

LIBERDADES SUBSTANTIVAS, PLANEJAMENTO FAMILIAR E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ANÁLISE À LUZ DA PERSPECTIVA DE AMARTYA SEN

SUBSTANTIVE FREEDOMS, FAMILY PLANNING AND ASSISTED HUMAN REPRODUCTION: ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE PERSPECTIVE OF AMARTYA SEN

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa*
Maria Cristina Paiva Santiago**

RESUMO

A Constituição brasileira de 1988 garante a todos, em seu art. 226, o livre exercício do planejamento familiar. Do mesmo modo, a lei nº 9.263/96, garante inclusive que, caso necessário, pode-se usar métodos clínicos de concepção e contracepção. Todavia, para que essa liberdade formal seja realmente exercida, é preciso que as pessoas tenham também capacidades ou liberdades substantivas. Amartya Sen trata o desenvolvimento como ausência das principais fontes de privação de liberdade, tais como privação de renda e ausência de oportunidades sociais. Pretendemos, com o presente artigo, relacionar o exercício do planejamento familiar com a perspectiva de desenvolvimento trazida por Amartya Sen, de modo que demonstraremos, ao final, que em um quadro de privação liberdades (renda e oportunidades sociais), o exercício do planejamento familiar, quando necessário recorrer aos caros tratamentos de reprodução humana assistida, restará frustrado, e a liberdade formal nada mais será que mera letra de lei, sem que se revele em liberdade material ou substantiva.

Palavras-chave: planejamento familiar; liberdade; capacidade.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 ensures everyone, in his art. 226, the free exercise of planned parenthood. Likewise, the law nº 9.263/96, ensures even, if necessary, you can use clinical methods of conception and contraception. However, for this formal freedom be actually exercised, it takes people to have abilities or substantive freedoms too. Amartya Sen treats development as the absence of the main sources of deprivation of liberty, such as

* Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba-UFPB; Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento na UFPB. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e membro fundador e primeira vice-presidente do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil Constitucional. Link para o currículo lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/busca.do> E-mail: ap_albuquerque@yahoo.com.br

** Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba- UFPB. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro. Professora da Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa- UNIPÊ, atualmente titular das disciplinas Direito de Família e Direito das Sucessões; Professora da Universidade Federal da Paraíba- UFPB, e-mail: kiusantiago@gmail.com.

income deprivation and lack of social opportunities. We intend to, with this article relate to the exercise of family planning with the development perspective brought by Amartya Sen, so that we will demonstrate, in the end, that in a framework of freedom deprivation (income and social opportunities), the exercise of family planning, when necessary to resort to expensive treatments of assisted human reproduction, remains frustrated, and the formal freedom nothing more will ever be that mere letter of the law, without reveal in material or substantive freedom.

Keywords: family planning; freedom; capability.

1 INTRODUÇÃO

No livro *O Desenvolvimento como Liberdade*, Amartya Sen analisa o desenvolvimento como expansão das capacidades humanas, na leitura do autor, liberdades substantivas, cujo conceito será abordado no capítulo 01 do presente artigo. Entende que a medida do desenvolvimento é a liberdade real, não apenas formal, mas também de fato, de satisfação de necessidades individuais. Tais necessidades orbitam em torno dos mais diversos fatos da vida: trabalho, estudo, saúde, lazer, constituição de família, entre outros. O que interessa a este trabalho é analisar a capacidade de constituição da entidade familiar na perspectiva do desenvolvimento. Acredita-se, e se pretende provar ao final do artigo, que a capacidade de exercício do planejamento familiar está intimamente relacionada com o conceito de liberdades substantivas trazido por Sen em sua obra.

Com efeito, a constituição de núcleo familiar pode envolver muito mais do que apenas uma união de pessoas em um núcleo afetivo. Conforme se detalhará a seguir, as pessoas estão livres para escolher o tipo de família que desejam constituir, desde que cumpridor os requisitos de publicidade, estabilidade e afetividade. São livres também para planejar sua composição. O planejamento familiar não pode sofrer ingerência estatal, mas pode demandar de auxílio por parte do poder público.

Ocorre que ao planejar a família, a pessoa ou o casal em questão pode inserir nela um projeto de filiação. A filiação, não obstante a procriação não esteja mais entre os objetivos ou entre as funções da família, é um modo de composição de entidade familiar. Sabe-se que, por diversos fatores, algumas pessoas ou casais não são capazes de desenvolver um projeto de filiação pelo modo natural. Para esses casos, a medicina já dispõe de métodos e técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA), possibilitando a filiação artificial quando de outra forma ele não seja possível. Todavia, o tratamento é demasiado caro. Na realidade da grande maioria das famílias brasileiras, nem todos os candidatos a pais ou mães dispõem de

numerário suficiente. Tem-se liberdade formal, mas esta pode não se revestir da capacidade correspondente. Se houver privação de renda, será necessário um conjunto de benefícios estatais. Se estes também não existirem, a liberdade substantiva certamente não irá prevalecer diante da necessidade.

Pretende-se, neste artigo, analisar a liberdade real de exercício do planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento. Para tanto, no primeiro subtítulo será analisada a concepção de desenvolvimento como expansão do conjunto capacitário sob o ponto de vista de Amartya Sen. O subtítulo seguinte disporá a respeito das entidades familiares, planejamento familiar e da RHA como modo de exercício deste último. No terceiro subtítulo, serão feitas as devidas pontes entre os dois tópicos anteriores, para chegar às devidas conclusões. Estaria o exercício do planejamento familiar relacionado com a perspectiva do desenvolvimento? É o que se pretende responder ao final do artigo.

2 LIBERDADES, CAPACIDADES E DESENVOLVIMENTO

Na doutrina de Amartya Sen (2000), o desenvolvimento pode ser visto como “expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”. Segundo aduz o autor, esse conceito entra em confronto com visões mais restritas do desenvolvimento, que o identificam, por exemplo, com o crescimento do produto interno bruto ou da renda “*per capita*” apenas. É certo que esses fatores são importantes para o país, mas isolados eles não bastam. Concorde-se com Sen quando ele conceitua o desenvolvimento como um processo mais amplo, um processo em que todos tenham direito a desfrutar a plenitude de suas capacidades. Essa visão do desenvolvimento se traduz no conceito de direito ao desenvolvimento trazido pela Professora Maria Luiza Feitosa, vinculado ao campo dos direitos humanos.

2.1 O desenvolvimento como expansão das liberdades reais

A ideia defendida por Amartya Sen e aqui adotada é a de que o desenvolvimento, para que seja usufruído em sua plenitude, requer que se removam, nas palavras do autor, as “principais fontes de privação de liberdade” (SEN, 2000, p. 18). São elas: “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destruição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados opressivos” (*idem e ibidem*).

Primeiramente, cumpre esclarecer a idéia de liberdade substantiva. A liberdade pode ser compreendida a partir de mais de uma faceta. Podemos ter a liberdade como possibilidade/permisibilidade, autorização, que é a liberdade formal, perante a lei, no sentido de não ser proibido. Mas o simples fato de ser permitido não capacita necessariamente o indivíduo a realizar o ato. A capacidade de fazer – não no sentido de capacidade jurídica, mas de ter possibilidades substanciais – é a segunda face da liberdade, ou seja, a liberdade real, de fato, substantiva e substancial, sobre a qual nos referimos logo acima.

De fato, devemos concordar com Amartya Sen quando este identifica o desenvolvimento como expansão das liberdades, sendo esta, inclusive uma forma de avaliação daquele, visto que está visivelmente relacionado com o processo de expansão das liberdades. Dessa forma, o desenvolvimento não deve ser confundido com crescimento econômico, aumento da renda per capita ou incremento tecnológico. Mais do que isso, só é alcançado em sua plenitude quando as pessoas são livres para suprir suas necessidades. Dizemos liberdade no sentido de ter o poder de fazer, de empoderamento¹.

Além disso, devemos concordar com Sen quando ele afirma que as liberdades individuais se revelam também na razão de eficácia do desenvolvimento, posto que, nas palavras do autor, “a realização do desenvolvimento depende da livre condição de agente das pessoas” (SEN, 2000, p. 18), e mais adiante, continua (*idem*, p. 19):

A ligação entre liberdade individual e realização do desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas.

É importante perceber que a liberdade é fim e meio para o desenvolvimento. O objetivo que se procura alcançar é que todos tenham livre acesso ao desenvolvimento, mas para que se possa chegar até ele a liberdade também é instrumental. Nesse sentido, (SEN, 2000, p. 19, 20):

Essas liberdades substantivas (ou seja, a liberdade de participação política ou a oportunidade de receber educação básica ou assistência médica) estão entre os componentes constitutivos do desenvolvimento. Sua relevância para o desenvolvimento não tem de ser estabelecida *a posteriori*, com base em sua contribuição indireta para o crescimento do PNB ou promoção da industrialização. O fato é que essas liberdades e direitos também contribuem muito eficazmente pra o progresso econômico.

¹ Visto a partir da leitura de Amartya Sen sobre capacidades e *entitlements* (1982).

Assim, se reconhece que existem também liberdades instrumentais que facilitam o processo de capacitação dos indivíduos. Conforme reza o autor em estudo, “as liberdades não são apenas os fins primordiais para o desenvolvimento, mas também os seus meios principais” (SEN, 2000, p. 25).

2.2 Liberdades instrumentais e capacidades

Como dito alhures, as liberdades não são apenas fins, mas também meios para o desenvolvimento. Nessa perspectiva, Sen aponta cinco tipos distintos de liberdades-meio, são elas: liberdades políticas; facilidades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência e segurança protetora (SEN, 2000, p. 25). Liberdades políticas se revelam notoriamente na forma de liberdade de expressão e de eleições livres. Facilitam a atuação política do indivíduo e possibilitam meios de controle e cobrança dos gestores. Referem-se às oportunidades que cada um tem de decidir quem deve governar e quais princípios devem reger esse governo. Abrangem também a possibilidade de vigiar e criticar as autoridades, como forma de controle da gestão, que deve ser conduzida de acordo com os princípios escolhidos pelo povo e expressos no texto constitucional do país, a oportunidade de gozar da liberdade de expressão política e de uma imprensa sem censura prévia, de liberdade de escolher entre diferentes partidos políticos, entre outros.

Esse tipo de liberdade instrumental compreende, pois, a democracia em seu sentido mais amplo, abrangendo diálogo nas esferas políticas e participação no processo de escolha das lideranças e gestores. Facilidades econômicas são, de maneira geral, as oportunidades de participar no comércio e na produção. Dizem respeito às capacidades que os indivíduos dispõem para utilizar recursos econômicos para produção, consumo ou troca. As capacidades econômicas que uma pessoa possui dependem inicialmente dos recursos que dispõe, mas também de outras condições externas, tais como condições de troca e preços. Na perspectiva do desenvolvimento aqui adotada, na medida em que o processo de desenvolvimento de um país avança, com aumento de riqueza e renda, este deve refletir no crescimento das capacidades ou liberdades econômicas daqueles que nele habitam.

Oportunidades sociais se apresentam na forma de serviços disponibilizados à população pelo poder público, como educação, saúde, lazer, entre outros, como forma de possibilitar que todos vivam melhor. Esses serviços são essenciais, tanto para conduzir a vida privada, por meios de serviços de saúde e lazer, por exemplo, garantindo uma boa qualidade de vida aos indivíduos, como também para garantir uma real e maior participação popular nas

atividades econômicas e na vida política, através de instrução e informação as pessoas estarão mais conscientes de seus direitos, deveres e modos de participação social.

Garantias de transparência dizem respeito às necessidades de abertura que as pessoas podem esperar. Clareza, esclarecimento, informações acerca dos processos políticos e sociais. Tais garantias são importantes no combate à corrupção e gestão irresponsável por parte das lideranças políticas. Por fim, segurança protetora, que nada mais é do que proteger as pessoas da miséria. Por melhor que funcione um sistema econômico, ou por mais rico que seja o Estado, alguns, ou muitos indivíduos podem estar sucumbindo à beira da miséria, necessitando de auxílios para prover o que há de mais básico para subsistência. A segurança protetora é justamente o sistema de proteção econômica àqueles que dela necessitam, materializando-se, principalmente, em serviços de previdência e assistência social, seguro desemprego, e outras tantas formas de suplementar a renda daqueles que não a obtém de modo suficiente através das facilidades econômicas, a segunda das liberdades instrumentais de que se falou.

Essas liberdades reforçam a capacidade das pessoas. Deve-se observar também a íntima relação que existem entre elas. Elas estão interligadas de maneira que uma facilita ou possibilita a outra. As liberdades políticas são importantes para que se cobre das autoridades a execução de oportunidades sociais. Ao mesmo tempo, sem serviço de educação, que faz parte desta última categoria de liberdade instrumental, as pessoas não terão instrução suficiente para exercício das primeiras. Do mesmo modo, as garantias de transparência são extremamente importantes para o exercício das liberdades políticas. Se as pessoas estiverem fora do processo de facilidades econômicas, precisarão estar inseridas na segurança protetora para garantir o mínimo necessário para a subsistência. São, portanto, instrumentos intimamente relacionados. Há uma relação empírica entre eles.

Pode-se observar, então, que o reforço da liberdade humana é o objetivo e o principal meio do desenvolvimento. As capacidades individuais dependem intimamente de dispositivos políticos, econômicos e sociais. As liberdades instrumentais facilitam o processo de capacitação do indivíduo. Por meio delas, eles podem efetivamente realizar aquilo que desejam, são instrumento ou meio para satisfação de necessidades. Desse modo, são imprescindíveis para o efetivo gozo da liberdade.

Concorda-se com Amartya Sen quando ele declara que dos muitos modos de avaliar o desenvolvimento, o mais apropriado é o das liberdades substantivas ou capacidades de escolher a vida que se tem para valorizar (SEN, 2000, p. 94). Do mesmo modo, assim como o autor, entende-se que pobreza deve ser vista como privação de capacidades (*idem*, p. 109). É

certo que a pobreza pode estar, e quase sempre estará, ligada a privação de renda. Mas, ainda que o indivíduo disponha de facilidades econômicas e tenha renda, pode não conseguir desenvolver suas capacidades devido a outras carências e fatores pessoais. Desse modo, diante da privação de renda, é necessário que se utilize de outras liberdades substantivas, tais como previdência e oportunidades sociais, para realização de suas necessidades. Dentre essas necessidades, encontra-se, conforme a escolha pessoal, a necessidade de constituir uma entidade familiar.

3. ENTIDADES FAMILIARES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: FAMÍLIA PLURAL – ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A instituição família vem passando por mudanças, tanto na sua função quanto na sua concepção. Paulo Lôbo, ao falar sobre a repersonalização e a constitucionalização da família brasileira corrobora com esse posicionamento alegando que “na família há profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado social, ao longo do século XX” (LOBO, 2011, p.17). O modelo de família patriarcal, adotada pela sociedade brasileira desde os tempos do Brasil Colônia entrou em crise, culminando sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos pela Constituição Federal de 1988 (LOBO, 2011, p. 17). O paradigma atual sob o qual se ergue a matriz familiar é a afetividade.

Apesar de, lamentavelmente, o Código Civil de 2002 não ter sido ineficiente para recepcionar esse novo perfil da entidade familiar, baseada mais no afeto, no amor e na dignidade do que em convenções sociais, a CF/88, em seu art. 226, traz em seu *caput* o mandamento de proteção à família, como base da sociedade. A doutrina de direito civil constitucional entende que os tipos familiares contidos nos parágrafos do artigo supracitado constituem um rol meramente exemplificativo, “As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*” (LOBO, 2011, p.83).

Em virtude de uma análise sistemática das normas e princípios contidos na Constituição, sobretudo com fulcro na dignidade, art. 1º, e solidariedade, art. 3º, deve-se superar o *numerus clausus* das entidades familiares contidas no art. 226 e considerar o elenco exemplificativo, posto que traz os tipos mais comuns. Uma interpretação restritiva do art. 226 da CF/88, segundo Heloisa Helena Barboza (in TEPEDINO (org.), 2008, p. 323), “não se harmoniza com s demais princípios constitucionais, na medida em que conduz a uma criação

de famílias de ‘segunda classe’, de todo incompatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana, estrutural do sistema.”

Dados do IBGE também têm revelado um novo perfil das entidades familiares, demonstrando que os laços de afeto têm superado os laços de sangue, como a família monoparental, famílias recompostas e família homoafetiva. Nesse contexto, a biotecnologia tem contribuído com a nova composição familiar. Técnicas de RHA tem possibilitado uma nova forma de filiação e, conseqüentemente, novos modos de composição familiar para pessoas e casais que outrora, por motivos médicos ou sociais, não poderiam alcançar. Segundo Nogueira da Gama (2003, p.640), “opera-se, na contemporaneidade, a medicalização da procriação, ou seja, o crescente domínio que a medicina vem adquirindo no campo da reprodução humana [...]”.

De fato, as técnicas de RHA têm possibilitado uma nova forma de filiação e, conseqüentemente, novos modos de composição familiar para pessoas e casais que outrora, por motivos médicos ou sociais, não poderiam alcançar. Todavia, ao mesmo tempo, tem suscitado uma série de questionamentos que urgem por respostas no plano jurídico. A filiação artificial se revela uma realidade cada vez mais frequente e, carente ainda de base legal, há uma série de conflitos éticos e jurídicos que restam ainda sem resposta. Do conjunto de conflitos existentes, o que pretendemos analisar com mais afinco é o papel da RHA na composição do núcleo familiar e a liberdade de uso por parte dos indivíduos em geral.

Convém, inicialmente, analisar brevemente a evolução das entidades familiares e os princípios que regem a família moderna. João Baptista Villela (1980) faz uma abordagem acerca da relação entre liberdade e família. Parte do pressuposto que a relação entre os dois fenômenos é ambígua, vez que declara que um se apresenta como limite e promoção do outro. A partir daí, analisa a evolução da família e a inserção e ampliação do conceito de liberdade como pressuposto para realização felicidade. Inicialmente, expõe que as relações entre família e liberdade possuem natureza ambivalente, afirmando que “a família cerceia a liberdade, ao mesmo tempo que a realiza sob outra forma” (VILLELA, 1980, p. 10). Com efeito, ao mesmo tempo em que a constituição da família impõe certos deveres ao indivíduo, proporciona realização de direitos e liberdades, promove realização e crescimento pessoal. Gera obrigações, mas não prende, não escraviza.

Interessante a análise que Baptista Villela traz em seu texto sobre liberdade e família, da evolução desta até chegar ao panorama de liberdade proposto para a época. Em linhas gerais, parte da família tradicionalmente composta por pai, mãe e filhos, leia-se filhos

matrimoniais, com base no casamento e nos vínculos formais, para o conceito de família atual, pautado na liberdade e na socioafetividade.

Parafraseando Amartya Sen, poder-se-ia falar na família como liberdade. A instituição do casamento ganha novos contornos, com vistas à liberdade e realização pessoal. O casamento, como instituição familiar, deve servir para a realização individual, e não o contrário. A partir do momento em que não se esteja na plenitude de realização no seio matrimonial, devem os cônjuges se verem livres para buscar cada um o caminho que mais o satisfaça enquanto pessoa. Hodiernamente, a família não apresenta outra função que não a afetiva, de realização pessoal e existencial, espaço de consecução das dignidades humanas das pessoas. A liberdade se revela também na composição do núcleo familiar, de modo que é aberta a opção de ter filhos ou não e também os modos pelos quais se pretende tê-los, se através da filiação natural, artificial ou adotiva.

Papel fundamental teve a Constituição Federal de 1988. A Carta constitucional não fechou os olhos aos clamores sociais, reconheceu a evolução nos modos de composição do núcleo familiar a partir das novas, talvez antigas, mas agora reconhecidas, necessidades de realização individual. A partir de parâmetros pautados na liberdade e dignidade, o desenho familiar, nas palavras de Fachin, “não tem mais uma única configuração. A família se torna **plural**” (FACHIN, 2010, p. 339) (grifo nosso).

Paulo Lôbo (2008, p. 189), ao falar sobre os princípios que regem o direito de família, dispõe, em linhas gerais, que esses princípios refletem a nova percepção da família, com fundamento no afeto e na realização pessoal. Com base no princípio da igualdade, não se fala mais em sujeição ou posições hierárquicas na família, a função econômica e procriativa cedeu lugar ao afeto e mesmo a filiação não tem mais como fundamento os laços de consanguinidade e sim os de afeição. Os princípios consubstanciados na CF/88, notadamente, mas não exclusivamente, nos arts 226 e 227 da Carta Magna, devem, pois servir de marco normativo na regência da moderna família brasileira. Em linhas gerais, o conceito de família se desvincula daquela figura tradicional composta pelos pais e filhos biológicos e passa para formas mais amplas de aceitação, formas estas nas quais pode estar inserido um projeto artificial de filiação, pelos mais variados motivos, conforme analisaremos a seguir.

4 PLANEJAMENTO FAMILIAR E RHA

Já se destacou aqui o conceito de família plural, consagrado no art. 226 da Constituição brasileira de 1988. Pode-se concluir preliminarmente que não há fórmulas ou

modelos pré-determinados de entidades familiares, mas as pessoas estão livres para escolher o modo de agrupamento familiar que melhor satisfaça as suas necessidades existenciais. Conforme se extrai do § 7º do artigo supracitado, a decisão ou o planejamento é de livre escolha do casal ou indivíduo, não podendo haver direcionamento do poder público, mas este tem o dever garantir a efetivação desse direito. Segundo a Lei nº 9.263/96, que versa sobre o planejamento familiar:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o **caput** para qualquer tipo de controle demográfico.

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;

[...]

A depender da modo de convivência familiar desejado e das condições individuais das pessoas que compõe determinado núcleo, o planejamento familiar pode demandar o uso de técnicas de reprodução humana assistida. Segundo Maluf (2010, p. 153), RHA é, “basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar a pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”. Maria Helena Diniz (2011, p. 610), a seu turno, define reprodução humana assistida como o “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano [...]”.

Quando se fala a respeito da procriação medicamente assistida, costuma-se tratá-la como *ato médico*. Com efeito, nos termos da resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a RHA era descrita como tratamento para pessoas com esterilidade ou infertilidade. A Resolução nº 2013/2013 do mesmo órgão inova ao dispor, nos princípios gerais, que “As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”, possibilitando a atuação do médico em outros casos além dos que havia impossibilidade de procriar em razão de patologias clínicas. Importante levantar as principais causas e efeitos que incidem na

escolha pela forma assistida de reprodução. Nesse aspecto, importante a reflexão que Nogueira da Gama (2003, p. 634) faz a respeito, *in verbis*:

As técnicas de reprodução medicamente assistida permitem o acesso à procriação através de recursos médicos – o que torna conhecido, portanto, o momento da concepção, diversamente da concepção resultante do ato sexual, **contornando o problema da esterilidade da pessoal ou do casal.** (grifos nossos).

Assim, deve-se considerar como causa determinante para se recorrer às técnicas assistidas de reprodução, a impossibilidade de procriação, seja esta unilateral ou por ambos os componentes do grupo familiar que se quer ampliar, quaisquer que sejam os motivos que conduziram a tal realidade. Estes, os motivos, podem ser das mais diversas ordens, das quais três merecem destaque: em virtude de patologias; em virtude de tratamentos ou por razões sociais. Expliquemos.

Existem doenças variadas que podem levar à impossibilidade de reprodução, seja porque a própria patologia causa infertilidade, seja para evitar risco de contaminação à prole ou ao parceiro, como é o caso do HIV. Sabe-se de um caso que o portador do vírus da AIDS, no caso, a mãe portadora, conseguiu gestar uma criança sem que houvesse contaminação. Contudo, tal acontecimento teve grande repercussão, sendo noticiado com muita ênfase, justamente pela pouca probabilidade de sucesso.

Ao mesmo tempo, certos tratamentos pelos quais pessoas acometidas dos mais diversos males passam também podem levar o indivíduo a problemas de esterilidade ou infertilidade, sejam eles químicos ou cirúrgicos. Mulheres que passam por esterectomia, homens que fazem quimioterapia, entre outros. Resta a eles a possibilidade de preservar os gametas para uma futura inseminação.

Mas, para além dos males físicos, uma terceira causa destaque, as razões sociais. Com efeito, conforme será abordado com mais profundidade nos capítulos seguintes, a família moderna se apresenta com uma nova estrutura. A família monoparental e uniões homoafetivas são, hoje, uma realidade cada vez mais freqüente. Como toda família, pode surgir o desejo de procriar, o que não seria possível através da conjunção carnal, pelo menos não pelo modo de vida a que tais pessoas se propuseram, sendo necessário, pois, se utilizar de outros meios para tornar viável o sonho da paternidade e/ou maternidade.

Note-se que, nesse terceiro ponto, as pessoas não apresentam, necessariamente, patologias ou distúrbios que as impossibilitem de procriar de forma natural. Todavia, por motivos sociais, seja pela falta de um parceiro, seja porque o parceiro é do mesmo sexo biológico, o uso de meios artificiais de filiação se faz necessário, e a medicina não fechou os

olhos para essa realidade. Nesse sentido, a res. nº 2013/2013 já inicia afirmando que “1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”. Não restringe, pois, a origem do problema, mas se refere apenas a tal impossibilidade de maneira genérica.

Qualquer pessoa que queira ter um filho e, por motivos físicos ou sociais, precise fazer uso de meios artificiais, pode procurar auxílio médico. Acrescento que devem inclusive, ser fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), quando o candidato a pai ou a futura mãe não tiver condições de arcar com os custos do tratamento, tanto os procedimentos clínicos quanto os medicamentos.

A redação do instrumento normativo que norteia o presente artigo é extremamente inovadora, tocando claramente em aspectos que o próprio legislador civil, por ocasião da elaboração do novo código, o de 2002 – faz-se aqui o registro que ele foi lançado mais de uma década após a Constituição Federal de 1988, que consagrou a existência de outras entidades familiares para além dos tipos tradicionais – como a família monoparental e a família homoafetiva. A resolução traz, explicitamente, casais homoafetivos e pessoas solteiras como prováveis sujeitos. Reconheceu e abordou de forma clara essas entidades familiares. Conforme a citação abaixo, fez o que o legislador brasileiro, covardemente, se esquivou de fazer.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

Como se pode ver, se no planejamento familiar da pessoa ou casal estiver inserido um projeto de filiação, se a filiação não puder por qualquer motivo, ser natural, a medicina oferece meios de procriação artificial. Apesar de não contarmos, no Brasil, com uma lei que trate especificamente da utilização de técnicas de RHA, a lei do planejamento familiar, à qual já foi referido, garante expressamente o direito de assistência médica à concepção. Conclui-se assim que todos têm liberdade de recorrer a intervenção médica para o exercício do planejamento familiar, liberdade perante a lei. Todavia, deve-se questionar e essa garantia formal será convertida efetivamente em capacidade, ou seja, em liberdade material, substantiva, de exercício.

Sabe-se que o tratamento é caro, medicamentos são caros, consultas, o preço médio por tentativa – ressalte-se que nem sempre a primeira tentativa é bem sucedida – pode chegar

a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ou R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)². Os valores são claramente inacessíveis para a grande maioria da população brasileira. Caso não disponha dos valores necessários, a Lei nº 9.263/96 diz claramente que o indivíduo pode recorrer ao SUS em busca de assistência à concepção. Todavia, essa liberdade formal nem sempre se revelará em capacidade para a totalidade das pessoas.

Está longe de ser pacífico o entendimento de que esse tratamento deva ser financiado pela saúde pública. Em 22 de março de 2005, o Ministério da Saúde publicou a portaria nº 426/GM que estabeleceu, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida. Porém, apenas quatro meses depois de sua publicação, essa portaria foi revogada sob justificativa de que deveria haver uma análise dos impactos financeiros e até hoje não foi implementada novamente. Há clínicas que realizam o tratamento total ou parcialmente gratuito³, mas são claramente insuficientes e não alcançam toda extensão territorial do país. Entende-se, assim, que nem sempre a liberdade formal de exercício do planejamento familiar vai se revestir em liberdade substantiva, o que restará melhor explicado a seguir.

5 LIBERDADES SUBSTANTIVAS E PLANEJAMENTO FAMILIAR

Entende-se que todos têm direito e liberdade de constituir família do modo que melhor satisfaça as necessidades existenciais individuais. Ocorre que para que essa liberdade formal seja de fato vivenciada, é preciso que se detenha o conjunto capacitário composto pelas liberdades substantivas descritas no capítulo inicial do presente texto, notadamente as facilidades econômicas e as oportunidades sociais, materializadas em serviços de saúde e educação. O livre exercício do planejamento familiar pode ser, pois, analisado a partir do viés do desenvolvimento como liberdade, como liberdade substantiva ou real de constituir a família que se deseja ter.

² Os valores podem ser conferidos em tabela disponível no seguinte endereço: <http://www.ipgo.com.br/resumo-de-tratamentos-de-reproducao-assistida/>

³ Clínicas que realizam tratamento total ou parcialmente gratuito em São Paulo- SP: Santa Casa de Misericórdia (medicação paga pelo casal, porém doações de laboratórios ou particulares custeiam parte dos remédios para pessoas carentes); Hospital das Clínicas da USP (totalmente gratuito); Hospital São Paulo, da Unifesp (medicação paga pelo casal); Hospital Pérola Byington; Centro de Referência da Mulher (totalmente gratuito). Em Campinas-SP: Hospital das Clínicas da Unicamp (medicação paga pelo casal). Em Ribeirão Preto- SP: Hospital das Clínicas da USP (medicação paga parcialmente pelo hospital). Em Brasília- DF: Hospital Regional da Asa Sul (totalmente gratuito). Em Recife- PE: Instituto de Medicina Integral Professor Fernando Figueira (totalmente gratuito).

5.1 Capacidades individuais e planejamento familiar

Como dito anteriormente, o exercício do planejamento familiar está intimamente relacionado com as capacidades individuais. As necessidades variam conforme o indivíduo. O conjunto capacitário, do mesmo modo, é composto e mensurado de acordo com as necessidades de cada um. O que vamos demonstrar aqui, é a relação que identificamos entre a capacidade de exercício do planejamento familiar e as liberdades substantivas propostas por Amartya Sen. Do mesmo modo que o texto base, também utilizar-se-á de histórias de personagens reais, porém com nomes fictícios, para ilustrar a teoria que se pretende comprovar.

Como visto no subtítulo anterior, o planejamento familiar é de livre exercício da pessoa ou casal. A filiação não é mais função da família, mas é um modo de constituí-la. Se aqueles que pretendem formar uma entidade familiar ou alterar a composição através de um projeto de paternidade-filiação não conseguirem, por quaisquer dos motivos citados acima, procriar de maneira natural, podem optar por métodos artificiais de filiação, por meio de técnicas de reprodução humana assistida. Todos tem livre acesso aos tratamentos de RHA e é livre o exercício do poder familiar. Mas a realidade, de fato, é que para que essa liberdade se transforme em capacidade é preciso que se tenha liberdades substantivas, notadamente as facilidades econômicas e sociais. Relataremos, a título de exemplificação, a história de duas famílias, a família de Anderson e Iana, e a família de Mauro e Júlia.⁴

Anderson e Iana são casados há quatro anos. Ambos trabalham e possuem, juntos, uma renda média mensal de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais). Como já possuem casa própria e não são de muito luxo, conseguem viver bem gastando apenas um terço do rendimento mensal, depositando o restante na poupança. Iana sofre de uma endometriose severa, doença que gera infertilidade feminina. Como desejavam ter filhos há bastante tempo, resolveram fazer o tratamento de RHA, sendo utilizada a técnica de fertilização *in vitro*. Iana e Anderson não tiveram dificuldades em realizar suas necessidades. Como dispõem de facilidade econômica, tinham recursos e renda suficiente para concretizar o projeto de filiação. Ao todo, com medicamentos, consultas e exames, dos quais a maioria teve que ser feita em clínicas particulares e pagas por eles, pois não se aceitava plano de saúde no local, além do congelamento de embriões, gastaram em torno de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

⁴ As histórias são reais, mas os nomes verdadeiros foram substituídos.

No caso de Mauro e Júlia, casados há mais de quatro anos, a situação é bem diferente. Júlia também tem dificuldades para engravidar, mas vive em uma realidade social e econômica diversa da de Iana. Júlia trabalha como auxiliar administrativa, recebendo um salário mensal de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Mauro, por sua vez, percebe R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) mensais como professor de educação física em escolas da região e que moram. Não possuem casa própria e os custos mensais com alimentação, aluguel e outras necessidades consomem quase toda a renda do casal. Ambos também planejam ter filhos naturais, mas as limitações quanto à fertilidade de Júlia só lhe permitiriam o acesso à maternidade após um procedimento de RHA. Como não dispões de facilidade econômica, o exercício do planejamento familiar, conforme as necessidades existenciais do casal, só pode ser realizado por meio das oportunidades sociais, com o fornecimento de tratamento gratuito nas instancias do Sistema Único de Saúde (SUS). Diante da negativa do hospital público do município em que moram, no interior da Paraíba, foram à defensoria pública no intuito de obter o tratamento por decisão judicial. Ainda estão aguardando o resultado do processo.

Como se pode ver, o conjunto capacitário relativo ao planejamento familiar está ligado umbilicalmente a categorias de liberdades substantivas descritas anteriormente. Se as pessoas tiverem renda suficiente, no âmbito das facilidades econômicas, poderão exercer livremente o planejamento familiar e a liberdade formal será materializada em capacidade de exercício. Todavia, em um quadro de privação de renda, é necessário que o tratamento seja fornecido através de serviços públicos de saúde, oportunidades sociais, sob pena da liberdade de exercício ser frustrada pela privação de renda e não se revestir em capacidade substantiva.

5.2 Liberdade, planejamento familiar e desenvolvimento

Como dito no subtítulo inaugural, concorda-se com Amartya Sen quando ele identifica o desenvolvimento como ausência das principais fontes de privação de liberdade, dentre elas a privação de renda e carência de oportunidades sociais. Partindo desse pressuposto, pode-se observar que famílias que vivem às margens do desenvolvimento nem sempre terão liberdade de exercício do planejamento familiar.

No exercício do planejamento familiar, custos podem aparecer perante a família em formação. Além dos gastos convencionais com moradia, saúde e alimentação, o próprio projeto de filiação, como visto, por vezes, só é possível através de intervenções médicas, a procriação artificial. A legislação brasileira permite que as pessoas recorram a tratamento de

RHA quando necessário. Sobre isso também já falamos. Mas para isso é preciso o gozo das liberdades instrumentais ou liberdades-meio.

Devido aos altos custos, o tratamento só pode ser utilizado de as pessoas em questão tiverem renda suficiente (facilidades econômicas) ou, não dispondo de recursos suficientes, tratamento público gratuito disponibilizado pelo SUS (oportunidades sociais). As histórias de Júlia e Iana retratam bem os conceitos defendidos nesse artigo. Para que se possa constituir família por meio da filiação artificial, é preciso que se detenha renda ou que o sistema público de saúde disponibilize gratuitamente o tratamento. Em outras palavras, é preciso que se tenha facilidades econômicas ou, na falta destas, oportunidades sociais, que são liberdades instrumentais ao desenvolvimento.

Em um quadro de privação de liberdades, o indivíduo não desenvolverá plenamente as suas capacidades. Se os indivíduos não estiverem livres da miséria ou da carência de oportunidades sociais, certamente não terão condições de suprir de maneira satisfatória suas necessidades existenciais, nas quais incluímos a formação do núcleo familiar. Desse modo, observa-se que ainda que haja crescimento econômico e desenvolvimento tecnológico, a privação da liberdade de exercício do planejamento familiar por meio das técnicas de RHA é indicativo de que não se está diante de um quadro de desenvolvimento na perspectiva de Amartya Sen, isto é, entendido como ausência de fontes de privação de liberdade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que o efetivo exercício do planejamento familiar, notadamente diante da necessidade de utilização de meios artificiais de filiação, só se verifica em um cenário no qual estejam ausentes algumas das principais fontes de privação de liberdade: privação de renda e carência de serviços sociais.

Para que haja de fato o gozo do direito e liberdade de exercer o planejamento familiar do modo que melhor responde as necessidades pessoais e individuais, é preciso que estejam presentes as liberdades instrumentais previstas por Sen, em sua obra, notadamente facilidades econômicas e oportunidades sociais. Na ausência destas, a liberdade formal prevista em lei dificilmente se materializará em capacidade, liberdade substantiva de suprir aquilo que se anseia alcançar.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, J. de O. O início da vida. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 3ª região, n. 81, p. 91-112, jan./fev., 2007.

FACHIN, L. E. Inovação e tradição no direito contemporâneo sob o Novo Código Civil Brasileiro. In: Bastos, Eliane Ferreira (coord.). **Afeto e estudos familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAMA, G. C. N. da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRANCO, F. C. O. O direito ao desenvolvimento como resultado do encontro entre direitos humanos e desenvolvimento. In **Direitos humanos de solidariedade. Avanços e Impasses**. FEITOSA, M. L. A. M. et al. Curitiba: Appris, 2013.

LÔBO, P. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, C. A. (coord.). **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Princípios do Direito de Família. **Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe**. nº 21 (março de 2008)

_____. LÔBO, P. **Direito Civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SEN, A. **O Desenvolvimento como Liberdade**. 3. ed. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

_____. **Poverty and famines: na essayon entitlements and deprivation**. Oxford: Oxford University Press, 1982.