ao sucesso (PAGANINI, Juliano Marcondes. Op. cit., p. 63-67; p. 72-75.). Essa distinção, contudo, pouco ou quase nada interfere naquilo que principalmente descrito nesta dissertação.

[243] Lei nº 10.406/2002 – "Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento: (...) III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – nascidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido."

[244] DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 611.

[245] HATEM, Daniela Soares. Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de reprodução humana assistida. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire. (Org.). **Manual do Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 197.

úteis suficientes para a homóloga), azoospermia grave (ausência de espermatozóides), doenças hereditárias ou incompatibilidades sanguíneas.[246]

A **fertilização *in vitro*** (FIVETE) é o método que promove, em laboratório, o encontro entre os espermatozóides do companheiro ou de doador e o(s) óvulo(s) colhido(s) após tratamento de estimulação hormonal. Confirmada a fertilização, procede-se à transferência do(s) embriões para o útero. Essa técnica é utilizada quando não indicada ou não exitosa, a inseminação, além de recomendada "para mulheres com problemas nas trompas, anovulação crônica, endometriose ou com ovários policísticos".[247] É, ainda, subsidiária àquela, porque menos invasiva.[248] O procedimento pode ser realizado com companheiro(a) vivo(a), após sua morte, e com o material genético do doador,[249] mediante uso de espermatozóides ou de embriões criopreservados. No caso de transferência embrionária *post mortem*, exige-se a manifestação em vida desse desejo pelo falecido, consoante aponta o Código Civil de 2002[250] e a Resolução

---

[246] PAGANINI, Juliano Marcondes. Op. cit., p. 66-67.

[247] SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 71.

[248] Ordinariamente, o procedimento compreende quatro etapas: (i) Estimulação hormonal – usado para fertilização especificamente, inicia com um primeiro medicamento utilizado para bloquear a produção de hormônios pela mulher. Na seqüência um segundo medicamento é usado para estimular os hormônios e aumentar o numero de óvulos. Afinal, é ministrado mais um medicamento para manter os óvulos maduros para aspiração; (ii) Aspiração dos óvulos e coleta de espermatozóides – a aspiração dos óvulos é feita após 36h da última medicação, mediante anestesia local. A coleta do material masculino é realizada na clínica, depois de tratados, "capacitados" os espermatozóides para fertilizar. Nada obstante, o material genético a ser utilizado pode ser aquele constante dos bancos entregues altruisticamente por doadores; (iii) Fertilização – faz-se, na seqüência, a introdução do(s) espermatozóide(s) no(s) óvulo(s). No dia seguinte, transfere-se o óvulo fecundado para um meio ideal. 48h depois têm-se embriões em seu primeiro estágio de desenvolvimento; (iv) Transferência – na última etapa, os ovos são introduzidos no útero da mulher através de um cateter. Normalmente, após um dia de repouso a mulher pode voltar às suas atividades. Duas semanas depois se busca constatar o sucesso ou não do procedimento. (PAGANINI, Juliano Marcondes. Op. cit., p. 58-60; 63-73.)

[249] Neste caso, por força de determinação da autarquia profissional, o médico responsável pelo procedimento busca, nos bancos de doadores, materiais genéticos que possibilitem a mínima similaridade física com o(s) futuro(s) pai(s) para atender às necessidades de (i) mulheres que não produzem óvulos; (ii) homens que não produzem espermatozóides; (iii) casais absolutamente inférteis e (iv) pessoas solteiras.
Resolução CFM nº 2.013/2013 – "ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. (...) IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES: (...) 7 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora."

[250] Vide nota de rodapé nº 232.

do CFM nº 2.013/2013.[251] Mas é claro que o consentimento da mulher, ao se submeter a esta técnica ou qualquer outra – já que é o corpo dela que suportará os riscos dos procedimentos – é tão fundamental para a adesão ao tratamento que constitui verdadeiro pressuposto, direito do paciente de se autodeterminar, de acordo com sua vontade.

Essas, em suma, são as duas técnicas basilares ordinariamente experimentadas no dia-a-dia das clínicas de reprodução humana assistida.

No entanto, e muito embora a videolaparoscopia não constitua, em si, um procedimento de RHA, ela tem sido reiteradamente indicada e realizada nesses mesmos ambientes. No Brasil, muitos profissionais se utilizam desse expediente para "limpar" o aparelho reprodutor feminino, como os ovários e adjacências, permitindo que após a cirurgia a mulher tenha maiores chances de engravidar, de forma natural ou mesmo assistida. O procedimento possivelmente é utilizado de forma tão corriqueira – embora constitua cirurgia com todos os riscos inerentes (inclusive anestesia geral ou raquidiana) – pelo fato de os planos de saúde cobrirem o ato e o procedimento médico específico, o que nem sempre se dá em relação aos demais específicos para fins de reprodução humana assistida. E os que buscam a RHA normalmente são assistidos por planos de saúde.

---

[251] Resolução CFM nº 2.013/2013 – "ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. (...) V – CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES (...) - No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. (...) VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST-MORTEM* É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente."
Todavia, se não houver manifestação expressa do desejo do falecido, ou quando o cônjuge ainda vivo retira sua anuência, há a forte possibilidade dele ainda assim ser implantado, se se tratar de embrião. Explica-se: o embrião é pessoa humana em potencial, única, e o melhor destino para ele, nos casos de desistência ou morte do companheiro, parece ser a implantação no útero materno, satisfazendo os anseios da mãe e respeitando a dignidade, dela e do embrião. O mesmo se diga do pretenso pai supérstite que pretende levar o cabo o projeto parental utilizando-se de embrião congelado e de barriga de aluguel. E como lembra DINIZ, "A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar" (DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 46.). Se assim não se der, então o embrião estará destinado a permanecer latente até o eventual descarte ou a ser doado para pesquisa. Contudo, quando o material deixado pelo cônjuge falecido for espermatozóide ou óvulo, a situação parece sofrer mudanças, fazendo-se necessária a prova da vontade subjetiva do falecido.

O mesmo se diga da cessão temporária do útero. Jussara MEIRELLES conceitua a técnica como uma "prática pela qual uma mulher mantém em gestação uma criança com a intenção que esta seja entregue, após o parto, a quem com ela pactuou, gratuita ou onerosamente, a desse modo proceder."[252] Ela também, sozinha, não parece configurar uma técnica de RHA, haja vista que reclama, em geral, a fertilização *in vitro*, mediante utilização dos gametas de um ou dos dois futuros pais. Conhecida como "barriga de aluguel", é uma intervenção permitida no Brasil, mas com limitações impostas pelo Conselho Federal de Medicina.[253] A fecundação ocorre, repita-se, por fertilização assistida, com o material biológico da mulher que intenta criar família monoparental e o material do doador. Nessa intervenção o embrião é transferido para a voluntária receptora, que, após o parto, deverá entregar a criança – na eventualidade do êxito do procedimento – à mãe, biológica ou não.[254]

Ultimada esta revisão singela das técnicas ordinárias de Reprodução Humana Assistida, urge esmiuçar, em capítulo apartado, os eventuais óbices à

---

[252] MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade:** "mãe de aluguel". Curitiba: Genesis, 1988. p. 67.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos é licita a cobrança de valores por esse "serviço prestado", conforme previsto em lei. Nesse país e, ainda, na Inglaterra a mãe presumida é a que dá a luz, por isso o casal doador do material biológico deverá "adotar" a criança logo após o nascimento dela. Canadá, Espanha, Portugal e Itália vedam a possibilidade de se conceber por substituição, mediante locação do útero. (SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 286.)

Aliás, mesmo no Brasil, Rodrigo da Cunha PEREIRA entende ser viável a cobrança. (Disponível em: http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20Barriga%20de%20aluguel%20-%20o%20corpo%20como%20capital%20-%20Por%20Rodrigo%20da%20Cunha%20Pereira.pdf> Acesso: 25 out. 2013.)

[253] Resolução CFM nº 2.013/2013 – "ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. (...) VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos."

[254] É que não necessariamente a gestação por substituição será realizada com os óvulos da mulher que pretende o projeto parental. Aliás, a resolução da autarquia profissional nada trata a respeito.

sua utilização como encontrados na doutrina, na (bio)ética e mesmo na "legislação".

3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ADVERTÊNCIAS E RESTRIÇÕES À CONDIÇÃO FEMININA

Este capítulo busca investigar, por primeiro e por conta das advertências dos movimentos feministas, se o apelo à maternidade, mormente por meio da Reprodução Humana Assistida (RHA), não é eivado de um objetivo pouco explícito: o retorno da mulher ao *status quo ante* – à esfera privada, doméstica. Assim, ele pretende inauguralmente trazer à breve discussão esse novo "mercado reprodutivo" em contraste com o efetivo e consciente exercício da autonomia existencial pela mulher, para verificar se o projeto parental tecnologicamente viável, nestes tempos modernos, não representa um retrocesso para a condição feminina a partir do imaginário social, de apelos de consumo ou mesmo de qualquer outra consideração que não dela mesma.

Em seguida, traz-se à discussão, relativamente ao projeto (mono)parental de "mulheres sós", algumas objeções teóricas, os principais projetos de lei tramitação e, ainda, as considerações da Bioética, notadamente seus quatro princípios basilares, para buscar sobre eles refletir e, na medida do possível, afastar. Afinal, é a dignidade das pessoas humanas que está em discussão.

Justamente por isso se passa ao exame das regras e dos princípios no ordenamento jurídico vigente, bem como da eventual aplicabilidade direta dos princípios constitucionais, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, quando atrelados a direitos fundamentais de índole existencial, da personalidade. Por conta disso mesmo, adota-se um suporte fático amplo e uma teoria externa de restrição a direitos fundamentais (Teoria de José Virgílio da Silva), que só permite que isso eventualmente se dê em cada caso concreto, nunca *a priori* e de forma generalista.

Utilizando-se, então, desse arsenal teórico, e mediante desconsideração justificada do status infralegal das normativas do Conselho Federal de Medicina, submetem-se à crítica as principais questões que envolvem a Resolução CFM nº 2.013/2013 vigente e que se fazem diretamente imbricar com a condição feminina e com a autonomia existencial das mulheres. Nesse sentido, a

recomendação do número de embriões a ser transferidos e a proibição à redução embrionária, a impossibilidade de eleição do doador de material genético, a restrição etária imposta, a gestação por substituição com limites e a vedação ao sexismo e à escolha (injustificada) de caracteres embrionários é esmiuçada.

Por fim, se demonstra que há obrigação estatal no sentido de intervir (sem restringir), de fomentar e eventualmente mesmo de arcar economicamente com o projeto parental das mulheres – de quaisquer mulheres – por meio do Sistema Único de Saúde, por haver envolvimento do direito fundamental à saúde, pela impossibilidade de segregação (porque todas as mulheres têm igual dignidade) e pela própria natureza universal desses serviços.

3.1 DA APARENTE CONTRADIÇÃO ENTRE A EMANCIPAÇÃO DA MULHER E A MANUTENÇÃO DA MATERNIDADE COMO (MAIS UM) PROJETO DE VIDA

Relembre-se, aqui, que a contracepção é uma prática utilizada pelas mulheres desde sempre, o que inicialmente se dava por meio de técnicas rudimentares e pouco confiáveis, como o coito interrompido.[255] Mas transformações sociais, políticas e científicas, ainda que sem ostentar ou pretender este objetivo, muito contribuíram para a liberdade atualmente experimentada pelas mulheres.

Contudo, nem mesmo essa possibilidade, de fruir do sexo sem a sombra da maternidade – oportunizada pela disseminação da pílula anticoncepcional a partir dos anos 1960[256] – redundou em relevante decréscimo do índice de

[255] VINCENT, Gérard. Op. cit., p. 249.

[256] "A liberdade de escolha erótica e o direito de 'ter um filho quando quiser, se quiser', tornou-se uma luta feminista mais efetiva após a Segunda Guerra Mundial, especialmente a partir dos anos 60 e 70. 'Nosso corpo nos pertence', foi a palavra de ordem da batalha pelo fim da criminalização do aborto e, em alguns países, pela liberação da venda e divulgação de métodos contraceptivos." (PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. Igualdade e especificidade. *In*: PINSKY, Carla Bassanezi; PINSKY, Jaime (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto: 2003 p. 301.)

natalidade. O que se deu, apenas, foi uma maior liberdade de planejamento da época do nascimento dos filhos.[257]

Hoje, o contraceptivo oral é o método mais utilizado pelas mulheres para evitar ou protelar a gravidez, por isso não se olvide que ela foi e continua sendo fundamental para a emancipação da mulher. Ao separar a atividade sexual de sua função reprodutora, a mulher passou a ter a possibilidade de ter mais duas esferas de realização pessoal, a sexual e a profissional.

De súbito, entretanto, pode inadvertidamente parecer que a utilização das técnicas de Reprodução Humana Assistida vem de encontro à liberdade e à emancipação da mulher na sociedade, pelo fato de que, na esfera da vida individual, há uma verdadeira indústria cultural, que reproduz, em grande medida, a vida simbólica individual.[258] E é nesta dimensão, pessoal e existencial, que as ilusões fáceis e infantilizadas da indústria da cultura se refletem no senso comum.

Ou seja, poderia se depreender daí que a mulher estaria mais uma vez capturada pelo mercado; desta vez, o da Reprodução Assistida, que incidentalmente definiria os papéis a serem desempenhados por ela, mantendo um modelo de dominação que, embora sob outras máscaras, insistiria em permanecer.

Nesse sentido Jana SAWICKI afirma que as técnicas de RHA representam a utilização máxima dos corpos femininos, que se tornam ainda mais instrumentalizados por esta peculiar especificidade reprodutora.[259]

No interior do debate de algumas correntes feministas estão as diferenças sobre o significado que as técnicas de reprodução humana assistida têm para

---

[257] VINCENT, Gérard. Op. cit., p. 251.

[258] SOUZA, Jessé. Como o senso comum e a "brasilidade" se tornam ciência conservadora? *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 50.

[259] SAWICKI *apud* VIEIRA, Fernanda Bittencourt. **As tecnologias da reprodução**: discursos sobre maternidade e paternidade no campo da reprodução assistida no Brasil. . [Tese (Doutorado em Sociologia) – UnB, Brasília, 2008. p. 164.] Disponível em: <bdtd.bce.unb.br/tedesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4203> Acesso: 10 dez. 2014.

garantir a autonomia reprodutiva. É lá que se avalia se tais técnicas podem contribuir para uma instrumentalização ou para liberalização das mulheres.[260]

Tal enfoque corresponde ao pensamento feminista que pretende identificar, denunciar e criticar o caráter androcêntrico do direito, por conta das evidencias históricas da tendência de sobrerregular normativamente o corpo das mulheres, diferente do que tem acontecido com o corpo dos homens.[261] As feministas radicais, por exemplo, objetam a prática da Reprodução Humana Assistida por considerá-la uma "sobredeterminação do imperativo da maternidade" – como dominação do homem médico sobre os corpos femininos –, o que, em conclusão, faria suprimir a "única" fonte de poder das mulheres.[262]

É muito improvável que a capacidade de gestar seja a única fonte de poder das mulheres, até porque tal afirmação faz supor que as mulheres inférteis não tenham poder algum. Muito menos é possível considerar que a mulher seja moralmente vulnerável, incapaz de eleger seu destino, a ponto de o desejo de ter um filho ser fruto de uma "teoria da conspiração" engendrada pela sociedade de consumo.

Ter filhos naturais já não é fácil; de forma assistida a gravidez se torna ainda mais penosa. Logo, é preciso entender e diferençar as dificuldades voluntariamente assumidas pelas mulheres que se submetem à Reprodução Assistida, as mais variadas e freqüentes possíveis, para reconhecer que não se trata de um capricho, modismo ou ato-falho. A angústia e a frustração são etapas inevitáveis do processo, afinal, há um investimento emocional, físico e financeiro grande, [263] seguido de um resultado – positivo ou negativo – que tem o condão de alterar a vida, redirecionando os objetivos da mulher.

---

[260] PARCERO, Juan A. Cruz; VÁSQUEZ, Rodolfo. Introducción. *In*: PARCERO, Juan A. Cruz; VÁSQUEZ, Rodolfo. (Org.) **Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres.** México, D.F.: Fontanamra, 2010. p. XV.

[261] Idem.

[262] BROOK *apud* VIEIRA, Fernanda Bittencourt. Op. cit., p. 164.

[263] Nesse sentido: "A fertilização assistida envolve custo operacional invariavelmente alto e intensa sobrecarga psicológica durante as sucessivas etapas do tratamento." (IZZO, Carlos Roberto; FONSECA, Ângela Maggio. Fertilização assistida: seleção de pacientes e técnica. *In*: IZZO, Carlos Roberto**. Tratado de ginecologia**: condutas e rotinas de ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo: Revinter, 2005. p. 402.)

Basta observar mais atentamente um estrato bem específico de mulheres para perceber que, assim como a pílula – que permitiu um novo e extraordinário controle sobre a vida reprodutiva e a saúde da mulher[264] –, as técnicas de RHA também têm a potencialidade de emancipar a mulher. Isto assim acontece na medida em que as chances de definir o momento da maternidade se ampliam para além do usual e, o mais importante, independentemente da participação ativa de um parceiro.[265]

Os dados atuais também comprovam que o número de casamentos diminuiu, e que as mulheres, principalmente as que buscam aperfeiçoamento acadêmico e profissional,[266] acabam por delongar o projeto parental.

Supõe-se coerente, pois, que, em querendo, a mulher moderna e emancipada satisfaça, antes, seus outros interesses, além daqueles ordinariamente sentidos pelas mulheres nascidas e criadas para servir, na melhor das hipóteses, o marido e os filhos. Destarte, quando um pouco mais velhas do ponto de vista biológico, quer dizer, com mais de trinta e cinco anos, com ou sem um companheiro no projeto parental, essas mulheres podem ter na criopreservação do seu material genético uma possibilidade bastante interessante; assim viabilizam postergar a gravidez mantendo a qualidade original dos óvulos. O mesmo se diga das mulheres acometidas por câncer e que se submetem a tratamentos radicais. Os reflexos disso podem ser tão devastadores para o sistema reprodutor que somente a criopreservação de óvulos poderá permitir-lhes vir a ter "filhos de sangue" ou "filhos da barriga".

---

[264] Por outro lado, há de se ressaltar que a popularização de pílula reforçou o preconceito de que somente a mulher cabe o dever de contracepção. Ou seja, é um benefício, mas em termos.

[265] Tudo em consonância aos anseios da sociedade moderna, "marcada pela instituição homem como sujeito singular, livre e igual, sem vínculos sociais (como acontecia na Idade Média) e responsável por si mesmo". (AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 121.)

[266] As mulheres já superam os homens em grau de escolaridade, segundo a Pesquisa Mensal do Emprego (PME), datada de 2009 e divulgada pelo IBGE: 61,2% das trabalhadoras tinham 11 anos ou mais de estudo, enquanto que, relativamente aos homens, este percentual era de apenas 53,2%. A parcela de mulheres com ensino superior completo era de 19,6%, também superior ao percentual dos homens, correspondente a 14,2%. Disponível em: <http:/www.ecodebate.com.br/2010/03/09/ibge-divulga-informações-sobre-a-mulher-no-mercado-de-trabalho/> Acesso: 06 jan. 2014.

Para as mulheres homossexuais, castas, e, ainda, para aquelas que por alguma razão optam por abster-se de atividade sexual com um homem – portanto impossibilitadas de conceber "naturalmente" –, a inseminação artificial ou a fertilização *in vitro* se mostram como os únicos meios de procriação que preservam a própria dignidade.

As viúvas e separadas, por sua vez, podem – se existente – manter e utilizar o material genético criopreservado do ex-companheiro, ou mesmo os embriões assim mantidos, subsistindo a possibilidade de levar adiante o projeto parental individualmente, mesmo que com certas restrições.[267]

---

[267] Isto é, desde que haja anuência expressa do *de cujus* ou que outros fatos, assumidos como provas pelo Poder Judiciário, denotem essa mesma vontade. O (anunciado como) primeiro precedente no país, nesse sentido, é oriundo de Curitiba-PR. A professora K. L. obteve, em maio de 2010, liminar judicial para que fosse inseminada com o material genético do marido – vitimado pelo câncer ao longo do tratamento de Reprodução Humana Assistida, feito por três anos. Ocorre que o laboratório, em que criopreservado o sêmen, não tinha consentimento prévio nesse sentido. Levado o imbróglio ao Conselho Regional de Medicina do Paraná a resposta também foi negativa. Foi preciso, então, acionar o Poder Judiciário para que o projeto, originalmente biparental, fosse concretizado apenas pela mãe. Aos 21 de junho de 2011 nasceu Luiza Roberta, filha da autora com R. J. N. (seu falecido marido). (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2206201114.htm> Acesso: 13 jan. 2014.) "Gerar um filho a partir do sêmen de um marido que já morreu é uma situação que há 20, 30 anos, mal se podia imaginar. Foi assim com Luiza Roberta, que nasceu essa semana em Curitiba e foi notícia em todo Brasil. Foi assim com Camila, que já tem 14 anos. O que leva uma mulher a decidir ter um filho que já nasce órfão? Luiza Roberta nasceu segunda-feira (20), em Curitiba. Dois dias depois, mãe e filha já estavam em casa. Início para Luiza. Recomeço para Kátia. 'Essa risadinha era do pai', lembra Kátia. Kátia Lenerneier, 39 anos, vive a felicidade de ter a filha nos braços, mas também a dor pela saudade do marido. 'Ainda tem lá no fundo alguma coisa faltando, que é a presença dele', lamenta Kátia. A história de Kátia e Roberto foi interrompida. Ele teve um câncer, diagnosticado em fevereiro de 2009. Antes disso, o casal já tentava engravidar do primeiro filho. Com o aparecimento da doença e a possibilidade de ficar estéril, Roberto resolveu congelar seu sêmen. 'Na hora que ele foi internado, a gente imaginava só que ele ia ser mais uma internação, mas não foi isso que aconteceu. Prometi pra ele nesse momento que eu ia ter nosso filho', lembra Katia. Não foi fácil. Roberto não deixou por escrito que Kátia poderia usar o sêmen após a morte dele. Por isso, ela só pôde engravidar depois de uma autorização da Justiça, dada em maio do ano passado. 'Como se trata de uma questão que envolve segredo de Justiça, são processos sigilosos, acaba que nós não temos como identificar até em termos de estatísticas o número de casos, mas pelo menos há 13 anos, com certeza, já há exemplos de técnicas de reprodução post mortem aqui no Brasil', explica Guilherme Calmon, professor de Direito Civil da Uerj. O caso da menina Luiza Roberta não é o único no Brasil. Há 14 anos, a Camilinha passou pela mesma situação. Ela foi gerada três meses depois da morte do pai dela. **'Fiz uma inseminação e ela nasceu quase um ano depois que o pai tinha falecido', conta Monica Noronha, mãe de Camilinha. Faltavam 29 dias para gente casar quando ele teve o diagnóstico de uma doença séria, grave, diagnóstico de leucemia e a gente veio a casar no hospital depois. Eu só pensei 'eu amo esse cara que morreu e vou ter um filho'. E vou arcar com as consequências de ser uma mãe sem o pai'**, contou Monica na época. 'A minha família apoiava a decisão de eu ter um filho sozinha. A família dele apoiava e queria ter um neto. Eu procurei o médico e ele consultou a Sociedade Brasileira de Medicina, disse que

Logo, a maternidade, como projeto existencial, não precisa ser abandonada, e quanto o mais como direito. Mediante suporte médico e tecnológico ela pode ser levada a cabo **quando**, **como** e **onde** projetado pela futura mãe. Isto é, a Reprodução Humana Assistida não constitui apenas uma solução para infertilidade ou infecundidade. Ela se revela como um trunfo na emancipação da mulher; de qualquer mulher.

Mas a mulher que busca a procriação assistida, entretanto, deve ser necessariamente capaz e consciente de seus atos, por que a criança que se almeja ver nascida também há de ser considerada, e em todas as suas esferas de direito. Logo, a pretensa mãe há de se mostrar capaz no sentido psicológico, operacional e financeiro, e, de preferência, deve ter uma cadeia afetiva de apoio; do contrário, a emancipação da mulher ruirá. Afinal de contas, não há que se confundir um filho com um objeto – que se almeja, escolhe e, quando possível, compra. E que, justamente por isso, se pode, com indiferença, guardar num armário, expor numa prateleira ou simplesmente ostentar.[268]

---

não havia nenhum problema em fazer a inseminação porque todas as partes envolvidas aceitavam. E ele fez a inseminação. Não passou nem pela Justiça. A Justiça veio depois', conta. 'Na certidão de nascimento, dizia que existia o pai dela, mas não falava que ele tinha morrido um ano antes. E a certidão de óbito dizia que ele não tinha herdeiro. Então, eu precisava regularizar a certidão de óbito do meu marido, para que ficasse coerente com a certidão de nascimento da minha filha', explica Mônica. Depois de sete anos lutando na Justiça, Mônica conseguiu acrescentar, na certidão de óbito do marido a informação de que ele tinha, sim, uma herdeira. 'No entanto, eu nunca questionei a herança da Camila e não sei qual é a opinião da Justiça em relação a isso, se ela é ou não é herdeira tendo nascido um ano depois que o pai morreu', diz Mônica. No Brasil, ainda não há leis sobre a reprodução assistida após a morte. O que existe é uma resolução do Conselho Federal de Medicina, de janeiro deste ano. Ela autoriza a inseminação ou a fertilização in vitro, desde que o marido tenha deixado uma autorização. Camila, hoje com 14 anos, cresceu sabendo de tudo. **'A história é que meu pai morreu um ano antes de eu nascer, de leucemia e que minha mãe querendo dar continuidade ao amor que você tinha por ele, quis me ter. Eu acho que foi um ato de grande amor dela e muitas vezes quando a gente conta para as pessoas, elas se confundem com o que você fala. Elas pensam que eu conheci ele e depois ele morreu. E pedem desculpas pensando que eu sofro com isso'**, diz Camila Noronha, de 14 anos. **E não sofre? 'Não, porque eu considero o meu avô como um pai, nunca senti falta de um pai',** conta Camila. '**A Camila foi a minha saída emocional. Eu vivi intensamente a morte do meu marido. Então, a gravidez da Camila foi uma recuperação da possibilidade de viver', diz Monica.**" – negritou-se. (Fonte: Blog da Psicóloga Luciana Leis. Disponível em: <http://lucianaleis.wordpress.com/2011/06/> Acesso: 13 jan. 2014.)

[268] Todavia, há quem sustente que a "RHA vem sendo transformada em mercadoria capitalista desenvolvida, seguida de perto pela aceitação sutil de várias formas de eugenia. Pois, se por um lado, trata-se da possibilidade de superação da infertilidade e infecundidade, podendo com isso restituir a felicidade ou promover a realização pessoal de casais que vêem na

No entanto, ainda quando a mulher não reunir, de imediato e objetivamente, tais condições, ainda assim uma coisa é certa: também em relação a ela se haverá de respeitar – e viabilizar tecnologicamente, se necessário – o direito fundamental de constituir família. Aliás, como se dá em relação àquela que, favorecida pela natureza, pode, de forma sexuada e quase sem nenhuma dificuldade, buscar um parceiro para engravidar. Em ambas as hipóteses (expressivas da tentativa de conceber: artificial ou naturalmente) há o manifesto desejo de procriar, fruto da autonomia existencial e condição de dignidade.

Todavia, o alto valor ainda despendido por procedimento e os riscos imanentes a cada um deles desestimulam a utilização das técnicas de RHA em maior escala. Nada obstante, a tecnologia da modernidade pode e deve servir de instrumento para maior controle das pessoas sobre o próprio corpo – notadamente o feminino –, assim se revelando meio de, quiçá, equalizar os anseios de mulheres e de homens do século XXI.

Por evidente, contudo, a própria conformação do ordenamento jurídico faz com que o direito de ter filhos não seja absoluto, o que torna oportuna a presente investigação no que diz com o exame das "barreiras" levantadas para uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida, a começar pelas "mulheres sós".

3.2 DAS "OBJEÇÕES" À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PARA "MULHERES SÓS"

3.2.1 Discutindo Alguns Posicionamentos Teóricos

Todas as mulheres, sem exceção, são pessoas humanas e, como tal, gozam da proteção constitucional conferida à sua dignidade, aquela mesma que

---

procriação o ápice de suas vidas conjugais. Por outro, como coloca Costa (2006), trata-se da comercialização da vida, por meio de mecanismos como venda de espermas e óvulos ou 'gestação de substituição', transformando a procriação assistida em um fetiche capitalista". (SILVA, Maristhela Rodrigues da. **Reprodução humana assistida e mercado reprodutivo**: a questão do fetichismo e da eugenia nas técnicas reprodutivas. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/52149204/ARTIGO-Maristhela-REDOR> Acesso: 13 jan. 2014.)

lhes permite, indiferentemente, a construção de um projeto personalíssimo de vida. Cientes disso, Joyceane Bezerra de MENEZES e Cecília Barroso de OLIVEIRA alimentam a compreensão de que

> Não há como respeitar-se a dignidade do homem sem o respeito ao direito de constituir uma entidade familiar, pois é indubitável a necessidade da família para o indivíduo. É nela em que, em primeiro momento, desenvolve-se a identidade, e continua sendo ela o porto seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela "é amada, sonhada e desejada por homens e mulheres e crianças de todas as idades, de orientações sexuais e de todas condições".[269]

O núcleo dessa afirmação confirma o perfil da família eudemonista atual, aquela que se apresenta como comunidade de cooperação, de comunhão e de afeto, em que o todo está para o indivíduo que o integra e não mais vice-versa. Nesse sentido, todas as famílias inserem-se nesse contexto, inclusive as monoparentais. O problema, contudo, é afirmar, similarmente, que há direito (fundamental) de constituir família, e como condição de dignidade da pessoa humana, quando se tratar de "projeto parental" que nasce da vontade de uma só pessoa. Esse projeto é, hoje, o de muitas mulheres sós e se perfaz por meio da instrumentalização deliberada de um corpo feminino, qual seja e em regra, o da futura mãe.[270]

Há quem sustente, todavia, que, para elas – as mulheres sem companheiro, férteis ou não, – inexiste direito, quanto o mais fundamental, de constituir (ou manter) família mediante filiação biológica, razão pela qual entendem que cogitar do uso das técnicas de RHA em favor delas seria um despropósito, para dizer o mínimo.

---

[269] MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. Direito fundamental à constituição de entidade familiar por pessoa homossexual. **Revista NEJ - Eletrônica**, Itajaí, v. 15, n. 1 - p. 61-74 / jan.-abr. 2010. p. 69.

[270] Apenas em lembrança, a futura mãe não é necessariamente aquela que virá a parir. Na gestação por substituição a futura mãe é a titular do projeto parental, que almeja ter filhos – sem podê-los ter biologicamente – e por isso mesmo movimenta recursos tecnológicos e busca socorro na solidariedade feminina; num corpo feminino melhor dizendo.

Eduardo de Oliveira LEITE[271] e Rose Melo VENCELAU[272] inserem-se nesse grupo e não admitem, como idônea, a pretensão procriativa unilateral da mulher. Para eles, prevalece o direito da (futura) criança ao biparentesco,[273] a ordinariamente ter pai e mãe e por ambos ver-se educada, como vocação natural e legítima. Mônica AGUIAR e Jussara MEIRELLES restringem ainda mais a possibilidade e vêem a Reprodução Humana Assistida como possibilidade subsidiária, legitimando-se apenas para casais onde a procriação não ocorreria naturalmente.[274]

Maria Helena DINIZ alarga a discussão e defende a tese de que "dever-se-á coibir a inseminação artificial heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade".[275] Para ela as mulheres incapacitadas de ter filhos naturalmente só poderiam se valer das técnicas menos invasivas, como a inseminação artificial e, reforçe-se, homóloga – "por esta não

---

[271] LEITE, Eduardo Oliveira. **Procriações artificiais e o direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 155.

[272] Para sustentar sua tese, Rose Melo Vencelau invoca a dignidade da futura criança: "Acolher a possibilidade de uma pessoa já ser concebida sem pai, é frustrá-la do convívio familiar, e, principalmente, afrontar sua dignidade. A criança tem direito à biparentalidade." (VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vinculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 56.)

[273] Em Portugal já se advogou o mesmo entendimento. (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e bioética. *In*: **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1991. p. 447; OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999. p. 92.)

[274] "Em nosso país, onde a utilização desses métodos tem sido realizada, preferencialmente, em clínicas particulares, por pessoas de renda média ou alta, a questão parece perder importância no que tange à interferência estatal. Não obstante, é forçoso realçar que a intervenção médica somente se justifica se houver esterilidade e se for possível conferir ao filho o direito de conviver em ambiente que lhe proporcione a presença, tanto da figura materna, quanto da materna. Observa-se, portanto, a não existência de razão plausível para que se estenda, a pessoas que não apresentem qualquer limitação à sua capacidade reprodutiva, o auxílio biomédico. Prevalente é o direito do filho a uma família formada pelos dois genitores. A pessoa humana, qualquer que seja o modo pelo qual foi concebida, não pode ser considerada um meio para a satisfação de um fim, como o desejo de ter uma criança." (AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 90.) No mesmo sentido é o escólio de Jussara MEIRELLES (MEIRELLES, Jussara. Op. cit., p. 43.)

Como curiosidade, anote-se que países como Suécia, Alemanha, Itália e França proíbem a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por mulheres solteira, viúvas ou homossexuais. A Grã-Bretanha e os Estados Unidos admitem a utilização das técnicas por todos, fundados no direito à privacidade, à liberdade e a autodeterminação da pessoa. (AGUIAR, Mônica. Op. cit., p. 127.)

[275] DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 613.

ferir princípios jurídicos, embora possa acarretar alguns problemas ético-jurídicos."[276]

Eduardo Oliveira LEITE, entretanto, foge até mesmo do direito para trazer argumentos aparentemente contrários à utilização das técnicas de RHA com indiferença pessoal, ao invocar os resultados do estudo realizado por Dominique Frischer acerca das mães solteiras:

> na ótica de diferentes especialistas (sociólogos, psicólogos, assistentes sociais ou psicanalistas), é sempre um "caso" que comporta as mais diversas interpretações, todas, porém, situadas no terreno da anormalidade. "Para alguns", diz aquela autora, mãe solteira "é oriunda de um meio familiar dissociado e de uma certa categoria social. Para outros, com tendência psicológica, ela é invariavelmente descrita como uma sem rumo. Isto é, uma personalidade imatura, se ela é de origem modesta, uma temível neurótica, mais ou menos megalomaníaca, se ela é intelectual e economicamente evoluída. Em todos os casos, uma "irresponsável" cujo rebento só tem um destino: ser uma criança de risco.[277]

Com o devido respeito, parece que o raciocínio e conclusão esboçados merecem crítica, inclusive a partir da suposta "verdade" dos especialistas: a de que mães solteiras têm personalidade imatura, por conta da origem, e que as de classe privilegiada apresentem perfil neurótico-megalomaníaco. Cada ser humano é um ser humano e sua avaliação, especialmente de índole psicológica, reclama exame individualizado, personalista, com atenção à história vivida de cada um e o contexto atual da vida. Essa tomada de posição – generalista, fria, indiferente e assaz depreciativa –, portanto, não se afeiçoa à própria noção de dignidade e nem mesmo se coaduna como o pluralismo requerido constitucionalmente.

Então, é de se perguntar: será mesmo que ser mãe solteira, pelo menos no Brasil, configura uma "anormalidade"? O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio do Censo 2010, aponta que não e que esse número apenas cresce. Em 2000 o percentual de famílias formadas por casais com filhos era de 56,4%, o qual minguou para 49,4% em 2010. Ao contrário, o percentual de famílias de "mulher sem cônjuge" com filhos subiu de 11,6% para 12,2%. Ou

---

[276] Ibidem, p. 616.
[277] LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias**... p. 51.

seja, as famílias-padrão decresceram quase 9% e as de "mulheres sós" aumentaram 5,1% (bem como as de "homens sós" com filhos: de 1,5% para 1,8%, numa majoração relevante de 20%).

Isso tudo sinaliza para uma evidente – e eloqüente mudança de paradigmas –, inclusive a partir do aumento percentual de casais sem filhos (de 13% para 17,7%) e, ainda, a circunstância de que, em 2010, 22,9% dos lares são mantidos por mulheres (contra 37,9% dos homens).[278] Então, o que realmente parece ser preciso rever é o que está escrito.

Se não for assim, caminhamos para um imbróglio cada vez pior. Diversamente do sustentado por Frischer (a partir do exame feito em França e publicado *nos idos de 1979*), tanto o governo como o Estado Brasileiro tem apostado na responsabilidade das mulheres – e não na dos homens – mesmo quando de baixa renda e "sós". No PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA 93% dos cartões são titularizados por mulheres[279] e no PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA (PMCMV) os imóveis são ou serão registrados em nome da mulher.[280]

Logo, as conclusões impactantes daquele estudo – ainda quando apenas referidas acriticamente – perpetuam o ranço patriarcalista-machista, o preconceito mesmo, em relação à mãe "solteira". Assim atribui-se à maternidade status de castigo impingido à mulher, por conta da liberalização sexual descabida e irresponsável, tanto quanto a liberdade vivida de decidir e ter filhos assexuadamente, com auxílio de um doador.

---

[278] Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf> Acesso: 10 jan. 2014.

[279] Vide nota de rodapé nº 225.

[280] Lei nº 11.777/2009 (Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV...) – Art. 35. Os contratos e registros efetivados no âmbito do PMCMV serão formalizados, preferencialmente, em nome da mulher.
"Art. 35-A. Nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do orçamento geral da União, do FAR e do FDS, será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independentemente do regime de bens aplicável, excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS. Parágrafo único. Nos casos em que haja filhos do casal e a guarda seja atribuída exclusivamente ao marido ou companheiro, o título da propriedade do imóvel será registrado em seu nome ou a ele transferido."

Em síntese, todos os argumentos esposados, tanto jurídicos como de outras ordens, não se mostram bastantes em si por desconsiderar a realidade atual e por fazer supor que a dignidade da mulher "solteira" possa ser desconsiderada constitucionalmente, ou, pelo menos, assumida como de segunda espécie, o que configura um erro.

Ainda que sem adentrar nesse embate científico e, mesmo antes, ideológico, Gianni BALDINI anota que os países de regulamentação aberta assumem o relevo utilitarista expresso no direito de perseguir a felicidade, em que estaria reconhecido o direito fundamental da pessoa à procriação.[281] Nesse contexto, desloca-se fortemente a discussão do direito da mulher ao corpo e de sua autonomia existencial em constituir família para o suposto "direito a procriar",[282] inclusive por meio das técnicas de RHA, que aparece, então, na linguagem de alguns juristas, como "direito ao filho".[283]

Também tratando desse tema, da Reprodução Humana Assistida atrelada à antevista monoparentalidade, Maria de Fátima Freire de SÁ e Bruno Torquato de Oliveira NAVES apontam, para refutar, argumentos supostamente aptos a sugerir a impossibilidade de o Estado (e o direito) dar guarida à pretensão de mulheres sós à procriação assistida. E o fazem também com uma frase curta, singular e certeira, que por isso mesmo requer transcrição: "Assim, na visão de muitos, não configuraria melhor interesse da criança nascer sem pai, mas seria melhor para ela, na falta de pai e mãe, ser adotada por pessoa só..."[284]

Ou seja, o argumento de repúdio é preciso, a despeito de raso: se a mulher só (solteira, separada, divorciada ou viúva) pode, à luz do direito vigente, servir de mãe adotiva, qual seria a razão para impedi-la, juridicamente, de levar a

---

[281] BALDINI, Gianni. **Teconologie riproduttive e problemi giuridici**. Torino: G. Giappichelmli Editore, 1999. p. 157.

[282] Na Colômbia, por exemplo, admite-se, mediante interpretação de dispositivos constitucionais, a existência de um direito à procriação, como projeção da própria personalidade. (AGUIAR, Monica. Op. cit., p. 87 e 132.)

[283] Isto dá a falsa impressão de que os indivíduos teriam, por assim dizer, "a pretensão juridicamente tutelada de obter resultado idôneo – um filho – quer se trate de concepção natural quer de procriação assistida". Evidentemente que esse não é o caso, mormente porque a obrigação seria de meios e não de resultados. (OLIVEIRA, Guilherme de. Op. cit., p. 31-32.)

[284] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 130.

cabo um projeto monoparental de família mediante reprodução assistida? Nenhuma, pelo menos razoável e, assim, portanto, que se justifique.

E nem se alegue que pela adoção a mulher só constitui solução de um problema, enquanto que a mulher só que procria por meio da reprodução humana assistida cria um. A simples tentativa de proteção de quem ainda sequer nasceu **de não nascer sem pai** – e que, nessa etapa de discussão, não passa de um projeto (parental-familiar de "mulher só", ancorado na dignidade da pessoa humana e na autonomia existencial) – se apresenta desarrazoada.[285] E isso pelo simples fato de que nada impede a mulher de vir a formar "um casal" (inclusive heterossexual: aquele "padrão", de pai e de mãe), antes, durante ou depois da gestação obtida mediante reprodução assistida.

Em termos técnicos, essa restrição equivaleria a dizer que a dignidade da pessoa humana da "mulher só" há de ser contida por um suposto "direito à dignidade" do nascituro – e que, embora sujeito de direitos, não se confunde com pessoa humana – o que não parece se sustentar juridicamente.

Neste sentido, Maria Claudia BRAUNER afirma que, de fato

> se o interesse da criança deve ser preponderante, isso não implica em concluir que seu interesse se contrapõe, de forma reiterada, ao recurso das técnicas de procriação artificial e, que ela não possa vir a integrar uma família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto.[286]

De conseguinte, não há como se defender, a princípio, qualquer possibilidade de restrição jurídica válida à dignidade da pessoa humana e mesmo à autonomia existencial da "mulher só" em decidir pela constituição de família por meio da prole mediante procriação medicamente assistida. Afinal, "se o dado unificador é a comunhão espiritual e de vida, deve ser evidenciado como ela se

---

[285] O mesmo se diga de tentar proteger quem ainda sequer nasceu (o zigoto, o embrião e, afinal, o feto) da morte de seu (futuro) pai, seja ela natural ou acidental. Ninguém controla o futuro, nem mesmo o Estado ou a lei.

[286] BRAUNER, Maria Claudia. Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuições para o debate do abando paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.8, n.36, jun./jul. 2006, p. 6.

manifesta em uma pluralidade de articulações, em relação aos ambientes e ao diverso grau sócio-cultural: da família nuclear sem filhos à grande família."[287]

De todo modo, a discussão é inócua no sentido de fazer supor que todos tenham desejos sexuais por pessoas do outro sexo ou, pelo menos, parte da suposição que mesmo as mulheres homossexuais tenham prazer no contato com um homem. Caso contrário, o raciocínio articulado e a conclusão não se sustentam minimamente, porque desprezam os direitos de personalidade, fazem letra morta da autonomia existencial e levantam a hipótese de haver distinção, ou pelo menos graus de importância diversos, na dignidade das pessoas humanas com e sem problemas de fertilidade. A isso se soma, por evidente, a mesma conclusão relativamente às mulheres casadas com homem em relação às casadas com mulheres ou mesmo as sós.

Portanto, quaisquer objeções à busca da reprodução humana assistida por "mulheres sós" revelam um discurso a olhos vistos descompassado da realidade – em especial da brasileira do século XXI – e do direito fundamental de cada pessoa de determinar seu próprio destino.

A constituição ou não de família, mesmo monoparental, reitere-se, configura ato de autonomia existencial de todos os seres humanos, homens ou mulheres. Logo, não tem qualquer cabimento permitir, social ou juridicamente, a interferência de quem quer que seja nesse projeto, sob pena de malferimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, com reflexos insuportáveis no livre desenvolvimento da personalidade. Afinal,

> ...as pessoas só são tratadas como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração. E não há respeito e consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão, não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comungue e nem tenha que comungar.[288]

Sintetizando, a despeito das respeitadas vozes em contrário, aqui se sustenta a possibilidade jurídica de constituição de família monoparental por

---

[287] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 244.

[288] SUSTEIN *apud* SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição**.** *In:* SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites**... p. 27.

“mulheres sós” por meio da Reprodução Humana Assistida, independentemente do grau de fertilidade e da orientação sexual, não apenas porque expressiva da autonomia existencial e do direito ao corpo, mas pelo fato de que todos têm o direito constitucionalmente garantido à busca do afeto e da felicidade, com ou sem companheiro(a).

3.2.2 Tentativas Brasileiras de “Proibição Legal” da Utilização das Técnicas de Reprodução Humana Assistida em “Mulheres Sós”

A primeira tentativa legal, no Brasil, de trato da Reprodução Humana Assistida remonta a 1993. O Projeto de Lei nº 3.638/1993 da Câmara dos Deputados previu, em seu art. 8º, que toda mulher capaz, nos termos da lei, poderia ser usuária das técnicas de RHA, desde que tivesse subscrito livremente termo de consentimento informado, sendo exigida das casadas ou em união estável a concordância do parceiro (parágrafo único).[289] Ou seja, a proposta, arquivada aos 22/01/2007 (como Projeto de Lei da Câmara nº 54/2002), era mais favorável às mulheres sós, porque a elas permitia dispor do próprio corpo, sem a necessidade de qualquer aval. No entanto, o seu art. 1º deixava assentado que: “As técnicas de Reprodução Humana (RA) têm o papel de auxiliar na resolução de problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes para a solução atual de infertilidade”.

Em 1997, por meio do Projeto de Lei nº 2.855, também oriundo da Câmara dos Deputados, tornou-se ainda mais assertiva e indiferente a possibilidade, para mulheres sós ou não: “Art. 4º - Toda mulher capaz, independentemente de seu estado civil, poderá ser usuária das técnicas de RHA,

[289] “Art. 8º - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta lei pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. Parágrafo único - estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.” [Diário do Congresso Nacional (Seção I), de 30/03/1993, p. 6330. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR1993.pdf#page=35> Acesso: 14 dez. 2013.]

desde que tenha solicitado e concordado livre e conscientemente em documento de consentimento informado", com a ressalva da infertilidade como *conditio sine qua non* para a intervenção.[290] Este projeto pende de apreciação no plenário.

No Senado, por sua vez, foi originalmente proposto o Projeto de Lei nº 90/1999, o qual foi criticado pela doutrina por sua aparente inconstitucionalidade, porquanto tenha discriminado mulheres sozinhas de mulheres casadas (ou em união estável) e mulheres inférteis de férteis,[291/292] para as quais a filiação exigiria, necessariamente, relações sexuais. Logo, mantendo o mesmo padrão das propostas anteriores, no sentido da subsidiariedade da intervenção médica-tecnológica.

A redação original do Projeto de Lei do Senado nº 90/1999, contudo, foi ostensivamente alterada desde as primeiras proposições do Relator na Comissão de Constituição e Justiça, o Senador Roberto Requião. Esse (novo) Projeto de Lei do Senado nº 90 (porque substitutivo), também de 1999, endurecia as regras e no inciso I, do art. 1º, pretendia arrolar como beneficiários apenas os cônjuges ou o homem e a mulher desde que em união estável. E o art. 37 chegou às raias do absurdo, ao pretender criminalizar os médicos caso submetessem as pessoas "sós" às técnicas de reprodução assistida. É ler para crer:

> Art. 37. Realizar procriação medicamente assistida em pessoas que não sejam casadas ou não vivam em união estável: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre o homem ou a mulher que solicitar o

---

[290] "Art. 2º As técnicas de RHA têm por finalidade a participação médica no processo de procriação notadamente ante a esterilidade ou infertilidade humana, quando outras terapêuticas tenham sido consideradas ineficazes." (Diário da Câmara dos Deputados, de 14/03/1997, p. 6705. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14MAR1997.pdf#page=73> Acesso: 14 dez. 2014.)

[291] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Op. cit., p. 133.

[292] Como restou consignado, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana garante a todas as mulheres direito ao projeto parental, da forma que melhor lhes convenha, inclusive de utilizar todos os meios disponíveis para realizá-lo, assim concretizando a autonomia existencial reservada a cada uma delas. Logo, não há – senão inconstitucionalmente – a possibilidade de qualquer regulação (ou regulamentação) prévia no sentido de restringir este direito a uma dada categoria de mulheres (*e.g.* casadas e inférteis). Enfim, é preciso ir ao encontro do que pretendido pela Constituição Federal, assimilando-se as diferenças entre os núcleos familiares existentes, e por vir, reconhecendo-se a necessidade de protegê-los, bem como desmistificando o casamento como único local próprio para receber filhos.

emprego da técnica para dela usufruir individualmente ou com outrem que não o cônjuge ou a companheira ou companheiro.[293]

Tamanhas foram as críticas apresentadas a essa proposta que o projeto viu-se, outra vez, radicalmente alterado, restando afinal arquivado em 2007, mas não sem antes retornar ao perfil anterior (no Projeto de Lei nº 90 (Substitutivo), de 2001), permitindo que mulheres ou casais se beneficiassem das técnicas de RHA, desde que com problemas de fertilidade ou para prevenção de doenças ligadas ao sexo.[294]

De toda sorte, tramitam, ainda, quatro bastante abrangentes, sem prejuízo de outros versando direta ou indiretamente sobre o tema.[295]

O Projeto de Lei nº 1.135/2003,[296] apenso ao Projeto de Lei nº 2.855/1997, também deixou aberta a possibilidade a quaisquer mulheres

---

[293] Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm> Acesso: 14 jan. 2014.

[294] Para facilitar a compreensão e cotejo, confira-se a tabela comparativa dos "três" projetos de lei do senado (PLS 90), elaborada pelo "Projeto Ghente" – um "(…) espaço de informação e de debate social, que reúne pensadores das ciências biológicas, sociais e humanas para discutir as implicações das modernas biotecnologias na área da saúde. Interagem instituições de pesquisa e de ensino, organizações governamentais e não governamentais, legislativo e a sociedade. O principal objetivo do Projeto Ghente é difundir informações e incentivar o debate para contribuir no aprimoramento de políticas públicas em saúde". (Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/comparativo.htm> Acesso: 14 jan. 2014.)

[295] PL 120/2003 (Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida); PL 4.686/2004 (assegura o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona); PL 4.889/2005 (Estabelece normas e critérios para o funcionamento de Clínicas de Reprodução Humana); PL 4.664/2001 (Dispõe sobre a proibição ao descarte de embriões humanos fertilizados "in vitro", determina a responsabilidade sobre os mesmos e dá outras providências); PL 6.296/2002 (Proíbe a fertilização de óvulos humanos com material genético proveniente de células de doador do gênero feminino); PL 5.624/2005 (Cria Programa de Reprodução Assistida no Sistema Único de Saúde e dá outras providências); PL 3.067/2008 (Estabelece que as pesquisas com células-tronco só poderão ser feitas por entidades habilitadas, mediante autorização especial da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa - CONEP; proíbe a remessa para o exterior de embriões congelados; veda o envio e a comercialização dos resultados das pesquisas); PL 7.701/2010 (Dispõe sobre a utilização *post mortem* de sêmen do marido ou companheiro); PL 3.977/2012 (Dispõe sobre o acesso às técnicas de preservação de gametas e Reprodução); e PL 3.977/2012 (Dispõe sobre o acesso às técnicas de preservação de gametas e Reprodução Assistida aos pacientes em idade reprodutiva submetidos a tratamento de câncer). (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275 Acesso: 14 jan. 2014.)

[296] "Art. 2° As técnicas de reprodução humana assistida têm a função de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes. (...)

relativamente ao estado civil, mas continua igualmente restrito a situações de infertilidade.

O Projeto de Lei nº 1.184/2003 – resultado das discussões do Projeto de Lei do Senado nº 90/1999 – se mostra mais explícito na tentativa de limitar as usuárias da Reprodução Humana Assistida, reiterando a infertilidade (da mulher ou do companheiro) como necessária e exigindo prévia avaliação, porém do mesmo modo indiferente ao estado civil. Essa iniciativa parlamentar, ainda, pretende proibir, inédita e explicitamente, a gestação por substituição e, por isso, representa retrocesso inaceitável, tanto quanto assim se revela a desautorização acerca da criopreservação de embriões, técnica que favorece a procriação, por conta de sua maior eficácia, na hipótese de a primeira tentativa ("a fresco") falhar.[297] Atrela-se a ele, ainda, o Projeto de Lei nº 2.061/2003, que disciplina as técnicas de RHA como auxiliares e subsidiárias nos casos de infertilidade. Nessa proposta são irrestritos beneficiários (art. 8º) "todo homem e mulher – doador e

---

Art. 9° Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta lei pode ser receptora das técnicas de reprodução assistida, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. Parágrafo único. Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, em processo semelhante de consentimento informado." (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=136097&filename= PL+1135/2003> Acesso: 14 jan. 2014.)

[297] "Art. 2º A utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifique infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que: I – exista indicação médica para o emprego da Reprodução Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, segundo o disposto em regulamento; II – a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre, consciente e informada, em documento de consentimento livre e esclarecido, a ser elaborado conforme o disposto no Capítulo II desta Lei; III – a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade e outros critérios estabelecidos em regulamento; IV – o doador seja considerado apto física e mentalmente, por meio de exames clínicos e complementares que se façam necessários. Parágrafo único. Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Reprodução Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora.
Art. 3º É proibida a gestação de substituição. (...)
Art. 13. Na execução da técnica de Reprodução Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até 2 (dois) embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo. § 1º Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido ao critério definido no caput deste artigo." (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename= PL+1184/2003> Acesso: 14 jan. 2014.)

receptor – capazes nos termos da lei, que tenham concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado."[298]

O mais recente, Projeto de Lei nº 4.892/2012, também fica apensado aos dois anteriores, de forma que a discussão de mérito, quando acontecer, será feita em comum. Esta proposta, de autoria do Deputado Eleuses Paiva (PSD/SP), apresenta a minuta de um "Estatuto da Reprodução Assistida" idealizado por Ana Cláudia Silva Scalquette, na condição de Conselheira da Comissão de Biotecnologia e Estudos sobre a Vida da OAB/SP. Nele se estabelecem as técnicas admissíveis, todas de caráter ainda subsidiário (para remediar a infertilidade, a esterilidade ou evitar a transmissão de doença considerada grave), sem diferençar beneficiários (entre casados ou não).[299]

---

[298]. "Art. 1° As técnicas de Reprodução Humana Assistida poderão ser utilizadas como um dos componentes auxiliares na resolução dos problemas de infertilidade humana, através dos serviços de saúde, públicos e privados, como forma de facilitar o processo de procriação, quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para solução da situação de infertilidade. (...)
Art. 8° São beneficiários desta lei todo homem e mulher – doador e receptor – capazes nos termos da lei, que tenham concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=166567&filename=PL+2061/2003> Acesso: 17 nov. 2013.)

[299] "Art. 2º Reprodução Humana Assistida é aquela que decorre do emprego de técnicas médicas cientificamente aceitas de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, viabilizando a fecundação e a gravidez.
Art. 3º As técnicas de Reprodução Humana Assistida que apresentam a acreditação científica relacionada no artigo anterior são: I – Inseminação Artificial; II – Fertilização *in vitro*; III – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide; IV – Transferência de embriões, gametas ou zigotos; § 1º As técnicas acima elencadas não excluem outras que objetivem a facilitação da reprodução humana, desde que não contrariem normas éticas e diretrizes do Conselho Federal de Medicina. (...)
Art. 5º As técnicas de Reprodução Humana têm caráter subsidiário e serão utilizadas apenas em caso de diagnóstico médico indicando o tratamento a fim de remediar a infertilidade ou esterilidade. Parágrafo único. As técnicas médicas de tratamento reprodutivo também poderão ser aplicadas para evitar a transmissão à criança de doença considerada grave. (...)
Art. 8º O tratamento será indicado quando houver possibilidade razoável de êxito, não representar risco grave para a saúde física ou psíquica dos envolvidos, incluindo a descendência, e desde que haja prévia aceitação livre e consciente de sua aplicação por parte dos envolvidos que deverão ser anterior e devidamente informados de sua possibilidade de êxito, assim como seus riscos e condições de aplicação. (...)
Art. 39. No termo de consentimento médico informado, se os pacientes forem casados ou viverem em união estável, será necessária a manifestação do cônjuge ou companheiro, concordando expressamente com o procedimento médico indicado, com uso ou não de material doado, e, em especial, definindo o destino a ser dado ao material genético eventualmente criopreservado." (Disponível em:

Mas um dado parece certo: a ampliação do rol de beneficiários nas propostas legislativas vai, pois, em velocidade na direção prescrita constitucionalmente. Logo, no sentido de efetivar o fundamento da dignidade, e por isso incluir todas as mulheres, independentemente de qualquer consideração sobre o estado civil. A única restrição que persiste nas tentativas legislativas de regular a matéria circunscreve-se à questão da infertilidade. Isto é, os parlamentares (de outrora e mesmo os atuais) não parecem concordar, ao menos por enquanto, com a adoção das técnicas de RHA por mulheres férteis, mantendo a assistência médica como alternativa derradeira – e não primeira – à concretização do projeto parental.[300]

De toda sorte, espera-se que tais projetos – por flagrantemente inconstitucionais pela exclusão da pluralidade de dignidades a serem protegidas – não se convertam em instrumentos hábeis (*sic*) para afastar o exercício da autonomia da mulher e, pior, para retirar-lhe o direito fundamental a decidir e concretizar o próprio destino; portanto, tendo filhos assistidamente se os quiser e, se for o caso, assim constituir família monoparental ainda quando fértil.

Resumindo, a lei brasileira sobre Reprodução Humana Assistida ainda está por vir e dela se espera mínima conformação constitucional, notadamente pelo respeito à dignidade da pessoa humana – de quaisquer pessoas humanas, aí inseridas, por óbvio, as mulheres sós e as homossexuais (férteis ou não).

3.2.3 Enfrentando Alguns Posicionamentos da Bioética

As sociedades contemporâneas são tão complexas quanto o são as pessoas que a constituem. E, em tese, para atender à pluralidade das necessidades e dos desejos das pessoas sobre as quais a ciência se debruça – buscando criar

---

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012> Acesso: 14 jan. 2014.)

[300] Em todas essas propostas, contudo, persiste o silêncio acerca dos casais formados por duas mulheres. Neste caso, a infertilidade decorre da ausência de gametas masculinos na instância da família. Logo, parece plausível sustentar que o caso esteja a merecer a pecha o mesmo trato conferido às mulheres inférteis.

vida, prolongá-la ou repeti-la.[301] Nesse âmbito, um dos méritos da Bioética é justamente promover uma discussão interdisciplinar sobre questões de ética social quanto a todas as realidades que envolvem a vida[302] e o corpo, dentre elas algumas que interessam particularmente às mulheres.[303]

Mas a Bioética tem várias vertentes. Isso se deve não apenas por conta da evidente pluralidade de pensamentos científicos e morais que se reúnem em torno dos assuntos ligados à saúde e à vida dos seres humanos, mas também por conta das circunstâncias provenientes de um processo tecnológico tão refinado quanto ousado, que invade a vida humana desde seu início até o seu fim.

A Bioética feminista, por exemplo, procura investigar

> la penetración del movimiento de salud de las mujeres con un análisis interdisciplinario de las relaciones estructurales que dividen y marginalizan a las personas y las perspectivas de aquellos que no encajan dentro de las categorías abstractas de los marcos bioéticos dominantes.[304]

No âmbito geral da Bioética,[305] podem ser observadas duas tendências distintas: uma progressista e outra neoconservadora. Cada uma delas reflete concepções sobre como entender a disciplina na deliberação pública. A Bioética progressista tem laços estreitos com a bioética liberal no que diz respeito à

---

[301] Muito embora não seja objeto do presente trabalho, é bom sinalizar que a utilização da clonagem como técnica reprodutiva faria desnecessária a utilização de material genético masculino. Senão vejamos: "clonagem é uma forma assexuada de reprodução, onde o indivíduo gerado tem a carga genética (DNA nuclear) de uma única pessoa (o doador de DNA). O procedimento se realiza com a combinação do DNA de uma pessoa com o citoplasma do óvulo de outra. Assim, haverá identidade entre o DNA nuclear do indivíduo clonado e o doador do núcleo, e o DNA mitocondrial será proveniente do óvulo". (BADALOTTI, Mariângela. **Bioética e reprodução assistida**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf> Acesso: 16 jan. 2014.)

[302] CAMARGO, Marculino. **Bioética:** o agir da vida. Brasília: Ser, 2010. p. 21.

[303] SALLES, Arleen. El feminismo, el liberalismo y la bioética. *In*: PARCERO, Juan A. Cruz; VÁSQUEZ, Rodolfo. (Coord.). **Género, cultura e sociedade**. p. 39. Disponível em: <http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Genero_cultura_2_.pdf > Acesso: 10 set. 2013.

[304] SALLES, Arleen. Op. cit., p. 26.

[305] A Bioética pode ser entendida como a ciência destinada a estudar o comportamento moral do homem relativamente às ciências da vida (CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito**: a norma da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5.). Por outra, ela também pode ser assumida como "sinônimo de reflexão filosófica acerca da moralidade implicada na produção e aplicação dos resultados das ciências biológicas ou ciências da vida, como a biologia, a ecologia, a medicina, a enfermagem etc." (MACHADO, Juliana Araújo Lemos da Silva. **Direito, ética e biossegurança**: a obrigação do estado na proteção do genoma humano. São Paulo: Editora UNESP, 2008. p. 91.)

importância de respeitar a capacidade de escolha das pessoas e dar grande valor a esta autonomia. De um ponto de vista político, aceita que o Estado não deve impor a seus cidadãos concepções de uma vida boa, nem impor regras morais, mas assegurar o respeito aos seus direitos de exercer sua capacidade de escolha. No âmbito anglo-saxão predomina este enfoque, ainda que a Bioética conservadora, fortemente influenciada por considerações religiosas, parece ganhar terreno, especialmente na discussão sobre a biotecnologia.[306]

Numa vertente progressista, tanta liberdade na utilização das inovações tecnológicas, principalmente a expressa no comércio das técnicas de RHA, além de alcançar os fins a que se propõem, possibilita a prática de atos atentatórios ao gênero humano,[307] que não interessam a ninguém, como, por exemplo, a eugenia.[308]

Daí a importância do questionamento sobre a utilidade dos princípios, em especial daqueles que surgem de fontes não constitucionais. Assim se revela a utilidade da Bioética para o operador do direito, que se demonstra na medida em que a moral (jurídica)[309] passa a ser elemento integrante da norma jurídica,

---

[306] SALLES, Arleen. Op. cit., p. 39.

[307] Os Estados Unidos viveram situações bastante conhecidas: "Em 1963, por exemplo, no Hospital Israelita de Doenças Crônicas (Jewish Chronic Disease Hospital), do Brooklin, foram realizadas experiências com pacientes idosos, com a injeção de células tumorais vivas em seus organismos, sem que houvesse o correspondente consentimento. Outro exemplo: no período compreendido entre 1950 e 1970, o Hospital Estatal Willowbrook (Willowbrook State Hospital), de Nova York, conduziu uma série de estudos sobre hepatite, inoculando o vírus vivo em crianças com retardo mental que se encontravam ali internadas. (...) Reagindo contra esses escândalos, o governo norte-americano constituiu, em 1974, a Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos da Pesquisa Bioética e Comportamental (National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research), para identificar os princípios éticos capazes de nortear as experimentações envolvendo o gênero humano." [SILVA, Ricardo Pereira e. Biodireito: o novo direito da vida. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil**: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 300.]
Dentre outros apontamentos, confira-se, ainda, o de Jussara Maria Leal de MEIRELLES, que alerta sobre a utilização de embriões humanos como matéria prima dos produtos das indústrias de cosméticos. (MEIRELLES, Jussara. Op. cit., p. 56.)

[308] Entendida por nós, como a manipulação genética visando obter descendentes com determinados caracteres eleitos como ideais – tal como a cor da pele, a cor dos olhos, a altura – ou a eliminar indesejáveis. Para Maria Cláudia BRAUNER, eugenia é a escolha de caracteres genéticos da criança sem motivo relevante. (BRAUNER, Maria Cláudia. **Novas Tecnologias**... p. 1.)

[309] Destarte, a Bioética atuaria no universo jurídico como ordem normativa auxiliar. (SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Op. cit., p. 7.)

expressa por meio de princípios, colaborando com a construção dela. Faz sentido, então, "despurificar" o direito para que ele tenha a aptidão de reorientar as relações privadas de cunho existencial decorrentes da utilização das técnicas de RHA, que emergem em um número cada vez maior. Nesse contexto, evita-se que o Poder Legislativo tente o impossível: "optar" por um catálogo fechado de previsões das relações, de forma a alcançar todas as pessoas concretas e situações que se beneficiariam dos avanços científicos, evitando-se recurso às regras do "tudo" ou "nada". E isso já se percebeu como inidôneo na breve revisão das propostas em tramitação.

Veja-se, pois, que o problema atual é o mesmo de sempre: atenuar o descompasso existente entre o mundo dos fatos, o direito e as novas possibilidades tecnológicas (que se reinventam com velocidade assombrosa). Ou, como mais argutamente percebe Luiz Edson FACHIN, "não obstante a realidade social e econômica não seja congruente com o fulgor tecnológico, centros de fertilização atuam onde o Direito ainda não alcançou."[310]

Destarte, o expediente das técnicas de RHA se mostra suficientemente orientado por quatro princípios éticos: beneficência, autonomia e justiça e dignidade humana. [311]

O primeiro deles, o **princípio da beneficência**, de origem hipocrática em sua acepção mais ampla,[312] leva em consideração o bem do paciente e impõe ao médico ou o profissional de saúde dirigir esforços com fins verdadeiramente vantajosos ao ser. Refere-se à necessária proporcionalidade entre os meios médicos empregados e o objetivo almejado, bem como a probabilidade de êxito

---

[310] FACHIN, Luis Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 226.

[311] Anote-se que o marco ético do debate legislativo na esfera internacional deu-se com o Relatório Warnock, produzido na Grã-Bretanha em 1984. De tão relevantes, as recomendações deste documento são consideradas ainda hoje como referência internacional para a regulamentação das tecnologias conceptivas. (DINIZ, Débora. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. **Revista Multiciência:** população, bem-estar e tecnologia, [S.l.], n. 6, maio 2006. p. 1.) E são os três primeiros princípios (beneficência, autonomia e justiça) que "ganham força como metodologia de ação" com o Relatório Belmont, de 1987. (SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Op. cit., p. 33.)

[312] Este primado engloba tanto o dever de fazer como o de não-fazer. Isto é, ele deve ser igualmente entendido como o princípio que determina a não-maleficência. (Ibidem, p. 33-34.) No mesmo sentido: CORRÊA, Adriana Espíndola. Op. cit., p. 99

do procedimento, com vistas a "maximizar os benefícios e reduzir os riscos."[313] Na esfera da medicina reprodutiva, os custos do tratamento, em grande medida convertidos em lucro para os profissionais e estabelecimentos da área médica, fazem com que tal princípio seja constantemente relativizado.

Mas com esteio neste princípio, quando analisado hermeticamente, o profissional da área apenas poderia vir a atuar em caso de real "necessidade", de modo a não expor o paciente a riscos sem justo motivo, o que não ocorreria "em tese" mediante adoção das técnicas de RHA em favor das mulheres férteis. Contudo, esse raciocínio não se sustenta e a realidade informa do contrário: da observância, sem ponderação, desse primado extrair-se-ia que as cirurgias plásticas puramente estéticas não deveriam ser realizadas, tendo como intento a proteção da paciente. Dessa feita, não parece ser simplesmente a fuga aos padrões de beleza da contemporaneidade a razão idônea da intervenção cirúrgica estética. Ao revés, a percepção que cada um tem de si – e os efeitos de tanto para o livre desenvolvimento da personalidade – é que pode e deve informar a bioeticidade do procedimento reclamado.

Da mesma forma não se pode concluir, a partir da invocação do princípio da beneficência, que o tratamento de Reprodução Humana Assistida seria indicado exclusivamente para as mulheres ou casais inférteis ou estéreis, portanto de forma puramente subsidiária ou terapêutica. Tal significaria excluir a possibilidade de se realizar, por meio da concretização do projeto parental biologicamente assistido, aos casais formados por mulheres homossexuais e as mulheres sós, afastando-as, sem razão, do âmbito de proteção dos direitos reprodutivos de que todos são titulares. É que a autonomia existencial de cada um permite a qualquer um, mulher ou (mesmo) homem, projetar e concretizar uma família, ainda que, **na origem**, propositalmente monoparental.

No entanto, apegadas a este princípio, acrescido das recomendações do Relatório Warnock – no sentido de disponibilizar a fecundação em laboratório apenas aos casais heterossexuais [314] –, além de considerações marginais até

[313] Idem.
[314] AGUIAR, Monica. Op. cit., p. 148.

mesmo à ética médica,[315] não faltam objeções à utilização das técnicas de RHA em mulheres sós e naquelas biologicamente aptas a gestar. Chama atenção, entretanto, o fato de que no Código de Ética Médica e, notadamente, nos "princípios fundamentais", não há qualquer sinal dele no sentido de que a intervenção médica há de ser subsidiária ou, alternativamente, que as intervenções devem guardar, entre si, padrões de adoção conforme sua (des)necessidade.[316]

---

[315] Da impossibilidade de utilização das técnicas por mulheres sós, justificado pelo estigma social que ela e o(s) filho(s) estariam submetidos, e da consideração da biparentalidade como elemento mínimo para que uma criança nasça com dignidade.

[316] O que há é uma rarefeita menção a isso quando do trato da responsabilidade profissional (art. 14). Confira-se: "RESOLUÇÃO CFM Nº 1.931/2009 - Aprova o Código de Ética Médica.
O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições (...); e CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;
CONSIDERANDO que as normas do Código de Ética Médica devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes;
CONSIDERANDO a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade; (...) RESOLVE:
Art. 1º Aprovar o Código de Ética Médica, anexo a esta Resolução, após sua revisão e atualização. (...)
Capítulo I – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS
I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade **e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza**. II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. (...) VII - **O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje**, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente. VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho. (...) XIV - O médico empenhar-se-á em melhorar os padrões dos serviços médicos e em assumir sua responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde. (...) XVII - As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, **buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente**. (...) XXI - **No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas**. XXII - **Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários** e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados. XXIII - Quando envolvido na produção de conhecimento científico, o médico agirá com isenção e independência, **visando ao maior benefício para os pacientes** e a sociedade. (...) XXV - **Na aplicação dos conhecimentos criados pelas novas tecnologias, considerando-se suas**

O que existe, e ostensivamente, é referência ao segundo princípio, ao **princípio da autonomia**, no inciso I do Capítulo I (PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS).[317]

De conteúdo intrinsecamente relacionado com o da beneficência, ele estabelece que o paciente possui o direito de dominar a própria vida de acordo com seus valores morais e crenças religiosas.[318] O paciente, a partir do contido neste princípio, perde o traço de passividade diante do profissional, e passa a ser co-participe das intervenções médicas.

E para externar essa vontade com autonomia – quanto mais no que concerne à reprodução humana –, utiliza-se da expressão "consentimento livre e esclarecido" [319] para referir à declaração apta e suficiente a expressar a vontade,

---

repercussões tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, o médico zelará para que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão vinculada a herança genética, **protegendo-as em sua dignidade, identidade e integridade**. (...)
Capítulo III – RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL
Art. 14. **Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.**
Capítulo IV – DIREITOS HUMANOS
É vedado ao médico: (...)
Art. 24. **Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar**, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. (...)
Capítulo V – RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES
É vedado ao médico:
Art. 31. **Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas**, salvo em caso de iminente risco de morte." (destacamos.) Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf> Acesso: 17 jan. 2014.

[317] Vide arts. 24 e 31, supra.

[318] DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 38.

[319] "Na área médica, o consentimento livre e informado é requisito essencial para a prática de qualquer procedimento, pois segundo nos princípios que regem a Bioética – a saber, Princípio do Respeito à Autonomia, Princípio da Beneficência, Princípio da Não Maleficência e Princípio da Justiça –, estabelecem-se, dentre os deveres médicos, a informação completa quanto às técnicas médicas a serem aplicadas, bem como a consciência de seus riscos". (SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 170.) Chame-se atenção, ainda, para o fato de que esse consentimento reflete evidente avanço. Agora não mais compete ao médico ser responsável pela boa "saúde" do paciente (numa concepção paternalista), mas do paciente se exige uma decisão racional, "uma escolha autônoma sobre a intervenção no corpo" expressiva de sua autonomia individual, que por sua vez reclama conhecimento-informação e aconselhamento, apenas, expressivo do "paternalismo fraco". (KIRSTE, Stpehan. **Autonomia e direito à autolesão: para uma crítica do paternalismo**. [Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v.14.1, n.14 - p. 73-86, jul./dez. 2013. p. 77.] Disponível em: < http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/468/366> Acesso: 30. nov. 2013.)

in casu subjetiva (psicológica) e objetiva (concreta e real).[320] Vontade essa, pois, personalíssima, a ser colhida de cada um que pretenda exercer o direito à descendência submetendo-se às técnicas de RHA ou que de algum modo concorra (com doação de material genético ou empréstimo do útero) no cumprimento desse desiderato.[321]

Por se tratar a Reprodução Humana Assistida de obrigação de meio e não de resultado, a intervenção exige prévia e obrigatória exposição da probabilidade imensa dos ônus, em especial emocionais e financeiros, por meio do Termo de Consentimento Esclarecido e Informado, àqueles que se pretendem se submeter ao tratamento. A mulher, em especial, deve estar ciente do quanto onerará o próprio corpo (físico e psíquico) na tentativa para decidir com autonomia – juntamente com e como o médico – sobre a alternativa terapêutica mais adequada à sua saúde e **aos seus valores pessoais**, o que se extrai da própria noção de bem-estar: prevista no inciso XVII do Capítulo I e no art. 24, ambos do Código de Ética Médica.

O **princípio da justiça**, para Aristóteles, é considerado no sentido de dar a cada um o que é seu – de acordo com a natureza, a igualdade ou a necessidade.[322] Portanto, ele requer, também, a imparcialidade,[323] a adequação, enfim, a "justa distribuição dos benefícios e riscos na relação travada entre

---

[320] SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual**... p. 84. Por sua vez, Mônica Aguiar fala em aspectos externos e internos do consentimento informado, mas chama atenção para o seguinte: "Atualmente, concebem-se quatro requisitos fundamentais em relação ao aspecto interno sublinhado para consentimento: ser voluntário, concedido por pessoa capaz, que tenha sido adequadamente informada e encontre-se devidamente esclarecida". (AGUIAR, Mônica. Op. cit., p. 83.)

[321] Para atender aos anseios daquelas pacientes que se submetem à RHA deve haver prévia advertência, mediante discurso compatível com o perfil e feito durante as consultas, sobre os efeitos adversos do tratamento (como o risco de morte para a mulher e descendente e de nascimento múltiplo), o destino do material excedente etc. Só então o profissional oferecerá o termo de consentimento aos interessados, antes de iniciado o procedimento definido como ideal. Mais uma vez este documento faz as vezes de exteriorização da vontade livre de coação ou influência externa, servindo também como instrumento de proteção daqueles com a capacidade de discernimento reduzida. Por outra, "as informações deverão ser verdadeiras – corresponder à realidade do paciente e do tratamento sugerido –, claras – traduzidas em termos de possível compreensão, de forma a permitir seu perfeito conteúdo e alcance –, e, por fim, suficientes – para garantir que todo conhecimento necessário sobre o procedimento ser empregado tenha sido transmitido". (SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 174.)

[322] CAMARGO, Marculino. Op. cit., p. 50.

[323] "(...), pois os iguais deverão ser tratados igualmente". (DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 39.)

médico e paciente e, principalmente, nas políticas públicas de saúde e nas pesquisas científicas".[324]

O **princípio da dignidade da pessoa humana** sequer é ventilado por diversos autores.[325] Contudo, isso não significa que ele seja desimportante para a Bioética, mas apenas que a sua consideração não está em princípio anterior ou lateral ao direito. A impressão que se tem é que os discursos da Bioética e do direito se fundem nessa oportunidade e fica difícil distinguir onde começa um e termina o outro. Aline Albuquerque S. de OLIVEIRA exprime essa realidade nos seguintes termos:

> Nota-se que a bioética e os direitos humanos surgem como formas de assegurar determinados valores e de proteger a pessoa humana, reconhecendo-lhe uma dignidade inerente. Assim, a bioética e os direitos apresentam dois pontos de aproximação: a dignidade humana e determinados valores básicos. O princípio da dignidade humana é, no campo dos direitos humanos, entendido como a rocha sobre a qual a superestrutura dos direitos humanos se constrói, conforme Beyleveld e Brownsword, porque é dele que emana o fundamento para todos os direitos humanos. Tal princípio é reconhecido não somente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas também nos pactos internacionais de direitos civis e políticos, bem como nos de direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966.
> Para a bioética, o princípio da dignidade humana é marco axiológico da bioética internacional, tendo sido acolhido pela Convenção de Oviedo, Declaração Universal de Bioética e do Genoma Humano, e Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que prevêem que a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados em sua totalidade. A dignidade humana, como apontado por Andorno, Lenoir e outros, é o mais evidente ponto de aproximação entre a bioética e os direitos humanos, sendo o princípio fundamental e alicerce da construção teórica nos dois campos do saber.[326]

Demais disso, a dignidade humana, com instrumental teórico no âmbito da Bioética, admite duas concepções. A primeira tem índole liberal (dignidade

---

[324] CORRÊA, Adriana Espíndola. Op. cit., p. 99.

[325] Uma das razões talvez seja a seguinte: "A despeito de algumas críticas feitas ao termo 'dignidade humana', principalmente da parte de bioeticistas estadunidenses, houve consenso internacional quanto ao seu acolhimento em normativas de caráter bioético. Em referência a esse relativo paradoxo, Annas chama atenção para o fato de que os norte-americanos não se sentem confortáveis com a expressão 'dignidade humana', embora lhe confiram o status de base dos direitos humanos e de todos os tratados internacionais sobre direitos humanos." (OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos [**Revista Bioética**, Brasília, v. 15, n. 2, jul. 2009. p. 177]. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/39/42> Acesso: 18 jul. 2013.)

[326] Ibidem, p. 172-173.

humana como empoderamento) e a segunda (dignidade humana como limite) tem feição restritiva, mas ambas dizem respeito à autonomia do indivíduo.[327]

> A dignidade humana como empoderamento consiste na capacidade individual de fazer escolhas livres, o que permite a construção do edifício dos direitos humanos centrado na promoção da autonomia individual. De acordo com essa acepção liberal da dignidade humana, os direitos humanos são designados para assegurar a capacidade das pessoas de fazer suas próprias escolhas, o gozo das condições nas quais ela possa florescer, determinando-se por meio dos propósitos pessoais. A dignidade humana como empoderamento permite conceber a vida humana não como um rol de escolhas livres e trágicas, mas como cadeia sucessiva de escolhas pessoais, trágicas ou não.[328]

A dignidade humana em sua feição restritiva impõe limites à pessoa humana, mas a partir da consideração da sua dignidade em potencial colisão com a de outra, e, como não poderia deixar de ser, surge com as práticas biomédicas experimentadas no Século XX,[329] dentre as quais, supõe-se, a própria reprodução assistida. Logo, a dignidade humana também na perspectiva Bioética não encontra limites *a priori*.

Daí a necessidade de se reconhecer que "a ética e, por conseguinte, a Bioética, institucionaliza um discurso aberto, em que as proposições são questionáveis e a validade é examinada pelo critério do justo e do injusto."[330]

Como resultado disso tudo, pois, há de ser na justiça e na dignidade, como princípios éticos, que as mulheres sós e homossexuais, férteis ou inférteis, encontrarão guarida e serão assim reconhecidas como titulares dos mesmos direitos das demais mulheres, de se submeterem às técnicas de RHA e com as mesmas restrições (legítimas) a elas porventura impostas.[331] Ademais, o respeito

---

[327] Ibidem, p. 182.

[328] Idem.

[329] Idem.

[330] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; MOUREIRA, Diogo Luna. Pesquisas com células-tronco embrionárias no Brasil e a (in)constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança. *In:* MEIRELLES, Jussara; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Coord.). **Direito e desenvolvimento**: biomedicina, tecnologia e sociedade globalizada. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 160.

[331] Afinal, ninguém pode obrigar – (bio)ética ou juridicamente – uma mulher "a se deitar" com um homem sem o querer, apenas porque essa a forma "natural" e usualmente aceita de ter filhos. Aliás, se assim tiver de ser, então que se proscrevam pelas mesmas razões, pela não-naturalidade e pela invocação do princípio da beneficência, o implante capilar e de seios, bem como a própria rinoplastia (sem apelo funcional), dentre outras intervenções médicas tão conhecidíssimas e procuradas.

à vida e a dignidade humana (condições de exercício dos direitos da personalidade) também são postulados do Estado Democrático de Direito, e que em boa medida se confundem com os referidos preceitos bioéticos.

De todo modo, e mesmo apesar de toda a preocupação Bioética, "a sanção estatal para aquele que descumprir algum de seus princípios fica a cargo do Direito enquanto ciência dogmática, eis que possui caráter prescritivo, de dever-ser, porquanto se utiliza da teoria da imputação."[332] É a partir desse momento que a Bioética se transforma em Biodireito, por conta de sua positivação "jurídica" e, que para fins de estudo, se sacramenta, na atualidade, na Resolução CFM n.º 2.013/2013. "Biodireito e bioética são ordens normativas e, como tais, têm caráter prescritivo. A distinção, todavia, está na forma de abordagem e na força cogente."[333] Ambos tem em comum a *diversidade* e *pluralidade de pensamentos*[334] sobre o que é justo[335] e digno.

3.3 RESTRIÇÕES GERAIS ILEGÍTIMAS DO DIREITO DA MULHER À FILIAÇÃO POR MEIO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Mas quando efetivamente normatizados o "justo" e o "digno" (acima referidos), comportam eles absorção, crítica e reflexão, quem sabe até mesmo para aduzir que os padrões, especialmente de índole proibitiva, podem se mostrar ilegais ou mesmo inconstitucionais.

Nesse sentido passa-se a abordar o assunto, mas de um modo mais abrangente, alcançando à totalidade das mulheres no que diz com a Reprodução Humana Assistida, sem prejuízo de reforço a eventuais situações atentatórias à dignidade e à isonomia; neste caso, entre as próprias mulheres.

---

[332] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; MOUREIRA, Diogo Luna. Op. cit., p. 14.

[333] SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual**... p. 10.

[334] Ibidem, p. 112.

[335] Ronald DWORKIN mostra evidente preocupação com o conteúdo da "justiça" imbricando-a inexoravelmente com a produção do direito (teoria da justiça legislativa), com a aplicação do direito (teoria da controvérsia) e com a observância do direito (teoria da observância da lei). (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas Nelson Boeria. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. IX e 35.)

3.3.1 Entre Regras e Princípios: Adotando um Suporte Fático Amplo e uma Teoria Externa de Restrição a Direitos Fundamentais (Teoria de Virgílio Afonso da Silva)

O reconhecimento da Constituição Federal de 1988 como escrita, escorada na dignidade da pessoa humana – portanto vocacionada para a concretização de direitos fundamentais, inclusive de índole social –, e, afinal, como fonte mesmo de todo ordenamento jurídico implica na necessidade de se o reconhecer o Direito Brasileiro como misto. Isto é, formado por regras e princípios,[336] o que, antecipa-se, não afasta por completo o método positivista para sua interpretação e aplicação[337] ou mesmo a consideração de que ao império da lei se fez suceder o império da constituição para o seu exame.

A partir de então (de outubro de 1988), o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso por meio dos atos da autonomia existencial e orientado para (também) promover a igualdade de gêneros, passou a ser o legitimador da possibilidade das mulheres determinarem e concretizarem o projeto parental, ainda que por meio das técnicas de Reprodução Humana Assistida. Bem por isso, à luz do direito brasileiro vigente e sob a ótica de uma teoria externa (de

---

[336] Ronald DWORKIN explica as condições para que se promova a ponderação entre princípios: "Um princípio (...) não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular". Os princípios "possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um". Para fins da tomada de decisão, pois, se necessário e em cada caso concreto, faz-se *preponderar* um sobre o outro, a partir da (maior) carga valorativa ostentada. (Ibidem. p. 41.)

[337] Melhor dizendo, a compreensão (por primeiro) e a aplicação (como fim) da Constituição Brasileira de 1988 – plasmada igualmente de regras e de princípios dotados de induvidosa imperatividade –, requer um método próprio, notadamente para dar cabo de garantir a concretização de direitos fundamentais e da própria dignidade da pessoa humana. Em certa medida, pois, é preciso manter o método positivista, apto a responder às questões que dizem respeito às regras, num cenário que reclama subsunção ("tudo ou nada") e ainda se prende a uma estrutura hierarquizada, em que as disposições legais hão de se conformar às "superiores", de índole constitucional, e nelas buscando fundamento (de validade). Mas não só, também é necessário arranjar esse método de modo que atenda aos fortes apelos principiológicos (irrestritos *prima facie*), que hão de ser resolvidos, *se* e *quando* necessário, por meio da ponderação. E isto tanto pelo Estado-Juiz como pelo Estado-Administração, com um ônus argumentativo maior, fazendo com que o intérprete ultrapasse os limites do texto (enunciado) normativo e do contexto, para dar resposta ao caso concreto.

princípios como verdadeiros mandamentos de otimização), qualquer restrição ao exercício da autonomia **nas relações existenciais** só se justificaria **se** e **quando** da ponderação no caso concreto.

A discussão que agora se instala, pois, é exatamente no entorno da possibilidade de restrição (i)legítima a certos direitos que, em verdade, exprimem nada mais nada menos que a dignidade da pessoa humana e a sua autonomia em decidir o próprio destino. Ter filhos ou não é uma questão das mais importantes para o ser humano; ter um filho por meio das técnicas de Reprodução Humana Assistida, sem contar com o auxílio sexuado de um companheiro juridicamente identificado pode parecer drástico para alguns, mas pode ser um projeto de vida para outros, e derradeiro inclusive, especialmente quando o único viável. Afinal, tanto a vida boa como a dignidade são conceitos multiculturais, que variam de acordo com os valores e desejos de cada um.

Em tese, pois,[338] não parece absurdo considerar o princípio da dignidade da pessoa humana, cláusula geral do ordenamento, como absoluto. Todavia, não há como, nem mesmo para este mandamento maior, concretizá-lo "em sua inteireza" em todas as situações jurídicas subjetivas em conflito, razão pela qual sempre será necessário analisar cada situação em exame **como única** para ponderar se a restrição imposta a este ou outro direito será ou não constitucional.

É que, lembre-se mais uma vez, está-se a tratar de direitos fundamentais da personalidade, o que reclama por uma particularizada investigação. Nesse sentido, sob a ótica de Virgílio Afonso da Silva, portanto considerando um suporte fático amplo[339] e com lastro numa teoria externa de restrição dos direitos

---

[338] "(...) a afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado." (PINTO *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e "novos" direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. *In:* MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008. p. 195.)

[339] Em contrapartida, para Virgílio, a característica principal das teorias que pressupõem um suporte fático restrito para as normas de direto fundamental é a não-garantia a algumas ações, estados, ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção destas normas. Para Vieira de Andrade, a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa uma ou outra situação concreta. Friedrich Muller adota posição semelhante, e afirma que nestes casos não há colisão de direitos fundamentais,

fundamentais, deve-se partir do pressuposto de que todos os fatos ou posições jurídicas estão protegidos por norma constitucional específica, protetiva de direitos fundamentais. E mais, que, somente em caso de colisão, poder-se-á cogitar de restrição ao direito, mas sempre alicerçada em outra **de igual fundamentalidade**.

Melhor dizendo, em princípio não será excluída qualquer possibilidade do exercício do direito (fundamental), haja vista a inaugural ausência de qualquer "limitação" ou exclusão de condicionantes fáticos e jurídicos. Nas palavras do autor:

> Ora, se a proteção definitiva de um direito fundamental depende da classificação de uma intervenção em seu âmbito ou como restrição constitucionalmente aceita ou como violação inconstitucional, tanto mais tende a ser efetiva essa proteção quanto maior for a extensão do âmbito de proteção e também do conceito de intervenção.[340]

Por isso, nos termos de uma teoria externa de suporte fático amplo – também compatível com a **teoria dos princípios**[341] proposta por ALEXY[342]– qualquer fato estará protegido pelo direito e qualquer condicionante deverá ser considerado para que uma racionalização seja imposta. Desse modo, ao não se excluir qualquer condicionante fático ou jurídico desde logo, qualquer decisão deverá necessariamente atender a um ônus argumentativo forte o bastante para garantir a racionalidade da eventual restrição a um ou a outro direito fundamental.

---

mas apenas não-proteção de algumas ações pelas normas que, aparentemente, deveriam protegê-las. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 122.)

[340] Ibidem, p. 112.

[341] A teoria dos princípios sustenta que direitos fundamentais são garantidos por uma norma *prima facie* e de suporte fático amplo. Isso implica que a colisão com outros princípios pode exigir uma restrição à realização de um deles. (SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos**... p. 139.)

[342] Robert ALEXY conceitua princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90 – destaque no original.)

Quer dizer, utilizando tais parâmetros, pode-se afirmar que são dois os objetos dos direitos fundamentais: os direitos em si e suas restrições, haja vista que elas (as restrições) não exercem qualquer influência no conteúdo do direito, podendo, apenas e no caso concreto, restringir seu exercício. A partir dessa distinção é que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais, bem como da regra da proporcionalidade.[343] Isso porque, a partir do paradigma de investigação aqui adotado (da teoria externa), em eventual colisão entre princípios, aquele que tem que ceder em favor do outro não tem afetada sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*.

Do mesmo modo, com espeque na teoria externa, qualquer lei implica em verdadeira restrição a direito fundamental,[344] já que a ponderação entre direitos fundamentais se faz implícita e previamente.

E esses direitos fundamentais só podem encontrar limites em outro direito fundamental, todos de igual amplitude quanto ao suporte. Em princípio, pois, tudo é permitido e apenas no caso concreto poderá haver alguma restrição, porque os princípios não são regras, e, como tal, não são absolutos, incluindo-se especialmente nesse rol o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. E se está a se tratar da aplicação dos direitos fundamentais – entendidos como aqueles topograficamente inseridos no art. 5º da Constituição da República, sem prejuízo de outros esparsos no texto constitucional – porque especificados ou assim também reconhecidos – mais seguro é considerar todas as possibilidades como protegidas.

De conseguinte, (pode e) deve ser considerado todo o conjunto de fatos como incluídos no conteúdo do princípio, porque assumido num suporte fático amplo e concreto,[345] principalmente quando os direitos a serem restringidos (portanto no entorno da autonomia existencial) se refiram aos da personalidade.

---

[343] Para o autor a proporcionalidade é uma regra de segundo nível, uma regra especial, uma meta-regra, pelo que sugere a expressão regra da proporcionalidade. (Ibidem, p. 169.)

[344] Isso porque a primeira conseqüência de uma modificação no ponto de partida – de suporte fático restrito para o suporte amplo – é a ampliação no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e o conseqüente alargamento na extensão do conceito de intervenção.

[345] Como conceito de suporte fático há que se diferenciar entre suporte abstrato e suporte concreto. O abstrato é formado por fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada conseqüência jurídica:

Mas para relacionar o princípio constitucional da autonomia existencial da mulher com o suporte fático, em específico o amplo, é preciso ter em mente que ele se mostra decorrente da dignidade da pessoa humana, o que não colabora com a vulgarização (do conteúdo) deste último,[346] por todo o exposto. Essa é a razão mesmo, portanto e afinal, para essa escolha. Assim, não soa estranho e nem é preciso muita imaginação para vislumbrar casos em que a restrição ao princípio da dignidade faz com que ela própria (a dignidade) seja totalmente esvaziada em prol dela mesma, mas referida a outrem.[347] Diga-se o mesmo dos demais princípios fundamentais que acabam restringidos por conta de outros, de maior ou igual magnitude, mas sempre quando da ponderação *in concreto*. Tudo, ademais, sem nenhum prejuízo ao conteúdo deste princípio ou qualquer traço de inconstitucionalidade na restrição.[348]

Donde, pois, tomando por assento a dignidade da pessoa humana com lastro na teoria externa, a sua consideração inaugural há de ser plena, sendo necessário, em cada particular hipótese, analisar as circunstâncias de cada restrição como excepcionalmente conformes ao Direito, haja vista assumir cada uma delas também a condição de princípio.

Logo, de uma análise isolada dessa afirmação sob o enfoque aqui deliberadamente adotado – mesmo que assim não assumida pelo julgador – aparentemente é possível vislumbrar na decisão proferida pelo Supremo Tribunal

---

preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. O suporte fático concreto está intimamente ligado ao abstrato e ocorre no mundo da vida dos fatos ou atos que a norma jurídica em abstrato que se juridicizou. (Ibidem, p. 67.)

[346] O autor aponta uma inflação no uso da dignidade humana no discurso forense, já que ela vem servindo como recurso universal para a solução de problemas jurídicos que poderiam ser resolvidos com o recurso a outros direitos. (Idem.)

[347] Por exemplo, a dignidade da mulher gestante por substituição que supervenientemente desiste de cumprir com o prometido, deve ser afastada em prol daquela que desde sempre projetou a maternidade, a ponto de buscá-la tecnologicamente e contando com a solidariedade (e com o corpo) de outra mulher.

[348] Veja-se que a teoria de José Virgílio da Silva, bem como as demais (igualmente externas), pressupõe, em quase todos os casos, a necessidade de verdadeira "restrição" de direito fundamental, preferindo o termo pela exatidão do seu significado, enquanto os adeptos da teoria interna utilizam o conceito de "limite" – imanente, inserido na própria constituição – para rejeitar essa necessidade. A contraposição entre "definição de limites" e "imposição de restrições" é que explicita a diferença entre os dois enfoques.

Federal, na ADPF 132, a adoção do suporte fático amplo.[349] Mas não só, também o manto da teoria externa cobrindo a hipótese, na exata medida em que se denota o reconhecimento do direito de constituir família – de qualquer família, inclusive monoparental – como não limitado *prima facie.*[350]

Ou seja, a autonomia de cada **pessoa humana** em constituir família e/ou livremente procriar – também tomando por base um suporte fático amplo e nos moldes da teoria externa de José Virgílio da Silva – não encontraria limites *a priori*.[351] Em termos objetivos, isso levaria a dizer, aqui, que, *e. g*., a dignidade

---

[349] Todas as pessoas têm dignidade: homo ou heterossexuais; todos têm direito ao exercício de sua autonomia: homo ou heterossexuais; todos têm direito a constituir família/entidade familiar: homo ou heterossexuais; todos têm direito à igualdade de tratamento: homo ou heterossexuais. Mas a percepção do Ministro Carlos Ayres Britto acerca da realidade foi além e merece parcial transcrição (outra vez do voto proferido na ADPF 132), ao observar que a igualdade material entre heterossexuais e homossexuais acaba pervertida pelo silêncio normativo: "(...) a igualdade material não se realiza, pois aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade. O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. Enquanto isso, sem a proteção do direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida." (Vide a nota de rodapé nº 160.)

[350] Anote-se, também, que para ALEXY os princípios "não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*", variável caso-a-caso; regras, por sua vez, "exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam". "Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos Princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras". (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 104-105.)

A título de curiosidade, registre-se que em Portugal a cautela com a Reprodução Humana Assistida foi tamanha que a própria Constituição determinou regulamentação:

"Constituição da República Portuguesa – VII REVISÃO CONSTITUCIONAL [2005] Artigo 67.º Família 1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. 2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares; b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade; c) Cooperar com os pais na educação dos filhos; d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes; e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; (...)." (Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso: 18 jan. 2014.)

[351] Maria Helena DINIZ sustenta exatamente o contrário: "Apesar de sermos contrários a essas novas técnicas de reprodução humana assistida, temos consciência de que o jurista não poderá quedar-se inerte ante essa realidade, ficando silente diante de tão intrincada questão, nem o legislador deverá omitir-se, devendo, por isso, regulá-la, rigorosamente, se impossível for vedá-la. (DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 613.)

(da pessoa humana) da "mulher só" ou mesmo da homossexual – concretizada mediante procriação assistida – não poderia ser cotejada e, quanto o mais, restrita em consideração ao "direito à dignidade" daquele que sequer nasceu (porque ainda não é pessoa), a partir da biparentalidade desejada.

Essa vontade individual, objetiva e subjetiva, reveladora da autonomia existencial não pode ser substituída ou mesmo superada por outra, nem mesmo uma vontade coletiva (expressa legislativa ou administrativamente), porque, na perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, o único sujeito que importa é ele mesmo. Não fosse assim, então o princípio da dignidade da "pessoa humana" teria de ser irremediavelmente substituído por, quem sabe, um princípio da dignidade do "ser social", esfera em que o indivíduo (em si e por si) perderia importância em prol da coletividade.

Ocorre que, no âmbito da Reprodução Humana Assistida, (ainda) não há restrição **legal** para utilização das suas técnicas,[352] ficando um vazio normativo que apenas se vê reforçado pelo fato de o próprio Código Civil de 2002 versar sobre o assunto, mas sem decidir sobre eventuais limitações à hipótese.[353] E, neste caso, diretamente infraconstitucionais.

O que tem acontecido, isto sim e faz muito, é o Conselho Federal de Medicina ter tratado da Reprodução Humana Assistida, mas numa perspectiva ético-profissional: da Bioética positivada (do Biodireito, pois) preocupada com a dignidade da pessoa humana, mas especialmente no que diz com as responsabilidades médicas quando de sua violação, comissiva ou omissiva.[354]

---

[352] Nada obstante, em 2005 foi promulgada a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), bem como editado o Decreto nº 5.591/2005 e afinal, com base nele, expedida – pelo Ministério do Estado da Saúde – a Portaria nº 2.526/2005 (Disponível em: http://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/Portaria_2526.pdf>), versando sobre embriões humanos obtidos por meio da fertilização *in vitro*, (ainda que) não prevista e regulada em lei. Confira-se o desfecho da ADI 3510 na nota de rodapé nº 176.

[353] Lei nº 10.406/2002 – "Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido."

[354] Affonso Renato MEIRA faz breve relato dessa evolução normativa: "No Brasil, a transformação da moralidade pode ser percebida pelas mudanças propostas pelos oito códigos de ética, construídos para normatizar a conduta dos médicos: o primeiro em 1867; o último, ainda em vigor, em 1988 3. No que diz respeito às técnicas de reprodução assistida, a ética

Neste contexto, impõe-se aplicar o método (também positivista) e o raciocínio teórico – calçado num suporte amplo e numa teoria externa de restrição a direitos fundamentais – aqui desenvolvidos para investigar a atuação da autarquia profissional relativamente às restrições vigentes (e para quem aplicáveis) sobre a adoção das técnicas de RHA.

3.3.2 O Conselho Federal de Medicina "Legislador"

É bom recordar que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" e que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (conforme incisos II e XIII, do ar. 5º, da Constituição da República, respectivamente).

No entanto, como adrede referido, frise-se que neste estudo se assume imperar, em nosso país, o estado de constitucionalidade antes mesmo – e de um modo ainda mais importante – do que estado de legalidade, razão pela qual hoje se fala em neoconstitucionalismo e, até mesmo, em neopositivismo.[355] Como registra Luis Roberto BARROSO,

---

médica também se transformou de modo profundo nesses últimos trinta anos. Nesse período, entraram em vigor três desses oito códigos que consolidaram normativamente um percurso que se inicia pela proibição da inseminação artificial, altera-se para a permissão somente da realização da inseminação artificial homóloga com o consentimento expresso dos cônjuges, e chega a permitir a realização da fecundação artificial, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento. O que aconteceu nos últimos trinta anos não pode ser razão para se olvidar a preocupação ética que deve acompanhar todas as modificações da biotecnologia, mesmo porque os óbices sociais, culturais, psíquicos e econômicos sempre se levantaram junto a barreiras éticas. O que sempre deve ocorrer será o que a sociedade aceitar." (MEIRA, Affonso Renato. **Reprodução humana: a ética trinta anos depois** [Revista Bioética, Brasília, v.16, n.1, jul. 2009]. p. 138. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/62/65. Acesso em: 18 jan. 2014.) Anote-se, apenas, que essa referência encontra-se defasada no tempo, porque esboçada em 2007, tendo o Conselho Federal de Medicina – como visto na nota de rodapé nº 314 –, tratado disso desde então.

[355] Para Gustavo ZAGREBELSKI, a necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça é que garante a complexidade estrutural de Direito no Estado Constitucional, que não pertence a apenas um sujeito e que, por isso mesmo, deve ser cuidado por todos. E essas novas discussões 'pós-positivistas', especialmente marcadas pela investigação das regras e dos princípios, e da superação daquelas como exclusivamente importantes para a compreensão e mesmo a delimitação do próprio Direito, fizeram de DWORKIN, ALEXY e ZAGREBELSKI fontes doutrinárias praticamente obrigatórias para um novo debate. O debate que se trava a

> o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.[356]

E isso já se percebeu, com certa detença, no entrelaçamento entre Bioética e Biodireito. Mas o sistema jurídico "ideal" apresenta regras e princípios distribuídos de forma equilibrada. Àquelas compete garantir previsibilidade e objetividade das condutas reguladas, ou seja, a própria segurança jurídica; a estes incumbe realizar a justiça no caso concreto, que se viabiliza pela sua flexibilidade intrínseca.[357]

Nesse sentido, José Joaquim Gomes CANOTILHO alerta para o fato de que interpretar a Constituição se mostra tarefa que se impõe metodicamente tanto ao juiz, como ao legislador e ao administrador. Todos eles – incumbidos que são de aplicar-concretizar a constituição – tem por obrigação: encontrar um resultado "justo" mediante um método racional e controlável e, ainda, fundamentar o resultado obtido como igualmente racional e controlável, não havendo, pois, espaço para qualquer reinado.[358]

---

partir da constatação do que é (e não é) e qual a utilidade (e mesmo a inutilidade) do 'neoconstitucionalismo'". (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 2003. p. 147-153). E "este movimento pós-positivista, afirmando a normatividade dos princípios, faz assentá-los como valores jurídicos supremos da sociedade, servindo como parâmetro de aplicação do Direito para o Estado (Administração Pública, Legislador e Juiz) e à sociedade civil, passando a constituir verdadeira reserva de justiça." (SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**: anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2001. p. 106.)

De todo modo, neoconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo são termos bastante difundidos na atualidade que servem para se referir a uma "nova" cultura jurídica. O neconstitucionalismo consiste numa filosofia jurídica caracterizada por ser constitucionalista (no sentido de impor limites ao poder político) e antipositivista. Seu objeto específico é analisar os atuais ordenamentos democráticos do Ocidente. (SANCHIS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003. p. 101.)

[356] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 250.

[357] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 316.

[358] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 215.

É exatamente isso que se pode e deve esperar sempre. Portanto, também a partir e em relação ao Conselho Federal de Medicina, bem como dos demais conselhos regionais, notadamente no cumprimento de seus misteres – porque instituídos todos como autarquias profissionais:

> **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**
> Art . 1º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um dêles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.
> Art . 2º O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em tôda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.[359]

Apenas com base nisso seria possível supor, pois, que tudo o que se disse até o momento seria desnecessário, porque nenhuma mulher (fértil ou infértil, "só" ou integrando um "casal", hetero ou homossexual) estaria proibida de buscar a Reprodução Humana Assistida exatamente pelo fato de inexistir lei nesse sentido. Ocorre que também não há lei proibindo os médicos de tomarem esse comportamento a pedido, nem mesmo para disciplinar os eventuais limites de tanto.

Então, ao menos por enquanto, as técnicas de RHA acabam restringidas pelas manifestações[360] do Conselho Federal de Medicina: para os usuários de forma indireta e mediata; para os médicos, de forma direta e imediata, sendo que apenas para estes o eventual descumprimento pode importar em sanção administrativo-disciplinar.[361] E das disposições ético-deontológicas gerais já se

---

[359] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm>. Acesso: 18 jan. 2014.

[360] Nesse âmbito insiram-se as resoluções, pareceres e mesmo as respostas a consultas. Ou seja, embora tais normas sirvam como um parâmetro do mínimo deôntico a ser observado pelos profissionais da área, elas não se prestam, em verdade, para regular a conduta dos pacientes e nem mesmo os efeitos jurídicos decorrentes da intervenção exitosa, ainda quando nos termos de consentimento (com base nelas emitido e assinado) restem consignadas certas declarações, tal qual a aceitação como próprio de filho originado de material genético doado. É que, nada obstante, tem sido elas mesmas a fornecer o "marco legal" de que se tem utilizados os tribunais para decidir as lides a eles submetidas. Por exemplo:

[361] Para aprofundamento do assunto, confira-se: FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001; FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração**

tratou, ao exame do Código de Ética Médica. Falta, agora, explorar a normativa específica vigente que versa sobre o tema, qual seja a Resolução CFM nº 2.013/2013 – definidora, dentre outros assuntos, das especificidades e limites de cada tratamento de infertilidade – nos seus pontos sabidamente mais sensíveis.

Por razões suficientes em si, far-se-á isso sem a preocupação de tratar-se de norma administrativa, de índole infralegal, portanto, e que desobriga no seu conteúdo quaisquer sujeitos que não os médicos. Dessa forma, a análise e a crítica aqui feitas partem da simulação de que suas disposições "têm força de lei", visando a esmiuçá-las diretamente a partir da Constituição da República. Logo, tendo por fiel da balança a própria dignidade da pessoa humana – porque princípio bioético e jurídico, verdadeiro alicerce de todo o sistema. E motivos para isso há, posto que sempre franqueado submeter ao Poder Judiciário questões dessa ordem – consoante o princípio da inafastabilidade da jurisdição – como o Ministério Público Federal fez em relação à Resolução nº 1.995/2012, que trata da ortotanásia.[362]

---

administrativa: a partir da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2009; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005; e VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

[362] "O Ministério Público Federal em Goiás (MPF/GO), inconformado com decisão contrária da Justiça Federal de 1ª instância, em ação civil pública, interpôs recurso perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), com pedido de liminar, para suspender a Resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina (CFM). O ato normativo 'dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes' (ortotanásia). Para o MPF/GO a resolução extrapola competências legais do Conselho, como também agride a Constituição da República. De acordo com o procurador da República Ailton Benedito, autor da ação, disposições contidas na norma do CFM 'extravasam os lindes da disciplina ética da medicina, notadamente por transcenderem a relação médico-paciente'. Além disso, o tema exposto pela resolução 'possui repercussões familiares, sociais e nos direitos de personalidade, que escapam ao poder de normatização do CFM', assevera o procurador. Pela resolução do CFM, o paciente poderá definir 'diretivas antecipadas de vontade' como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Além disso, essas diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. A diferença entre esse procedimento e a 'eutanásia' é que, na ortotanásia, não há uma 'ajuda' para a morte do paciente, apenas não é oferecido um possível recurso ou tratamento expressamente recusado pelo paciente." (Disponível em: <http://www.prgo.mpf.mp.br/direitos-do-cidadao/noticias/1510-mpf-recorre-ao-trf1-contra-resolucao-do-conselho-de-medicina-que-facilita-morte-de-pacientes.html> Acesso: 18 jan. 2014.)

Mas uma advertência seja feita: o Conselho Federal de Medicina, na resolução vigente, não impediu aos médicos ver submetidas às técnicas de RHA as mulheres sós ou mesmo homossexuais.[363] Ao contrário, assim permitiu expressamente, muito embora tenha ressalvado a objeção de consciência,[364] de modo que resta "apenas" apresentar, enfrentar, discutir e tentar superar, por meio de argumentos, algumas das principais restrições, pelo fato de que descabidas. Algumas delas não apenas ferem a autonomia existencial das mulheres, mas assim o fazem de modo desarrazoado e desproporcional, rebaixando a condição feminina ilegitimamente.

É o que se passa a demonstrar a partir de cinco "situações-problema", assim consideradas relevantes em especial pela mutação normativa no tempo.

3.3.2.1 Das Principais "Situações-Problema" no Âmbito da Regulação

A primeira situação (porque envolve um problema a ser enfrentado e eventualmente superado no caso concreto) diz com o **número recomendado de embriões a ser transferidos e da proibição à redução embrionária**. Muitas das clínicas e mesmo dos médicos especializados em Reprodução Humana Assistida não faz qualquer distinção, quando da opção pela fertilização *in vitro*, entre conservar gametas (espermatozóides e óvulos) ou embriões (já fecundados) e não transferidos "a fresco", denominados excedentes. Fica a cargo do(s) beneficiário(s) dispor sobre este tocante. Ocorre que, diferentemente da destinação de gametas, os embriões excedentários, por força de lei (da Lei nº 11.105/2005 – da Biossegurança), apenas poderão ser criopreservados ou doados

---

[363] Não por acaso, dos "considerandos" da normativa consta o seguinte: " CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5.5.2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132)."

[364] Resolução CFM nº 2.013/2013 – "ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. (...) II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA (...) 2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico." (Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso: 18 jan. 2014.)

a outros casais ou a pesquisa, além de, novidadeiramente, poderem ser descartados após cinco anos de congelamento.[365]

Nesta perspectiva, pelo trato jurídico conferido ao embrião, é coerente afirmar que tanto por questões de cunho existencial, como de titularidade, a conservação de óvulos parece oferecer maior segurança à mulher, no sentido de caber somente a ela a decisão quanto à utilização futura deles, o que não acontece com o embrião – que representa a fusão de gametas de duas pessoas distintas.

No caso da "mulher só" que utilizou as técnicas por meio do banco de doadores, a mesma questão é de somenos importância e a doação de embriões não transferidos pode ser ultimada com base na vontade unilateral dela. Como o doador de gametas não pretendeu constituir família, faz-se por isso mesmo estranho ao projeto parental. Débora DINIZ, neste sentido, faz a seguinte ponderação:

> Assim como no aborto, o descarte, a doação ou o congelamento dos embriões deveriam ser decisões privadas das pessoas envolvidas, um princípio que o processo legislativo brasileiro tende a não considerar, em nome da sobreposição da imoralidade do aborto e de questões envolvendo as tecnologias reprodutivas conceptivas.[366]

Ocorre que, depois de ultimada a opção por conservar embriões, há de se obedecer aos critérios estabelecidos quanto ao número máximo a ser transferido, o que generaliza as características físicas da mulher e do embrião, além de retirar dela a possibilidade da escolha com autonomia. A Resolução CFM n.º 2.013/2013[367] dispõe, mediante recomendação, que a mulher poderá submeter-se à transferência de dois a quatro embriões, dependendo da sua idade.

---

[365] Resolução CFM nº 2.013/2013 – "ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA (...) V – CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES (...) 4 – Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se essa for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

[366] DINIZ, Débora. Op. cit., p. 5.

[367] Resolução CFM nº 2.013/2013 – "ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. I – PRINCÍPIOS GERAIS (...) 6. O número máximo de oócitos e embriões a ser transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, faz-se as seguintes **recomendações**: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 e 50 anos até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos."

Muito provavelmente, além de evitar o risco de gestação múltipla,[368] a normativa buscou evitar a responsabilização pelo ato médico, bem como o acúmulo de embriões criopreservados, que até 2008 beiravam os cinqüenta mil.[369]

Um dos problemas enfrentados, nesse contexto, diz respeito à inadimplência do pagamento das taxas de manutenção dos embriões depois de consumado o projeto parental; o outro tem a ver com a proteção depreendida do ordenamento jurídico dada ao embrião.

A regulamentação, ademais, não especifica o número a ser transferido quando se tem apenas embriões de má qualidade ou quando congelados antes da transferência, diminuindo assim, consideravelmente as chances de implantação eficaz. Em entrevista à *Revista Mercado* o especialista em Reprodução Assistida, Vinicius Medina Lopes, afirmou que "(...) nestas situações, o número adequado de embriões a ser implantado no útero seria de três a quatro, independentemente da idade. Transferindo um número menor, com certeza, algumas mulheres terão menores chances de engravidar após pagarem um tratamento caro para nossa realidade."[370]

De qualquer maneira, registre-se, por dever de lealdade, que a recomendação se mostra pertinente e razoável em seus fins, na medida em que visa preservar a saúde da mulher. Do contrário, se houvesse indicação de número limite (mínimo e máximo) de embriões a ser transferidos, assim à partida, com feição de regra, a situação revelaria restrição inconstitucional, exatamente por

---

[368] "Linda Mar era uma mulher de 39 anos, com dois filhos, laqueada e com uma nova relação conjugal. O então marido era 12 anos mais jovem e sem filho, o que motivou Linda Mar a procurar a clínica de reprodução assistida do Hospital Regional da Asa Sul (HRAS), um dos primeiros programas de tecnologias reprodutivas conceptivas públicos no Brasil. Um mês após a admissão no HRAS, Linda Mar ficou grávida de quíntuplos, que nasceram prematuros com 28 semanas de gestação. Um dos fetos morreu imediatamente após o parto e as quatro crianças, hoje com quase quatro anos, apresentam deficiências e restrições no desenvolvimento motor e cognitivo. O caso está em julgamento (...), já tendo sido sentenciado em primeira instância." (DINIZ, Débora. Op. cit., p. 11.)

[369] SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 168.

[370] PIGHINI, Evaldo. *In*: Ano Novo, vida nova: reprodução assistida fica mais acessível. Evaldo Pighini (jornalista); **Revista Mercado**. Ed. 38, jan. 2011. (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=186B95CA17336F48CB7465E119DEA34B.node1?codteor=137589&filename=PL+1184/2003> Acesso: 18 jun. 2013.)

não viabilizar ponderação mais ampla possível dos aspectos envolvidos no caso concreto.

Mas a recomendação, ainda assim imposta à atividade do profissional de saúde, pode afetar diretamente as mulheres e de modo a turbar o projeto parental quando seguida pelo médico às escuras. Isto é, sem consideração do corpo, da idade e da saúde da paciente, o que pode ocorrer em especial porque muitas delas desconhecem seus mais basilares direitos fundamentais, dentre os quais o de ser previamente esclarecida e informada – até mesmo para participar da decisão de quantos embriões, serão, de fato aproveitados.

De outra banda, antes de o Conselho Federal de Medicina orientar a conduta ética do médico quanto ao número máximo de embriões transferíveis para a mulher, não havia restrições normativas específicas. Quer dizer, era possível e comum a gravidez de quatro ou cinco crianças na mesma gestação, aumentando os riscos para mulher e para a futura descendência. Isto é, em muitos dos casos de gravidez gemelar, o número de embriões transferidos ou formados após o coito programado ou inseminação, após estimulação hormonal, era tão elevado que havia a necessidade de intervenção médica para reduzir os embriões. Tal conduta sempre foi reprovada, desaconselhada e em tese constitui crime de aborto, já que se trata de reduzir embriões implantados e fixados no útero materno.

Se houve disposição expressa do órgão da classe,[371] provavelmente foi pelo motivo de que a redução embrionária ocorria e até com certa naturalidade em casos extremos – naqueles em que todos os embriões implantados se fixam, resultando em uma carga superior à capacidade física da gestante. De todo modo, a transferência de um número exagerado de embriões – a ser aferido concretamente – pode causar risco de morte para a gestante, de sorte que um médico prudente não pode assim proceder.[372]

---

[371] Resolução CFM nº 2.013/2013 – "ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. I PRINCÍPIOS GERAIS (...) 7 – Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária."

[372] Essa a razão pela qual nenhum dos projetos de lei (arquivados ou em tramitação) apresentados nos últimos quinze anos contempla tal possibilidade. Pelo contrário, o Projeto de

Mas se porventura a reprodução assistida redundar em gravidez múltipla que apresente risco de morte iminente para a gestante, não restará alternativa senão a utilização da técnica de redução embrionária. Neste caso, haverá excludente de ilicitude – por conta da razoável ponderação prévia entre a vida da mulher e da futura descendência em detrimento da potencialidade de vida de um ou mais embriões – no sentido de coibir eventual sanção penal ao médico[373] e à própria paciente.

A restrição contida no regulamento (ainda que por omissão), portanto, exclui indevidamente a ressalva contida no Código Penal,[374] da extraordinária possibilidade de realizar-se o aborto (aqui expressa por meio da redução de embriões) quando a mulher correr risco de vida por conta da gravidez. Logo, a restrição – veiculada como princípio ético-deontológico, ademais – mostra-se ilegítima, na apenas porque desarrazoada, mas notadamente por ir de encontro à inviolabilidade do direito à vida da gestante (estampado no art. 5º, *caput*, da Carta da República).

A segunda situação que reclama crítica se reporta à **impossibilidade de eleger o(a) doador(a) de material genético**. Conforme a mesma normativa autárquica é possível a utilização de gametas de terceiro para colaboração no projeto parental de outro(s), desde que seja garantido ao doador (a) e ao receptor

---

Lei n.º 1.184/2003, estipula a pena de reclusão de um a quatro anos para o médico que praticar a redução embrionária, exceto, como ocorre em relação ao aborto, em situações de risco de vida para mulher: "Art. 20. Constituem crimes: (...) IV – praticar o médico redução embrionária, com consentimento, após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos; V – praticar o médico redução embrionária, sem consentimento, após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher: Pena – reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos. Parágrafo único. As penas cominadas nos incisos IV e V deste artigo são aumentadas de 1/3 (um terço), se, em conseqüência do procedimento redutor, a receptora sofre lesão corporal." (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=186B95CA17336F48CB7465E119DEA34B.node1?codteor=137589&filename=PL+1184/2003> Acesso: 18 jan. 2014.)

[373] O mesmo se diga da infração ético-disciplinar, haja vista a presença de causa de justificação, que faz da conduta apenas antinormativa e não antijurídica. (FERREIRA, Daniel. **Teoria**... p. 284-294.)

[374] Decreto-Lei nº 2.848/1940 – "Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; (...)." (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso: 03 jan. 2014.)

(a) o sigilo quanto à identidade dos envolvidos.[375] Isto deve estar expresso no termo de consentimento, com a advertência de que o(a) doador(a) poderá vir a ser identificado(a), quer por conta de emergências médicas (mas com resguardo da identidade civil), quer, excepcionalmente, para satisfazer o direito ao conhecimento da origem genética do concebido por este meio. [376]

Para Maria Celina Bodin de MORAES, a impossibilidade de conhecer o doador, por conta do anonimato dele, é medida que não levaria em consideração dignidade e os interesses de terceiros – no caso, do futuro concebido; das gerações futuras –, que deveriam ser resguardados. Por conta disso, conclui que apesar da atual liberdade para tanto, não caberia à sociedade (e conseqüentemente às mulheres) utilizar desta alternativa.[377]

Pietro PERLINGIERI, embora comungue do mesmo entendimento, contrário ao anonimato, discorda que a técnica não possa, por conta disso mesmo, ser utilizada:

> Deve-se dissentir das propostas que prevêem o anonimato do doador do sêmen. As perplexidades sobre a eliminação do anonimato não podem indicar uma contra-indicação à inseminação artificial. Não tutelar o anonimato, antes, atribuir responsabilidade a quem doa, com o seu sêmen, a vida, personalizar a doação, significa evitar a especulação.[378]

Por outro lado, Lucien SÈVE questiona se, de fato,

---

[375] Resolução CFM nº 2.013/2013 – "ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. (...) IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES (...) 2 – Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. (...) 4 – Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, ressalvada a identidade civil do doador. 5 – As clínicas, centros ou serviços que empreguem a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente. 6 – Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes. 7 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora."

[376] SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 82.

[377] MORAES, Maria Celina Bodin. Op. cit., p. 131.

[378] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis**... p. 176.

> (...) contestaremos eticamente a inseminação com doador anônimo em nome do direito das crianças em conhecerem seu progenitor, sem nos preocuparmos em estudar se aqueles, que são já aos milhares, que se encontram nessa situação sofrem de facto com uma tal impossibilidade? Censuraremos moralmente a fecundação *in vitro*, por abalar os próprios fundamentos da filiação, sem ouvir o antropólogo que nos diz: o modo de filiação que uma sociedade estabelece não é ditado pela ordem natural das coisas, das propriedades estáveis da natureza humana, mesmo que essa seja uma crença largamente partilhada em todas as sociedades.[379]

Eduardo de Oliveira LEITE, por sua vez, entende que o "anonimato se impõe de forma irrefutável",[380] tanto para preservar o direito do(a) doador(a) de não vir a ser identificado e do desenvolvimento normal da família assim fundada, quanto para viabilizar a utilização da técnica na modalidade heteróloga (mas nunca para mulheres sós ou casais homossexuais).

Importa reprisar, assim, que não há lei material dispondo quanto a tal exigência. É mais uma vez o Conselho Federal de Medicina que estabelece a proibição, da mesma forma que vem fazendo o Conselho Consultivo do Paraná. Em parecer desfavorável, a doação de material genético de procedência identificada (da filha para mãe) foi negada com a justificativa de ser o anonimato entre doadores e receptores indispensável para evitar conflitos emocionais entre os envolvidos e prejuízo ao desenvolvimento psicológico das crianças nascidas por meio deste procedimento.[381] Essa situação, aliás, também é de conhecimento

---

[379] SÈVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 35.

[380] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações**... p. 339.

[381] "PARECER Nº 2134/2010 CRM-PR
PROCESSO CONSULTA N. º 192/2009 – PROTOCOLO N. º 14337/2009
ASSUNTO: FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*
PARECISTAS: CONS. ANA MARIA SILVEIRA MACHADO DE MORAES E
CONS. HÉLCIO BERTOLOZZI SOARES
EMENTA**:** Fertilização *in vitro*
CONSULTA
Em documento encaminhado ao Conselho Regional de Medicina do Paraná, a consulente Sra. XXXX, 48 anos, encaminha consulta com o seguinte teor: A consulente é casada pela segunda vez, deseja muito engravidar, mas, após realização de todos os exames necessários foi informada de que seria muito difícil obter sucesso nessa tentativa. Foi então colocada a possibilidade de fertilização com óvulos doados por pessoa desconhecida, mas o casal não aceitou essa idéia, pois deseja um filho que tenha o material genético do casal. Assim, o casal solicitou à filha da senhora Vânia, com 23 anos de idade, e ela concordou em ser doadora dos óvulos e requer do CRM a autorização para o procedimento.
FUNDAMENTAÇÃO E PARECER

do Poder Judiciário, que tem sido demandado para resolver as questões afeitas ao registro de nascimento.

Mas há julgados em sentido contrário. Haveria exceção, em tese, para os casais homossexuais femininos, por conta da possibilidade do filho ser biologicamente das duas, uma doando o óvulo que será fecundado com material genético de doador anônimo a ser transferido para o útero da outra.[382]

A intervenção na reprodução humana através da ciência e da tecnologia é ética e moralmente admissível, desde que respeite os valores fundamentais do ser humano, a unidade familiar e a licitude dos meios e dos fins. A preocupação basilar deve ser a preservação dos direitos do embrião e da criança, garantindo-lhes um desenvolvimento saudável dentro da família. A doação de gametas está indicada nos casos em que um ou ambos os componentes do casal não possuem gametas, ou nos casos em que uma doença genética pode ser transmitida com alta freqüência para seus descendentes. Nesse sentido, a Resolução CFM nº 1.358/92, inciso IV, estabelece a gratuidade da doação e o anonimato dos doadores e receptores de gametas e pré-embriões. Estabelece ainda que, em situações especiais ditadas por necessidade médica, as informações clínicas do doador podem ser fornecidas, resguardando-se, no entanto, sua identidade. Estabelece ainda, que a escolha dos doadores é de inteira responsabilidade da unidade prestadora dos serviços, devendo garantir a maior semelhança fenotípica e imunológica com a receptora. A manutenção do anonimato entre doadores e receptores é de fundamental importância no sentido de se evitar, no futuro, complexas situações emocionais e legais entre doadores e receptores, com repercussões no desenvolvimento psicológico das crianças nascidas por meio desse procedimento. (...) Analisando o referido caso, considerando a Resolução CFM 1.358/92, inciso IV, que determina o anonimato entre os doadores receptores, e as considerações expostas do risco psicológico advindo desse procedimento, para todos os envolvidos, em especial a doadora e a criança gerada, somos de parecer desfavorável a que o Conselho Regional de Medicina autorize o procedimento de doação de gametas solicitado. É o parecer." Aprovado em Reunião Plenária n.º 2418.ª de 11/01/2010 – CÂM I. (Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmpr/pareceres/2010/2134_2010.htm> Acesso: 18 jan. de 2014.)

[382] Tratando exatamente de princípios em face de lacuna legislativa, no entorno da filiação homoparental, a magistrada Patrícia Rodriguez Whately oferece bom exemplo dessa realidade: "No Estado de São Paulo, foi apreciada demanda cujo pedido consistia em ver reconhecida a dupla maternidade, já que o óvulo pertencia a uma das companheiras (mãe biológica), enquanto a outra teve tal óvulo fertilizado *in vitro* e implantado em seu útero (mãe gestacional), dando à luz a criança. O processo de nº 0203349-12.2009.8.26.0002 correu sob segredo de justiça perante a 6ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro e o juiz Fabio Eduardo Basso reconheceu o direito das mães, que viviam firme, estável e pública união afetiva em ter ambos os nomes constantes do assento de seus filhos. No caso em comento, a inseminação artificial foi realizada por meio de fertilização *in vitro* dos óvulos de uma das conviventes com sêmen masculino de doador anônimo, formando embriões posteriormente transferidos para o útero da outra convivente. Destaque-se que a mãe gestacional já tinha tido sua condição reconhecida e o que as companheiras buscavam era que o nome da mãe biológica também constasse do assento de nascimento dos menores. O juiz constatou o vínculo afetivo que ambas possuíam com as crianças e entendeu que tal vínculo era preponderante sobre qualquer eventual discussão sobre qual delas deveria ser coroada 'MÃE'. De acordo com o magistrado, o fato estava consolidado, e as chances de insucesso e frustrações eram idênticas às do casal heterossexual e seus filhos, ou daqueles que sozinhos se dedicam à sublime condição de pai ou mãe, *verbis*: 'Os temidos e ocasionais constrangimentos, próprios da vida em sociedade e a atingir qualquer de nós sem distinção, por razões iguais ou diferentes, mas

Mas a pessoa "só" ou o casal que busca a reprodução assistida do tipo heteróloga não poderiam escolher o doador do material genético para submeter-se à Reprodução Humana Assistida, já que o responsável pela escolha do doador, nos termos da regulamentação profissional, é o médico responsável pela clínica de fertilização.

Por tudo isso, não há como consentir com tal restrição. A liberdade de escolher o pai biológico é conferida a qualquer mulher que possa e pretenda fazê-lo pelas vias naturais, sexuadamente. Eleger um doador que proporcionará a tentativa de concretização do projeto parental se diferencia daquela hipótese apenas pela impossibilidade do futuro concebido vir – direta e inexoravelmente – a ser titular de direitos sucessórios, nada mais. E isso não impede, ainda, que o doador do material genético (tendo conhecimento por qualquer meio) teste ou mesmo doe bens àquele porventura concebido com sue gesto de solidariedade humana.

O mesmo impedimento regulamentar gera outro ainda mais grave, de a mulher que necessita receber doação de oócitos (gametas femininos), no caso de ter impedimento natural de produzi-los, de conhecer ou eleger a doadora deles. Imagine-se, por exemplo, um caso de irmãs gêmeas idênticas, portadoras de um mesmo código genético: se uma delas não produzisse óvulos, a outra estaria impedida de auxiliar no projeto da irmã, de acordo com o disposto na resolução.

---

sempre sem nobreza, além da improvável insurgência das crianças, na fase adulta, com a filiação a elas atribuída, não afetarão ou modificarão a situação consumada, o estado imutável das coisas. (...) Ainda assim, dar força jurídica à realidade, assegurar todos os encargos e direitos inerentes ao poder familiar, ao parentesco, é nada mais que o justo com este núcleo familiar. Quando a técnica conhecida e permitida melhora e até contraria a natureza, não cabe ao Direito ficar indiferente ou resistente. Duas genitoras, como exibe o caso e nas suas especificidades, não se pode estranhar ou deixar de ver. (...). Alicerça a solução e pelo que por si e em si diz, o princípio da dignidade da pessoa humana. Igualmente, a liberdade, o direito a se ter filhos e de planejá-los de maneira responsável. Ainda, o dever da não discriminação e igualdade, às várias formas de família e aos filhos que delas se originem e, consequentemente, o direito ao estado de filiação e ao nome, reciprocamente entre pais e filhos, não só para a perfeita e própria identificação, mas também daqueles e da célula familiar de que derivam. Ao final certo que respeitados, na hipótese, os superiores interesses dos menores de idade' (...)." (WHATELY, Patricia Rodriguez. O papel dos princípios diante da lacuna legislativa. *In*: **Série Aperfeiçoamento de Magistrados** 11, Curso de Direito Constitucional – Normatividade Jurídica. p. 226-228. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_223.pdf> Acesso: 18 jan. 2014.)

Demais disso, conservar as características familiares é forma de atender os anseios reprodutivos de algumas mulheres que desejam filhos biológicos, e a razão para tanto é o desejo de se ver perpetuado, o mesmo que experimentam as mulheres casadas e férteis. Impedir a doação no exemplo proposto expõe verdadeiro absurdo.

In casu, a mesma proteção conferida à doação de órgão deveria ser observada neste sentido; quer dizer, o parentesco com o doador, como preferentemente ocorre naqueles casos, poderia ser vantajoso para mulher, pelas mais diversas razões, inclusive de compatibilidade genética.

Some-se a isso, ainda, que, na prática, é fácil burlar o regulamento, mediante utilização, por exemplo, de material genético de um amigo que se autodeclara companheiro, haja vista serem pouquíssimas as clínicas especializadas que exigem prova do status de casal, mediante certidão de casamento ou comprovante de união estável. Basta, em tese, uma declaração, e quando mesmo solicitada. Afinal,

> la modestia con la que el derecho debe regular ciertas cuestiones o, en otras palabras, la impotencia del orden jurídico en materia de sexualidad o maternidad, por ejemplo (puesto que) ni la prohibición del aborto, ni el reconocimiento o la penalización de técnicas de fecundación asistida o de contratos reproductivos o incluso, de forma todavía más básica, de relaciones sexuales no tradicionales ... han impedido que se lleven a cabo. Las ha hecho, eso sí, más complejas y han arrojado ciertas prácticas a la ilegalidad, pero las prohibiciones legales nunca han sido capaces de impedir su realización (lo que) nos obliga, a quienes trabajamos en el campo da reflexión jurídica, a ser conscientes de los limites del ordenamiento y de la regulación jurídica en todos los ámbitos de la vida.[383]

Qualquer decisão definitiva nesse sentido, de eleger ou conhecer o doador (quebrando o sigilo), deve partir da mulher que busca ter um filho; enfim, de quem pretende responsavelmente e assim irá concretizar o projeto parental, instrumentalizando o próprio corpo. E como essa responsabilidade há de ser amplamente concebida, isso importa em auto-limites, como aquele que proscreve, *e.g.*, qualquer tentativa de incesto assistido.

---

[383] CARBONELL *apud* ACHÉ, Pedro Morales. Op. cit., p. 153 - rodapé.

A **restrição quanto à idade da paciente a se submeter ao procedimento** é o terceiro "problema" normativo a enfrentar. Ocorre que a mulher solteira, homossexual ou viúva, que dedicou boa parte da vida aos estudos e ao trabalho, certamente tem a proteção constitucional de vir a constituir família e sem que para isso seja imprescindível um companheiro, tendo como opção a reprodução assistida.

Relembre-se que o adiamento do projeto parental, por conta das circunstâncias sociais de tempo e espaço em que se insere a mulher, tem como conseqüência a diminuição da fertilidade dela. Por isso, fixar uma idade limite para submissão a procedimentos de RHA é excluir, desde logo, o direito das mulheres direcionarem a própria vida. Por este simples fato, a nova determinação ético-disciplinar dirigida à classe médica (também a única neste sentido),[384] nada mais é do que restrição descabida a direito fundamental, e todo direito da personalidade deve ser compreendido como fundamental.[385] E descabida por que não considera a autonomia da mulher ao restringir – prévia, genérica e explicitamente –, com determinação do tipo regra (tudo ou nada), o uso das técnicas após os cinqüenta anos, tanto para a beneficiária como para a colaboradora.

Na exposição de motivos da resolução editada encontra-se o pseudo-fundamento do impedimento baseado na baixa probabilidade de êxito do procedimento de reprodução assistida em tais condições (etárias).[386]

Para piorar, a determinação inclui a impossibilidade de a mulher gestar por substituição, restringindo o direito dela (mãe ou avó, mas porque mulher

---

[384] Resolução CFM nº 2.013/2013 – "ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. I – Princípios Gerais (...) 2 – A técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos."

[385] AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 7ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 291.

[386] Há notícias, por exemplo, de uma mulher que aos sessenta e cinco anos de idade teve o quarto filho natural, após seus cinqüenta e cinco anos, sem apelo a qualquer das técnicas de RHA (Disponível em: <http://www.portaldoenvelhecimento.org.br/acervo/saiunamidia/Geral/noticia_129.htm> Acesso: 18 jan. 2014.)

“mais velha”) de, solidariamente, gestar pela filha, por exemplo, a despeito de a vida já ter provado essa possibilidade como viável em mais de uma ocasião.[387]

Perceba-se, ainda, que não há regulamentação específica quanto à idade para submeter-se a cirurgias estéticas, muitas vezes mais invasivas e danosas a paciente. Por isso não subsiste uma razão lógica e coerente na restrição baseada tão só na idade da mulher, o que se reitera ao visualizar a Lei nº 9.233/1996, que dispõe sobre o planejamento familiar sem quaisquer restrições: “Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.” De conseguinte, não há idade limite, na lei, para pretender e exercer a maternidade e a sua dicção parece mesmo sugerir o contrário.

Tal situação não se coaduna com os valores constitucionais da dignidade e da liberdade, e configura um retrocesso aos direitos fundamentais no que tange aos direitos reprodutivos e os decorrentes do planejamento familiar, que são independentes de limite etário, como ocorre na adoção. Ademais, “sobredita vedação etária da norma ética-limitadora, sem a pertinente pesquisa empírica, poderá gerar um retrocesso ao direito fundamental à saúde reprodutiva.”[388]

A referida restrição se mostra, portanto, eivada de ilegalidade e de inconstitucionalidade, não podendo prosperar. E nem se alegue que há um direito maior, que supostamente teria vencido essa ponderação implícita, pressuposta, considerada na resolução, quem sabe a própria saúde da mulher.

Aqui se trata de direito da personalidade, fundamental. De autonomia e igualdade. A mulher é a única capaz e responsável por sua própria felicidade, como são os homens. Sua trajetória, suas escolhas sobre o que é bom e o que é

---

[387] José Figueiredo ALVES pontua casos conhecidos em nosso país: a agente de saúde R P. F., 51 anos, foi a primeira avó brasileira e no mundo a gerar netos gêmeos, através das técnicas de reprodução assistida. A engenheira V. V. M. teve sua filha quando a sogra de 53 anos, E. S., emprestou o útero à nora. Em 2012, a avó M. G. (51 anos) emagreceu onze quilos para ter êxito na gestação do neto, filho de F. M., então com 33 anos de idade. (ALVES *apud* ALMEIDA, Patrícia Martinez; AMARAL, Daniela Gomes Pereira. A liberdade no planejamento familiar e a vedação do acesso à reprodução humana assistida em mulheres com mais de 50 anos pelo Conselho Federal de Medicina. **Revista THESIS JURIS**, [s.l.], v.2, n. 1, 2013. p. 132.)

[388] Ibidem, p. 131.

ruim, é personalíssima e deve ser respeitada. Afinal as mulheres não são iguais, são singulares, irrepetíveis mesmo, e assim também é o organismo de cada uma delas.[389]

O quarto embate se trava no entorno da **gestação por substituição com limites**, o que traz à discussão a previsão constitucional contida no art. 199, que veda a comercialização de órgãos tecidos e substâncias humanas, assim consagrando a compulsória gratuidade de tais negócios jurídicos, e tendo por fundamento o princípio constitucional da solidariedade. O mesmo se pretende da cessão temporária do útero ou maternidade sub-rogada,[390] conhecida como "barriga de aluguel", que, como visto *en passant*, é permitida no Brasil.[391]

Mas assim o é desde que observados a gratuidade[392] e, em especial, o grau de parentesco entre as doadoras temporárias de útero e um dos parceiros do projeto parental – este último por exigência contida apenas na multicitada normativa[393] expedida pelo Conselho Federal de Medicina.

---

[389] Por medida de isonomia, então, as mulheres casadas poderiam-deveriam se recusar a engravidar de homens com mais de cinqüenta anos, pela baixa qualidade intrínseca do esperma. Assim, evitariam gravidezes com pouca chance de êxito e, da mesma forma, filhos com alta probabilidade de seqüelas. Por conta disso, também a isonomia resta afrontada, o que se soma para definir a restrição como atentatória aos princípios da dignidade da pessoa humana (da mulher com mais de cinqüenta anos), da razoabilidade, da proporcionalidade e da equidade.

[390] "Costuma-se reservar o termo 'mãe portadora' para designar a mulher na qual implantado o embrião que não possui nenhuma carga genética sua e 'mãe substituta', no caso em que a gravidez é assumida pela mulher que contribuiu com material genético próprio, caso mais freqüente." (AGUIAR, Monica. Op. cit., p.108.)

[391] Apesar de ser lícita no Brasil, outros países como França, Suíça, Portugal, Alemanha e Espanha proíbem a gestação por substituição. A gratuidade da doação de material genético e órgãos, por sua vez, também é princípio observado na literatura bioética de alguns países europeus, enquanto que nos Estados Unidos o mesmo princípio não é observado. (SILVA, Ricardo Pereira e. Op. cit., p. 302.)

[392] Razão suficiente para por fim aos argumentos que cogitem de cobrança de aluguel pelo "serviço" ou qualquer outra contraprestação que não aquelas relacionadas ao custo da gestação, encerrando a discussão de natureza bioética quanto ao assunto.

[393] Resolução CFM nº 2.013/2013 – "ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. (...) VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIO DO ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. 1 - As doadoras temporárias de útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consangüíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau - prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial."

Ocorre que a conjunção destes fatores é pouco freqüente, de forma que as mulheres com problemas e que não tem na própria família outra mulher apta a gestar, continuam sem meios para efetivar seu projeto de filiação biológica.

Quem vinha relativizando essa recomendação até o advento da nova resolução, datada de 2013, era a própria autarquia, por meio de pareceres que analisavam os casos extraordinários, não compreendidos na previsão.[394] É que o

---

[394]. *E.g.*: "PARECER Nº 2346/2011 CRM-PR
PROCESSO CONSULTA N. º 055/2011 – PROTOCOLO N. º 19354/2011
ASSUNTO: UTERO DE SUBSTITUIÇÃO – REPRODUÇÃO ASSISTIDA
PARECERISTA: CONS. HELCIO BERTOLOZZI SOARES
EMENTA**:** Útero de substituição - Reprodução assistida - Autorização - Quantidade de embriões
CONSULTA

Em e-mail encaminhado a este Conselho Regional de Medicina, a Dr.ª XXX, faz consulta com o seguinte teor: Solicitação de parecer sobre Doação temporária de útero a pedido do casal Sr.ª XXX, 41 anos, e Sr. XXX, 41 anos, solicitam autorização para que seus 4 embriões congelados, possam ser transferidos para o útero de uma grande amiga, Sr.ª XX, 36 anos, pois não possuem parentes em condições de sessão temporária de útero para estes embriões. Justificativa: O casal procurou meu consultório em 2009, com a indicação de histerectomia (...). Como possuem uma amiga desde a infância, XX, 36 anos, esta se ofereceu para gestar para seus amigos, devido aos vínculos afetivos com o casal XXX e XXX. A mesma tem 1 filho de 11 anos, tendo tido uma ótima gestação, tem apoio de todos seus familiares (Mãe e Filho), inclusive de seu companheiro (namorado há 1ano), e pela avaliação que foi submetida, pela Psicóloga de nossa equipe, Dra. XX, esta consciente de todas as nuances que tal procedimento envolve. Diante disto, solicito orientação quanto ao caso: 1- É possível esta Amiga, XX, ter autorização para receber estes embriões do casal XXX e XXX, pois apesar da candidata a doadora temporária do útero não pertencer à família da doadora genética, observa-se que a motivação é claramente afetiva, sem caráter lucrativo ou comercial. 2- Em caso positivo da permissão de sessão temporária de útero, caso após o descongelamento todos os 4 embriões forem viáveis, podem todos os 4 serem transferidos ou apenas 3, idade da receptora 36 anos, mas embriões congelados de mulher de 41, atualmente, na época da FIV era 40 anos. 3- Em caso de negativa da autorização, como orientar o casal, pois detalhadamente vasculhei todo o restante dos familiares (mais distantes), sem possibilidades de conseguir outra parente para ser receptora temporária destes embriões. Aguardo orientação."

FUNDAMENTAÇÃO E PARECER

A intervenção na reprodução humana através da ciência e da tecnologia é **ética e moralmente admissível,** desde que se respeite os valores fundamentais do ser humano, a unidade familiar e a licitude dos meios e fins. O enfoque principal deve ser o respeito ao embrião e a criança, tendo como escopo o desenvolvimento saudável dentro da família. A Resolução CFM n. 1957/2010, com edição em janeiro do ano de 2011, permite a utilização da gravidez de substituição, desde que exista impedimento físico ou clínico para que a mulher, doadora genética, possa levar a gravidez ao seu termo e ao seu objetivo. As técnicas de reprodução humana tem o papel de auxiliar na resolução das dificuldades encontradas na infertilidade humana, que um problema de saúde pública, permitindo ou facilitando condições de procriação através de mecanismos científicos aceitáveis eticamente e galgando o efeito terapêutico desejado. As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num grau de parentesco até o segundo grau (mãe e/ou irmã), sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. A restrição às situações de indicação médica absoluta impede a vulgarização do procedimento, enquanto à restrição biológica ao

desejo de ser mãe biológica justifica a busca por este meio; não há razões para que haja limitação quanto ao grau de parentesco entre aquela que empresta o útero e a que projeta a maternidade.[395] O desejo da mulher de ser mãe biológica não pode ser afastado *prima facie*, mormente pelo fato específico de não haver parentes aptos ou dispostos a participar. Tal restrição mostra-se incompatível com a necessária observância da autonomia existencial tanto da mulher que quer um filho biológico, sem o poder, sozinha, como da que pretende sub-rogar a maternidade solidariamente. Para mais além, é deixar de considerar o alcance da reprodução para a manutenção de toda a sociedade.

Neste viés, esta seria apenas mais uma das formas lícitas de exercer a autonomia existencial com a colaboração de uma terceira pessoa. Demais disso, "consentir" com a hipótese não implica em transformar o pacto em contrato oneroso, tendo por objeto a criança, mas fazer surgir uma nova forma de relacionamento entre duas mulheres, em que uma não está necessariamente interessada em ser mãe, mas em colaborar para a consecução do projeto da outra.

---

ambiente familiar tem como alvo facilitar o estabelecimento dos laços afetivos necessários para o desenvolvimento saudável da futura criança, além de impedir o caráter lucrativo ou comercial na relação estabelecida. No caso em discussão acerca da gestação de substituição, a doadora temporária não pertence a família da doadora genética, sendo necessário, a autorização deste CRM-PR. Em sua solicitação, fica clara a pertinência da ausência do caráter lucrativo e comercial, mostrando-se tratar de condições claramente afetivas. É exigência formal a necessidade de se ter um consentimento prévio e amplamente informado dos eventuais riscos e intercorrências da gravidez para ambas as doadoras. Diante desta exposição de motivos, passo a aduzir seus questionamentos objetivos: É possível que a Sr.ª XX, amiga da doadora genética, seja a doadora de seu útero, obedecidas às condições de consentimento informado, e o caráter não comercial seja respeitado; Com relação ao número de embriões, em função da idade da receptora, é facultado a inseminação de até 3 embriões, salientando que quanto maior o número de embriões transferidos para o útero aumentam os riscos para a evolução da gravidez, tanto para a doadora do útero de aluguel quanto para a sobrevida dos embriões. A decisão deve ser compartilhado e a prudência extremamente bem empregada. Admitida a possibilidade da Sra. XX, doadora do útero, amiga do casal doador genético, aceitar as orientações advindas por parte da Dra. XX, este questionamento fica prejudicado. Desta forma, sendo obedecidas as imposições da Resolução ora em vigor, sou plenamente favorável à concessão por parte deste CRM-PR da autorização solicitada. É o parecer, s. m. j." Aprovado em Sessão Plenária n.º 2808ª de 22/08/2011. – sublinhados nossos. (Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmpr/pareceres/2011/2346_2011.htm> Acesso: 18 jan. 2014.)

[395] Ana Cláudia S. SCALQUETTE sugere que, caso a maternidade de substituição seja exercida por uma mulher sem grau de parentesco com o casal ou com a mulher que pretende o projeto parental, seria prudente requerer-se antes autorização judicial para a realização dos procedimentos. (SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 201.)

Isto apenas afirma a fortalece a condição feminina, em especial na solidariedade requerida e viabilizada apenas entre as mulheres.

Francesca Puigpelat MARTÍ adverte, nessa toada, que

> Prohibir a una mujer, que no puede gestar por causas médicas, que se ponga de acuerdo con una madre sustituta para gestar un embrión con el que la comitente tiene una relación biológica, me parece una limitación injustificada de sus derechos reproductivos. La maternidad biológica forma parte del proyecto de vida de muchas mujeres y es, precisamente, la que constituye el núcleo del derecho a la reproducción.[396]

De outra banda, e antecipando uma discussão possível, como consentir com tal exercício da autonomia existencial de ambas as mulheres envolvidas? Há uma dimensão muito maior em jogo, afinal a gestação por substituição é uma relação em que o objeto é uma pessoa, que por aproximados nove meses pode vir a criar vínculos com a gestante. A mulher gestante poderia, assim, se submeter a uma situação bastante extrema e deve ter especial atenção. Se se permitir esta possibilidade, a mulher que vier a gestar deve passar por acompanhamento psicológico,[397] prévio e expresso por meio do Termo de Consentimento Informado, nos moldes recomendados pela própria resolução,[398] para que ela

---

[396] MARTÍ, Francesca Puigpelat. Op. cit., p. 176.

[397] Sobre a necessidade da mais ampla investigação dos aspectos psíquicos da mulher e da família em que ela está inserida, conferir: AVELAR, Cássia Cançado; COTA, Ana Márcia de Miranda; CAETANO, João Pedro Junqueira. **Intervenção Psicológica em caso de gestação de substituição.** Pôster n.º 78. XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida. Guarujá, São Paulo.

[398] Resolução CFM nº 2.013/2013 – "ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. (...) VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIO DO ÚTERO) (...) 3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente: - Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade; - relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero; - descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta; - contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; - os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal; - os riscos inerentes à maternidade;- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente; - a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à

esteja segura da decisão; durante, para que ela assimile os ônus emocionais e físicos; e depois, para que ela perceba a medida e a grandeza do ato de afeto e solidariedade a que se propôs.

Atos de tal natureza devem ser estimulados. A afetividade entre mãe e filho não se dá, somente de modo direito, por conta da gestação ou do parto, muitas mulheres não sentem amor de imediato pelo filho recém-nascido. É pelo cuidado diário, pelas trocas afetivas e mesmo pelas dificuldades que se criam laços. Ficam os laços e desfazem-se os nós, pois a possibilidade de gestar por substituição permite aos homens sós e os homossexuais – da mesma forma que muitas mulheres (também sós ou homossexuais) – constituir família composta apenas por eles mesmos e por um ou mais filhos.

De qualquer modo, quanto ao exercício da maternidade, ela deverá ser exercida necessariamente pela mulher que a planejou, independentemente da carga genética da criança concebida. Maria Helena DINIZ, na sem razão, afirma que "urge que haja norma privilegiando a maternidade socioafetiva, pois, independentemente da origem genética ou gestacional, mãe seria aquela que manifestou a vontade de procriar, recorrendo para tanto a terceiros para que esta se concretizasse."[399]

Sintetizando, a discriminação de grau de parentesco como condição de gestação por substituição se mostra, às escâncaras, incompatível com a Constituição Federal, notadamente por afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana (só ou homossexual, que não tem parentas aptas a assumirem essa prova viva de solidariedade, e apenas entre mulheres).

O último aspecto da Resolução CFM nº 2.013/2013 que merece mais detida análise neste estudo trata da **vedação ao sexismo e à escolha (injustificada) de caracteres dos embriões.** Mas para que isso seja submetido ao debate é preciso considerar que há mulheres que não tem qualquer problema de infertilidade e nem óbice para se relacionarem com homens. Todavia, por

---

mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; - a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; - se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro."

[399] DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 555.

conta de doença genética grave, elas apenas encontram na Reprodução Artificial a oportunidade derradeira de ter filhos saudáveis. É por meio do diagnóstico genético pré-implantacional que se permite, assim, a análise cromossômica das células embrionárias com vistas a diagnosticar alguma alteração importante, elegendo como aptos somente os saudáveis à transferência. Mas assim é possível, também, conhecer o sexo do embrião.

Ocorre que dita resolução, em seus princípios gerais, proíbe que os médicos utilizem essa prática com a finalidade específica de escolher o sexo do filho(a) que venha a nascer. Embora não haja qualquer lei formal prevendo sanção ou proibição neste sentido,[400] o sexismo é reprovado pelo Biodireito, como expressão dos anseios da Bioética.

De fato, as técnicas de RHA podem ser validamente utilizadas para diagnosticar e tratar os embriões coletados e assim evitar doenças genéticas ou hereditárias graves, quando o médico responsável assim indicar e desde que constatada garantia suficiente de diagnóstico e terapêutica.[401] Esta realidade tem sido manifestada por meio de pareceres favoráveis à utilização da reprodução assistida as mulheres portadoras do vírus HIV, com o propósito de evitar a transmissão da doença.[402]

Neste viés, Maria de Fátima OLIVEIRA, no que tange à seleção e intervenção em embriões, adverte que

---

[400] As disposições emanadas pelos Conselhos de Medicina, para Jussara MEIRELLES, são atos normativos de natureza administrativa, insuficientes para delimitar atividade que a lei formal não proíbe expressamente. (MEIRELLES, Jussara. Op. cit., p. 43)

[401] Resolução CFM nº 2.013/2013 –"ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. (...) VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES 1 - As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças. 2 - As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos."

[402] "**Ementa**: Não há impedimento ético na utilização da fertilização assistida nos casos de pacientes sorodiscordantes para HIV, com finalidade de diminuir os riscos de transmissão de infecção. Processo-Consulta CFM n.º 1636/2003 – PC/CFM n.º 48/2003; Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná; Assunto: Implicações éticas quanto às técnicas de reprodução assistida em casais sorodiscordantes para HIV, onde a mulher é soronegativa e o homem soropositivo; Relator: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel. 30 abr. 2003." (Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/48_2003.htm> Acesso: 24 jan. 2014.)

> ...a testagem embrionária, fetal e pós-natal caso a caso, configura-se como um direito individual, da mulher, do homem, do casal, pois ninguém poderá obrigar outrem a arcar com os custos emocionais e financeiros da responsabilidade por uma criança incapacitada para a vida autônoma e de boa qualidade. É justo e ético que as pessoas tenham o direito de decidir se querem ou não ter uma criança com estes problemas, uma vez que quase sempre os cuidados com a criança constituem uma tarefa só da mãe – e nisso as mulheres estão totalmente desamparadas pelo pai da criança e pela sociedade.[403]

Quanto às restrições impostas à escolha das características físicas do futuro concebido, o geneticista francês J. TESTART[404] narra um caso paradigmático:

> Em um programa de televisão sobre os surdos-mudos, pudemos ver concretamente algumas dessas pessoas, que considerávamos deficientes, reivindicar um direito à diferença (...). O reino dos surdos-mudos é evidentemente de uma grande riqueza, e não um mundo de sofrimento. Em relação a surdez como "identidade cultural" chocou a opinião pública mundial a notícia, divulgada em abril de 2002, acerca da opção feita por um casal homossexual, surdas de nascimento, de gerar uma criança portadora da mesma condição. Em vão procuraram um banco de sêmen que satisfizesse essa sua aspiração; depois que o pedido foi rejeitado por todos os estabelecimentos do gênero, acabaram usando o sêmen de um amigo em cuja família a surdez se manifestava já há cinco gerações. Ao justificarem sua escolha, afirmaram considerar que a surdez não representa uma deficiência. Não obstante, a tutela da identidade cultural que represente, na ordem cultural vigente, relevante perda em relação à integridade psicofísica não pode abranger terceiros, especialmente quando se trata de crianças e adolescentes, os quais merecem concreta proteção por parte da ordem jurídica, principalmente quando a ameaça vem de quem os deve proteger.

Este exemplo demonstra a relevância da Bioética no que tange aos parâmetros e limites da atuação clínica da Reprodução Humana Assistida, embora não oriente a conduta dos pacientes.

O termo de consentimento esclarecido e informado é requisito obrigatório para que seja lícita a manipulação genética. Mesmo assim, o procedimento somente será levado a cabo se houver garantias reais de sucesso na detecção das patologias do embrião. Para tanto, é realizada a biópsia do embrião no 3º dia de vida, por meio de uma micropipeta e uma sonda genética que emite

---

[403] OLIVEIRA *apud* BRAUNER, Maria Claudia. **Novas tecnologias**... p.10.
[404] TESTART *apud* MORAES, Maria Celina Bodin. Op. cit., p. 87.

um sinal fluorescente se identificando o cromossomo e, por conseguinte, a doença congênita a ser tratada.[405]

Destarte, deve-se dissentir quanto à possibilidade de manipulação dos embriões por interesses outros que não o desenvolvimento saudável deles,[406] como a opção por caracteres físicos e escolha do sexo, ou de qualquer outro que viole a herança genética pura e simplesmente. Há de se observar os limites definidos pela observância da dignidade da pessoa humana, ainda que do embrião, pelo que a restrição a liberdade de escolha pelos pais ou pela mulher nas decisões genéticas justifica-se, na medida em que visa proteger a criança.[407]

Finalmente, nesta passagem o Conselho Federal de Medicina nada mais fez do que restringir aquilo que a Constituição da República sempre restringiu, não havendo qualquer cogitação idônea de vício de ilegalidade ou de inconstitucionalidade.

Anote-se, ainda, que essas cinco situações de restrição de acesso às técnicas de RHA, como previamente reguladas pela autarquia profissional, parecem sugerir, ainda que de forma subliminar, que os médicos-conselheiros se cansaram de decidir caso a caso as questões-limite dessa ordem em sua perspectiva ético-profissional. Parece mesmo que a opção pelas regras ("tudo ou nada") foi deliberada, numa tentativa de conferir maior segurança jurídica aos fiscalizados pelo Conselho Federal de Medicina e, numa abordagem de prevenção-precaução, na dúvida acabaram por optar normativamente pelo "não". Ou seja, mesmo que a natureza venha apresentando nítida evolução – não apenas no sentido de delongar a vida, mas de igualmente adiar a menopausa – o órgão de

---

[405] DINIZ. Maria Helena. Op. cit., p. 520.

[406] Excepcionalmente há a hipótese do pai ou da mãe de uma criança acometida por doença grave dependente de transplante de órgãos, células e tecidos de parentes compatíveis, vir a buscar a reprodução assistida como meio de produzir uma criança com caracteres compatíveis ao irmão doente.

Resolução do CFM nº 2.013/2013. "ANEXO ÚNICO. NORMAS ÉTICAS PARA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. (...) VI – DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE EMBRIÕES. (...) 2 – As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA compatíveis com algum filho(s) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou órgãos."

[407] BUCHANAN *apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 69.

classe não se sensibilizou e ainda chama para si o dever-poder de genérica e abstratamente impedir atos e procedimentos médicos entendidos inadequados.

Ocorre, então, que se os próprios médicos não atacarem as disposições desse estatuto profissional de Reprodução Humana Assistida, *se* e *quando* entendidas descabidas – a partir dos princípios da Bioética, do Código de Ética Médica, dos princípios jurídicos e das particularidades do caso concreto –, é bem provável que os próprios pacientes busquem auxílio judicial. E lá, no judiciário, que as questões serão derradeiramente decididas à luz da Constituição Federal – aquela mesma fundada na dignidade da pessoa humana, e que, por isso mesmo, reclama a adoção de um suporte fático amplo e de uma teoria externa (de José Virgilio da Silva, *e.g.*) quando em discussão direitos fundamentais.

Sem isso não há como bem decidir, um a um, os imbróglios envolvendo a Reprodução Humana Assistida, que provocam as mais complexas discussões acerca da autonomia existencial, do direito de procriar e do direito ao próprio corpo, tudo imbricado com a condição feminina, ademais de ambientado pela dignidade da pessoa humana.

É de se invocar, assim, o magistério de Vera Karam de CHUEIRI e de Joana Maria de Araújo SAMPAIO, para fins de se assumir todas as referidas questões-problema como "casos controversos": "casos nos quais o juiz não conseguiria resolver por meio da simples aplicação da lei, isto é da mera subsunção do fato concreto à norma geral e abstrata."[408] Isto é, para eles a solução não se dá, e nem pode se dar, por meio da aplicação das regras, mas dos princípios, todos de envergadura constitucional e aptos a tutelar os interesses em conflito. Destarte, "o papel do judiciário é de suma importância, pois ele é responsável, por meio de suas decisões, por reafirmar e reconstruir o significado da Constituição toda vez que aplicá-la ao caso concreto".[409]

---

[408] CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joana Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão da Tutela Antecipada nº 91. *In*: **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 45-66. jan.-jun. 2009. p. 48.

[409] Ibidem, p. 63.

De todo modo, ainda quando “se permite” acesso à Reprodução Humana Assistida, pode ser que a questão econômica, sozinha, redunde em outro problema, qual seja a necessidade de prestação de serviços pelo poder público.

3.4 O PAPEL DO ESTADO (PROVEDOR) EM FACE DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A família é instituição do ponto de vista jurídico, mas é também o último local onde a vontade pode se manifestar quando da construção e vivência do núcleo familiar. Em assim sendo, cabe ao Estado acompanhar a sua transformação, que se encontra suscetível às modificações da sociedade e da irrupção de novos direitos. Por sua vez, se a pessoa **é** e **deve ser** entendida como um fim em si mesma – com espeque em sua própria e intangível dignidade – o interesse individual se sobrepõe ao interesse do Estado.

Logo, na medida em que os interesses protegidos são predominantemente individuais, os interesses da família e de seus membros – especialmente das mulheres – não devem sofrer quaisquer tipos de intervenções, menos ainda ostensivas e diretas. Reitere-se, então pela necessidade: aos poderes públicos compete somente tutelá-los;[410] jamais (pretender) geri-los ou substituí-los.

Esse cuidado, no entanto, não pode servir como forma de restrição da autonomia existencial da mulher, com repercussão no direito ao livre planejamento familiar e, por fim, na concretização dele mesmo. A mínima intervenção estatal vincula-se, portanto, à liberdade de autodeterminação nas relações jurídicas existenciais (que vão muito além do direito patrimonial), desenvolvida a partir da preservação da dignidade da pessoa humana garantida constitucionalmente e que ampliou o campo de aplicação do princípio da autonomia existencial no âmbito das relações familiares.

Assim, como aponta Rosalice Fidalgo PINHEIRO,

---

[410] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178.

> Nesse espaço de não-intervenção, no qual se resolve a tensão entre Estado e família, insere-se o planejamento familiar, recepcionado pelo art. 226, § 7º, da Constituição da República. (...)
> Por conseguinte, o Estado elege uma regulamentação jurídica aberta, traçando valores e princípios contidos em cláusulas gerais. Paradoxalmente, esta é a técnica legislativa que se mostra como mais adequada para limitar e promover a liberdade dos sujeitos de direito.[411]

E na construção, na manutenção e no desenvolvimento da família – ainda que com necessária atenção a essa regulamentação jurídica aberta – quem deve ditar as regras internas, íntimas mesmo,[412] de convivência são seus próprios integrantes, e solidariamente, a partir da personificação e despatrimonialização da família. A ação pública deve limitar-se, portanto, a proteger a família em sua constituição e desenvolvimento, oferecendo garantias e respaldo, possibilitando a conservação do núcleo afetivo mediante autodeterminação de cada um de seus constituintes. Afinal, os direitos em destaque são os de personalidade.[413]

Justamente por isso é que não deve haver intervenção pública na autonomia da mulher na projeção, construção e manutenção da própria família. Nessa toada, se para a mulher aumentar ou mesmo construir a sua família for imprescindível, ou fortemente conveniente, o uso das técnicas de RHA, a decisão será personalíssima, dela mesma ou "do casal", de modo que o Estado não poderá ir além de orientar e curar as relações individuais. A interferência, quando havida, deve se mostrar excepcional, justificando-se apenas quando indispensável para salvaguarda de direitos ameaçados, dela mesma ou de seus próprios integrantes.

---

[411] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. cit., p. 288-289.

[412]. "A aplicabilidade do princípio da autonomia privada da família como instrumento de *freios e contrapesos* da intervenção do Estado funda-se, ainda, no próprio direito à intimidade e liberdade dos sujeitos que a compõem, que resulta também na personificação do indivíduo." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios**... p. 189.)

[413] De fato, percebemos que o fator motivador ao uso das técnicas de reprodução assistida é a busca pela realização de um projeto parental, seja ele por homens, mulheres ou casais. Ele pode se realizar de várias formas, inclusive por meio da adoção. Contudo, o Direito não pode interferir na esfera mais íntima da pessoa, para ditar a forma que ela terá um filho, pois o projeto parental é individual e compõe o conteúdo da personalidade de cada um. (SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Op. cit., p. 139.)

Por outro lado – e respondendo ao indagado, como fecho desta investigação – cumpre esclarecer que também cabe ao Estado, e de modo não menos importante, mas em seu viés social (provedor e não regulador), garantir a saúde integralmente, [414] o que inclui a saúde reprodutiva também no contexto do planejamento familiar. Desse modo, faz-se obrigatório incluir todas as questões que redundam na impossibilidade biológica de ter filhos, **sem ofensa à própria dignidade da pessoa humana**, como próprias da falta de higidez, o que gera deveres públicos e, simultaneamente, direitos privados reflexos para quem por isso afetado.

O fundamento apresenta, pois, por uma via ou outra, assento constitucional. Entretanto, reitere-se que ele ganhou força cogente quando regulamentado pela Lei n.º 9.263/1996, que assim dispôs:

> Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.
> Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico.
> Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção **à mulher**, **ao homem** ou **ao casal**, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.
> Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no *caput*, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:
> I - a assistência à concepção e contracepção;
> II - o atendimento pré-natal;
> III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

---

[414] Constituição Federal de 1988 – "Art. 6º **São direitos sociais** a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...)

Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção**, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e **serviços de saúde**, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. **As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único**, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - **atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade." (negritou-se.)

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;
V - o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis.
Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.
Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.
Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar. (...)
Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.
Parágrafo único. A prescrição a que se refere o *caput* só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia. (negritou-se.)

Por esta e outras razões é que, similarmente como acontece no México,

> Es necesario que la regulación jurídica de la reproducción parta del reconocimiento de que tanto la faceta positiva de la reproducción (decisión de reproducirse), como la faz negativa (decisión de no reproducirse) implican el establecimiento de obligaciones positivas y negativas a cargo del Estado, por cuanto hace a la generación de condiciones y la prestación de servicios, que en un marco de libertad y autonomía de las personas, no tengan la pretensión de impedir o prohibir la "reproducción" o la "no reproducción", sino de respetar las decisiones de las personas concretas.[415]

Cumpre, por isso, deixar claro que a atuação estatal no que tange a esses direitos não pode ter outro fim que não o atendimento individual das demandas de cunho existencial das mulheres, portanto oferecendo condições a elas de reproduzir e mesmo de não reproduzir, se for esse o desejo.

Então, invocando-se a universalidade de atendimento, forçoso concluir que a infecundidade do casal e a infertilidade da mulher,[416] como "problemas de

---

[415] ACHÉ, Pedro Morales. Op. cit., p. 153.

[416] Como anotam Debora DINIZ e Rosely Gomes COSTA, "infertilidade e infecundidade são expressões de diferentes fenômenos, apesar de no campo das tecnologias reprodutivas serem dois conceitos intimamente ligados. A infecundidade é a ausência de filhos. Uma mulher, um homem ou um casal infecundo é aquele que não possui filhos. A infecundidade pode ser voluntária ou involuntária. No primeiro caso, a ausência de filhos é parte de um projeto pessoal ou conjugal e não se expressa como um problema biomédico. Já a infecundidade involuntária é aquela comumente traduzida em termos biomédicos como sinônimo de infertilidade." (DINIZ, Debora; COSTA, Rosely Gomes. Infertilidade e infecundidade: acesso às novas tecnologias conceptivas. **Série Anis**, Brasília, v. 37, Letras Livres. p. 1.)

saúde reprodutiva" que são, devem ser sanados (quando requerido e tecnicamente viável) mediante recursos disponibilizados pelo próprio Estado ou por interposta pessoa – em suas três esferas de poder. E esses recursos, por evidente, devem ser de todas as ordens: estrutura física, pessoal, fármacos e demais correlatos.

Não por acaso, com base na referida lei, em 22 de março de 2005 foi expedida, pelo Ministro da Saúde, a Portaria MS/GM n.º 426,[417] que supostamente instituiu a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida. Por conta dela, previam-se três instâncias de atuação: de identificação dos casos, de procedimentos preliminares e de reprodução assistida em senso estrito.

No entanto, a regulamentação desprezou, pelo injustificável silêncio, as mulheres *per se*, e cuidou apenas "de casais" com problemas de reprodução. Dita política de saúde pública, contudo, nunca foi implementada, pelo fato de que, quatro meses depois, a portaria foi suspensa por outra (a Portaria MS/GM nº 2.048/2009) em razão da necessidade de avaliação de impacto e de recurso financeiros, antes da implantação da prestação do serviço.[418] A falta de implementação dos serviços levou Miriam VENTURA a afirmar, ainda no final de 2009, o seguinte: "entendendo-se que a Lei Federal Brasileira garante assistência à concepção, inclusive, as técnicas de reprodução assistidas devem ser oferecidas, minimamente, (...). Nesse sentido, a situação brasileira é de violação de direitos já consagrados na lei nacional."[419]

Mais duas portarias foram expedidas desde então. A Portaria MS/GM nº 2.048/2009[420] regulamentou o Sistema Único de Saúde e previu, tratando da

---

[417] Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/index.php?option=com_gmg&controller=document&id=498> Acesso: 19 jan. 2014.

[418] VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil.** 3. ed. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas, 2009. p. 98.

[419] Idem.

[420] "Anexo I - Seção IV Da Saúde da Mulher (...) Subseção IV Da Reprodução Humana Assistida.
Art. 305. A Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, será implantada em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.
Art. 306. A Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida será implantada de forma articulada entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Estado de Saúde e

as Secretarias Municipais de Saúde, permitindo: I - organizar uma linha de cuidados integrais (promoção, prevenção, tratamento e reabilitação) que perpasse todos os níveis de atenção, promovendo, dessa forma, a atenção por intermédio de equipe multiprofissional, com atuação interdisciplinar; II - identificar os determinantes e os condicionantes dos principais problemas de infertilidade em casais em sua vida fértil, e desenvolver ações transitórias de responsabilidade pública, sem excluir as responsabilidades de toda a sociedade; III - definir critérios técnicos mínimos para o funcionamento, o monitoramento e a avaliação dos serviços que realizam os procedimentos e as técnicas de reprodução humana assistida, necessários à viabilização da concepção tanto para casais com infertilidade como para aqueles que se beneficiem desses recursos para o controle da transmissão vertical e/ ou horizontal de doenças; IV - fomentar, coordenar e executar projetos estratégicos que visem ao estudo do custo-efetividade, eficácia e qualidade, bem como a incorporação tecnológica na área da reprodução humana assistida no Brasil; V - promover intercâmbio com outros subsistemas de informações setoriais, implementando e aperfeiçoando permanentemente a produção de dados e garantindo a democratização das informações; e VI - qualificar a assistência e promover a educação permanente dos profissionais de saúde envolvidos com a implantação e a implementação da Política de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, em conformidade com os princípios da integralidade e da Política Nacional de Humanização - PNH.

Art. 307. A Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, de que trata o art. 1º deste Regulamento, deverá ser constituída a partir dos seguintes componentes fundamentais: I - Atenção Básica: é a porta de entrada para a identificação do **casal infértil** e na qual devem ser realizados a anamnese, o exame clínico-ginecológico e um elenco de exames complementares de diagnósticos básicos, afastando-se patologias, fatores concomitantes e qualquer situação que interfira numa futura gestação e que ponha em risco a vida da mulher ou do feto; II - Média Complexidade: os serviços de referência de Média Complexidade estarão habilitados a atender aos casos encaminhados pela Atenção Básica, realizando acompanhamento psicossocial e os demais procedimentos do elenco desse nível de atenção, e aos quais é facultativa e desejável a realização de todos os procedimentos diagnósticos e terapêuticos relativos à reprodução humana assistida, à exceção dos relacionados à fertilização in vitro; e III - Alta Complexidade: os serviços de referência de Alta Complexidade estarão habilitados a atender aos casos encaminhados pela Média Complexidade, estando capacitados para realizar todos os procedimentos de Média Complexidade, bem como a fertilização in vitro e a inseminação artificial. § 1º A rede de atenção de Média e Alta Complexidade será composta por: a) serviços de referência de Média e Alta Complexidade em reprodução humana assistida; e b) serviços de Assistência Especializada - SAE que são de referência em DST/HIV/Aids. § 2º Os componentes descritos no caput deste artigo devem ser organizados segundo o Plano Diretor de Regionalização - PDR de cada unidade federada e segundo os princípios e diretrizes de universalidade, equidade, regionalização, hierarquização e integralidade da atenção à saúde.

Art. 308. A regulamentação suplementar e complementar do disposto neste Regulamento ficará a cargo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o objetivo de regular a atenção em reprodução humana assistida. § 1º A regulação, a fiscalização, o controle e a avaliação das ações de atenção em reprodução humana assistida serão de competência das três esferas de governo. § 2º Os componentes do caput deste artigo deverão ser regulados por protocolos de conduta, de referência e de contrarreferência em todos os níveis de atenção que permitam o aprimoramento da atenção, da regulação, do controle e da avaliação.

Art. 309. A capacitação e a educação permanente das equipes de saúde de todos os âmbitos da atenção, envolvendo os profissionais de nível superior e os de nível técnico, deverão ser realizadas de acordo com as diretrizes do SUS e alicerçadas nos polos de educação permanente em saúde.

Art. 310. A Secretaria de Atenção à Saúde - SAS, isoladamente ou em conjunto com outras Secretarias do Ministério da Saúde, deverá adotar todas as providências necessárias à plena estruturação da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida." (Disponível em:

saúde **da mulher**, as questões acerca da Reprodução Humana Assistida. O estranho, conduto, é que, no texto, a única alusão que se faz é a casal infértil, fazendo a condição feminina ficar, a olhos vistos, nominada, mas desprestigiada materialmente em sua particular tutela.

A última, Portaria MS/MG nº 3.149/2012, destinou R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) para a implementação dos serviços, porém alocando-os apenas a determinadas capitais do Brasil, e reforçando – implicitamente e nos seus "considerandos", apenas "a necessidade dos casais para atendimento à infertilidade em serviços de referência de Alta Complexidade para Reprodução Humana Assistida".[421] Ou seja, outra vez a saúde da mulher deixou de ser referida, denotando o descaso com que o assunto vem sendo tratado.

Sempre é bom lembrar, assim, que entre o disposto pela Constituição, entre a letra da lei e a realidade, há uma distância enorme. Na prática, são poucos os casais que conseguem se beneficiar, em tempo,[422] deste tão relevante serviço de saúde.

<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2048_03_09_2009.html> Acesso: 19 jan. 2014.)

[421] Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm./2012/prt3149_28_12_2012.html> Acesso: 20 jan. 2014.

[422] "**Ementa**: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE PÚBLICA. INFERTILIDADE POR OBSTRUÇÃO TUBÁRIA BILATERAL (CID N 97.1). MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE INDUÇÃO DA OVULAÇÃO PARA FUTURO PROCEDIMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO. GONAL 450UI, CETROTIDE E OVIDREL. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO - ART. 196, CF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES PÚBLICOS. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. 1) Caso concreto, está comprovado, nos autos, que a autora apresenta patologia que impossibilita de ter uma gravidez natural, necessitando da utilização de medicamentos para indução da ovulação para posterior realização do tratamento de reprodução humana assistida - fertilização in vitro. Não se pode privar um casal hipossuficiente de gerar um filho. A pretensão de obter os medicamentos para posterior tratamento para fertilização in vitro não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo Poder Público. 2) A antecipação de tutela consiste na concessão imediata da tutela reclamada na petição inicial, desde que haja prova inequívoca capaz de convencer da verossimilhança da alegação e, ainda, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o que vem demonstrado nos autos. 3) O Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Santo Ângelo são partes legítimas para figurarem no pólo passivo de demanda em que alguém pleiteia o fornecimento de medicamentos, tratamentos e aparelhos uma vez que há obrigação solidária entre a União, Estados e Municípios. 4) Os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público. Necessidade de preservar-se o bem jurídico maior que está em jogo: a própria vida. Aplicação dos arts. 5º, § 1º; 6º e 196 da Constituição Federal. É direito do cidadão exigir e

Mas a infertilidade é usualmente compreendida como a incapacidade individual de procriar, por causas orgânicas ou funcionais. Para a OMS (Organização Mundial de Saúde), a infertilidade seria constatada após um ano de prática sexual sem o uso de qualquer método contraceptivo.[423]

No entanto, não se pode esquecer que embora as mulheres não precisem ser necessariamente mães para se realizar na dimensão pessoal, o desejo de fazê-lo pode subsistir e, quando necessário, se mostrar inalcançável por conta do alto preço a pagar pelo tratamento. As inférteis, para o SUS, contam com o tratamento, mas as "sós", as castas e as integrantes de casais homossexuais não estariam, pelo menos explicitamente, albergadas pelo serviço público de Reprodução Humana Assistida. Tendo acesso econômico não haveria problema, porque o Conselho Federal de Medicina garantiu a todas as mulheres adequado tratamento.

Estariam as vulneráveis, então, impossibilitadas de concretizar o mesmo projeto parental? Débora DINIZ sustenta que não. Para ela "transformar a infertilidade em uma condição familiar e não mais em um problema de saúde individual foi uma estratégia moral que facilitou o engajamento no tratamento médico mesmo de quem não apresentava qualquer restrição de fertilidade".[424] Demais disso, a mesma autora apresenta um conceito de infertilidade expandido, assim, as mulheres sós, castas e as homossexuais estariam incluídas no rol das mulheres inférteis por uma razão de fato, se compreendida a infertilidade como a "ausência indesejada de filhos, seja por razões sociais, psicológicas ou médicas."[425] Bem por que

---

dever do Estado (lato sensu) fornecer medicamentos, tratamentos e aparelhos indispensáveis à sobrevivência, quando o cidadão não puder prover o sustento próprio sem privações. Presença do interesse de agir pela urgência do tratamento pleiteado. AGRAVO PROVIDO. UNÂNIME. (TJRS, Vigésima Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº 70051341063, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Francisco José Moesch, julgado em 14/11/2012.)"

[423] DINIZ, Debora; COSTA, Rosely Gomes. Op. cit., p. 2.

[424] Ibidem, p. 3.

[425] DINIZ, Débora. Op. cit., p. 9.

> A maneira mais razoável e não discriminatória de fundamentar a elegibilidade das técnicas reprodutivas, seria deslocá-las do campo da saúde e aproximá-las do campo dos direitos fundamentais, em especial do direito ao planejamento familiar.[426]

Há de se assumir, assim, as pluralidades das entidades familiares – aquelas que também se prestam a compor a sociedade brasileira contemporânea.

Negar acesso às técnicas de RHA, por meio do Sistema Único de Saúde, a "mulheres sós" (que não estão dentro de uma relação heterossexual, de casamento e/ou de união estável), seria o mesmo que comprometer o direito fundamental de formação familiar como livre decisão de cada um. É que a liberdade de procriação,[427] com a decisão individual de ter ou não filhos, quantos, quando e como tê-los, pode ser sumária e indevidamente cerceada pelas restrições econômicas de acesso à tecnologia.

Em suma – como a família monoparental está sistematicamente legitimada pela Constituição –, não seria justificada, juridicamente, e nem mesmo pela Bioética (como condição de justiça), a recusa a "mulheres sós" e casais homossexuais (com ou sem diagnóstico de infertilidade) aos serviços públicos de Reprodução Humana Assistida, que devem ostentar caráter universal.[428]

Percebe-se, assim, que tanto a regulação da utilização dos serviços pelo Conselho Federal de Medicina como a oferta deles pelo poder público continua igualmente marcada pela consideração da condição feminina a partir de um olhar masculino. Logo, sem atenção para a mulher em si e para o seu personalíssimo projeto de vida.

---

[426] Idem.

[427] Seria um direito-liberdade. "A liberdade fundamental de transmitir a vida não deve deter-se apenas por que, num caso especial, o exercício dessa liberdade carece de um auxílio médico; afinal, a liberdade de viver e de sobreviver quer se exerce por meio da prática de uma vida saudável, quer se exerce, em certos casos, fazendo uma transplantação cardíaca." (CARBONELL, Miguel. La perspectiva de género en el análisis constitucional: comentario a la ley federal para prevenir y eliminar la discriminación. *In*: PARCERO, Juan A. Cruz; VÁSQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres.** México, D.F.: Fontanamara, 2010. p. 36.)

[428] Em reprise: Constituição da República – "Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção**, proteção e recuperação." (negritou-se.)

CONCLUSÕES

De fato, o presente estudo não comporta, em senso estrito, conclusões. Melhor dizendo, pela própria temática que envolve a condição feminina como um dos seus eixos principais não parece ser cientificamente correto supor que haja certezas, verdades absolutas, resultados comprovados empiricamente a expor.

E a razão para isso é simples: mesmo os dados (por suposição) objetivos extraídos das análises feitas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) reclamam valoração. Portanto, mesmo a inaugural impregnação de valor no sentido de dirigir as perguntas para obtenção de certas respostas comporta certo dirigismo. O mesmo se diga, com o devido respeito, de grande parte das colações doutrinárias, por certo carregadas de pré-conceitos (positivos e negativos, a depender do ponto de vista), de ideologias marcantes (como a das feministas), de valores internalizados no mais profundo da alma (no que tange às questões da vida e da morte, por exemplo) etc.

Nada obstante, ainda assim assumem-se como tais as considerações abaixo – como conclusões –, sujeitas a críticas, mas que tentam responder a tudo quanto indagado originalmente, para fins de dirigir esta pesquisa.

Nesse sentido, é possível afirmar, relativamente à condição feminina, que, tanto no mundo como no Brasil, ela se mantém distinta da do homem, ainda que evidentes transformações tenham sido vislumbradas ao longo dos tempos, muitas das quais como conseqüência dos feminismos.

Seu espaço de atuação iniciou no ambiente privado, invadiu o espaço público, aprimorou-se nas escolas e viu-se paulatinamente confirmado pelo direito como igual. No entanto, a realidade fática não assumiu a forte determinação jurídica, inclusive por força da Constituição da República, e a mulher persiste na luta para fruir de sua condição de pessoa, dotada de dignidade, e que por isso mesmo pode e deve eleger e concretizar o próprio destino como fazem os homens, assumindo os riscos e os encargos decorrentes. Para tanto, mostra-se necessário na atualidade a implementação de políticas públicas e ações

afirmativas para viabilizar a mudança cultural ainda reclamada e facilitar o acesso feminino ao mercado de trabalho. Afinal, é neste ambiente que a mulher tem maior liberdade para mostrar e desenvolver seus talentos, sem as amarras objetivas e subjetivas do passado, competindo de igual para igual.

Mas até essa igualdade, contudo, há de ser reconhecida e assumida em termos. Isto é, a própria condição da mulher, de ser mulher, exige uma abordagem que considere a fundamental distinção biológica, por conta da qual os homens não podem gestar. Essa particularidade redunda numa diferente assunção da autonomia existencial, no sentido de se reconhecer que o projeto de vida das mulheres, calçado na dignidade e, pois, na intrínseca liberdade, se mostra mesmo inconfundível.

De todo modo, mulheres e homens, no Brasil, têm direito, e fundamental, a constituir qualquer tipo de família, com garantias da própria Corte Constitucional. Mas a pretensão dos homens de ter filhos só se realiza por meio das mulheres e as mulheres, por sua vez, podem ter filhos com mínima ou mesmo nenhuma participação masculina nestes tempos modernos. Quer dizer, a viabilização de um projeto parental sempre dependerá do *animus* de uma mulher, e de sua decisão de, com isso, instrumentalizar o próprio corpo. Contudo, a lei – feita basicamente por homens – continua interferindo na esfera mais íntima da pessoa, no corpo e no direito ao corpo, mas apenas da mulher, ostentando distinção ilegítima.

A despeito disso, a liberdade da mulher na concretização do seu personalíssimo e responsável projeto parental se avultou. Por meio da Reprodução Humana Assistida ela, sozinha, pode constituir família, ainda que monoparental, o que reclama exame dessa nova possibilidade fática da contemporaneidade.

A primeira questão diz respeito a um falso retrocesso, ao suposto retorno da mulher ao espaço privado pelos apelos de uma sociedade de consumo e mesmo dos ditames da sociedade. Não parece que isso seja assim, e, bem ao contrário, supõe-se mesmo que o empoderamento das mulheres, em todas as

facetas da vida, é que delongou o projeto de ter filhos, e, consequentemente, trouxe consigo maior dificuldade natural para tanto.

De todo modo, as técnicas de RHA podem resolver o óbice biológico ao projeto monoparental encontrado por mulheres “sós”, castas e homossexuais. E os argumentos teóricos, da Bioética e mesmo parlamentares em sentido contrário não parecem subsistir quando colocados em confronto a dignidade da pessoa humana (da mulher) e uma imaginada subsidiariedade necessária ou mesmo os supostos direitos daquele que nem pessoa ainda é – em particular o da biparentalidade.

Ademais, pelo fato de terem fracassado todas as tentativas de legalização da prática da Reprodução Humana no Brasil, essa realidade continua indiretamente regulada pelo Conselho Federal de Medicina, a partir de preceitos da Bioética e de princípios jurídicos, além de, na versão vigente, considerar expressamente até mesmo o avanço jurisprudencial. Não há restrições distinguindo as mulheres entre si, mas há limitações que reclamam crítica e reflexão a partir dos direitos fundamentais, notadamente da dignidade da pessoa humana.

Por se tratar de assunto que envolve relações nitidamente existenciais, supõe-se justificado adotar, para o exame de conformação ao direito das disposições da Resolução CFM nº 2.103/2013, um suporte fático amplo e uma teoria externa de restrição a direitos fundamentais (Teoria de Virgílio Afonso da Silva). Com efeito, percebe-se então que há regras que se justificam como adequadas e proporcionais, mas que há outras que indevidamente cerceiam direitos fundamentais da paciente, a partir de proibições gerais e abstratas, que desconsideram as nuanças de cada caso concreto, a começar pelas próprias características físicas e fisiológicas de cada mulher interessada.

De outra banda, realmente constata-se que os serviços públicos de Reprodução Humana Assistida no Brasil engatinham, e que sua oferta deve ser universal, alcançando todas as que deles necessitem e por qualquer razão, não havendo justificativa ordinária para limitá-los quando apenas presentes questões de infertilidade da mulher ou infecundidade do casal. Ao contrário, por todas as

mulheres serem dotadas da mesma dignidade, é que os serviços devem ser colocados indistintamente à disposição, fazendo-se obrigatória, apenas, a indicação médica de tanto.

Portanto, ao fim e ao cabo, parece mesmo que tanto a regulação das técnicas de RHA como a própria oferta de tais serviços públicos continua igualmente marcada pela consideração marginal da condição feminina.

Logo, o problema mantém raiz cultural, de modo que a igualdade de gêneros é que aparenta necessitar de reafirmação diária, em casa, nas escolas, no trabalho, na política e inclusive no projeto parental. Sem essa mudança de nada adiante pretender modificar o direito, até mesmo para garantir à mulher decidir o próprio destino, inclusive tendo filhos de modo artificial, porque o problema vem de antes; vem do raciocínio, da valoração das coisas, das pessoas e da vida sob um ponto de vista eminentemente masculino.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Ingrid Gomes. **A família monoparental formada por mães sozinhas por opção através das técnicas de inseminação artificial no ordenamento jurídico brasileiro.** *In:* Cadernos de Estudos Jurídicos, v.7, n.7, Belo Horizonte PUC-MG, dez., 2004.

ACHÉ, Pedro Morales. Los derechos reproductivos desde la perspectiva constitucional. *In*: PARCERO, Juan A. Cruz; VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres**. México D.F.: Editorial Fontamara, 2010.

ADEODATO, José Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos fundamentais e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

ALMEIDA, Patrícia Martinez; AMARAL, Daniela Gomes Pereira. A liberdade no planejamento familiar e a vedação do acesso à reprodução humana assistida em mulheres com mais de 50 anos pelo Conselho Federal de Medicina. **Revista THESIS JURIS**, [S.l.], v.2, n. 1, 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Direito civil** – introdução. 7ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ARAÚJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na colônia. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ARNS, Cardeal Dom Paulo Evaristo. Para que todos tenham vida. *In*: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTR, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e bioética. *In*: **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1991. p. 447; OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

AVELAR, Cássia Cançado; COTA, Ana Márcia de Miranda; CAETANO, João Pedro Junqueira. **Intervenção Psicológica em caso de gestação de substituição.** Pôster n.º 78. XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida. Guarujá, São Paulo.

ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”.** [Revista Eletrônica de Direito do Estado (Rede), Salvador, nº. 17, jan./fev./mar., 2009]. Disponível em: <http>//www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 13 out. 2013.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BADALOTTI, Mariângela. **Bioética e reprodução assistida**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>
Acesso: 16 jan. 2014.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Tradução de Waltensir Dutra. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BALDINI, Gianni. **Teconologie riproduttive e problemi giuridici**. Torino: G. Giappichelmli Editore, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 19. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOZA. Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional, Direitos fundamentais e Democracia. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. *In*: LEITE, Eduardo Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. *In*: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTR, 2000.

BARROS, Eliane Oliveira. **Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARROSO, Carmen. **Mulher, sociedade e estado no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. 2ed. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Nova Fronteira, 1980.

_____. **O segundo sexo:** 2. a experiência vivida. 2. ed. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Européia o Livro, 1967.

BESSE, Susan K. **Modernizando a desigualdade**: reestruturação da ideologia de gênero no Brasil, 1914-1940. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida. *In:* LOTUFO, Renan (Org.). **Direito civil constitucional**: caderno III. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRAUNER, Maria Claudia. Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuições para o debate do abando paterno-filial. *In*: **Revista Brasileira de Direito de Família**, v.8, n.36, jun/jul. 2006. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 1999.

_____. **Direito, sexualidade e reprodução humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: Contribuições para o debate do abando paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.8. n.36. jun/jul. 2006.

BUCCI. Maria Paula Dallari. O conceito jurídico de política pública em direito. *In*: BUCCI. Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Da família patriarcal à família contemporânea** [Revista Jurídica Cesumar, v. 4, n. 1, 2004, p. 69-77]. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/364/428> Acesso: 20 jan. 2014.

CAMARGO, Marculino. **Bioética:** o agir da vida. Brasília: Ser, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARBONELL, Miguel. La perspectiva de género en el análisis constitucional: comentario a la ley federal para prevenir y eliminar la discriminación. *In*: PARCERO, Juan A. Cruz; VÁSQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres.** México: Fontanamara, 2010.

CARNEIRO, Maria Teresa; ROCHA, Emerson. “Do fundo do buraco”: o drama social das empregadas domésticas. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O princípio da isonomia e a igualdade de mulher no direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CAVAGNA, Felipe. Tratamento da infertilidade – reprodução humana assistida. *In*: MALAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (Orgs.). **Psicologia e reprodução humana assistida**: uma abordagem multidisciplinar. São Paulo: Gen/Livraria Santos, 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joana Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão da Tutela Antecipada nº 91. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 45-66. jan./jun. 2009.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito**: a norma da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento livre e esclarecido**: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença:** as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social das mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DEL PRIORE, Mary. **Ao sul do corpo**: condição feminina, maternidade e mentalidades no Brasil Colônia. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995.

_____. Apresentação. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

_____. **Histórias íntimas:** sexualidade e erotismo na história do Brasil. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2011.

_____. Magia e medicina na colônia: o corpo feminino. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 7. ed. São Paulo: RT, 2010.

DICKSON, Anne. **Mulheres no trabalho**: estratégias de sobrevivência. Tradução de Eliana Rocha. São Paulo: Globo, 2001.

DINIZ, Débora. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. **Revista Multiciência: população, bem-estar e tecnologia**, [S.l.], n. 6, maio 2006.

DINIZ, Debora; COSTA, Rosely Gomes. Infertilidade e infecundidade: acesso às novas tecnologias conceptivas. **Série Anis**, Brasília, v. 37, fev., 2005.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas Nelson Boeria. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGEL, Magali. Psiquiatria e feminilidade. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

FACHIN, Luis Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Repensando o direito de família**. Anais do I Congresso Brasileiro de Direitos de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERNANDEZ, Maria del Rosario Valpuesta. El impulso de las mujeres em la transformación del Derecho de familia. *In:* FERNANDEZ, Maria del Rosario Valpuesta; RUBIO, Maria Paz García (Org.). **El levantamiento del velo: as mujeres en el derecho privado.** Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

FERREIRA, Daniel. **Inovações para a incrementação da responsabilidade socioambiental das empresas**: o papel das licitações e dos contratos administrativos. (Disponível em: <http://seminarioitalobrasileiro.com.br/arquivos/42-65.pdf> Acesso: 26 dez. 2013.)

_____. **Teoria geral da infração administrativa: a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009

_____. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Reprodução humana assistida e a atuação dos conselhos de medicina na perspectiva civil-constitucional** [Dissertação (Mestrado em Direito) – UniBrasil, Curitiba, 2013]. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/dissertacoes_2011/09_karla_fischer.pdf> Acesso: 30 nov. 2013.

FREITAS, Maria Ester de. O sexo do trabalho intelectual. *In*: FREITAS, Maria Ester de; DANTAS, Marcelo (Org.). **Diversidade sexual e trabalho**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

FUCKNER, Cleusa Maria. **Magistério e casamento**: memória e formação no colégio de educação familiar de Curitiba (1953-1986). (Disponível em: <http://www.ichs.ufop.br/perspectivas/anais/GT1401.htm> Acesso: 14 jan. 2014.

GEDIEL, José Antonio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada**: família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2007.

GOMES, Renata Raupp. Os "novos" direitos na perspectiva feminina: a constitucionalização dos direitos das mulheres. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos;

LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil:** natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da mulher no emprego**: relações de gênero no direito do trabalho. Curitiba: Gênesis, 2003.

GUERRA, Raquel Diniz. **Mulher e discriminação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GROSMAN, Lucas Sebastián. La igualdad estructural de oportunidades em la Constitución Argentina. *In*: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto. (Coord.). **El derecho a la igualdad**: aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

HATEM, Daniela Soares. Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de reprodução humana assistida. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

INFANTE RUIZ, Franciso J. **Igualdade, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado.** MARRERO, Carolina Mesa (Coord.) Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de gênero. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

IZZO, Carlos Roberto; FONSECA, Ângela Maggio. Fertilização assistida: seleção de pacientes e técnica. *In*: IZZO, Carlos Roberto. (Org.). **Tratado de ginecologia**: condutas e rotinas de ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo: Revinter, 2005.

KANT, Imannuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Trad. Paulo Quintela Lisboa: Cambridge University Press, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KIRSTE, Stpehan. **Autonomia e direito à autolesão: para uma crítica do paternalismo**. [Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v.14.1, n.14 - p. 73-86, jul./dez. 2013. Disponível em: < http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/468/366 > Acesso: 30. nov. 2013.)

LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da personalidade na contemporaneidade:** a repactuação semântica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.

LEITE, Eduardo Oliveira. Adoção por homossexuais e o interesse das crianças. *In*: **Grandes temas da atualidade**: adoção – aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

_____. **Direito civil aplicado**. v.5. Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Procriações artificiais e o direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

LOURO, Guacira Lopes. Mulheres na sala de aula. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

MACHADO, Juliana Araújo Lemos da Silva. **Direito, ética e biossegurança**: a obrigação do estado na proteção do genoma humano. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

MACIEL, Fabrício. Todo trabalho é digno? *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

_____. GRILLO, André. O trabalho que (in)dignifica o homem. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. *In*: NOVAIS. Fernando A. (coordenador-geral da coleção); SEVCENKO, Nicolau (Org. do volume). **História da vida privada no Brasil**. v. 3. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARTÍ, Francesca Puigpelat. Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada. *In*: PARCERO, Juan A. Cruz; VÁSQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres.** México, D.F.: Fontanamara, 2010.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" entidades familiares e seus efeitos jurídicos. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Família e solidariedade**: teoria prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. **O princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção e o direito fundamental à família substituta.** [Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12 - p. 285-301 / jul.-dez. 2012.] Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/285/286> Acesso: 30 nov. 2013.

MATTOS, Patrícia. A dor e o estigma da puta pobre. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

_____. A mulher moderna numa sociedade desigual. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

MEIRA, Affonso Renato. Reprodução humana: a ética trinta anos depois. *In*: **Revista Bioética**, Brasília, v.16, n.1, jul. 2009. p. 138. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/62/65. Acesso em: 18 jan. 2014.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade:** "mãe de aluguel". Curitiba: Genesis, 1988.

MELO, Marlene Catarina de Oliveira Lopes. Mulheres gerentes entre o empoderamento e o teto de vidro. *In*: FREITAS, Maria Ester de; DANTAS, Marcelo (Org.). **Diversidade sexual e trabalho**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

MENEZES, Francisco; SANTARELLI, Mariana. **Bolsa Família: vencendo a pobreza?** Disponível em: <http://www.fetecsp.org.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=39810> Acesso: 10 jan. 2014.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. Direito fundamental à constituição de entidade familiar por pessoa homossexual. *In*: **Revista NEJ - Eletrônica**, Itajaí, v. 15, n. 1 - p. 61-74 / jan-abr 2010.

MONTESQUIEU. **Cartas Persas**. São Paulo: Nova Alexandria, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2003.

MORAES, Maria Lygia Quartim de. Cidadania no feminino. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto: 2003.

NANNI, Jorge Giovanni Etore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e os tecidos diante da Lei Federal n. 9434/97 e da Constituição Federal. *In:* LOTUFO, Renan (Org.). **Direito civil constitucional**: caderno III. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOT a minute more: ending violence against women. New York: United Nations, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. **Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos** [Revista Bioética, Brasília, v. 15, n. 2, jul. 2009.]. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/39/42> Acesso: 18 jan. 2014.

OLIVEIRA, Guilherme. Aspectos jurídicos da procriação assistida. *In*: **Temas de Direito da Medicina**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

PAGANINI, Juliano Marcondes. **Reprodução humana assistida e o estatuto jurídico da filiação na perspectiva civil-constitucional.** Dissertação (Mestrado em Direito) – UFPR, Curitiba, 2011. p. 8. (Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25474/DISSERTACAO.pdf?sequence=1> Acesso: 20 nov. 2013.

PARCERO, Juan A. Cruz; VÁSQUEZ, Rodolfo. Introducción. *In*: PARCERO, Juan A. Cruz; VÁSQUEZ, Rodolfo. (Org.) **Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres.** México, D.F.: Fontanamra, 2010.

PEÑARANDA, María Luisa Rodríguez. **Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PÉREZ LUÑO, António Enrique. Dimensiones de la igualdad. 2. ed. Madrid: Editorial DYKINSON, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERROT, Michele. **História das mulheres no ocidente**. Porto: Afrontamento, 1991, v.5.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e condição feminina. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A Construção dos novos direitos.** Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.

PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. Igualdade e especificidade. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto: 2003.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. *In:* SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. Autonomia da vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. *In*: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

PIRES, Teresinha Inês Teles. **Uma abordagem interpretativa dos fundamentos jurídicos do julgamento da ADPF 54**: dignidade humana, liberdade individual e direito à saúde. [Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v. 14, n. 14 - p. 577-598 / jul.-dez. 2013.] Disponível em:

<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/465/360.> Acesso: 30 nov. 2013.

POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial, a proteção contratual no direito brasileiro. *In:* LOTUFO, Renan (Org.). **Direito civil constitucional**: caderno III. São Paulo: Malheiros, 2002.

PORTES, Lorena. **A família contemporânea**. p. 21 a 24. Disponível em: http://www.depen.pr.gov/arquivos/File/A_família_contemporânea.pdf.> Acesso: 03 mar. 2013.

PROST, Antoine. A família e o indivíduo. . *In*: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Org.). **História da vida privada, 5**: da primeira guerra a nossos dias. Trad. Denise Bortmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

RAGO, Margareth. Trabalho feminino e sexualidade. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Coord.). **Direito e desenvolvimento**: biomedicina, tecnologia e sociedade globalizada. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RODOTÀ, Stefano. **Questione di bioética.** Roma: Sagittari Laterza, 1993.

RUIZ, Francisco J. Infante. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación em el derecho privado. *In*: MARRERO, Carolina Mesa (Coord.). **Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – UFPR, Curitiba, 2009. p. 345. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19174/Carlos_Eduardo_Tese_completa%5B1%5D.pdf?sequence=1> Acesso: 30 nov. 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; MOUREIRA, Diogo Luna. Pesquisas com células-tronco embrionárias no Brasil e a (in)constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança. *In:* MEIRELLES, Jussara;

SALLES, Arleen. El feminismo, el liberalismo y la bioética. *In*: PARCERO, Juan A. Cruz; VÁSQUEZ, Rodolfo. (Coord.). **Género, cultura e sociedade**. Disponível em: <http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Genero_cultura_2_.pdf > Acesso: 10 jan. 2014.

SANCHIS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Tânia Maria. **A mulher nas constituições brasileiras.** p. 10. Disponível em: <http://www.bibliotecafeminista.org.br/index.php?option=com_remosítory&Itemid=53&func=startdown&id=257> Acesso: 10 jul. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e "novos" direitos na Constituição Federal de 1998:** algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e "novos" direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. *In:* MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.

_____. Direitos fundamentais sociais, "mínimo existencial" e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; GALDINO, Flavio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO. Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

_____. Interpretação Constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: **Vinte anos da Constituição Federal**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BINENBOJM, Gustavo; e SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Legalização do aborto e constituição. *In:* PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Org.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**: anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2001.

SCLIAR, Moacyr. **Filhos, melhor não tê-los?** Disponível em: <http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=7127&sid=595> Acesso: 30 nov. 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SÈVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SILVA, Emanuelle; TORRES, Roberto; BERG, Tábata. A miséria do amor dos pobres. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ricardo Pereira e. Biodireito: o novo direito da vida. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil**: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOIBET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

SOUZA, Flávia Roberta Benevenuto de; LORENTZ, Luciana Nacur. O princípio da igualdade e as perspectivas antiga e moderna. *In*: **Meritum**, Belo Horizonte, v. 3, n.1, p. 51-79 – jan./jun. 2008.

SOUZA, Jessé. A má-fé da sociedade e a naturalização da ralé. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

_____. Como o senso comum e a "brasilidade" se tornam ciência conservadora? *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

_____. SOUZA, Jessé. Senso comum e justificação da desigualdade. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** direito de família. São Paulo: Atlas, 2003.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vinculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil.** 3. ed. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas, 2009.

VERGARA, Sylvia Constant; GOMES, Ana Paula Cortat. Gênero no ambiente acadêmico. *In*: FREITAS, Maria Ester de; DANTAS, Marcelo (Org.). **Diversidade sexual e trabalho**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

VIEIRA, Fernanda Bittencourt. **As tecnologias da reprodução**: discursos sobre maternidade e paternidade no campo da reprodução assistida no Brasil. Tese (Doutorado em Sociologia) – UnB, Brasília, 2008. p. 164. Disponível em: <bdtd.bce.unb.br/tedesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4203> Acesso: 10 dez. 2014.

VINCENT, Gérard. Segredos de família. *In*: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Org.). **História da vida privada, 5**: da primeira guerra a nossos dias. Trad. Denise Bortmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

WHATELY, Patricia Rodriguez. O papel dos princípios diante da lacuna legislativa. *In*: **Série Aperfeiçoamento de Magistrados** 11, Curso de Direito Constitucional – Normatividade Jurídica. p. 226-228. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_223.pdf> Acesso: 18 jan. 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 2003.

ZYLBERSTAJN, Hélio; PAGOTTO, Carmen Silvia; PASTORE, José. **A mulher e o menor no mercado de trabalho**. São Paulo: Nobel; Brasília: Ministério do Trabalho, 1985.