

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS
MESTRADO EM POLÍTICAS PÚBLICAS**

ANA TERESA SILVA DE FREITAS

**PLANEJAMENTO FAMILIAR A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988: perspectivas para as famílias
e possibilidades legislativas**

São Luís

2009

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS
MESTRADO EM POLÍTICAS PÚBLICAS**

ANA TERESA SILVA DE FREITAS

**PLANEJAMENTO FAMILIAR A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988: perspectivas para as famílias e possibilidades legislativas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão, como requisito à obtenção do título de Mestre em Políticas Públicas.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Cláudia Maria da Costa Gonçalves

São Luís

2009

Freitas, Ana Teresa Silva de

Planejamento familiar a partir da Constituição Federal de 1988: perspectivas para as famílias e possibilidades legislativas.- São Luis, 2009.

159f.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Cláudia Maria da Costa Gonçalves

Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Maranhão.

1. Planejamento familiar – Constituição Federal – 1988 2. Planejamento familiar – Possibilidades legislativas I. Título

CDU 314.336 : 342.4 “1988”

ANA TERESA SILVA DE FREITAS

**PLANEJAMENTO FAMILIAR A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988: perspectivas para as famílias e possibilidades legislativas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão, como requisito à obtenção do título de Mestre em Políticas Públicas.

Aprovada em 27 / 04 /2009

BANCA EXAMINADORA

Profª. Drª. Cláudia Maria da Costa Gonçalves
Pós-Doutorado em Direito – Universidade de Lisboa
Doutorado em Políticas Públicas – UFMA

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos
Pós-Doutorado em Direito Constitucional – USP
Doutorado em Direito do Estado – PUC – SP

Profª. Drª. Luciane Maria Oliveira Brito
Doutorado em Medicina - UFRJ
Programa de Pós-Graduação em Saúde Materno-Infantil - UFMA

A Deus, presença, referencial e luz constantes na minha vida;

Aos meus amores, Mariana e Renato, que me realizam no aprendizado da maternidade;

À minha mãe, Alíria, sempre amorosa e disponível a acompanhar e apoiar os meus projetos e desafios de vida;

Ao meu pai, Sérgio, pelo amor e encorajamento em todos os momentos;

Aos meus familiares, representados pela minha irmã Ana Patrícia, pelo auxílio e compreensão afetuosos; e

Ao Rafael, pela dedicação e incentivo irrestritos, que fortalecem a minha crença no amor e na sua essencialidade entre duas pessoas.

AGRADECIMENTOS

Em especial, à Prof^a. Dr^a. Cláudia Maria da Costa Gonçalves, pelo estímulo ao ingresso na Pós-Graduação em Políticas Públicas, por ter acreditado neste projeto de pesquisa, pelo empréstimo de vários títulos bibliográficos e, sobretudo, pela competente e dedicada orientação, sem a qual não teria sido possível a conclusão desta dissertação.

Aos Examinadores, Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos e Prof^a. Dr^a. Luciane Maria Oliveira Brito, pelas contribuições para o desenvolvimento e finalização deste texto.

Às amigas e companheiras de seminários na Pós-Graduação de Políticas Públicas, Edith Maria Barbosa Ramos e Marizélia Rodrigues Costa Ribeiro, cujas reuniões deixaram saudades.

Aos colegas do Mestrado Interinstitucional de Roraima (MINTER) e aos colegas da Pós-Graduação em Políticas Públicas, turma de 2007, pela oportunidade desse encontro enriquecedor, cultural e afetivamente.

Aos Professores da Pós-Graduação em Políticas Públicas, representados pela Coordenadora, que acolheu a turma de 2007, Prof^a. Dr^a. Josefa Batista Lopes, e pela atual Coordenadora, Prof^a. Dr^a. Maria Ozanira da Silva e Silva, pelo compromisso incessante na condução e manutenção da qualidade do curso.

Aos servidores da Pós-Graduação em Políticas Públicas pelo apoio durante o curso.

À Universidade Federal do Maranhão, representada pela Chefe do Departamento de Direito, Prof^a. Edith Maria Barbosa Ramos, pela colaboração, possibilitando-me cursar a Pós-Graduação.

Ao Ministério Público do Estado do Maranhão, na pessoa da Procuradora de Justiça Dr^a. Regina Lúcia de Almeida Rocha e da Promotora de Justiça Dr^a. Sirlei Castro Aires Rodrigues, pelo apoio institucional.

Ao meu cunhado Antônio César Costa Choairy, pelo auxílio na formulação do projeto de pesquisa, com as indicações bibliográficas.

À amiga Rosanna da Conceição Gonçalves, pela presença e companhia nas etapas determinantes de construção deste texto.

À amiga Maria do Socorro Viégas Reis Leite pela fundamental contribuição no item referente ao Planejamento Familiar nos Presídios.

À amiga de adolescência e de vida, Rogener Almeida Santos Costa, pelo incentivo e pela contribuição, como referencial de intelectualidade.

Aos amigos Eliane da Costa Ribeiro Azor, Maria de Jesus R. Araújo Heilmann e Justino da Silva Guimarães pelo empréstimo de material bibliográfico.

Ao Núcleo de Estudo de Direitos Humanos - NEDH, pela partilha de experiências.

A Miguel Ribeiro Pereira pelo auxílio no anteprojeto de pesquisa.

A Ricarte Almeida Santos pelas indicações para o anteprojeto de pesquisa.

“É a unidade humana que traz em si os princípios de suas múltiplas diversidades. Compreender o humano é compreender sua unidade na diversidade, sua diversidade na unidade. É preciso conceber a unidade do múltiplo, a multiplicidade do uno.”

Edgar Morin

RESUMO

Planejamento Familiar a partir da Constituição Federal de 1988. Perspectivas de uma política de planejamento familiar democrática que contemple a pluralidade de modelos familiares e as possibilidades legislativas de implementação desse planejamento, para essas famílias, a partir da Constituição Federal de 1988. Apresenta-se o percurso histórico das famílias no Brasil e do planejamento familiar, para contextualizá-los no espaço social, iniciando o percurso de construção conceitual do planejamento familiar e os seus horizontes de re-elaboração. Projeta-se a construção normativa das categorias família e planejamento familiar no Brasil, para serem analisadas as possibilidades de argumentação que se extraem da Constituição Federal de 1988, em sua normatividade, para o planejamento familiar. Constrói-se, diante da argumentação, o conceito plural de planejamento familiar e os entraves para a sua realização. Examinam-se os paradigmas da Lei Federal nº. 9.263/96, da Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos, nos eixos do planejamento familiar, e das perspectivas legislativas escolhidas sobre o tema (parto anônimo; pensão paga à mãe em benefício do filho gerado em decorrência de estupro; e planejamento familiar em presídios), questionando-se suas posturas a possibilitar o pluralismo e a diversidade de famílias e as transformações sociais.

Palavras-chave: Planejamento familiar. Famílias. Democracia. Argumentação. Constituição Federal - 1988.

ABSTRACT

Family Planning through the Federal Constitution of 1988. Prospects for a democratic politics of family planning that includes a plurality of family models and the possibilities of implementation of planning legislation, for these families, through the Constitution of 1988. It presents the historical trajectory of the families in Brazil and of family planning, to contextualize them in the social area, starting the journey of building concept of family planning and their horizons of re-drafting. Projects is the development of normative categories such as family and family planning in Brazil, to considerate the possibility of extracting the argument that the Federal Constitution of 1988, in its regulations for family planning. Builds up in front of the argument, the concept of plural family planning and barriers to their achievement. The structures of the Federal Law no. 9263/96, the National Policy for Sexual and Reproductive Rights, in areas of family planning, and legislative perspectives on the chosen topic (anonymous childbirth; pension paid to the mother the benefit of the child created as a result of rape, and family planning in prisons), is questioning their positions to allow pluralism and diversity of families and social change.

Keywords: Family planning. Families. Democracy. Argumentation. Federal Constitution - 1988.

SUMÁRIO

	p.
1 INTRODUÇÃO	11
2 O PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BRASIL: uma difícil construção	18
2.1 Notas históricas da trajetória da categoria família no Brasil: do referencial econômico ao referencial afetivo	19
2.2 Contexto histórico e elementos de influência na elaboração conceitual e na compreensão do planejamento familiar	31
2.3 O Conceito de planejamento familiar herdado e as projeções para a sua re-elaboração	43
3 PERSPECTIVAS ARGUMENTATIVAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA O PLANEJAMENTO FAMILIAR	51
3.1 O Referencial simbólico-normativo do Código Civil para o planejamento familiar: do patrimônio ao afeto	51
3.2 A Normatividade constitucional para a família e seu planejamento	61
3.3 A Argumentação para a construção de um conceito plural de planejamento familiar	74
3.4 Os Entraves, a partir da perspectiva democrático-pluralista, para o planejamento familiar	92
4 POSSIBILIDADES LEGISLATIVAS E PLANEJAMENTO FAMILIAR	102
4.1 Categorias gerais do planejamento familiar na Lei Federal Nº 9.263/96 e na política nacional de direitos sexuais e reprodutivos	103
4.1.1 A Lei Federal Nº 9.263/96	103
4.1.2 A Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos	112
4.2 Acenos da projeção legislativa no Brasil para o planejamento familiar	119
4.2.1 Parto Anônimo	121

4.2.2 Pensão em benefício do filho gerado em decorrência de estupro	127
4.2.3 Planejamento familiar nos presídios	131
4.3 Democracia e diversidade: os horizontes do planejamento familiar no século XXI para o Brasil	136
5 CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS.....	150

1 INTRODUÇÃO

A família sempre foi objeto de estudos e debates acerca de sua formação e do poder interno e externo por ela exercido, em todos os campos, econômicos, sociais, psicológicos e psicanalíticos, e, notadamente, jurídicos. Na atualidade, com o contexto jurídico legitimador de modelos plúrimos, erguido com a Constituição Federal de 1988, e com o impulso desafiante e assustador das manipulações genéticas e reprodutivas, ganha especial destaque o seu estudo, que adquire nova roupagem axiológica, edificada nos princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, no interior do Estado Democrático de Direito.¹

O planejamento familiar instituído como direito pela Constituição, em seu art. 226, § 7º, merece elaboração e re-elaboração conceitual, eis que se insere como instrumento garantista de direitos isonômicos na origem da prole, em sua limitação ou em seu aumento, seja pelo homem, seja pela mulher ou pelo casal. Entretanto, mister contextualizar esse planejamento familiar, instituído como direito e incluso na cidadania² pela Constituição Federal, na família contemporânea que é qualificada pela democracia e pela dignidade da pessoa humana.³

Inicialmente, cabe destacar que a postura utilizada para a compreensão e a articulação do planejamento familiar e da família, na perspectiva constitucional e de suas possibilidades legislativas, toma por base o referencial democrático para abandonar as verdades, a uniformidade, para dar lugar ao questionar constante, considerando-se o pluralismo essência do espaço social.

A ruptura simbólica, na ordem jurídica brasileira, com o modelo de família patriarcal e desigual deu-se com a Constituição de 1988. Ainda que se falasse em alteração de seus modelos por outros diplomas normativos, como, por exemplo, com a Lei do Divórcio, de nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, somente a partir da

¹ Estado Democrático de Direito, na percepção de Canotilho (1999).

² Para a perspectiva da cidadania colhe-se o pensamento de Mouffe, interpretado por Kozicki (2004, p. 344), “ao ressaltar a importância de se resgatar os ideais de participação política, virtude cívica, empenho na construção de normas e valores comuns (contribuições do comunitarismo), bem como ao reconhecer a impossibilidade de uma reconciliação final entre os deveres do cidadão e a liberdade do indivíduo...”

³ Tomando-se o referencial de Sarlet (2001, p. 38-78) a dignidade da pessoa humana não se enquadra em uma definição fechada, em razão do pluralismo e da diversidade de valores que se manifestam nas sociedades contemporâneas, constituindo um conceito em processo de construção, no qual a idéia nuclear é a qualidade integrante e irrenunciável da condição humana. É, simultaneamente, limite e tarefa do Estado e da comunidade, reconhecendo a Carta Constitucional que o Estado existe em função da pessoa humana.

Carta Constitucional de 1988 permitiu-se um novo olhar sobre a família, possibilitando novos matizes interpretativos, embora com resistências sociais e jurídicas, que ainda teimavam em manter o modelo anterior, através da reafirmação, inconstitucional, de vários dispositivos do Código Civil, de 1916, que somente foi ab-rogado com o novo Código de 2002, embora não recepcionado em vários de seus dispositivos pela Carta de 1988.

A referida Constituição trouxe a preocupação com a humanização das relações familiares, distanciando-se de seu foco central anterior: o patrimônio, a herança⁴. Com isso, a interpretação que lhe foi possibilitada deu prevalência ao afeto para a caracterização da família, como uma das bases de suas relações, afastando-se, conseqüentemente, da noção de patrimônio e da conservação da herança pela descendência genética, haja vista a crise paradigmática da filiação, fundada hoje em vários aspectos: biológicos, genéticos e sociais.

Ressalta-se que essas transformações projetaram a possibilidade de diversas famílias, que fogem de um modelo padrão, cujos reflexos incidem nas políticas públicas, destacando-se a de planejamento familiar, por permitir novas possibilidades de nascimentos, de filiações e de formações familiares no espaço social brasileiro. Não restam dúvidas de que o planejamento familiar pode ser instrumento de esterilização de mulheres, de controle demográfico ou de eugenia, considerando-se as manipulações genéticas. Esses aspectos podem levar a possibilidade de que o planejamento familiar satisfaça fins diversos da realização da pessoa humana e da liberdade na formação da família.

Por outro lado, a família enfrenta os avanços genéticos para a reprodução humana, criando múltiplas possibilidades de filiação, e, por conseguinte, várias possibilidades de modelos e vínculos familiares.

Diante desse contexto social de plúrimas interferências, necessário traçar as linhas conceituais do planejamento familiar e a sua projeção para esse universo diversificado de famílias. Nesses casos, encontram-se as uniões homoafetivas e ainda as possíveis uniões entre amigos, do mesmo sexo ou não, que desejam ter uma prole comum, independente de vinculação sexual, porém com vinculação afetiva.⁵

⁴ Registra-se que a Constituição de 1988 mantém o reconhecimento dos direitos ao patrimônio e à herança na família, mas imprime-lhes uma nova dimensão, ao associá-los ao afeto, na perspectiva da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, da humanização das relações familiares.

⁵ Destaca PEREIRA, T., mencionando Kaslow, várias formas contemporâneas, que podem ser consideradas “família”, dentre as quais se destacam: família nuclear, incluindo duas gerações, com filhos

Incluem-se também as famílias formadas de irmãos, de avós e seus netos, tios e sobrinhos, pessoas viúvas, separadas, divorciadas e solteiras, em união afetiva.

Nesse panorama, considerando-se que a norma apenas legitima algumas formas de aborto⁶ (com risco de saúde para a mãe ou em decorrência de estupro), poderia o aborto ser incluído no planejamento familiar para esse modelo de família ou seria impossível a sua inclusão. A adoção também estaria inclusa no planejamento familiar?

Adverte-se que a pesquisa não tem por objeto examinar o aborto, a reprodução humana assistida e a adoção. Esses temas são tratados no que se refere à possibilidade de incluí-los no conceito de planejamento familiar, na perspectiva democrática, plural e da dignidade da pessoa humana.

Há que ser ressaltada a dimensão de poder admitida no planejamento familiar, para interferir no direito de nascer e de morrer, de seleção da espécie e das famílias em seus padrões. Colhe-se o referencial de poder atribuído por Foucault (2005) para avaliar as possibilidades de inclusão e exclusão no planejamento familiar a partir da regulamentação da Constituição Federal, por meio das leis infraconstitucionais, a atender a pluralidade de dimensões da família. Para tanto, evidencia-se o discurso construído para as famílias e o poder decorrente das leis, a estabelecer uma dimensão restritiva ou somente simbólica para o planejamento familiar, deixando de atender ao pluralismo e à democracia.

A normatividade constitucional, com as dimensões dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e da democracia, possibilita linhas argumentativas para construir uma dimensão de planejamento familiar mais abrangente, mais inclusiva. Entretanto, não é novidade o grande distanciamento da política pensada pelo Estado para o planejamento familiar e da sociedade, com a sua multiplicidade de fenômenos.

A força que se atribui à legislação infraconstitucional em relação à Constituição parece redimensionar a estrutura normativa, dando às leis o poder de ir além ou aquém da Constituição.

biológicos; famílias extensas, incluindo três ou quatro gerações; famílias adotivas; famílias monoparentais; famílias de casais homossexuais com ou sem crianças; famílias reconstituídas depois do divórcio; famílias de várias pessoas vivendo juntas, sem laços legais, mas com forte compromisso mútuo." (PEREIRA, T., 2004, p. 649).

⁶ Na medicina, é utilizada a expressão abortamento para designar o processo de expulsão (natural ou artificial) do feto, sendo este, após a expulsão, denominado aborto. (PORTO, 2005, p. 884-5).

A democracia surge como legitimadora desse poder, entretanto, precisa ser redimensionada, colhendo-se o aporte democrático, a partir de Mouffe (2000, 2008), Santos (2000, 2003, 2006, 2007) e Touraine (1996,1998), para essa compreensão e para a compreensão da categoria planejamento familiar no Brasil. Para tanto, parte-se de uma postura questionadora e de oposição aos parâmetros estabelecidos pela lei e de sua lógica de argumentação, para avaliar a isonomia e a liberdade instituídas ao planejamento familiar, confrontando-as com o contexto social.

Buscando-se essa postura democrática, valorizadora do dissenso, das heterogeneidades, focaliza-se o planejamento familiar e as famílias, no discurso construído a partir da Constituição para o discurso das possibilidades legislativas, tomando-se como referencial, no Legislativo, a Lei Federal nº 9.263/96, que regulamentou a política de planejamento familiar. Acrescenta Perelman (2005, p. 517) que a “argumentação intervém, de fato, em todos os casos em que os homens devem tomar decisões, fazer escolhas refletidas, cada vez que devem deliberar ou discutir, criticar ou justificar.” Portanto, as opções e delimitações da família e de seu planejamento no Legislativo, bem como as construções interpretativas da Constituição, derivam de um processo de escolha, de convencimento, de justificativas.

Ao analisar-se o processo legislativo na Câmara dos Deputados, em Projetos de Lei que tratam de temas como o parto anônimo, a pensão paga à mãe, em benefício do filho gerado em decorrência de estupro e a do planejamento familiar em presídios, percebe-se a relevância que a família e o planejamento possuem para o Estado e como esse poder de elaboração das leis permite homogeneizar e manipular o dissenso e a vida, com toda a sua diversidade, como já advertia Foucault (2005, p. 286-7). Temas que serão tratados no último capítulo desse texto, notadamente sobre a constitucionalidade dessas construções normativas. Registra-se que a escolha por esses Projetos de Lei, na Câmara dos Deputados, foi realizada, empiricamente, pela autora, tomando-se por referencial a pesquisa qualitativa, em temáticas diversificadas, que abordam variadas projeções a inserir-se nas perspectivas legislativas para o planejamento familiar no Brasil. Fez-se a opção pela Câmara dos Deputados e não pelo Senado Federal, somente pela escolha qualitativa dos temas, a expressar a diversidade democrática das proposições legislativas.

Portanto, seriam expressões da sociedade os Projetos de Lei e a Lei que trata do planejamento familiar? Estariam sendo observadas as liberdades individuais ou estaria sendo criado um todo homogêneo, um modelo-padrão de

planejamento a que se adequariam todos os modelos familiares, desprezando-se as suas divergências e conflitos? Qual a lógica que permeia essas articulações e que se exterioriza nas leis e nesses Projetos de Lei? Seriam esses Projetos de Lei constitucionais?

Na perspectiva democrática, a sociedade está em freqüente transformação. Assim, a identidade criada a partir de um interesse público dependeria da participação e valorização dos vários segmentos sociais.

As leis, que tratam do planejamento familiar e as suas perspectivas não estariam em uma postura democrática, tomando-se, ainda, por parâmetro a matéria sobre a qual se legisla e sobre a qual não se legisla, ou seja: o que se inclui e o que se exclui? Os princípios constitucionais da isonomia, da liberdade e da dignidade da pessoa humana estariam sendo cumpridos por essas legislações?

Ante todo esse desenho, que expressa a dificuldade que a lei possui em abranger a identidade dos diversos interesses, há que adicionar os interesses individuais, que desprezam o consenso provisório, necessário a uma postura democrática.

Por outro lado, colhendo-se os ensinamentos de Hespanha (1999, p. 21), verifica-se a impossibilidade cada vez mais constante de determinações genéricas para legislar e um distanciamento cada vez maior também de acesso a essa legislação, diante de sua abstração. As questões que envolviam decisões afetivas não integravam o mundo do direito, registrando-se na esfera legislativa, em regra, apenas o caráter punitivo com relação aos delitos passionais, colocando-se os sentimentos como desvirtuação das condutas. Com a preocupação com a dignidade da pessoa humana, o referencial legislativo passa a absorver os afetos, a solidariedade, como expressões dessa humanidade, que se projeta na família.

Acrescenta Cunha (2007, p. 47), afirmando a necessidade de uma constituição viva, uma constituição que não esteja somente no plano abstrato e simbólico, “que a teoria constitucional tem de, num Estado de Direito Democrático, concretizar-se em práxis constitucional, vivência constitucional e vivência jurídica e política de acordo com a Constituição.”

Todo esse contexto aliado à multiplicidade de perspectivas familiares, sem a moldura que as enclausurou no modelo legislado, precisa ser enfrentado no planejamento familiar, na perspectiva constitucional e legislativa, resultando em várias indagações. A que família o planejamento familiar atende na contemporaneidade

brasileira? Existem limites a serem impostos? Qual a conduta diante da procriação artificial e quais os limites diante dela na formação familiar, inserida no planejamento? Qual o acesso efetivo para o homem e a mulher, ou o casal, independente da orientação sexual, para a constituição da família? Todas as famílias, em qualquer campo, social ou cultural, estariam incluídas no planejamento familiar a partir de sua concepção constitucional e legal? A família, a partir do vínculo por adoção, também estaria contemplada na política de planejamento familiar?

Com essas questões, como parâmetros de reflexão, pretende-se situar a partir da Constituição Federal de 1988, as perspectivas de uma política de planejamento familiar democrática que contemple a pluralidade de modelos familiares, considerando-se os campos⁷ social e jurídico, e as possibilidades legislativas de implementação desse planejamento, nessa perspectiva democrática, para essas famílias.

Não se tem por objeto a eficácia dos direitos fundamentais ou a estrutura teórica das regras e princípios. A pesquisa centraliza-se no aporte democrático, no poder disciplinar e regulamentar foucaultiano⁸ e utiliza a teoria da argumentação⁹ para discutir e analisar, nos campos social e jurídico, do espaço social brasileiro, se a política de planejamento familiar, a partir da Constituição Federal de 1988, implementada pela Lei Federal nº 9.263/96, e as possibilidades legislativas, permitem incluir a diversidade de modelos familiares.

Contextualiza-se o desenvolvimento das questões propostas no Planejamento Familiar no Brasil, na Constituição Federal, na Lei Federal nº. 9.263/96 e em três temas, que se encontram em Projetos de Lei da Câmara dos Deputados, em andamento: o do parto anônimo; o da pensão paga à mãe em benefício do filho gerado em decorrência de estupro; e o do planejamento familiar em presídios. Temas que são tratados, no referencial da democracia, na pesquisa qualitativa desenvolvida, para o espaço social brasileiro, admitindo-se as possibilidades diversificadas e excludentes e

⁷ Utiliza-se a categoria campo adotada por Bourdieu (2007, p.31) para especificar uma parte selecionada do espaço social, que apresenta relações de dominação, conflitos, leis e posições específicas e que interage com outras parcelas selecionadas, também consideradas “campo” no mundo social: “o limite de um campo é o limite dos seus efeitos ou, em outro sentido, um agente ou uma instituição faz parte de um campo na medida em que nele sofre efeitos ou que nele os produz”.

⁸ Foucault (2005, 2006a, 2006b).

⁹ Teoria desenvolvida a partir das “provas que Aristóteles chama de dialéticas, examinadas por ele nos Tópicos, e cuja utilização mostra na Retórica. Essa evocação da terminologia de Aristóteles teria justificado a aproximação da teoria da argumentação à dialética, concebida pelo próprio Aristóteles como a arte de raciocinar a partir de proposições geralmente aceitas.” (PERELMAN, 2005, p.05)

concebendo a Constituição não somente como instrumento de garantia abstrata de direitos, mas como norma diretiva fundamental, que compromete todos os sujeitos sociais, nos espaços público e privado (FIORAVANTI, 2007, p.128).

Para essa finalidade, divide-se a temática, em três capítulos, apresentando-se no primeiro a trajetória histórica das famílias no Brasil e do planejamento familiar, para, em seguida, contextualizá-los no espaço social, iniciando o percurso de construção conceitual do planejamento familiar e os seus horizontes de re-elaboração.

Em um segundo momento, projeta-se a construção normativa das categorias família e planejamento familiar no Brasil, para serem analisadas as possibilidades de argumentação que se extraem da Constituição Federal de 1988, em sua normatividade para o planejamento familiar. Com esse aporte constrói-se, diante da argumentação, o conceito plural de planejamento familiar e os entraves para a sua realização.

Finaliza-se, examinando os paradigmas da Lei Federal nº. 9.263/96, da Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos, lançada em 2005, nos eixos do planejamento familiar, e das perspectivas legislativas escolhidas sobre o tema (parto anônimo; pensão paga à mãe em benefício do filho gerado em decorrência de estupro; e planejamento familiar em presídios), questionando-se suas posturas a possibilitar o pluralismo e a diversidade de famílias e as transformações sociais. Contextos que são referenciados para a formulação de parâmetros para antever os horizontes do planejamento familiar para o século XXI, diante da democracia e da diversidade social.

Nessa trajetória, enquanto pesquisa qualitativa, colhe-se o referencial de Bourdieu (2007), sobretudo, destacando de sua postura metodológica “a dúvida radical”¹⁰ e “a objectivação participante”¹¹; a ruptura com o senso comum e, notadamente, com o senso comum erudito.

No enfrentamento dos padrões familiares, analisando a família e o seu planejamento em suas plúrimas relações, tenta-se romper com o “senso comum”, colocando as categorias teóricas tradicionais em suspense, em dúvida, especialmente as significações presentes na experiência da pesquisadora. Busca-se, com isso,

¹⁰ A dúvida radical para Bourdieu (2007, p. 34-5) é uma necessidade para a construção do objeto científico, na medida em que consiste na ruptura com o senso comum, colocando em suspense as representações do objeto, enquanto fato social, e as do pesquisador, enquanto ser social.

¹¹ A objectivação participante em relação ao pesquisador “requer a ruptura das aderências e adesões mais profundas e mais inconscientes, justamente aquelas que, muitas vezes, constituem o ‘interesse’ do próprio objecto estudado para aquele que o estuda...” (BOURDIEU, 2007, p. 51)

apreender, nas projeções argumentativas da Constituição Federal de 1988, da Lei nº 9.263/96 e das possibilidades legislativas, as inclusões e exclusões, expressas e silenciadas, no que se refere aos modelos familiares a serem atendidos pelo planejamento familiar e a sua caracterização, sob a perspectiva democrática.

Em coexistência, considera-se a ruptura com os padrões familiares, analisando o objeto do estudo relacionalmente, com os aspectos comuns e os contrários. Ou seja, analisando as famílias nos espaços de suas relações, inclusive em sua relação com o Estado e como este a legitima, enfocando-se a política de planejamento familiar, de 2005 a 2007, e suas determinações sob a perspectiva constitucional e legislativa.

2 O PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BRASIL: uma difícil construção

O capítulo inicial desenvolve-se em três momentos: no primeiro procura-se traçar alguns aspectos históricos que marcam a formação da família brasileira, para a compreensão do universo plural de modelos familiares e do contexto histórico de interferência na percepção do planejamento familiar; no segundo, enfrenta-se a elaboração do planejamento familiar no Brasil, enquanto política, e os elementos de influência nesse processo histórico; por último, resgata-se o conceito de planejamento familiar construído ao longo do tempo e os horizontes diante dos desafios contemporâneos, notadamente com relação às plúrimas expressões familiares, para sua re-elaboração.

Adverte-se que no esboço histórico construído neste texto, tanto no que pertine à família quanto ao planejamento familiar, adota-se o manto da denominada *nova história*¹², para a qual não se trabalha somente o discurso oficial, nem evolucionista das categorias, admitindo-se a variedade de possibilidades em coexistência no tempo.

¹² Consoante pensamento de Burke (1992, p.10) “Embora outros tipos de história – a história da arte, por exemplo, ou a história da ciência – não fossem totalmente excluídos pelo paradigma tradicional, eram marginalizados, no sentido de serem considerados periféricos aos interesses dos ‘verdadeiros’ historiadores. Por outro lado, a nova história começou a se interessar por virtualmente toda a atividade humana.”

2.1 Notas Históricas da Trajetória da Categoria Família no Brasil: do referencial econômico ao afetivo

A colonização do Brasil caracterizou-se, essencialmente, pela atividade agrícola, com a exploração do trabalho escravo e a miscigenação, em sua formação étnica: índios, brancos e negros. Os portugueses inauguraram, através do sistema de sesmarias, uma política colonizadora centrada na atividade do particular, para os interesses da Coroa Portuguesa. Assim, utilizou Portugal a formação privada, como instrumento de colonização e de exploração, servindo-se, nesse primeiro momento, dos índios e da mulher nativa para o trabalho e para a formação familiar, que inaugurava o processo de colonização.

A família brasileira, no olhar oficial, como família nuclear, desenvolveu-se fundamentada no patriarcado e na forma aristocrática, centralizando-se nos senhores agrários e constituindo o grande núcleo de desenvolvimento da colônia, que ultrapassou as fronteiras da ação do colonizador, representado pelo monarca português.

Nesse desiderato, acentua Freyre (2005, p. 81) a sua importância e particularidade:

A família, não o indivíduo, nem tampouco o Estado, nem nenhuma companhia de comércio, é desde o século XVI o grande fator colonizador do Brasil, a unidade produtiva, o capital que desbrava o solo, instala as fazendas, compra escravos, bois, ferramentas, a força social que se desdobra em política, constituindo-se na aristocracia colonial mais poderosa da América. Sobre ela o rei de Portugal quase reina sem governar. Os senados de Câmara, expressões desse familismo político, cedo limitam o poder dos reis e mais tarde o próprio imperialismo ou, antes, parasitismo econômico, que procura estender do reino às colônias os seus tentáculos absorventes.

No Brasil, foram sucessivas aristocracias agrárias que determinaram a estrutura familiar dominante, destacando-se a do açúcar e a cafeeira. Prado Júnior (1993, p. 259) esclarece que “o grande proprietário está no centro da vida social da colônia, reunindo todos os elementos da aristocracia: riquezas, poder e autoridade. E aliados a esses elementos conduz a família patriarcal, em sua tradição”.

Na análise histórica, observa-se que somente nas últimas décadas do século XX há uma alteração significativa que projeta uma aceitação moral e pública da coexistência de núcleos familiares diversos do modelo patriarcal, que se projetou no tempo, na elite e na realidade simbólica brasileira, como se única forma familiar fosse.

Portanto, desde a colonização, as múltiplas interferências do mundo europeu no espaço brasileiro nativo sempre impuseram um modo familiar absorto pela dominação econômica, na qual o patriarcado e a estrutura hierarquizada eram essenciais.

Entretanto, embora tenha existido uma grande miscigenação entre os europeus e os índios, estes conservaram, em pequeno número, suas tradições. Ressalta-se, nesse sentido, a coexistência de modelos familiares diversos, entre os índios, como, posteriormente em relação aos negros, que mantiveram a sua forma de convivência, permanecendo como sociedades paralelas, ignoradas pela visão da colônia.

Ribeiro (2008, p. 72) explica como se iniciaram as relações de parentesco entre os colonizadores e os índios:

A instituição social que possibilitou a formação do povo brasileiro foi o *cunhadismo*, velho uso indígena de incorporar estranhos à sua comunidade. Consistia em lhes dar uma moça índia como esposa. Assim que ele a assumisse, estabelecia, automaticamente, mil laços que o aparentavam com todos os membros do grupo. Isso se alcançava graças ao sistema de parentesco classificatório dos índios, que relaciona, uns com os outros, todos os membros de um povo.

O autor ressalta que o cunhadismo gerou mestiços e foi responsável pela povoação do Brasil, misturando costumes e gerando, em sua expressão, os *brasilíndios*. Acentua que os povos indígenas, embora dizimados principalmente pelas doenças, mantiveram, em poucos núcleos, a sua identidade cultural, ainda conservada, identidade esta que excluiu o modelo familiar patriarcal imposto pelos colonos. Portanto, a família que adquire visibilidade no espaço público brasileiro não é a dos povos indígenas que continuaram, em poucos núcleos, conservando costumes e modelos próprios.

O choque nas formações familiares heterogêneas: a indígena; a européia e a africana, não resultou em uma fusão para incorporar um modelo familiar diferenciado do que foi reproduzido pela cultura européia. Prado Júnior (1983, p. 109) evidencia que na colonização brasileira pelos europeus faltaram mulheres brancas, o que levou o colono a utilizar as mulheres nativas, consideradas inferiores, prática que se repetiu com as mulheres negras, conduzindo as uniões sem casamento. Portanto, na origem dos núcleos familiares brasileiros estavam as uniões informais, que com a frequência em que ocorriam passaram a ser aceitas pela “moral dominante”. Note-se que nas classes pertencentes à aristocracia rural, o modelo de família era patriarcal,

fundado na tradição católica do casamento, em núcleos minoritários.¹³ Todavia, com os colonos, com os escravos, portanto na maioria da população, a constituição da família não tem sua expressão em núcleos estáveis e tradicionais, caracterizando-se por uniões eventuais, sem qualquer estabilidade, segundo Prado Júnior (1983, p. 352).

Conviviam, portanto, na realidade brasileira, uniões informais e uniões matrimoniais, sendo aquelas toleradas e atribuídas aos campos de menor poderio econômico; e as últimas priorizadas e impostas socialmente como modelo padrão.

Del Priore (2006, p. 107), ao descrever a trajetória das relações amorosas no Brasil, realça que:

O amor cantado em prosa e verso, vindo de Portugal com os primeiros colonizadores, ficava muito distante do dia-a-dia. Com a presença da Igreja e seu forte projeto de cristalizar a colônia, o que vem para cá é, exatamente, o que estava por trás das representações poéticas. Ou seja, práticas patriarcais e machistas que, ao transplantar-se para a colônia, trazem em seu bojo a mentalidade de uma desigualdade profunda entre os sexos. Ao homem, a vida na rua, a vida pública. Para a mulher, a vida em casa, na privacidade. Uma tal concepção de união entre homens e mulheres teve por consequência a coexistência de dois tipos de conduta sexual: uma, conjugal, com a única finalidade da procriação. Outra, extraconjugal, caracterizada pela paixão amorosa e pela busca do prazer. A mulher era duramente tratada pelo homem, que a considerava um ser inferior, mais frágil, mais fraco. Amá-las? Só fisicamente. E, de preferência, fora do casamento.

O primeiro referencial na constituição da família no Brasil centrou-se nos interesses econômicos, que justificavam casamentos e uniões, seja nos campos sociais de poderio financeiro, seja nos campos de menor ou sem poder econômico. Naqueles, para assegurar a propriedade; nestes para a subsistência, para o auxílio no trabalho e também através da procriação, como em relação aos escravos, cuja procriação era incentivada, como crias de animais, para aumentá-los em número e em valor econômico. Não havia uma valorização do afeto e sequer era ele considerado para dar início às relações familiares e para o nascimento dos filhos.

Dessa coexistência de raças fez-se dominar, pelo poderio econômico, o modelo europeu, patriarcal, no qual a família era uma grande extensão da propriedade agrícola, determinando-se hierarquicamente e com posições discriminatórias. A monogamia fazia parte do modelo, imposto também pela moral católica. Entretanto, as formações familiares, sem casamento, eram uma realidade, tal como a miscigenação entre negros, brancos e índios.

¹³ Cabe ressaltar a coexistência de núcleos familiares indígenas e africanos, que resistiam ao modelo católico e patriarcal, mantendo suas características próprias, apesar de todo o processo de dominação.

As dificuldades para o casamento, relacionadas à distância do local em que ficava o sacerdote e ainda ao preconceito de raça e classe social, tornaram as uniões extramatrimoniais freqüentes, que predominavam à margem do modelo da aristocracia rural.

As uniões concubinárias, portanto, sempre fizeram parte da sociedade brasileira e por mais que houvesse uma ação eugênica aparente, com a exclusão dos negros e nativos, a própria condição de dominação imposta pela escravatura destituía as mulheres escravas da também liberdade sexual e da constituição de sua prole, sendo elas utilizadas por seus senhores ou pelos brancos livres, que as podiam dominar.

O próprio sistema produtivo, portanto, era determinante da procriação. Era necessário que as escravas gerassem mais filhos, que seriam, por conseguinte, escravos. Deste modo, entre os escravos, o casamento não era a regra, como acrescenta Del Priore (2006, p. 62):

[...] centenas de pesquisas demonstram que o concubinato e as relações consensuais estáveis e de longa duração era uma realidade comum entre escravos. O casamento legal, “de papel passado”, interessava especialmente às famílias proprietárias, preocupadas com a transmissão do patrimônio, logo dos escravos, que dele faziam parte.

Às moças, que integravam a aristocracia ou o modelo católico patriarcal, também eram impostas formas de dominação: casavam cedo, com doze, treze ou quatorze anos de idade, geralmente com homens mais velhos, escolhidos pelo patriarca da família, que impunha as regras a partir das vantagens a serem obtidas, situação que foi comum inclusive no século XIX. Da autoridade do pai, passavam para a autoridade do marido. Elas não tinham direito à escolha e muito menos a pensar em relações amorosas. O casamento consistia em um negócio, que devia ser vantajoso para o patriarca.¹⁴ A propriedade era a razão de ser da família. O afeto não era considerado. Tanto que as jovens mulheres, submissas aos seus pais, eram obrigadas a casar com homens que muitas vezes sequer conheciam, sem qualquer possibilidade de contestação ou escolha.

¹⁴ Na obra *Cidade Antiga*, Coulanges (2007, p. 14-52) destaca que a família romana não se fundamentava no afeto, tampouco na propriedade. O seu alicerce, que servia de fundamento para a autoridade do pai e do marido, originou-se da religião doméstica, dos cultos familiares, próprios de cada família, que se baseavam na crença de sua religião, no lar e nos antepassados. Com isso, a mulher, ao casar, abandonava a religião do pai, para adotar a religião do marido.

Na sociedade escravocrata brasileira essas meninas-mulheres tinham extensa prole, para assegurar a transmissão da herança, e era comum o falecimento precoce, em decorrência, muitas vezes, dos partos. Transparece, sobretudo, que a mulher, escrava ou branca, foi utilizada como procriadora, para fins de apropriação, expansão ou manutenção da propriedade.

Eram comuns, ainda, casamentos realizados entre parentes consangüíneos, de forma endogâmica, para preservar a propriedade e mantê-la na mesma família.

Discorre, sobre a estrutura de poder na formação familiar brasileira, no início do século XIX, Holanda (1995, p. 81):

Os escravos das plantações e das casas, e não somente escravos, como os agregados, dilatam o círculo familiar e, com ele, a autoridade imensa do 'pater-famílias'. Esse núcleo bem característico em tudo se comporta como seu modelo da Antigüidade, em que a própria palavra 'família', derivada de 'famulus', se acha estreitamente vinculada à idéia de escravidão, e em que mesmo os filhos são apenas os membros livres do vasto corpo, inteiramente subordinado ao patriarca, os 'liberi'.

Interessante notar o papel das escravas como amas-de-leite, que amamentavam e acalentavam os filhos de suas senhoras, que, em sua maioria, jovens demais, não conseguiam fazê-lo.

A posição da Igreja Católica, primeiramente com os jesuítas que iniciaram o processo colonizador, manteve-se na função de sustentação do modelo familiar extremamente desigual, de dominação, no qual a propriedade e a prole legítima fundamentavam a necessidade e a manutenção do casamento.

Del Priore (2006, p. 146) destaca, no século XIX, a existência simultânea da família legítima e da família que derivava das relações extraconjugais, na elite brasileira:

Ser amásia ou *cunhá* de um homem importante implicava galgar degraus, ganhar *status* econômico que não existiria de outra maneira. É certo que se exigia dela ser conhecedora "do seu lugar", com comportamentos adequados e comedidos, mas mesmo assim a *pipira* gozava de respeito. [...] Formou-se, assim, uma ética que legitimava os sentimentos e a sexualidade vividos em famílias não oficiais.

Essa formação familiar, que oficialmente destacava o modelo católico e que convivia com as uniões à margem do casamento e com a prole resultante da utilização das escravas por seus senhores, marca a constituição do modelo de família assumido pelo discurso jurídico, na esfera do público-estatal, que reproduz os

interesses da manutenção da propriedade, assegurando a sua descendência legítima. Essa uma das razões pela qual a família surge, no Código Civil Brasileiro de 1916, já no século XX, em um modelo matrimonializado, patrimonial, hierárquico e patriarcal: o marido com mais direitos que a mulher; e os pais com mais direitos que os filhos, destacando-se o exercício do pátrio poder.

Por outro lado, embora a motivação para a formação familiar estivesse centrada no referencial econômico, com a manutenção e transmissão da propriedade, as aristocracias agrárias foram responsáveis pela extensão da família além dos vínculos genéticos para uma outra espécie de dominação, que tinha o referencial da gratidão e da subserviência aos grandes patriarcas, que com suas esposas apadrinhavam os filhos de seus empregados, em um misto de relação afetiva e de submissão, estendendo os limites familiares para lhes dar uma caracterização política, como no coronelismo.

Comentando a importância da formação familiar sobre o espaço público, nessa relação, acrescenta Holanda (1995, p. 82):

O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública. A nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. Representando, como já se notou acima, o único setor onde o princípio da autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a idéia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens. O resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família.

O modelo patriarcal, que se instituiu na sociedade brasileira desde a sua formação, perdurou na esfera pública pela sua autoridade e similitude com o poder estatal, que se manteve predominantemente na trajetória política do país. E é essa subordinação e coesão que interessa permear na dimensão pública, entre os detentores do poder e seus subordinados. Portanto, apresenta-se na esfera pública, social e estatal e, especificamente, na da família, o autoritarismo em suas relações.

Note-se que a trajetória histórica brasileira sempre demonstrou a apropriação do público pelo particular, dificultando a ocupação do espaço público, como pode ser constatado no coronelismo, no mandonismo e no clientelismo, formas de dominação que também tiveram seu nascedouro a partir de relações caracterizadas nas formações familiares, de concepção patrimonialista e patriarcal, nas quais

predominavam forças patrimoniais ou comunitárias de organização de poder, liderança e submissão.

A família revela-se como instrumento de controle social e é também por essa razão que integra o interesse público. Após a abolição da escravatura, deu-se a substituição da mão-de-obra escrava pela dos imigrantes, que trouxeram novas particularidades à formação brasileira. Os imigrantes, centrando-se em partes do território nacional, tentaram manter a sua identidade com a manutenção da homogeneidade de suas famílias. Ressalta ainda Del Priore (2006, p. 174) sobre a imigração no Brasil:

As jovens brancas que aqui chegavam, embarcadas por vontade dos pais ou do marido para tentar a vida nas fazendas de café, eram tão assediadas pelos “senhores” quanto as escravas. Os fazendeiros também procuravam interferir nos arranjos domésticos dos colonos, tentando promover ou atrapalhar casamentos, tratando-os muitas vezes como servos em vez de trabalhadores livres. Não faltou o uso de força física ou suborno a parentes para cortejar as “italianinhas”, ou as alemãs, como escreveu Érico Veríssimo em *O tempo e o vento*.

A mesma estrutura de dominação perpassava a família imigrante, decorrente da herança européia, e continuamente impôs o modelo patriarcal e as formas de submissão do grande patriarca, da família aristocrática. Os costumes e a identidade dos grupos imigrantes, que chegaram ao Brasil após a abolição da escravatura, com o passar dos anos, incorporaram-se à brasileira e são por ela absorvidos, criando uma nova identidade cultural e étnica.

Com o processo de industrialização e a liberação na família, que foi resultante do ingresso da mulher no mercado de trabalho, em uma nova posição, nas últimas décadas do século XX, determinou-se a redução do número de filhos e a ingerência do interesse público do modo de produção capitalista, na concepção e, por conseqüência, no planejamento familiar. Deste modo, o reforço à aparente monogamia e à repressão sexual, na moral da Igreja e na moral social, reside, também, no interesse de ganhos, na exploração do trabalho e na manutenção da saúde, a não prejudicar a atividade laboral. Com isso, passa a haver preocupação com as doenças sexualmente transmissíveis, com a quantidade de filhos, com a saúde da família.

Com a industrialização, a partir da década de quarenta, há um deslocamento da família para a fábrica, modificando a arquitetura familiar, notadamente com a alteração do papel da mulher na estrutura de produção, fenômeno que se difundiu mundialmente.

A revolução sexual, entre os anos 60 e 70, tornou mais flexível a moral sexual, principalmente entre os mais jovens, permitindo o prazer, sem o casamento, tendo sido indispensável nesse processo a pílula anticoncepcional. Passou-se a vivenciar também as separações entre os casais ou outras alternativas para a felicidade conjugal inexistente. Del Priore (2006, p. 302 e 304) destaca que, ainda assim, são mantidos os casamentos sem o referencial afetivo:

O importante era não dividir os patrimônios: o material e o simbólico. O patrimônio simbólico bem representado em nomes de família tradicional, em posições profissionais de projeção, em carreiras públicas, enfim no *status* que seguia impoluto, sem a mancha do divórcio, do lar desfeito ou da consciência pesada.

Entretanto, a repressão que marca a estrutura política brasileira na década de sessenta também vai projetar-se na família, mantendo o modelo patriarcal e patrimonialista, que somente passa a apresentar alteração relevante na esfera jurídica com a Lei do Divórcio, em 1977, que reconhece a dissolução do casamento.

Deste modo, a partir do final da década de setenta é que ocorre a passagem da família nuclear patriarcal, como modelo institucionalizado, para as famílias fundadas em uniões não matrimonializadas, sendo elemento fundamental nesse processo a libertação econômica da mulher.

Com a abertura política nos anos oitenta, após anos de arbítrio e de repressão, as reivindicações, produtos de lutas sociais diversas, que marcaram esses anos caracterizaram um espaço público plural, que se refletiu na família.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi reconhecida pela ordem jurídica a existência de outros modelos familiares, deixando de conceber a família, unicamente, como patriarcal e matrimonializada, modelo da ordem anterior. Admitiu a Carta Magna, com o primado dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da liberdade, que a família poderia constituir-se de plúrimas formas e com isso legitimou núcleos familiares que se encontravam à margem do sistema jurídico.

Os filhos deixaram de ser categorizados como filhos legítimos, adulterinos, unilaterais e passaram a ter igualdade de direitos e de estado familiar. Por outro lado, as reivindicações de uniões homoafetivas passaram a integrar o palco familiar.

Quanto às uniões homoafetivas mister ressaltar a sua existência ao longo dos séculos de forma escamoteada, em silêncio, ou, quando externada, a sofrer

acentuada discriminação. A pressão social e da Igreja impuseram à homossexualidade o estereótipo de doença, a ser tratada e reprimida. Com a democratização, as diversas orientações sexuais passaram a ser vistas com maior naturalidade e por essa razão os casais homoafetivos iniciaram a reivindicação por sua inclusão jurídica.

A Constituição de 1988 representa o marco da inserção na ordem jurídica do reconhecimento normativo de núcleos familiares diversos e por conceber a família, em tese, não mais em desigualdade de direitos, em hierarquização e matrimonializada; e sim, concebendo-a em liberdade de formação, extinção e reconstrução; em igualdade de direitos e deveres entre seus membros e na dignidade de seus integrantes.

Resgata-se na construção da agenda do constituinte de 88 a participação de sujeitos determinantes, representados por movimentos sociais.¹⁵ Essas representações sociais, que reivindicavam a aderência aos seus interesses no texto constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento no arcabouço jurídico-político da diversidade de possibilidades de família.

Assim, o constitucionalismo brasileiro, marcado na história por autoritarismo e por caracterizar-se, nas Cartas anteriormente produzidas, com frequência, em um estatuto do governo, teve, na construção da cidadania com a Constituinte de 1988, que contou com a participação dos movimentos sociais, seu grande momento, para adquirir a adesão do corpo social à Constituição. Nesse processo é de relevância singular a família, a partir do movimento feminista brasileiro, e da necessidade de isonomia e de dignidade na sociedade, como destaca Gonçalves (2006, p. 129 -151):

[...] não apenas demandas operárias das trabalhadoras passaram a ser evidenciadas, mas também foi questionada sobretudo a posição subalterna das mulheres nas relações cotidianas, inclusive no interior da família. Noutros termos: de forma gradual, contudo visível, observou-se que democratizar verdadeiramente a sociedade passava também e inevitavelmente pela democratização das relações pessoais e familiares.

[...] De outro lado, algumas Emendas populares que versavam, por exemplo, sobre mulheres, idosos, crianças e adolescentes, negros e povos indígenas percebiam a igualdade como garantia de espaços para o exercício das diferenças. A dignidade, aí, não era um paradigma abstratamente trabalhado, mas, acima de tudo, expressava o desejo de sua construção cotidiana no interior de uma sociedade tão diversificada como a brasileira.

¹⁵ Os movimentos sociais que compuseram o processo constituinte caracterizavam-se pela heterogeneidade e pela diversidade, consubstanciando a abertura democrática.

Portanto, no sistema jurídico brasileiro, o modelo de família que seguia o patriarcado, em desigualdade entre seus integrantes, somente sofreu ruptura com a Constituição de 1988. Embora alguns diplomas legislativos anteriores, como a Lei do Divórcio, tenham representado uma mudança significativa no padrão familiar, somente a partir da Carta de 1988 descortinou-se um novo horizonte para a família, com projeções interpretativas diversas, que sofreram resistências sociais e jurídicas, que pretendiam dar prevalência ao modelo tradicional, anterior, inclusive com a manutenção de dispositivos do Código de 1916, não recepcionados pela ordem constitucional inaugurada.

Sobre essa nova “vereda” familiar estabelecida, explica Fachin (2003, p.92):

No espaço da pluralidade familiar tem assento a família não matrimonializada. Nesse ninho sem moldura apresenta-se a união estável, a união livre e a monoparentabilidade. A união estável liga-se a um padrão familiar próximo ao casamento, facultada a conversão em casamento, posto que suscetível de nele ser convertida; a união livre corresponde a uma associação informal não suscetível de conversão, e as famílias monoparentais são formadas em diversos modelos que não se resumem a pais e mães solteiras. Entes sob nova arquitetura de relação familiar.

Importante ressaltar que a esses tipos de família destacados por Fachin podem ser acrescidos outros, como observa Glanz (2005, p. 157-8 /170):

Está em moda agora falar de famílias recompostas, na doutrina francesa. É um nome novo para uma situação antiga.
[...] Após as rupturas dos casais, muitos refazem seus lares e, já tendo filhos, acabam juntando os seus aos do companheiro ou cônjuge do segundo casamento. Muitas vezes ambos têm filhos e acabam tendo mais, donde o surgimento dos irmãos germanos e dos unilaterais.
[...] Há muitos casos, mas não se falava em família de uma pessoa só. Agora surge orientação nova em nosso Superior Tribunal de Justiça. Pessoas solteiras, vivendo com outros parentes ou mesmos sós, como o caso de um divorciado solitário, formam uma família ou entidade familiar.

No espaço democrático, estabelecido pela nova ordem constitucional, tem lugar para a família não matrimonializada, na qual se insere a união estável, a união livre e a monoparentabilidade. A união estável que se aproxima da noção do casamento; a união livre que apresenta a informalidade e a instabilidade como características; e por fim a família monoparental, na qual se inserem vários modelos e que se notabilizou por pais e mães, solteiros ou divorciados, com seus filhos (FACHIN, 2003, p. 92).

A Constituição de 1988, fundamentada na dignidade da pessoa humana, trouxe a humanização para as relações familiares, afastando-se da

centralidade e da importância anteriormente atribuída ao patrimônio e à herança, embora continuando a mantê-los, para a família, na expressão do contexto capitalista. Com isso, passou-se a interpretar a Carta de 1988, caracterizando a família a partir do afeto, que recebeu a qualidade de mantenedor das relações familiares e de seu elemento de maior vinculação. Por conseguinte, há distanciamento da família de seus dois elementos históricos: o patrimônio e a herança.

Aliados a esse fator normativo, eclodem os avanços biogenéticos: a relação sexual não é mais indispensável à procriação; a maternidade pode ser genética, biológica ou somente afetiva; a paternidade pode ser genética ou apenas afetiva; filhos podem nascer de gestações posteriores à morte de seus pais genéticos.¹⁶ Enfim, o impulso da ciência na reprodução humana passa a modificar os conceitos familiares, inicialmente relacionados aos dados genéticos e com a finalidade principal de proteção ao patrimônio. Há, deste modo, crise paradigmática da filiação, fundada hoje em vários aspectos: biológicos, genéticos e sociais.

A família enfrenta, na contemporaneidade, os avanços biogenéticos no tocante à reprodução humana, multiplicando as possibilidades de filiação, que conduzem a variadas possibilidades de modelos e vínculos familiares, como retrata Gama (2003, 675-6):

A pluralidade de pessoas envolvidas no contexto das técnicas de reprodução assistida é impressionante, o que gerou a cogitação, no plano teórico, da criança eventualmente ter três pais e três mães, o que representaria uma completa reformulação nos vínculos de parentesco – com aumento significativo das relações familiares e seus efeitos, provocando não mais a retração do núcleo familiar, mas sua expansão. Imagine-se no caso da prática da maternidade-de-substituição, a presença de três casais: aquele que deseja a criança, mas não tem condições de fornecer material fecundante, nem a mulher pode engravidar; aquele que doa o embrião excedente; e o casal que aceita que a mulher engravide, permitindo, após quarenta semanas, o nascimento da criança. Tal número poderá ser aumentado para oito pessoas e, portanto, quatro casais, no caso de não existir o embrião, o que exige que um homem e uma mulher doem, respectivamente, seu espermatozóide e seu óvulo, sendo que ambos são casados com outras pessoas que, desse modo, também tiveram que consentir. As hipóteses, em termos científicos, são as mais variadas possíveis, mas juridicamente qual dos quatro homens será o pai? Do mesmo modo, qual das mulheres será a mãe? As respostas provavelmente, variarão dependendo do sistema jurídico e, especialmente dos valores e princípios que são reconhecidos em determinado ordenamento jurídico.

Ao mesmo tempo, a família é redescoberta em modelos que sempre existiram, mas que não eram legitimados, e em outros, em busca de legitimação. Esse

¹⁶ Possibilidade que ocorre pelo armazenamento de embriões, colhidos em vida dos pais genéticos e, após a sua morte, inseminados em uma mãe biológica.

universo plural de formações familiares encontra no afeto a sua vinculação ética e motivadora, que inclui na noção conceitual de família as possíveis uniões entre amigos, do mesmo sexo ou não, com vinculação afetiva e sem vinculação sexual, e ainda as formas familiares integradas por avós e netos, tios e sobrinhos e entre demais parentes.

No contexto atual, as possibilidades múltiplas de expressões de família centram-se no afeto, que tende a ser o referencial ao seu reconhecimento jurídico. Entretanto, não se pode deixar de constatar que o excesso de individualismo e de consumismo, que permeiam a sociedade contemporânea e atingem as relações familiares, podem distanciar os seus integrantes ou transformar a valorização do afeto para o reconhecimento da família, em um vazio, desprovido de conteúdo, como uma poesia sem sentimento.

Deve ser considerado ainda que a família, na atualidade, não se desenvolve somente fundamentada na afetividade, mas representa uma estrutura de poder e de vinculação econômica, podendo inclusive ter a multiplicação de seus integrantes, sem a inserção de afeto, mas por dependência econômica ou por dominação. Como exemplo, menciona-se as mães adolescentes, que continuam, na companhia de um de seus pais ou de ambos, com filhos concebidos e gerados sem vontade ou em razão de violência, inclusive e, muitas vezes, no ambiente familiar ou ainda tendo por pais genéticos de seus filhos um de seus familiares.

Embora na trajetória histórica da família no Brasil tenha se notabilizado um modelo único, constata-se que muitas uniões, hoje reconhecidas pela ordem jurídica, sempre pertenceram à realidade fática. Por essa razão, como a realidade impulsiona as transformações normativas e suas interpretações, as formas familiares ainda não aceitas, mas acolhidas pela ética e pelo afeto, poderão sê-lo em um futuro breve, e novas formas, que advieram com os avanços genéticos, encontrarão a sua acolhida no espaço familiar que hoje se constrói. E para essas novas famílias, com todas as possibilidades plurais, projeta-se o planejamento familiar, a permitir também novas possibilidades, de nascimentos, de filiações, e, principalmente a propiciar a realização dos desejos de paternidade e de maternidade, conscientes e responsáveis.

2.2 Contexto Histórico e Elementos de Influência na Elaboração Conceitual e na Compreensão do Planejamento Familiar

Para dar início à contextualização do planejamento familiar em algumas passagens históricas no Brasil, parte-se da prenoção do planejamento familiar como instrumento para determinar o número de filhos, o momento de tê-los, ou a opção em não os ter, ou não os gerar. Essa primeira noção vai ser modificada com o tempo, entretanto, para o percurso histórico, na construção do planejamento familiar, impõe-se o mergulho nessa impressão inicial.

Diante da formação familiar heterogênea brasileira observa-se que não houve uma preocupação dirigida com o seu planejamento. Entretanto, fez-se sentir no processo de colonização a necessidade da procriação para povoamento pelo colonizador da terra nova.

Verifica-se o interesse da Coroa na colonização, na ocupação da terra, com a utilização das mulheres nativas para essa finalidade, sem nenhum interesse em constituir família no modelo da moral católica, considerada a família tradicional.¹⁷

No entanto, formaram-se núcleos familiares, que se revelaram como instrumento de colonização¹⁸, e que passaram a contar com extremo poderio, ao fundar-se em sucessivas hegemonias agrárias. Com isso para a maior apropriação deu-se a utilização não mais da nativa, e sim da mulher escrava e da mulher livre. Aquela dominada por sua própria condição a reproduzir e aumentar o número de escravos, que eram objeto de propriedade, para acrescer o capital de seu senhor. A mulher branca, livre, que dominada pela tirania patriarcal e pela manutenção de suas próprias necessidades, que se submetia muito jovem ao casamento, com homem bem mais velho, para assegurar uma prole extensa e garantir a transmissão de propriedade aos seus descendentes.

Del Priore (2006, p. 31) destaca, com sensibilidade, a violência desse processo:

¹⁷ O povoamento do Brasil passou por um processo de destruição das bases sociais indígenas: com a homogeneização de culturas, com o cativo, pela anulação dos desejos, da expressão religiosa e das vontades e ainda pelo convívio com os brancos, que os dizimou pelas doenças, pela cristandade missionária ou pela pecaminosidade colonial." (RIBEIRO, 2008, p. 38-9)

¹⁸ Conviviam com o modelo tradicional de família núcleos familiares marginalizados, constatando-se não somente as uniões livres, entre brancos e negras e brancos entre si, sem casamento, mas as famílias de negros escravos e de índios, que resistiam bravamente a manter a sua estrutura familiar, com as suas diferenças.

As mulheres, por sua vez, apresentavam-se como fiéis, submissas, recolhidas. Sua tarefa mais importante era a procriação. É provável que os homens tratassem suas mulheres como máquinas de fazer filhos, submetidas às relações sexuais mecânicas e despidas de expressões de afeto. Basta pensar na facilidade com que eram infectadas por doenças venéreas, nos múltiplos partos, na vida arriscada de reprodutoras. A obediência da esposa era lei.

A autora continua acrescentando:

[...] a degradação das índias e sua reificação, como objetos sexuais dos lusos, somar-se-iam as das mulatas, das africanas, das ladinas e das caboclas – todas elas inferiorizadas por sua condição feminina, racial e servil no imaginário colonial. (DEL PRIORE, 2006, p. 61)

No processo de formação brasileira promoveu-se a mistura de raças: portugueses e índios, originando mamelucos; brancos e negros, gerando mulatos; e índios e negros, cafuzos. A nota característica do povo brasileiro é a formação plural, sem limites de qualquer planejamento, tendo sido o processo de povoamento derivado do impulso sexual poligâmico, estimulado pelo colonizador.

Há que considerar, nessa formação, as relações incestuosas para garantir a manutenção da propriedade: tios e sobrinhas; irmãos unilaterais ou bilaterais entre si. Não havia limites, embora diante da moral católica e da Igreja e, em muito, as situações incestuosas eram mantidas como se não o fossem, omitindo-se os parentescos. Nessa função procriadora, sem fronteiras, o principal interesse era a propriedade.

Aguinaga (1996, p. 19-20) identifica a gênese do natalismo no Brasil em dois motivos:

O primeiro, em razão da herança do país colonizador, Portugal; o segundo, pelas extensas costas brasileiras e a expansão para o interior, que tornou o país de dimensões continentais.

[...] Havia todo o incentivo para o crescimento da população e a miscigenação com os povos conquistados para, através dos laços sangüíneos, fortalecer a posição do colonizador. Alguns costumes tornaram-se legais na colônia, como a poligamia, que era permitida aos portugueses que aqui permaneciam.

Essa a primeira expressão da inexistência de um planejamento familiar, posto que a idéia de família no modelo católico europeu também se dissolvia para atender aos interesses de colonização e da propriedade.

Com a independência do Brasil e o nascimento do Estado Brasileiro, em 1822, apresenta-se, pela primeira vez, para o Estado, a necessidade de uma identidade nacional e da caracterização de seu povo. Necessidade esta que vai ser

acentuada com a Proclamação da República, que calcada no positivismo de Augusto Comte, tinha por lema “ordem e progresso”, que ganhou destaque na bandeira nacional. Havia preocupação com a questão populacional, ou seja, para atingir o progresso indispensável a ordem, que incluía a ordenação da pátria a partir de sua população, no extenso território.

O evolucionismo, cujos princípios foram utilizados para o aprimoramento racial, teve interferência na compreensão da formação populacional brasileira, na idéia da seleção natural, na constituição de um povo mais forte, com a eliminação dos mais fracos.

Não houve, apesar dessas influências, uma política pública de planejamento familiar, adotando o Estado brasileiro uma postura pró-natalista, que somente passa a ser efetivamente confrontada na década de sessenta, no século XX. Deste modo, desde a colonização até os anos 60, o Brasil não tem uma preocupação com o planejamento familiar, adotando uma posição difusa e desarticulada a favorecer a natalidade.

Fonseca Sobrinho (1993, p. 38) expõe:

[...] este consenso natalista foi gradativamente marcado, por, pelo menos, quatro importantes matrizes culturais, que grande influência tiveram, no final do século passado, sobre as elites intelectuais e dirigentes da política nacional: o evolucionismo; o positivismo de Comte, certa antropologia eugenista, formulada entre outros, pelo francês André de Gobineau, e, por fim, o higienismo que caracterizou a ciência médica nesse período.

O autor destaca a influência da obra do médico maranhense Nina Rodrigues,¹⁹ que sustentado na teoria do francês Gobineau²⁰ e da Antropologia Criminal de Cesare Lombroso,²¹ considerava a existência de raças inferiores, derivadas no Brasil de um mestiçamento²² irresponsável e incontrolável. Pregava o médico que o

¹⁹ O médico Nina Rodrigues, em sua obra “As Raças Humanas”, analisa “as modificações que as condições da raça imprimem à responsabilidade penal” (RODRIGUES, 1957, p. 27).

²⁰ O francês Gobineau defendia a superioridade da raça ariana e expôs a sua degradação com o processo de miscigenação (FONSECA SOBRINHO, 1993, p. 42).

²¹ Cesare Lombroso acreditava que a metade dos criminosos eram natos, por possuírem características genéticas de seus antecessores que os conduziam à prática de crimes (FONSECA SOBRINHO, 1993, p. 44).

²² Sobre o mestiçamento no Brasil, imprescindível destacar Ribeiro (2008, p. 118-9) quando diz: “O Brasilíndio como o afro-brasileiro existiam numa terra de ninguém, etnicamente falando, e é a partir dessa carência essencial, para livrar-se da ninguentude de não-índios, não europeus e não negros, que eles se vêem forçados a criar a sua própria identidade étnica: a brasileira.” O autor continua: “O surgimento de uma etnia brasileira, inclusiva, que possa envolver e acolher a gente variada que aqui se juntou, passa também pela anulação das identificações étnicas de índios, africanos e europeus, como pela indiferenciação entre as várias formas de mestiçagem, como os mulatos (negros com brancos), caboclos (brancos com índios) ou curibocas (negros com índios).”

surgimento de mestiços degenerados deveria ser reduzido, para que prevalecesse uma raça mais aprimorada. (FONSECA SOBRINHO, 1993, p.44-5).

Impunha-se pela ciência, através do saber autorizado dos médicos,²³ a ideologia de controle do mestiçamento. Controle este que vai refletir no incentivo ao mestiçamento e na identidade brasileira a partir dos imigrantes, de origem européia, considerados superiores racialmente. Mas que vai encontrar embaraços na identidade cultural e étnica desses grupos, que se fecham, para a manutenção eugênica de suas raízes.

Sobre essa questão destaca Fonseca Sobrinho (1993, p. 57/8):

As obras surgidas em fins do século XIX e primórdios do século XX, e que se dedicavam à análise da questão racial e populacional, no Brasil, tendiam a ver na miscigenação, principalmente a que se dava entre brancos e negros, a possibilidade de que o “embranquecimento” da raça viabilizasse a superação do atraso no processo de desenvolvimento nacional.

[...] Nesse sentido foi grande a expectativa das classes dominantes brasileiras em relação à intensa imigração européia havida no início deste século...

[...] O projeto eugênico não se revelaria de tão fácil exequibilidade. Os imigrantes resistiriam à miscigenação, assim como resistiram, com seus protestos, movimentos e greves, aos baixos salários e as más condições de vida e de trabalho que lhes foram impostas.

A política de higienização, iniciada no século XIX, também determinada pela medicina, caracterizava-se pela preocupação com a saúde familiar, sendo a família essencial instrumento de disciplina do homem, vez que nela ele se formava. Essa preocupação surgiu após a chegada de Dom João VI no Brasil, que passou a empenhar-se na criação de cursos de Medicina, passando a disseminar a necessidade de uma disciplina médica a ser propagada na família. Com isso, as relações incestuosas, o casamento de mulheres muito jovens com homens muito mais velhos e a prole numerosa passaram a ser rejeitados, bem como os casamentos realizados exclusivamente por interesse econômico (sem a existência de afeto), pois todos esses elementos, segundo essa política, não conduziam a uma prole saudável e ao equilíbrio familiar, indispensáveis à evolução do povo brasileiro, o que é reforçado com a proclamação da república e a ideologia da necessidade do progresso.

Sobre esse aspecto convém destacar o poder disciplinar e regulamentar, que denomina Foucault (2005, p. 285-315) de biopoder, sobre a vida,

²³ A ciência médica, na época, pela elite intelectual e pelo governo, era considerada um saber incontestável, a que não se colocavam dúvidas. Trata-se do senso erudito, do conhecimento douto, de que cuida Bourdieu (2007, p. 48-9), o qual deve ser rompido, colocado em suspense, e não reafirmado como verdade inquestionável.

ênfatizando o papel determinante da medicina, como legitimadora da regulamentação e da disciplina imposta ao corpo:

[...] como a medicina, ou melhor, o conjunto constituído por medicina e higiene, vai ser no século XIX um elemento, não o mais importante, mas aquele cuja importância será considerável dado o vínculo que estabelece entre as influências científicas sobre os processos biológicos e orgânicos (isto é, sobre a população e sobre o corpo) e, ao mesmo tempo, na medida em que a medicina vai ser uma técnica política de intervenção, com efeito de poder próprios. A medicina é um saber-poder que incide ao mesmo tempo sobre o corpo e sobre a população, sobre o organismo e sobre os processos biológicos e que vai, portanto, ter efeitos disciplinares e efeitos regulamentadores. (FOUCAULT, 2005, p. 301-2)

Como expressão legislativa, que espelha toda essa forma de ver a família, e que regulamenta o poder disciplinar sobre a vida, não se pode deixar de mencionar o Código Civil Brasileiro de 1916, que com sustentação na tradição do Direito romano e com os olhos voltados para o século XIX, reproduz em seu texto o modelo ideal de família para a elite brasileira: patriarcal, hierarquizada, com flagrante desigualdade de direitos, ressaltando-se a situação de incapacidade civil relativa da mulher casada, e com impedimentos matrimoniais relativos ao incesto e com a maior fixação de idade núbil.

Esse projeto de higienização acentua-se com o processo de industrialização, preocupando-se com a família operária e sua saúde, bem como a manutenção de espaços de trabalho higiênicos a não prejudicar o processo de produção capitalista. Com isso, surgem, no início do século XX, a operação mata-mosquitos, para combater a febre amarela e a peste bubônica, e a campanha da vacina, ambas levantadas pelo médico Oswaldo Cruz, no Rio de Janeiro, e que receberam resistências sociais, decorrentes do autoritarismo em que se impuseram, resistências como a “Revolta da Vacina”.

O interesse do Estado Brasileiro pelo planejamento familiar vai ser identificado já na década de trinta, como “um conjunto de propostas e de políticas visando à constituição de uma família capaz de promover o aprimoramento físico e moral da raça, sinônimo de povo, e o correlato fortalecimento da nação” (Fonseca; 2001, p. 29). É exatamente nessa década que se inicia no Brasil a construção de um tipo específico de *Welfare State*, para a proteção social, que vem acentuar as desigualdades existentes na sociedade. Sobre esse aspecto refere-se Draibe (1990, p. 08):

[...] o período é também fértil em alterações nas áreas de política de saúde e de educação, onde se manifestam elevados graus de “nacionalização” das políticas sob a forma de centralização no Executivo Federal, de recursos e de

instrumentos institucionais e administrativos, e resguardos de algumas competências típicas da organização federativa do País.

Pereira, P. (2007, p. 75-6, 83) acentua “a segurança no planejamento familiar e no parto como necessidades intermediárias ou satisfadores universais à proteção da saúde física e da autonomia dos seres humanos”, daí o interesse das políticas públicas sobre a matéria. Acrescenta ainda que o interesse a atender essas necessidades é diretamente das mulheres, para alcançarem a autonomia sobre suas vidas reprodutivas.

Entretanto, não foi para garantir essa autonomia que se inseriu o planejamento familiar no interesse público. Há legislações, nos anos 30, como o Decreto-lei nº 406/1938, mencionado por Fonseca (2001, p. 41), que vai disciplinar a constituição de núcleos familiares estrangeiros de única nacionalidade, para evitar a homogeneização cultural e familiar, determinando ainda um percentual necessário de brasileiros. O interesse estatal é impedir que os imigrantes permaneçam identificados em suas culturas, dificultando os casamentos endogâmicos e a eugenia. A caracterização do povo brasileiro, portanto, reside na mistura das etnias e não em seus isolamentos.

Cabe destacar a existência nos anos 30 do Centro Brasileiro de Eugenia, que tentou interferir na Constituição de 1934, com um conjunto de propostas de políticas nacionais, das quais se destacam as seguintes (Fonseca, 2001 p. 58-9): “medidas legais que facultem na idade mais favorável à procriação de todos os indivíduos considerados eugenizados e de valor intelectual comprovado; impedimento ao casamento dos indivíduos patentemente degenerados, tarados, e dos que, por seus antepassados provenham de ascendentes com cabedais genotípicos incompatíveis com a boa progenitura.” Esse centro demonstrou-se como sujeito a interferir em uma política de planejamento familiar, tendo por racionalidade a eugenia extrema, que se dissociava inclusive da caracterização do povo brasileiro.

Retratava-se a necessidade de aprimoramento racial e, ao mesmo tempo, o fortalecimento do Estado com a criação de uma identidade própria. Revela-se este o primeiro interesse estatal no planejamento familiar. Interesse que se justifica no contexto histórico mundial.

A Constituição de 1934, em seu art. 138, textualmente estabelecia:

Art. 138 – Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos da lei respectivos:

[...] b) estimular a educação eugênica;

- c) amparar a maternidade e a infância;
- d) socorrer as famílias de prole numerosa;²⁴

Há profundo interesse na hereditariedade e na transmissão de caracteres próprios da nacionalidade brasileira, e mais, uma preocupação com a saúde da prole, para o fortalecimento da nação. Para tanto foram acentuados, na lógica higienista, os impedimentos matrimoniais de parentesco, a impedir a procriação derivada de relações incestuosas, e incentivado o exame pré-nupcial para a saúde na constituição da família.

O exame pré-nupcial, inclusive, foi objeto de campanha que antecedeu a Constituição de 1934. A educação sexual passa a ser defendida, podendo ser citado como documento da época o Boletim de Educação Sexual, publicado em 1935 no Rio de Janeiro, que contemplava cuidados com a higiene, condenava os desvios sexuais e ressaltava a necessidade de uma vida sexual equilibrada, dentro dos padrões morais de normalidade.

Pregava-se a responsabilidade pela saúde dos filhos e pela construção de um Estado forte, com a manutenção do modelo tradicional de família e com a repressão sexual. Evidente que o Estado, com isso, adotava posições discriminatórias e de extrema desigualdade, pois condenava as famílias fora do casamento, a homossexualidade, e categorizava os filhos em legítimos, ilegítimos, unilaterais, bilaterais e adulterinos. Note-se que a transmissão da herança, da propriedade, também era interesse central, em que concorriam os filhos, dependendo da categoria a que pertencessem, em desigualdade de condições, pois os ilegítimos, concebidos em uniões concubinárias ou à margem do casamento não eram reconhecidos pela ordem jurídica. Negava o Estado a própria realidade, que sempre fez parte do cotidiano brasileiro, haja vista a formação de seu povo.

Nessa década a atenção ao trabalho feminino também representava um aspecto importante quanto ao planejamento familiar e a manutenção da família, onde o discurso oficial centrava-se na falta de independência das mulheres ante a sua finalidade e utilidade maior: a procriação e o cuidado dos filhos, que transcendia os seus desejos e a sua liberdade de autodeterminação.

O interesse estatal, que se impunha pelo interesse social da moral vigente, apregoava que o trabalho não era motivo de felicidade para a mulher e que sua realização estava em atividades que lhe eram naturais, ligadas à reprodução, à

²⁴ Conferir em Brasil (2009q).

constituição e manutenção da família, aos cuidados com os filhos e com o marido. Observa-se que a autonomia privada era direcionada pelo interesse público, seja ele social ou estatal.

Pretendia-se enfatizar a estabilidade do espaço²⁵ social, mantendo-se a estrutura tradicional de família, essencialmente patriarcal, com a mulher desempenhando um papel de subordinação ainda que fosse responsável pela procriação.

Verifica-se, na estrutura brasileira, que, embora com o processo de urbanização e industrialização, que teve início no século XX, mantinha-se o interesse no modelo familiar com definições de funções rígidas de seus integrantes no qual o afeto era elemento de menor importância.

Com a flexibilização desses papéis desempenhados na família, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, paradoxalmente, passaram a ser mais valorizados os laços de convivência, pela mudança do referencial paterno de sustentação da família, acabando por desorganizar a família institucional nuclear para dar lugar no espaço social a novos modelos, transformando a família, principalmente pela participação ativa da mulher em sua manutenção financeira. A função exclusivamente provedora do homem foi modificada e com isso há alteração nas funções tradicionais da paternidade e maternidade, bem como nos modelos familiares que são admitidos socialmente. A liberdade sexual e a possibilidade do divórcio alteraram estruturalmente a percepção das famílias e de seu planejamento.

A partir da década de sessenta, com o início da revolução sexual e com a propagação da pílula anticoncepcional, há redução da natalidade. Aguinaga (1996, p. 65) esclarece:

A taxa de crescimento populacional reduziu-se ligeiramente durante o decênio de 1960, e com maior rapidez, na década de 1970. A razão dessa queda acelerada teve como causa o declínio mais rápido da taxa de natalidade, de 17% entre os períodos de 1960-1980, as medidas restritivas à emigração e à difusão da anticoncepção.

A Igreja Católica, que, em 1951, com o Papa Pio XII, admite a decisão pelo casal do número de filhos, apontando a regulação dos nascimentos, manifesta-se totalmente contrária a utilização da pílula como método contraceptivo em 1958. O Papa Paulo VI, já em 1967, na Encíclica *Populorum Progressio* tratou do direito do Estado em estabelecer uma política populacional e o dos pais de planejar a sua família, em

²⁵ Utiliza-se a expressão espaço e não corpo, por se restringir esta à noção de homogeneidade, tendo aquela a possibilidade de inclusão das diferenças, da pluralidade.

uma paternidade responsável, observando os deveres para com Deus, para com a sua família e para a sociedade, manifestando-se contrário ao aborto, e à esterilização. Em 1968, com a encíclica *Humanae Vitae*, do Papa Paulo VI, a Igreja Católica manifesta-se novamente contrária à contracepção artificial, o que foi reafirmado no pontificado de João Paulo II, admitindo tão-somente a contracepção por métodos naturais. (AGUINAGA, 1996, p. 39/44).

A família e o planejamento familiar, por conseguinte, sofreram e sofrem a interferência da religião em seu percurso. Destaca Therborn (2006, p.398-9), ao tratar da família no mundo, a influência direta exercida pelo catolicismo no planejamento familiar:

Os representantes católicos nos órgãos da ONU começaram forte luta, bem sucedida por muito tempo, contra qualquer apoio ao controle de natalidade. [...] em 1968, com a encíclica *Humanae Vitae* do Papa Paulo VI, a Igreja reafirmou, em termos mais amenos, sua negativa tradicional ao controle "artificial" da natalidade, negativa mantida sob o reinado do papa João Paulo II.

Por outro lado, a posição das Igrejas protestantes tem sido diversas, como acentua Aguinaga (1996, p. 37):

A maioria das Igrejas protestantes admite, hoje, que o casal pode ter livre o uso das possibilidades que oferece a ciência de limitar os nascimentos, na condição de que esses métodos sejam aceitos por ambos os cônjuges, que não prejudiquem a nenhum deles e nem à vida em formação.

Portanto, o aborto, para a Igreja, em suas expressões ocidentais, é expressamente condenado, mantendo a Igreja Católica a sua oposição aos métodos artificiais de contracepção, que inclui o uso de preservativos.

Além da influência da Igreja no planejamento familiar, há, sobretudo, a interferência do Estado e a interferência de políticas estatais dos países de capitalismo avançado, como os Estados Unidos.

Na década de 1960, o Governo americano passa a impor uma política de controle de natalidade, para os países considerados de Terceiro Mundo, entre os quais se inclui o Brasil, através do Conselho Econômico da ONU – Organização das Nações Unidas – preocupado com a pobreza e principalmente com o avanço do comunismo. A ideologia propagada era a de que a redução populacional conteria a revolução popular e, ao mesmo tempo, que o aumento populacional aumentaria a pobreza no mundo.

Brauner (2003, p. 4-5) retrata sobre as políticas de população:

[...] cabe lembrar que o tema interessou sempre aos países poderosos e que, já nos anos 60, era muito conhecido e divulgado o discurso elaborado pelos países ricos, que se consideravam responsáveis pelas políticas de população no mundo, pregando uma intervenção direta através de um controle de natalidade nos países denominados Terceiro Mundo, pois seria a “superpopulação” o fator desencadeador da miséria, da escassez de recursos e da devastação do meio ambiente.

Relacionava-se a miséria à superpopulação e ao crescimento demográfico desordenado, que se desvinculava da preocupação com a qualidade de vida e com os recursos naturais para a alimentação. Nessa perspectiva, os países ricos passam a impor uma política de controle de natalidade.

A ONU (Organização das Nações Unidas) promoveu reuniões para tratar da população mundial, ressaltando-se a Conferência Mundial de População, realizada em Bucareste, na Romênia, em 1974, que se centrou no Plano de Ação Mundial de População dos Estados Unidos.

Com o regime militar, instaurado no Brasil, a partir de 1964, surge a preocupação com a segurança nacional, e, principalmente, com a segurança ideológica interna. Deste modo, a pobreza era elemento que deveria ser controlado e que estava associado à falta de controle de natalidade. Pois, nas regiões mais pobres, como no nordeste do país, a extensa prole acentuava a miséria de toda a família e ocasionava a migração para os grandes centros, o que poderia gerar insatisfação e revolta contra o regime político instaurado.

Em 1965 foi criada a BEMFAM – Sociedade Civil de Bem-Estar Familiar no Brasil – que tinha por finalidade conscientizar a sociedade da necessidade de um planejamento familiar, transformando a realidade existente, utilizando, para esse fim, a informação e os serviços médicos. Entretanto, apesar da existência da BEMFAM, não havia uma política pública de planejamento familiar. Porém essa entidade desempenhou relevante papel na construção de uma política de planejamento familiar, que sofreu, na década de setenta, resistência da Igreja Católica.

A notícia de grande esterilização de mulheres, sob a ação de missionários americanos na região Amazônica, que incluía municípios como Araguaína, Tocantinópolis, Imperatriz e Açailândia, em 1967, reabriu o debate sobre a necessidade de uma política pública de planejamento familiar (FONSECA SOBRINHO, 1993, p. 109).

O Centro de Pesquisa e Assistência Integrada à Mulher e à Criança – CPAIMC – rede nacional de instituições médicas, criado em 1974, também se

notabilizou pela construção de uma política de planejamento familiar que priorizasse a saúde da mulher.

Todavia, somente com o início da abertura democrática do país, em 1984, com a participação do movimento de mulheres, já no Governo do Presidente Figueiredo, surgiu o PAISM – Política de Assistência Integral da Saúde da Mulher,²⁶ primeiro programa brasileiro oficial sobre o planejamento familiar, voltado exclusivamente às mulheres. Esse primeiro programa representou uma vitória das correntes de controle de natalidade, que se focalizavam na saúde feminina, decorrente do problema resultante dos abortos clandestinos, da gravidez na adolescência, das doenças sexualmente transmissíveis, da esterilização em larga escala de mulheres e ainda na mortalidade infantil.

Com a democratização do país e com a Constituição Federal de 1988, que legitimou novos modelos familiares, ao conceber a família de forma plural, também é incluída na Carta Magna o planejamento familiar como direito fundamental, no § 7º do art. 226, que veio a ser regulamentado pela Lei Federal nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

O planejamento familiar fundamentou-se, basicamente, em dois programas do Ministério da Saúde: a Política de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), que é de 1984, anterior à Constituição de 1988; e a Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos, que foi lançada em março de 2005, com metas até 2007. Ambas são voltadas para a mulher e para as técnicas contraceptivas, com a distribuição pelo Sistema Único de Saúde de pílulas combinadas, pílulas de emergência, injetáveis, minipílulas (para as mulheres em fase de amamentação), e preservativos.

Em decorrência da Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos, surgiram duas políticas específicas, lançadas pelo Ministério da Saúde: em 2006, a Política de Atenção Integral à Reprodução Humana Assistida, para assegurar o direito à reprodução, com a utilização de técnicas de fertilização; e, em 2007, a Política Nacional de Planejamento Familiar, cuja meta centra-se na oferta de métodos contraceptivos gratuitos e na disponibilização de contraceptivos para compra na rede de Farmácia Popular, a preços bem mais baixos (BRASIL, 2009t).

²⁶ Também nominada pelo Ministério da Saúde como Programa Integral de Atenção à Saúde da Mulher.

Ainda podem ser citados, como possíveis instrumentos para o planejamento familiar, os Programas de Saúde da Família (PSF) e de Humanização no Pré-Natal e Nascimento (PHPN), embora não seja esse o objetivo principal dos dois programas do Ministério da Saúde.

Na maioria desses programas concentram-se dois interesses públicos básicos: a contracepção e a prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, principalmente a aids.

O Ministério da Saúde, através da Portaria nº 48, de 11 de fevereiro de 1999 (BRASIL, 2009u), estabelece regras para a esterilização de homens e mulheres, possibilitando e ampliando o acesso a esses mecanismos no Sistema Único de Saúde, ou seja, universalizando a cobertura desses procedimentos, estabelecendo como idade limite para essas intervenções 25 anos e a capacidade civil plena, acrescida a existência de dois filhos vivos, em observâncias às regras estabelecidas na Lei do Planejamento Familiar, nº 9.263/96.

Cabe ressaltar que o IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – no censo de 2000, constatou “que até 1960 a taxa de fecundidade total estimada para o país era um pouco superior a seis filhos por mulher”. Entretanto, continuando na análise dos dados, foi verificado que esse número foi reduzido a 2,38 filhos por mulher, fato atribuído à intensificação da esterilização feminina. Foi observado ainda que o maior índice de fecundidade deu-se em relação às mulheres sem instrução e nas regiões rurais e mais pobres do país: norte e nordeste. No último censo, de 2007, a taxa de fecundidade baixou ainda mais para 1,8 filhos por mulher e houve comprovada redução dos integrantes da família, constatando-se o envelhecimento da população (BRASIL, 2007g).

O controle da natalidade e a redução do número de filhos são apontados como resultado da conscientização de que a uma família menor pode ser assegurado um melhor padrão de vida, bem como resultado da ocupação de espaço cada vez maior da mulher no mercado de trabalho e do adiamento da maternidade, devido à prioridade feminina, na atualidade, conferida à realização profissional e financeira.

Nota-se ainda, pela análise dos dados obtidos pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), que a intensificação e acesso das esterilizações têm por foco as classes sociais mais baixas e menos instruídas, que pelo senso

comum, não estariam preparadas para uma prole extensa, o que pode refletir no incentivo à redução do adensamento populacional nas áreas de maior pobreza.

Ao mesmo tempo em que o interesse público se volta para o acesso ao planejamento familiar das camadas mais pobres no que se refere às esterilizações e distribuição de insumos contraceptivos, não há desenvolvimento de políticas de expressão quanto ao acesso a essas classes mais baixas economicamente das técnicas de reprodução artificial. Portanto é grave o problema quanto ao acesso desse planejamento a todas as famílias, democratizando-o e garantindo-se o cumprimento do princípio da isonomia. Com isso, percebe-se que o planejamento familiar, enquanto programa social, erigido à categoria de direito constitucional não parece ter eficácia no espaço social, em todos os seus campos, restringindo-se à população de baixa renda a distribuição de insumos contraceptivos, em uma postura excludente, que abriga tão-somente o não gerar e que não permite o gerar, quando há obstáculos a uma gestação natural. Observa-se também que não há incentivo, facilitação e conscientização sobre a adoção, alternativa para quem não pode gerar e ato de escolha de quem resolve fazer opção pela filiação sócio-afetiva, desvinculada de qualquer vínculo sangüíneo.

Destarte, destacam-se no processo histórico de construção do planejamento familiar, como direito fundamental da pessoa humana e como política pública, o Estado e a família, em seu modelo patriarcal, a Igreja e as condições econômicas e, efetivamente, as conquistas médicas e genéticas, sendo estas últimas as que passam a desencadear um novo debate sobre os rumos do conceito de filiação e de família.

2.3 O Conceito de Planejamento Familiar Herdado e as Projeções para a sua Re-elaboração

O esboço histórico apresentado conduz para uma dimensão do planejamento familiar que se definiu a partir da década de sessenta e centrou-se ora no incentivo à natalidade, ora em seu controle, pela contracepção, atribuindo-se a sua responsabilidade à mulher. A solidão feminina nesse processo, especialmente o reivindicatório de uma política pública efetiva para o planejamento familiar, notabiliza-se por vários determinantes, consoante destaca Brauner (2003, p. 11):

Talvez isso decorra do fato de que, em muitos casos, elas são obrigadas a arcarem sozinhas com o sustento, guarda e educação dos filhos, que não são reconhecidos pelos pais, justamente porque estes têm a intenção de ficarem isentos de colaborar no sustento do filho, eximindo-se de prestar-lhe alimentos.

Uma segunda injustiça se estabelece em virtude da rejeição dos filhos nascidos fora das relações do casamento, pois, embora legalmente todos os filhos tenham iguais direitos, por princípio constitucional, percebe-se que o fenômeno da monoparentalidade é crescente e que, muitas meninas tornam-se mães, sem terem escolhido a maternidade e, não dispondo de condições para arcarem com a criação do filho e continuarem na escola.

O que a autora tenta resgatar é a situação de completo desequilíbrio em que se constrói o planejamento familiar, responsabilizando-se a mulher por esse processo, por ser ela quem vai arcar com o filho, seja no aspecto emocional ou econômico. Assim, a maternidade passa a ser um peso, um encargo, se inexistente uma conscientização sobre o planejamento e como realizá-lo.

O conceito herdado de planejamento familiar, pelo processo histórico de sua construção, que oscila entre a natalidade e o seu controle, tem por eixo a formação da família, inicialmente em um modelo padrão, que se impôs como modelo único de expressão familiar, para uma elite, centrada no poderio econômico e nos ditames da Igreja Católica. Com o planejamento segue o ideal da maternidade, papel sublime a ser desempenhado pela mulher, como sua função primordial na sociedade. Deste modo, a extrema desigualdade em que se construiu a família na história projeta a mesma desigualdade nos papéis desempenhados no planejamento familiar, tanto que a luta feminina pela autonomia do direito à reprodução e ao exercício da sexualidade contribuiu para descortinar um horizonte com relação ao planejamento familiar, através de políticas públicas destinadas a esse fim e, principalmente, pela inserção constitucional desse direito.

Com a transformação da sociedade e com a valorização das formas plurais de família, a partir de seu reconhecimento constitucional, a postura democrática, cuja dinâmica ressalta a diversidade da sociedade e de desejos, impõe um novo olhar sobre o planejamento familiar. Para esse novo olhar, utilizar-se-á a compreensão dos autores Mouffe (2000, 2004) e Santos (2000, 2003, 2006, 2007) sobre a dinâmica do pluralismo e da democracia de uma sociedade aberta, tomando-se os referenciais da democracia radical e da democracia de alta intensidade, alguns dos parâmetros dos pensadores e eixos motivadores nesta reflexão da conciliação possível das diversidades e antagonismos sociais com a conformação constitucional para o planejamento familiar.

A atual Constituição Federal faz-lhe expressa referência no § 7º do art. 226: “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” (BRASIL, 2007c, p. 105). A Lei Federal nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, veio regulamentar o planejamento familiar, instituído constitucionalmente, definindo-o como “direito de todo cidadão”, no art. 1º, e ainda no art. 2º: “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” (BRASIL, 2009w).

Aflora, portanto, das delimitações normativas que o planejamento familiar resulta da escolha, da liberdade de ter filhos, independente do estado civil, do sexo, da orientação sexual e do campo²⁷ social, e que inclui a quantidade de filhos, o momento de tê-los e a opção em não os ter. Esse o contexto normativo hodierno do qual resultou a atual Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos, que traz em vários de seus eixos, o planejamento familiar.

Assim, embora o art. 3º da Lei nº 9.263/96 afirme que “o planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde”, os programas existentes centralizam-se na mulher e, a princípio, na mulher em um campo cultural. Continua o Estado a atribuir a responsabilidade única pela reprodução à mulher, pois até mesmo o uso de preservativos masculinos passa a ser atribuído nas campanhas como exigência a ser determinada pela mulher.

Não restam dúvidas de que o planejamento familiar, na contemporaneidade, ainda pode ser instrumento de esterilização de mulheres, de controle demográfico ou de eugenia, considerando-se ainda as manipulações genéticas.

Outrossim, com novas possibilidades de funções na família, a paternidade e a maternidade não-genéticas e sócio-afetivas encontram várias perspectivas, tais como as derivadas da adoção judicial, das denominadas “adoções à

²⁷ A noção de campo, segundo Bourdieu (2007), reside em uma parte, uma esfera delimitada do espaço social, consoante destacado na nota de rodapé de número 7.

brasileira”²⁸, dos reconhecimentos voluntários de paternidade e maternidade e dos filhos de criação, situações que podem conduzir ao que a doutrina jurídica tem intitulado de posse de estado de filho, que exige nome, trato e fama, independente de vínculos genéticos ou de adoções legais.

Desta forma, há situações que os programas de planejamento familiar precisam enfrentar, que não foram incluídas na agenda pública para a formulação de políticas efetivas. As uniões homossexuais são uma delas, com as questões relacionadas às fertilizações artificiais e às adoções judiciais; bem como a infertilidade e o desejo de procriação de um homem ou de uma mulher individualmente, utilizando os métodos de reprodução artificial.

Deste modo, embora o planejamento familiar tenha sido instituído como direito pela Constituição, em seu art. 226, § 7º, e como instrumento garantista de direitos isonômicos na origem da prole, em sua limitação ou em seu aumento, seja pelo homem, seja pela mulher ou pelo casal, não parece contextualizar-se na família da contemporaneidade, que adquiriu a adjetivação principiológica da democracia e da dignidade da pessoa humana, pelo mesmo texto constitucional.

Outro interesse que pode ser desencadeado com relação ao planejamento familiar, refere-se às manipulações genéticas, por meio da colheita de material, para as reproduções artificiais, demandando posturas e limites éticos acerca do poder disciplinar e regulatório sobre a vida.

Nesse sentido, ressaltando a dimensão de poder admitida no planejamento familiar que pode interferir no direito de nascer e de morrer, de seleção da espécie e das famílias em seus padrões, adverte Foucault (2005, p. 286-7):

[...] o que se poderia denominar a assunção da vida pelo poder: se vocês preferirem, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar de estatização do biológico.

[...] Eu creio que, justamente, uma das mais maciças transformações do direito político do século XIX consistiu, não digo exatamente em substituir, mas em completar esse velho direito de soberania – fazer morrer ou deixar viver – com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de “fazer” viver e de “deixar” morrer.

Por outro lado, os avanços genéticos para a reprodução humana desencadearam variadas possibilidades de filiação e de vínculos familiares, permitindo

²⁸ Registro de nascimento em que o pai e/ou mãe adotiva declaram a criança como filho biológico, dispensando o processo de adoção judicial.

que embriões possam ser congelados e originarem filhos após a morte de seus pais genéticos.

A infertilidade, masculina e feminina, recebe a possibilidade de solução, com as técnicas de reprodução artificial, que, todavia, não apresentam ainda relevantes percentuais de sucesso, principalmente nas reversões de processos de esterilização, como a laqueadura tubária e a vasectomia, e em face do seu restrito acesso em decorrência dos seus custos financeiros.

Esses avanços, com efeito, possibilitam dimensões plurais ao planejamento familiar, que relacionado, inicialmente, ao direito de reprodução por meios naturais, a partir do exercício heterossexual, passa a projetar um novo caminho: a reprodução independente da relação sexual homem-mulher; e mais, a reprodução, independente da vida dos pais genéticos e até mesmo de seus desejos.

O desejo de ser pai e de ser mãe desvincula-se do referencial genético, permitindo abrigar-se no biológico e até mesmo somente no afetivo. Possível a doação de material genético, da cessão do corpo biológico, mediante a denominada “barriga de aluguel”, e a acolhida do filho, independente de qualquer referencial, apenas pelo desejo amoroso de realizar-se na maternidade e na paternidade, que se inclui como direito individual e não mais diluído no casal.

Note-se que a paternidade responsável, mencionada pela Igreja Católica, com o Papa Paulo VI, como um dos elementos fundantes a possibilitar um planejamento da família, mantém-se como indispensável a caracterizá-lo na contemporaneidade. Posto que na responsabilidade estão inclusos o afeto, a educação, a assistência material e emocional, enfim, a dimensão de ser mãe e pai, não como seres onipresentes e culpados pela infelicidade do filho, mas como seres que contribuem, com a sua humanidade, a estruturar, por meio de suas ações, um ser humano que decidiram ter como filho, independente do modelo padrão familiar.

Essa decisão de ser pai e mãe também assume extrema importância na adoção, da qual decorre a filiação sócio-afetiva. Pela adoção, aquele que impedido de procriar, devido à esterilidade, por exemplo, ou aquele que simplesmente decidiu não gerar, acolhe como seu o filho de outrem, acolhida que também não toma como referência a existência de uma família padrão.

A adoção, em todas as suas matizes, inclusive a fática, com os inúmeros casos no Brasil de filhos adotados pelo afeto, sem qualquer legitimação

judicial, embora não referenciada em nenhuma política de planejamento familiar, pertence ao conceito atual e a atitude de planejar a família.

No que se refere à demanda acerca do aborto, considerando-se que o Estado apenas legitima algumas formas de aborto (com risco de saúde para a mãe ou em decorrência de estupro), a princípio, não foi incluída no planejamento familiar. Com efeito, mister referenciar que a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, que ocorreu em 1994, no Cairo, reafirmou a não inclusão do aborto como instrumento de planejamento familiar, posicionando-se tão-somente pela assistência e educação à mulher que tenha cometido o abortamento voluntário e involuntário para evitar outros abortos, considerando-o como um grave problema de saúde pública (BRAUNER, 2003, p. 25-6). Essa postura desencadeou a norma técnica que possibilita, no Brasil, ao Sistema Único de Saúde realizar o aborto, quando decorrente de estupro.

Essas situações, portanto, perpassam a necessidade de adequação dos programas sociais de planejamento familiar às multiplicidades de famílias permitidas constitucionalmente e de novas projeções a redimensioná-lo, na perspectiva de uma cidadania inclusiva.

Com esse breve panorama, no qual se colocam questões emergentes acerca do planejamento familiar, passa-se a destacar elementos conceituais que contribuem a um olhar a estruturá-lo na atualidade e para o futuro que se apresenta.

De início, faz-se menção ao conceito atribuído por Brauner (2003, p. 15-6) ao planejamento familiar:

Sob a designação de planejamento familiar está implícita a idéia de regulação de nascimentos, de contracepção, de esterilização e de todos os outros meios que agem diretamente sobre as funções reprodutoras do homem e da mulher e, especialmente, sobre a saúde de ambos.

É possível observar a ênfase atribuída à autonomia do casal no texto constitucional, que significa concluir que o indivíduo tem o direito de livremente escolher os meios para planejar sua vida reprodutiva, recebendo as informações necessárias e, tendo acesso a métodos de contracepção seguros e eficazes.

Dessa maneira, o constituinte de 1988 concedeu ao homem e à mulher a titularidade dos direitos reprodutivos. A ele compete planejar sua família, decidindo se desejam ou não ter filhos, o número de filhos que pretendem gerar, e a diferença de idade entre eles.

A essa percepção da autora podem ser acrescentados a concepção e o direito a não gerar, mas de ter um filho, pela adoção.

Portanto o planejamento familiar que se apresenta no contexto contemporâneo consiste em um direito individual e fundamental de gerar, de não gerar e de autonomia sobre as funções reprodutoras, independente da orientação sexual e do modelo de família, com a finalidade de preencher o desejo afetivo da maternidade e da paternidade, seja pela reprodução natural, artificial ou pela adoção, estabelecendo o número de filhos, o momento de tê-los e a decisão em não os ter, encontrando o seu referencial ético no afeto, no respeito à vida e à dignidade do ser humano, para quem é titular do direito dessa decisão e para quem essa decisão é dirigida: o novo ser humano, resultado desse projeto, consciente e amoroso.

Com essa síntese, observa-se a indispensabilidade de uma política de planejamento familiar que priorize não somente a contracepção, mas a concepção, a adoção e, principalmente, a conscientização sobre os direitos de reprodução e sobre o projeto da paternidade e da maternidade, independente do modelo familiar e da pré-existência de uma família.

Necessário pensar o planejamento familiar para atender aos interesses da criança ou adolescente, do filho ou filhos, que resultem desse projeto consciente de ser pai ou mãe.

Embora a Constituição Federal faça expressa referência à decisão do casal, essa menção deve ser considerada exemplificativa, diante dos nortes principiológicos que a direcionam e que fundamentam o planejamento familiar: o pluralismo, a democracia, a isonomia, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Não há como estabelecer um planejamento vinculado ao poder soberano do Estado, dissociado, portanto, da liberdade individual, da perspectiva democrática que valorize as diferenças, devendo, assim, afastar-se de qualquer projeto eugênico ou demográfico.

Deste modo, reconhecer o espaço plural, de diversidades e antagonismos, bem como o processo de transformações e oscilações individuais e sociais é um primeiro passo para delinear um planejamento familiar expresso pelo poder normativo, como direito e como política.

Todo o discurso trilhado até este momento textual depende da compreensão de que há caminhos que se movem no trilhar da história e que a liberdade e a igualdade, que nasceram da democracia liberal e que permanecem nas várias visões democráticas, não estão construídas, mas sempre em construção, em um espaço plural e de conflitos, que integram a prática democrática e a caracterização de

um planejamento familiar para o presente e para o amanhã também mais democrático. Para tanto, necessário projetar o discurso e as possibilidades argumentativas a partir da Constituição Federal de 1988, com as suas projeções legislativas, utilizando-se o referencial democrático, pois por mais que se questione todas as dificuldades para o pensar e para o agir democráticos, em todas as suas concepções, com seus erros e acertos, não há como deixar de reconhecer que ainda é o modo de proceder no espaço político que mais aproxima a liberdade e a igualdade de abstrações à realidades.

Apropriando-se do pensar de Mouffe (2004, p. 383), para quem “a democracia não exige uma teoria da verdade ou noções como incondicionalidade ou universalidade”, resgata-se a necessidade de uma construção reflexiva e prática de redução das desigualdades e de inclusões cada vez maiores para o planejamento familiar, como finaliza a autora (MOUFFE, 2004, p. 383) ao afirmar que “O que se exige para a democracia é um conjunto de práticas e movimentos pragmáticos que objetivem convencer as pessoas a ampliar o seu grau de comprometimento com os outros e construir uma sociedade mais inclusiva.”

As distorções, sociais e políticas, e os conflitos, que conduzem a pólos em oposição e sem possibilidade de consensos; aliados à falta de compromisso com a inclusão e com a ampliação da cidadania, em uma perspectiva mais engajada e ativa dos sujeitos políticos, para um planejamento familiar mais inclusivo e mais democrático, não podem servir de justificativas ou de elementos desmotivadores a conduzir à desistência na crença de sua possibilidade real, para a sociedade, para o Estado e para o cidadão.

Por outro lado, é preciso projetar o planejamento familiar para o futuro, na dimensão do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos de forma positiva, para a realização individual do projeto de paternidade e maternidade, atendendo aos interesses da prole, na família ou voltada para a construção dela, em todas as formas plurais e em transformação, que caracterizam o processo social e histórico das relações humanas. E mais, é preciso pensar o planejamento familiar, nesse contexto plural e dinâmico, que afirme o direito de não ter filhos, o direito à privacidade da escolha, deixando de relacionar a família somente à filiação e passando-a a compreendê-la no exercício do afeto, que valorize o ser humano, independente de seus papéis e de suas opções.

3 PERSPECTIVAS ARGUMENTATIVAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA O PLANEJAMENTO FAMILIAR

Após a contextualização histórico-contemporânea da família e do planejamento familiar no Brasil, neste capítulo passa-se a abordar as possibilidades permitidas pela Constituição Federal de 1988 para o planejamento familiar, expondo-se os argumentos plurais apreendidos da sociedade, na tentativa de exercer, diante do texto constitucional, a racionalização desses argumentos.

Pretende-se pensar sobre os problemas que gravitam sobre o direito ao planejamento familiar, analisando-os como questões abertas, suscetíveis a conflitos e contradições, por tratarem de questões relativas ao ser humano. Com isso, confrontam-se valores e princípios para aproximar o direito ao planejamento familiar a uma perspectiva mais inclusiva e de maior efetividade.

Nessa busca, utiliza-se a argumentação, tomando-se por referenciais axiológicos a dignidade da pessoa humana, a democracia e o Estado Democrático de Direito, para uma interpretação que atenda ao pluralismo e aos conflitos sociais da atualidade.

Parte-se da retomada do referencial simbólico do Código Civil, em sua construção, desconstrução e reconstrução normativa, de 1916 a 2002, verificando-se os seus parâmetros para o planejamento familiar. Em seguida, passa-se a retratar a normatividade constitucional no que tange às categorias família e planejamento familiar, inserindo-se, na perspectiva democrática e argumentativa, o conceito plural de planejamento familiar. Encerra-se o texto com os obstáculos sociais e legais para a efetivação desse planejamento familiar na contemporaneidade.

3.1 O Referencial Simbólico-Normativo do Código Civil para a Família: do patrimônio ao afeto

A inicial contextualização sobre o processo de codificação civil, que perpassa o conteúdo de dois códigos, tem por objetivo enfatizar o valor simbólico da codificação civil no Brasil e, ao mesmo tempo, o quão perturbador continua a ser a discussão e a determinação das normas de direito civil, principalmente no que se refere

ao direito de família, enfocando-se neste aspecto a incorporação do afeto, como novo valor social e normativo.

Em 1804, com o Código Civil Francês de Napoleão, as nações européias passaram a ser influenciadas decisivamente pela necessidade de códigos, influência essa que cresceu e consolidou-se com o advento posterior do Código Civil Alemão em 1900.

Fioravanti (2007, p. 109), sobre esse processo de enaltecimento do Código Civil Napoleônico expõe:

Comenzamos por el código civil. Em una situación de gran inestabilidad como la francesa posrevolucionaria, el código adquiere enseguida un lugar absoluto relieve, ya que en él se condensa al máximo nivel la aspiración liberal a la estabilidad. Se atenúa entonces cada vez más su ligamen con la Declaración de 1789 y con la imagen del código como producto del individualismo revolucionario, y prevalece em la misma medida el outro aspecto del mismo código, es decir, la imagen de um Estado soberano, fuerte y dotado de autoridad que por fin, precisamente com la codificación civil, há sido capaz – o se supone – de romper com el viejo sistema de las fuentes del derecho, de abrogarlo radicalmente, de crear um sistema normativo cerrado y autosuficiente que los jueces pueden y deben respetar.²⁹

O imaginário simbólico de poder e força teve início, como ressaltou Fioravanti, no Código Civil de Napoleão, de tal maneira que a existência de um código representava a certeza da lei e a unificação do sistema, acrescentando o autor que o Código colocava-se à frente das Constituições, por representar um sistema normativo fechado, com maior grau de segurança e certeza, pretensamente destituído dos apelos políticos das normas constitucionais. Para ele: “la tutela de los derechos garantizados por la constitución se sustituye por la certeza del derecho garantizado por el código y por la ley, por el derecho positivo del Estado”³⁰ (FIORAVANTI, 2007, p. 110).

A Codificação, representação do positivismo, foi, portanto, sendo referência de sistema normativo, referência importada pelo Brasil, que, embora com a independência em 1822, continuava a reger-se, civilmente, pelas Ordenações Filipinas, completadas e alteradas por uma série de legislações posteriores, o que reclamava a

²⁹ “Começamos pelo Código Civil. Em uma grande situação de instabilidade como a francesa pós-revolucionária, o código adquire, em seguida, um lugar de relevo absoluto, já que nele se condensa o máximo nível da aspiração liberal de estabilidade. Atenua-se, então, cada vez mais, sua ligação com a Declaração de 1789 e com a imagem do Código como produto do individualismo revolucionário, e prevalece na mesma medida o outro aspecto do mesmo código, isto é, a imagem de um Estado soberano, forte e dotado de autoridade que, por fim, precisamente com a codificação civil, foi capaz – ou se supõe – de romper com o velho sistema das fontes do direito, de revogá-las radicalmente, de criar um sistema normativo fechado e auto-suficiente que os juizes podem e devem respeitar” (FIORAVANTI, 2007, p.109). (Tradução livre).

³⁰ “[...] a tutela dos direitos garantidos pela constituição é substituída pela certeza do direito garantido pelo código, pela lei, pelo direito positivo do Estado. (FIORAVANTI, 2007, p. 110). (Tradução livre).

existência de uma codificação civil própria. O Código Criminal Brasileiro surgiu em 1830 e o Comercial em 1850. Deste modo, independente e dono de sua Constituição, a de 1824, o Brasil ainda adotava a legislação civil da Corte portuguesa, o que só acentuava a exigência de um Código Civil, que, no entanto só adveio em 1916, após várias contribuições de juristas, como Teixeira de Freitas, que elaborou o primeiro esboço, a Clóvis Beviláqua, jurista cearense, que o concluiu, sob a polêmica e a oposição do senador Rui Barbosa.

Roberto (2008, p. 57) destaca:

Merece relevo, inclusive, a expressiva participação de todos os segmentos da sociedade na discussão do projeto. Além da intensa cobertura da imprensa e das manifestações populares, é de ressaltar o cuidadoso parecer do Instituto dos Advogados, os estudos de inúmeros juristas, as manifestações de tribunais estaduais e de duas faculdades de direito, a de Minas Gerais e a do Rio de Janeiro.

Acrescenta ainda o autor sobre o processo de criação do primeiro Código Civil (ROBERTO, 2008, p. 59):

A espera foi longa. Contados da Constituição do Império de 1824, que determinava a imediata elaboração de um código civil, são 93 anos. Contados da contratação de Teixeira de Freitas para consolidar nosso direito, preparando o caminho para o código, são 61 anos. Somente o projeto de Beviláqua tramitou por 16 anos no Congresso.

Enfim, em 1º de janeiro de 1916, aprovou-se a Lei nº 3.071, o Código Civil Brasileiro. A história repetiu-se. Semelhante polêmica que envolveu e adormeceu o processo de criação do primeiro Código Civil norteou o processo de elaboração do atual Código, em uma extensão temporal exaustiva, que o fez surgir já ultrapassado diante das transformações da sociedade. No entanto, ao contrário do primeiro Código, que foi objeto de várias discussões, o atual teve um processo no qual repousou em silêncio, sem polêmicas, ressurgindo abruptamente em uma aprovação inesperada, antecedida por uma grande quantidade de emendas, sem reflexão social e teórica.

O primeiro Código surge com a herança liberal, trazendo valores individualistas, calcados no testador, no contratante, no marido e no proprietário, portanto a propriedade com a sua defesa era o seu primeiro elemento valorativo. Acentua Fachin (2003, p. 66) que o seu regime jurídico é fundado no direito canônico e na expressão, no que se refere à família, do modelo ocidental, com uma proposta assistencial à família patriarcal, heterossexual, hierarquizada e matrimonializada. Ao mesmo tempo refletia o Estado de Direito, preocupando-se com a garantia formal dos direitos e liberdades individuais. Ainda que erigido no início do século XX,

fundamentou-se na mentalidade do século XIX, apresentando conservadorismo extremo, sobretudo no direito de família, mas revelando técnicas e abstrações teóricas aprimoradas. Todavia, a abstração não conseguiu aproximar-se da realidade. E o Código nasceu e enfrentou a primeira mudança paradigmática com o Estado Social, que, após a primeira guerra mundial, surgia com a intervenção no domínio econômico e com o projeto de garantia de direitos sociais: o Estado do Bem-Estar (Welfare State), ideologicamente voltado à igualdade substancial e não meramente formal.

Por outro lado, também o conservadorismo do Código fez surgir microssistemas legislativos, que não lhe retiraram a centralidade, mas que reduziram a sua força normativa, tais como o Estatuto da Mulher Casada (1962) e a Lei do Divórcio (1977). Note-se que há perda de centralidade e passa a haver a quebra da noção de completude, sendo-lhe subtraídas várias matérias que passam a compor legislações específicas.

Para a família, a Lei do Divórcio ocasionou a separação entre casamento e matrimônio³¹, quebrando um pacto secular entre a Igreja e o Estado e, ao mesmo tempo, conduziu a uma nova percepção da família que já não se mantinha pela tradição, pelo sacramento e nem pelo patrimônio. Com isso, surge como valor e referencial a essa família: o afeto.

Destaca Lôbo (2003, p.205) que “a codificação civil liberal tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados”. O patrimônio era a realização da pessoa e a manifestação exterior de sua liberdade. Assim, continua Lôbo (2003, p. 206) “a repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil...” No ideário civilista o referencial para a expressão da liberdade e da igualdade, como possibilidade de inclusão social, era o patrimônio, a propriedade, tanto que a esta é conferida a qualidade de direito absoluto, oponível *erga omnes*, contra todos, a mesma qualidade conferida a direitos como a vida, a integridade física e a própria liberdade.

O Código Civil, no percurso histórico, devido às sucessivas perdas de seu referencial, para a manutenção do sistema da codificação em sua centralidade, tinha como indispensável a sua alteração. A reforma do Código era imperiosa,

³¹ Fachin (2003, p. 67) esclarece: “Casamento e matrimônio separam-se. Nas fontes, Igreja e Estado caminhavam juntos. A dissolução do casamento celebrado perante a autoridade do Estado implicava, necessariamente o assentimento da Igreja.”

seguindo-se várias tentativas nesse sentido a partir dos anos quarenta, com sucessivas frustrações até o início de 1969 quando o jurista Miguel Reale foi convidado a redigir o projeto de um novo Código, incumbência que dividiu com uma comissão de juristas, competindo a Clóvis do Couto e Silva a parte relativa ao direito de família e a Torquato Castro o direito das sucessões. Entretanto, como destaca Roberto (2008, p. 66-7) a comissão definiu diretrizes a nortear os trabalhos, entre as quais se encontravam: a manutenção da estrutura do Código Civil de 1916; a preservação, sempre que possível, de seu texto; a sua atualização para superar os seus pressupostos individualistas; o acolhimento somente de institutos e soluções sedimentados e estáveis, evitando-se questões controversas, em virtude de mutações sociais e que implicassem em mudanças, para gerar alterações legislativas.

Nessas diretrizes fica evidente a doutrina que envolve os códigos, tratando-os como normas perenes, alheias às transformações sociais e que preservam a sua essência no tempo: o exemplo e máxima da segurança e certeza jurídicas, reflexo do paradigma legal, a que faz referência Hespanha (1999, p. 20-3), que discorrendo sobre a sua crise, deixa evidente que os pressupostos que sempre nortearam esse paradigma não têm correspondência social, o que justifica, inclusive, no direito civil, a constante produção de leis e suas conseqüentes alterações, e, principalmente a que se omite o legislativo quanto a questões consideradas polêmicas socialmente. Da técnica de abstrações, generalizações e neutralidade, passa o legislador a legislar sobre questões específicas. Assim, o diploma central do direito privado – o Código Civil – passa a partilhar de um polissistema³², perdendo a sua posição central, sofrendo o direito civil um processo de descodificação.

Para situar a questão Hespanha (1999, p.20-21) destaca como dois dos pressupostos do paradigma legal:

c) No plano da adequação, a lei – comando geral e abstracto – pressupõe a estandardização da vida social, i.e., que as relações sociais possam ser reduzidas a matrizes genéricas. Nas sociedades de hoje, em progressiva diferenciação e tomadas de ritmos cada vez mais rápidos de evolução, tal estandardização é cada vez mais difícil.

[...] d) No plano das relações do Estado com a sociedade, o paradigma legalista anda ligado ao modelo liberal do Estado e das suas tarefas sociais. O Estado é, sobretudo, o garante dos equilíbrios da “sociedade civil”, formalizados na intangibilidade das “esferas jurídicas dos particulares”.

E continua Hespanha (1999, p. 23):

³² Conforme destaca Tepedino, o código civil de corpo legislativo monolítico passa a uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. (TEPEDINO, 2001, p. 05).

Assim a “crise da lei” não é tanto o resultado de insuficiências “técnicas” na feitura das leis como o resultado da sobrevivência do legalismo num contexto político, social e cultural que deixou de lhe corresponder.

A crise do paradigma legal conduz à constatação da insuficiência da lei para responder aos conflitos e às projeções sociais e mais a crise da identidade da lei com o direito, que passa a compor o senso comum como uma das expressões do fenômeno jurídico, mas não a única ou a exclusiva. Por outro lado, o fetichismo da lei e o próprio fetichismo do Código Civil ainda têm força a permanecer no imaginário social que, absorto na sua necessidade e referência, continua a prestar-lhes reverência dogmática.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 vários de seus dispositivos não foram recepcionados pela nova ordem que se inaugurava, dando azo à interpretação e ao fenômeno que a escola civilista, cujos alguns de seus principais nomes no Brasil foram os Professores Tepedino (2001, 2003, 2006), Fachin (2003) e Moraes (2006), denominou de Constitucionalização do Direito Civil. Com isso, a teoria da argumentação foi largamente utilizada pela jurisprudência para solucionar os casos concretos, que não se adequavam mais aos dispositivos codificados. Tepedino (2006, p. 41) destaca as projeções da constitucionalização:

[...] as normas constitucionais incidem sobre o legislador ordinário, exigindo produção legislativa compatível com o programa constitucional, e se constituindo em limite para a reserva legal. Por outro lado, produzem efeitos no plano interpretativo, reclamando uma leitura da lei civil, conforme o texto constitucional, postulado cada vez mais acatado entre os constitucionalistas.

A Constituição de 1988 representou um marco para a mudança paradigmática que já se anunciava, ao incluir no texto questões relativas ao direito privado, quebrando a simbologia público-privado, na qual o público era matéria constitucional e ao privado reservava-se o Código Civil. Separações de natureza das fontes formais, que se justificavam na ordenação sistêmica pela definição de matérias, cabendo ao código tratar da família, espaço privado, matéria que não seria reservada ao direito constitucional.

Glanz (2005, p. 91-2) destaca sobre a dicotomia entre o público e o privado:

Os termos se referem a dois reinos sociais diversos na filosofia social liberal, separados por normas legais. O reino público é do Estado, do mercado e da política e é o mundo dos homens; o reino privado, ligado mais às mulheres, é o mundo da família. Os valores prevalentes no primeiro são os do individualismo; os do segundo, os do auto-sacrifício e do altruísmo. Nesta dicotomia, os membros da família subordinada não têm poder. Mulheres e

crianças ficam num plano inferior e o poder dos homens vem de fora, do mundo público e, reforçado por ideologias da privacidade familiar, é exercido dentro da família. A noção de público/privado só se entende quando se apresentam os dois lados em contraste e é preciso saber com que se contrasta.

A necessidade de exposição da vida privada na contemporaneidade é um aspecto de inclusão na esfera pública, de reconhecimento social e de transcendência da vida à imortalidade, se considerada a repercussão da vida individual e sua notoriedade no espaço público. Esse fato pode ser observado na exposição individual ou de pequenos núcleos sociais nas comunidades de relacionamento na internet, nas publicações de biografias, tudo para a aquisição de notoriedade. A necessidade da admiração pública ganha proporções cada vez maiores na vida moderna, fruto da velocidade dos meios de comunicação.

No entanto, a família ainda permanece, como referencial de intimidade, do privado, do particular e, em suas transformações contemporâneas, no espaço primeiro de desenvolvimento, físico e emocional, do ser humano, ainda que com todas as intervenções da esfera pública. Zamberlam (2001, p. 42) representa bem essa dicotomia, ao mencionar que a família:

[...] torna-se território estratégico e fronteira onde se dão os conflitos entre o público e o privado. As fronteiras entre o público e o privado determinam modos de sentir, viver, amar e morrer, que variam segundo os discursos predominantes em cada época e suas respectivas gerações.

E é sobremodo devido a essa importância que a família sempre despertou o interesse na compreensão de todas as suas funções, notadamente a biológica, que se refere à conservação da espécie, e a psicossocial, relativa à formação de pessoas, seus vínculos e valores. E de igual modo desperta o interesse de políticas públicas mantenedoras e planejadoras de sua constituição, cujos problemas e conteúdos de interesse são modificados em cada momento histórico.

Por essa conjugação de valores a família passa a ter lugar de destaque na Constituição de 1988 e também o seu planejamento, tendo por eixo principal a dignidade da pessoa humana. O patrimônio, referencial anterior, perde a sua importância, na repersonalização e humanização das relações jurídicas civis e, sobremodo, as familiares. Há publicização do direito de família.³³

³³ O Direito de família que pertencia, com exclusividade, ao Código Civil e deveria ser regulado por ele, por pertencer a esfera privada, passa a usufruir o status de constitucional, ao estabelecer a Constituição de 1988 princípios vinculadores para a família, seu planejamento, suas relações, seus membros. Com

Ao acentuar o papel da Constituição para o direito civil, Tepedino (2003, p. 128) acrescenta:

O Texto Constitucional, como já insistentemente sublinhado, foi o responsável pela transformação valorativa do direito civil, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, ao qual funcionalizou as relações jurídicas patrimoniais. Suplantou, com isso todas as formulações conceitualistas que idealizavam o direito civil como o estatuto das relações patrimoniais.

Os princípios constitucionais, como normas vinculantes, modificam o cenário da família, introduzindo a igualdade, a liberdade, a paternidade responsável, a pluralidade. Assim, homem e mulher nas relações familiares passam a ter os mesmos direitos e deveres; os filhos deixam de ser categorizados e são admitidas as diversidades de filiações, inclusive a sócio-afetiva; o planejamento familiar resulta da liberdade de escolha; são admitidas as formas plurais de família, fundamentadas no afeto, mas com expressões patrimoniais (tais como os direitos sucessórios e o regime de bens no casamento).

Por todas essas transformações, o Código Civil de 1916 no que se refere ao direito de família e ao direito sucessório não é recepcionado pela Constituição Federal de 1988 em vários de seus dispositivos.

A legislação infraconstitucional, decorrente da desconstrução constitucional do código e da construção e re-construção do direito civil, continua a ganhar relevo, tanto que em 1996 surge a Lei do Planejamento Familiar, nº 9.263/96, que vem regulamentar o direito estabelecido pela Carta Magna. Amaral (2003, p. 63) destaca:

Como escrevi algures, a época atual já não é própria para a sistematização e as grandes sínteses, mas sim para a análise crítica e a desconstrução dos sistemas vigentes, sob a égide de princípios jurídicos que dão maior eficácia, garantia e legitimidade à matéria privada. Vivemos numa sociedade complexa, pluralista e fragmentada, para a qual os tradicionais modelos jurídicos já se mostraram insuficientes, impondo-se à ciência do direito a construção de novas e adequadas “estruturas jurídicas de resposta”...

Essa crise da codificação que se instala, conforme acentuou Hespanha, na crise do paradigma legal, oscila em movimentos codificadores e descodificadores, mantendo-se aos últimos o código, com as interpretações constitucionalizadoras e a legislação especial, que seria mais apropriada para questões particulares. Hespanha (2007, p. 51) destaca que o aspecto reducionista e fechado do

isso a família passa a colocar-se na ordem jurídica em um diploma normativo público, o que se chamou de publicização.

legalismo exige uma concepção mais ampla e, ao mesmo tempo, mais plural do ordenamento jurídico, que se aproxime da concretização de direitos, permitindo um acesso mais democrático e isonômico.³⁴

A importância atribuída à legislação infraconstitucional em relação à Constituição parece modificar a estrutura normativa, para atribuir às leis poder maior que o da Constituição. Esse fenômeno, na perspectiva da simbologia liberal, pode ser observado diante da importância da Constituição Federal em relação ao Código Civil, no senso comum. O Código Civil de 2002, que, em grande parte de seu texto somente regulamentou a Constituição, gerou o efeito simbólico de mudanças, como se essas mudanças já não houvessem sido operadas com a Carta de 1988 e como se o Código Civil, anterior de 1916, tivesse sido completamente recepcionado pela nova ordem constitucional. Esse destaque atribuído às leis infraconstitucionais e aos Códigos é explicado por Fioravanti (2007, p. 110):

El estatalismo liberal encuentra en el código civil una manifestación normativa de primera magnitud; gracias al código, el liberalismo europeo puede finalmente pensar *en el derecho positivo del Estado* como en un derecho cierto y estable – la célebre certeza del derecho – que los jueces aplican de manera segura, garantizando a los individuos las posiciones jurídicas subjetivas fijadas en la ley. Pero hay más. El valor fundamental de la certeza del derecho incorporado el código se impone, precisamente en la lógica de base del estatalismo liberal, *en primer lugar frente a las constituciones y a las Declaraciones de derechos*, demasiado fluctuantes y por ello poco seguras, demasiado pendientes de las *opciones políticas* del cuerpo constituyente.³⁵

Deste modo, a segurança jurídica e o poder do Estado são expressos pela lei, que passa a ser a representação mais forte do direito no senso comum. O direito, destacado por sua expressão de “lei”, disciplina a vida da família e seu planejamento, em uma concepção burocrática e vertical. E embora a constituição tenha por fundamento a democracia, legitimadora da ordem jurídica e do poder de legislar,

³⁴ “[...] a burguesia, ao defender a democracia da instrução e da propriedade, pretendeu tirar da esfera pública os que supostamente careciam de independência, reduzindo a igualdade democrática à igualdade formal perante a lei e consolidando um sistema de funcionamento automático que se realiza por si mesmo, uma espécie de ordem natural sem qualquer substância só forma.” (BERCOVICI, 2004, p.124).

³⁵ “O liberalismo estatal encontra no código civil uma manifestação normativa de primeira magnitude; graças ao código, o liberalismo europeu pode finalmente pensar no direito positivo do Estado como um direito certo e estável – a célebre certeza do direito – que os juízes aplicam de maneira segura, garantindo aos indivíduos as posições subjetivas fixadas na lei. Porém há mais. O valor fundamental da certeza do direito incorporado no código se impõe, precisamente na lógica da base do liberalismo estatal, em primeiro lugar frente às constituições e às Declarações de direitos, muito flutuantes e por isso pouco seguras, dependentes demais das opções políticas do corpo constituinte.” (FIORAVANTI, 2007, p. 110). (Tradução livre).

essa democracia toma a idéia de corpo, de consenso, consoante destaca Agamben (2007, p. 130):

[...] Se é verdade que a lei necessita, para a sua vigência, de um corpo, se é possível falar, neste sentido, do 'desejo da lei de ter um corpo', a democracia responde ao seu desejo obrigando a lei a tomar sob seus cuidados este corpo.

Essa força simbólica codificadora, de consenso corporificou-se e venceu com o surgimento do Código Civil atual, que sob a designação de novo, segundo Tepedino (2003, p. 128) já nasceu velho:

O novo Código nasce velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. É demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988.

À evidência, um projeto original de 1972, que somente foi enviado ao Congresso Nacional em 1975 e que atravessou o processo histórico de redemocratização do país, até a Constituição de 1988 e somente veio a ser aprovado em 2001, recebendo a sanção presidencial em 10 de janeiro de 2002, quase 30 anos depois, não poderia atender às mudanças paradigmáticas e sociais, notadamente a consolidação do Estado Democrático de Direito.³⁶ O pluralismo das relações sociais e suas repercussões não mais se adequavam a um sistema centralizador, fechado, dotado de regulamentação, ainda que apresentando, em muitos de seus dispositivos, a técnica de cláusulas gerais, com conceitos jurídicos indeterminados, abertos ao preenchimento pelo intérprete por princípios.

Deixou o Código atual de tratar da reprodução humana artificial, mencionando timidamente a possibilidade de reconhecimento de paternidade no casamento para essas situações. Não tratou das uniões homoafetivas, mantendo o casamento como forma principal para a formação da família e admitindo a união estável somente em heterossexualidade. O planejamento familiar deixou de ser contemplado, permanecendo a legislação especial, marcada pelos princípios diretos traçados pela Constituição.

Amaral (2003, p. 76) conclui:

[...] o paradigma da pós-modernidade compreende a substituição do Código Civil pela Constituição Federal no centro da estatuição jurídica da sociedade civil; a personalização ou humanização do indivíduo, que passa a titular de

³⁶ Conforme expressa Canotilho (1999).

novos direitos e deveres; o pluralismo das fontes e das soluções no interior do mesmo sistema; a perda crescente da importância da certeza e da segurança jurídica em favor do primado de outro valor fundamental, que é a justiça; o pensamento problemático, ou o direito como experiência problemática imposta pela realidade social, em detrimento do pensamento sistemático, de natureza lógico-dedutiva.

A Constituição, portanto, é o centro do sistema e a partir dela devem ser traçadas as possibilidades argumentativas de planejamento familiar: o que se inclui, o que se exclui, quem se inclui, quem se exclui e que formas familiares podem ser planejadas.

A igualdade perante a lei, que permeava a lógica do sistema codicista, deve, portanto, abandonar a lógica do sistema infraconstitucional, para atender aos reclames constitucionais, na perspectiva democrática, inclusiva, do reconhecimento do outro, das diferenças, das singularidades, de integração com o princípio da diversidade (MORAES, 2006, p. 25).

O pluralismo das relações familiares e das possibilidades de seu planejamento frente aos avanços biogenéticos e à dignidade da pessoa humana esvazia de conteúdo o vigente Código Civil quanto a essas questões, permitindo que a ausência de regulamentação e o silêncio legislativo sejam rompidos pela interpretação argumentativa e aberta da Constituição Federal em direção a uma postura mais inclusiva e mais próxima da realização do ser humano em sua dignidade. Com essa compreensão, passa-se a tratar da estrutura normativa da Constituição para as categorias família e planejamento familiar.

3.2 A Normatividade Constitucional para a Família e seu Planejamento

Neste item tratar-se-á dos pressupostos norteadores e vinculadores da interpretação e da efetivação do direito ao planejamento familiar, sua categorização, e as possibilidades de família, para pensar quais as suas formas que, usando a argumentação, são admitidas pela Constituição de 1988, em uma perspectiva mais inclusiva. Assim, parte-se da estrutura e da normatividade constitucional, estabelecendo e contextualizando os seus princípios, que se aplicam ao planejamento e à família. Não se trata de uma discussão acerca do conteúdo histórico e nem sobre a

teoria dos princípios constitucionais, mas de suas projeções para um alcance mais democrático das famílias em seu planejamento.

Cabe realçar que a teoria da argumentação faz parte do processo democrático e de uma perspectiva aberta de interpretação, na qual se almeja consensos fundados na discussão dos dissensos, das diferenças, para a realização do possível no sistema normativo para a realidade concreta.

Argumentar é próprio do operador jurídico e surgiu, enquanto método interpretativo e justificador das decisões judiciais, na concepção pós-positivista, em reação ao legalismo, contrapondo-se ao dogma da auto-suficiência da lei, que, em sua generalidade, quando aplicada e interpretada, não oferece as mesmas soluções para todos os casos.

Dimensiona-se a argumentação, neste texto, com as contribuições de Perelman (2005a, 2005b), Alexy (2005), Siches (1965, 2006) e MacCormick (2008), compreendendo-a como inerente ao Estado Democrático de Direito e ao processo de discussão e justificativas razoáveis para a realização e concretização de direitos. Com isso, utilizam-se categorias da tópica,³⁷ partindo-se do aceitável, dos valores partilhados, “dos *topoi*”³⁸, para, confrontando-se os casos especiais e trabalhando o exercício dialético de contrários, justificar as possibilidades de inclusão e de exclusão para a família e seu planejamento a partir do sistema constitucional.

A reflexão sobre a normatividade constitucional inicia-se sob o manto de sua força normativa, apropriando-se da teoria desenvolvida por Hesse (1991), para quem a Constituição possui pressupostos, um substrato espiritual que permite manter a sua força normativa em situações de conflito com os fatores sociais e históricos, que lhe são determinantes e determinados por ela, em um processo de interação, no qual devem convergir para a vontade de Constituição. Para o autor, essa vontade representa a pretensão de eficácia da norma constitucional diante da realidade social, ou seja, a realização concreta de seus pressupostos e princípios, efetivando a vontade da constituição jurídica, constituindo a realidade fática, de forma transformadora e

³⁷ “Aristóteles, considerado o pai da lógica formal, por causa de seus *Analíticos*, onde estuda as deduções formalmente corretas, consagrou sua *Retórica* e seus *Tópicos*, e as *Refutações sofisticadas*, ao exame dos raciocínios dialéticos, que versam sobre o opinável, das argumentações que visam persuadir e a convencer, das razões prós e contras que servem para a crítica, a refutação e a justificação, e que são indispensáveis para estabelecer as premissas de um raciocínio. (PERELMAN, 2005, p. 535).

³⁸ “Na classificação exposta por Perelman, o orador toma como ponto de partida os *topoi* ou objetos de acordo que incidem sobre o real, como os fatos, as verdades e as presunções; e *topoi* como objetos de acordo que incidem sobre o preferível, que seriam os valores, as hierarquias e os lugares do preferível.” (CAMARGO, 2003, p. 235-6).

realizadora. Por isso a norma contém um ser e um dever ser. Hesse (1991, p. 15) explica:

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

Para a maior realização da força normativa da Constituição na realidade fática, necessário o respeito, a acolhida e a realização pelos sujeitos sociais e jurídicos da vontade de Constituição, que passa a ser partilhada na realidade fática pela correspondência de seu conteúdo com o espaço e tempo em que produz seus efeitos. Para Hesse (1991, p. 24) a constituição jurídica, expressa em sua forma normatizada:

Ela própria converte-se em força normativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição.
[...] Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

A linha teórica de Hesse, enfatizando a força da normatividade constitucional, para interferir na realidade e produzir efeitos de constitucionalização, é apropriada para o pensar da família e do planejamento familiar com a força normativa produzida pela Constituição de 1988, que, ao constitucionalizá-los, os inseriu no contexto valorativo da dignidade da pessoa humana e da democracia pluralista. A Carta Magna, como marco simbólico, modifica na ordem normativa as estruturas familiares, que, de existência real recebem o abrigo no direito positivo, em sua norma maior. Assim, não há como reconhecer que a família não pode ser vista, na projeção normativa constitucional, sem a realização e o respeito aos seus integrantes para: realizar-se na família e realizar-se planejando-a, enquanto ser humano e para o ser humano, que é esperado ou que é acolhido por ela. O referencial da normatividade é humanizador e parte da afetividade, para a realização do projeto familiar e não mais do patrimônio. Esta a primeira vontade de constituir, a ser identificada no texto para a família.

Canotilho (1999, p. 56) também realça que, ao galgar um direito a qualidade de fundamental para a Constituição, implica considerar a sua importância e essencialidade para a sociedade e para o seu desenvolvimento, mas também implica em vinculá-lo a um projeto de realização dos ditames constitucionais, com a observância por todo o aparato legislativo infraconstitucional de seu conteúdo.³⁹ E mais, não basta a constitucionalização de direitos, mas o estabelecimento de meios para garanti-los efetivamente, conformando a realidade à Constituição. Decerto, a constitucionalização do direito ao planejamento familiar determina o estabelecimento de políticas públicas inclusivas e democráticas para alcançar as formas plurais de família da contemporaneidade e para permitir que possa haver escolha de um planejamento para todas as filiações (genéticas, biológicas e sócio-afetivas) compreendidas na realidade fática.

Embora reconhecendo a importância da normatividade em Hesse, quanto à interpretação da Constituição, deixa-se de continuar a caminhar com o teórico, por não admitir em sua teoria a abertura dos eixos interpretativos, em uma postura argumentativa. O autor destaca que “para a preservação da força normativa a interpretação constitucional deve estar submetida ao princípio da ótima concretização da norma” (HESSE, 1991, p. 22-3), que deve preservar o seu “ser”,⁴⁰ deixando de considerar a abertura à pluralidade de sujeitos interpretativos e de possibilidades de convencimento. Para Hesse, parte-se da pré-compreensão do intérprete e da individualização da questão a ser solucionada, concretizando-se a norma, com os limites conferidos por ela. Com isso, quanto à interpretação, passa-se a compartilhar das reflexões de Häberle, compreendendo o processo interpretativo como dinâmico e aberto, do qual participam as “forças pluralistas da sociedade”.⁴¹

³⁹ Canotilho (1999, p. 56) explica: “Estarem os direitos na constituição significa, antes de tudo que beneficiam de uma tal dimensão de *fundamentalidade* para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição). Significa, em segundo lugar, que, valendo, como direito constitucional superior os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis. A constitucionalização dos direitos revela a *fundamentalidade* dos direitos e reafirma a sua *positividade* no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para *legitimar* a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça.”

⁴⁰ Para Hesse (1991, p. 22-3): “[...] Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais determinantes numa determinada situação.”

⁴¹ “[...] essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 33).

Não se concebe a interpretação constitucional como um processo fechado, calcado em regras, com subsunções e nem se crê que o intérprete encontre um único sentido para as normas constitucionais, sentido este a ser partilhado por todos, sem qualquer criatividade. Distancia-se, portanto, da percepção de Hesse na qual a vontade de constituição e seus pressupostos são apenas revelados pelo intérprete. Para extrair a normatividade para as categorias família e seu planejamento considera-se uma apreciação qualitativa e aberta da direção do programa constitucional sobre a autonomia privada que as determina.

Usando a reflexão de Häberle (1997), se a Constituição trata da vida privada e, por conseguinte, da família, admite-se que essa família, seus integrantes, ou o indivíduo que pretende constituí-la e planejá-la, seja partícipe ativo e integre o processo interpretativo. Explica Häberle (1997, p. 33):

Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.

Aqui se resgata a dinâmica plural e inclusiva do processo interpretativo, que se legitima pela diversidade dos atores sociais que estão na Constituição e que são disciplinados por ela. Häberle (1997, p. 37) resgata a cidadania como um direito de pensar e integrar o processo constitucional, criador e transformador, entendendo que essa postura confere legitimidade tanto ao processo legislativo constitucional, como aos referenciais do julgador, mediante categorias como opinião pública, grupos de interesse ou mesmo no exercício individual de cidadão.

Para tanto, os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição são a essência do exercício democrático de interpretação. Segundo o autor “os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes” (HÄBERLE, 1997, p. 37).

Para a argumentação, Häberle, com a interpretação aberta e plural da Constituição, confere o apoio fundamental, para o início do percurso. Reconhece-se que, para o enfrentamento de uma interpretação sobre o planejamento familiar diante da normatividade constitucional, deve-se compreender o pluralismo como essência da realidade social e da dinâmica do planejamento familiar.

Wolkmer (1997, p. 162) observa que um critério que distingue o pluralismo “é sua natureza fluida e mutável centrada na ‘diversidade’. Está na raiz da ordem pluralista a fragmentação, a diferença e a diversidade.” Portanto, a reflexão sobre a família e o planejamento familiar no Brasil envolve a compreensão sobre as diferentes formas familiares e de planejamento da família. Não há uma única solução; o planejamento familiar não ocorre de forma unívoca. Os avanços biogenéticos permitem inúmeras possibilidades. Como imaginar o planejamento familiar no início do século XXI com tantas diferenças e projeções? O que é possível diante da Constituição? O que se permite? O que se proíbe? As respostas dependem da forma como se enfrenta a realidade plural e o consenso possível neste momento histórico.

Acrescenta Wolkmer (1997, p. 162) que se deve “estender ao pluralismo a noção moderna do princípio da tolerância⁴² e que esse exercício faz parte do pluralismo democrático.” As diretrizes, para esse exercício, também se encontram no que denominou Siches (2006, p. 261) de prudência, quando explica:

Estimo que es muy correcto invocar la prudência, como suma y compendio jerárquicamente organizado de um modo certero, de todos los datos y de todos los critérios de valor que vengan en cuestión para resolver un problema jurídico, como, em general, cualquier problema de conducta humana práctica, como lo son también las cuestiones políticas.⁴³

De forma semelhante, os autores referenciados⁴⁴ trabalham o bom-senso, que, no caso em estudo, deve ser utilizado para o confronto entre todas as soluções e significados para a inclusão constitucional do planejamento familiar, em uma política de alcance democrático.

O ponto de partida, como destaca Siches (2006, p. 262), está no sentido comum e, a partir dele, seguir, com prudência, em busca de soluções mais plausíveis. Nessa caminhada a Constituição fornece os princípios que iluminam o percurso. Princípios que, dotados de maior abstração, não têm conteúdo objetivo, determinando condutas, suscetíveis de subsunção, mas que, quebrando a lógica positivista, centrada nas regras, aplicam-se a inúmeras situações.⁴⁵

⁴² Segundo Wolkmer (1997, p. 163) a tolerância “que implica o bom-senso e a pré-disposição de se aceitar uma vida social materializada pela diversidade de crenças e pelo dissenso de manifestações coletivas.”

⁴³ “Penso que é muito correto invocar a prudência, como substrato e compêndio hierarquicamente organizado, de um modo mais correto, de todos os dados e de todos os critérios de valor que venham em questão para resolver um problema jurídico, como, em geral, qualquer problema de conduta humana prática, como o são também as questões políticas.” (SICHES, 2006, p. 261). (Tradução livre).

⁴⁴ Wolkmer (1997) e Siches (2006).

⁴⁵ Registra-se a contribuição dos autores Ronald Dworkin e Robert Alexy na mudança paradigmática sobre a concepção dos princípios, diferenciando-os das regras.

A percepção da normatividade constitucional como sistema aberto, que dialoga com a realidade fática e, simultaneamente, representa um sistema vinculativo, direcionador ao cumprimento de seus princípios fundantes, é essencial nesse processo. Identificam-se princípios que não são herméticos, mas que possuem a centralidade a vincular as demais normas constitucionais⁴⁶ e estabelecer, em seus comandos os efeitos pretendidos. Assim, os efeitos determinados pela Carta Constitucional, ao adotar o Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade como princípios, refletem na família e em seu planejamento, o que implica na contextualização desses princípios, começando pelo Estado Democrático de Direito.

Trata-se de qualificar o Estado de Direito, que está subordinado a regras, a uma legitimidade, impondo à ordem política o abandono de formas autoritárias e totalitárias de dominação. Para dispor um Estado Constitucional Democrático, como paradigma da ordem político-jurídica, o Estado apodera-se da democracia como fundamento de sua legitimidade. Não basta estar sob o manto do direito, mas deve estar sob o manto do direito legitimado democraticamente. Como acentua Canotilho (1999, p. 34) “O Estado constitucional democrático de direito é um ponto de partida e nunca um ponto de chegada. Como ponto de partida, constitui uma *tecnologia jurídico-política razoável* para estruturar uma ordem de segurança e paz jurídicas.”

Envolve o princípio democrático não somente a legitimidade da esfera político-organizacional, mas a vinculação da ordem jurídica a valores e princípios, especialmente aos direitos fundamentais, representando a incorporação de uma dinâmica que contemple o pluralismo e as diferenças como expressões da sociedade, que integram e legitimam as práticas sociais e políticas. Por outro lado, implica em admitir as incertezas, as contradições, as heterogeneidades e em resgatar a convivência e a realização desses contrários no espaço social.

Canotilho (2003, p. 289) ressalta que “o princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia.” Decerto, a prática democrática envolve uma possibilidade de exercício de direitos fundamentais de forma isonômica e com liberdade de escolha. Igualdade e liberdade, máximas do liberalismo,

⁴⁶ Consoante Carvalho (1997, p. 27) “a Constituição brasileira, tal qual a Constituição portuguesa, é um sistema normativo aberto de regras e princípios. [...] É um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, ou seja, está em comunicação com o sistema social e com o sistema de valores, com disponibilidade e capacidade para captar as modificações ocorridas nessas esferas.”

que como direitos individuais, transcendem em suas possibilidades de aplicação à família e ao seu planejamento. Pensar democraticamente essas categorias envolve considerar a liberdade individual, as opções de escolha de modelo familiar, o exercício afetivo, independente de padrões e concepções fechadas, consideradas as diferenças e os limites também determinados pelos direitos fundamentais, que se condensam na dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo a reflexão sobre o planejamento familiar infere a articulação democrática da liberdade, igualdade, para a eficácia da dignidade da pessoa humana.

No conceito da dignidade da pessoa humana encontra-se subjacente a discussão religiosa, filosófica e científica sobre o que se considera pessoa ou quais os critérios que conduziriam à caracterização da pessoa: a autoconsciência; a totalidade do corpo (aspectos espirituais, morais e físicos); ou a concepção. Esses critérios são determinantes à condução de outros dilemas da atualidade, relativos ao aborto, à utilização de embriões para pesquisas científicas e à eutanásia. Abstraindo-se dessas discussões, utiliza-se o referencial delimitado por Lepargneur, citado por Gama (2003, p. 129) que define: “A resposta da ciência atual é pela ascrição, isto é, pela atribuição de certa dignidade pessoal, outorgada criteriosamente, a seres que julgamos merecedores dela, pela proximidade que intuímos desfrutar conosco, apesar do fato que eles não satisfazem os critérios da definição clássica da pessoa.” Perlingieri (2008), civilista italiano, expõe que a realização da pessoa humana está relacionada ao solidarismo social, entre as comunidades, na qual se incluem as famílias. Para ele: “A ‘pessoa’ – entendida como conexão existencial em cada indivíduo da estima de si, do cuidado com o outro, da aspiração de viver em instituições justas – é hoje o ponto de confluência de uma pluralidade de culturas, que nela reconhecem a sua própria referência de valores” (PERLINGIERI, 2008, p. 460).

De conteúdo intangível, mas compreensível e assimilado pelo senso comum, a dignidade da pessoa humana representa o marco axiológico para a ordem pública constitucional, por envolver todos os demais princípios na realização do ser humano, de seus valores mais básicos (saúde, educação, alimentação, trabalho e demais direitos sociais) a valores mais profundos e significativos, que se inserem nas relações familiares e no desenvolvimento das potencialidades do ser humano, no seu projeto de felicidade e de existência. A Constituição, ao abraçar a dignidade da pessoa

humana ⁴⁷ como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, colocou-a no centro de seu programa, em todos os seus aspectos, inclusive os que decorrem da autonomia privada, devendo ser esta assegurada por políticas públicas que permitam a sua maior eficácia.

Gama (2003, p. 135) destaca:

O caráter dúplice da dignidade se apresenta tanto sob o prisma dos direitos de defesa e dos direitos às prestações fáticas e jurídicas que constituem suas concretizações, quanto no campo dos deveres de respeito e consideração (de não-violação), e do dever de sua promoção e proteção (por meio de medidas positivas).

Por outro lado, deve-se observar que a partir do Estado Social, de projeção intervencionista, há afastamento do modelo liberal de direitos em abstração. Assim, o sistema de proteção aos direitos fundamentais passa a ser garantido e protegido por sua concretização: da igualdade em abstrato, formal, perante a lei, à igualdade concreta, substancial, mais próxima da efetivação. A abstração do direito formalizado na lei é insuficiente e passa a ser uma exigência à implementação de políticas públicas, que garantam os direitos estabelecidos. O Estado, de uma postura passiva, de respeito e limitação em relação aos direitos, caminha em direção a uma postura ativa, de responsabilidade e compromisso com a sua realização.

A democracia, nesse sentido, apresenta-se como a maior proximidade de concretização dos direitos fundamentais, em relação ao seu alcance distributivo, sem discriminações, proporcionando as condições necessárias para o exercício de direitos na realidade fática. Por essa razão, ao longo de todo o texto da Carta de 1988 encontram-se reflexos do princípio democrático, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado por Barcellos (2008, p. 137) o de maior fundamentalidade social.⁴⁸

A família e o seu planejamento, ao receberem a inserção constitucional, estão em um sistema de proteção de princípios e passam a compartilhar do programa de eficácia estabelecido na Carta de 1988. Todas as normas infraconstitucionais e as políticas públicas a serem implementadas devem incluir os sujeitos desse processo: homens e mulheres, independente da orientação sexual

⁴⁷ Art 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2007c, p. 09).

⁴⁸ Consoante Barcellos (2008, p. 136-9) fundamentalidade social consiste no seu grau de importância e relevância social a orientar a eficácia jurídica, sendo esta a ascendência axiológica e funcional da norma ou princípio sobre os demais.

desde a idade adulta até os idosos; os portadores de deficiência, física ou mental; e crianças e adolescentes, como seres humanos, centros do compromisso constitucional.

Em uma dimensão plural, que associe as diferenças e conflitos do espaço democrático, a percepção da família não pode ser efetivada em um conceito restritivo, fechado na norma que a dimensiona,⁴⁹ devendo ser esta tomada como exemplificativa, reflexo do momento histórico de sua criação. Assim, não se deve enclausurar a família em modelos pré-determinados, quais sejam: heterossexual, decorrente de casamento ou união estável; monoparental, formada por qualquer um dos pais e seus descendentes. Caso esses modelos fossem os únicos, a interpretação conferida à Constituição não estaria realizando o princípio da dignidade da pessoa humana, sem preconceitos de qualquer natureza.⁵⁰ Se homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, se o interesse da proteção estatal está em assegurar direitos fundamentais à criança, ao adolescente e aos idosos, vedando a violência nas relações familiares e estabelecendo a assistência recíproca entre pais e filhos,⁵¹ certamente o projeto constitucional é mais amplo que a exemplificação normativa. Os princípios vão além das regras.

A igualdade e a liberdade são corolários de uma realidade a ser vivenciada e partilhada no espaço e no tempo e não podem ter como referenciais para a interpretação contemporânea situações pretéritas, marcos que integraram a história, mas que não a podem limitar. O passado é uma referência e integra o processo de criação e transformação de direitos, mas não o enclausura.

A tensão entre o novo, o que emerge, e o consolidado existe e permanece, em sucessivas inovações. MacCormick (2008, p. 42) destaca que as expectativas decorrentes do compromisso de certeza e segurança jurídica do Estado de Direito devem ser dinamizados “pela importância de deixar tudo aquilo que é

⁴⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] § 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 2007c, p. 104).

⁵⁰ Art. 1º e 3º, IV, da Constituição Federal (BRASIL, 2007c, p. 09).

⁵¹ Art. 226, §§ 5º e 8º, art. 227, caput e § 4º, art. 229 e 230 da Constituição Federal (BRASIL, 2007c, p. 104-5).

contestável ser contestado. Nesse aspecto dinâmico, o caráter argumentativo do Direito não é a antítese do Estado de Direito, mas um de seus componentes.”

A realização da pessoa humana, como ser digno de experiências, conflitos, afetos, dores e sonhos não tem uma perspectiva reducionista. Se assim o fosse tudo estaria estático e não haveria transformações. A igualdade estaria muito mais distante de sua efetivação, por nem sequer considerar a possibilidade de escolha, das múltiplas formas de expressão social.

Apropriando-se da fala de Touraine (1998, p. 48): “muitos avaliam a situação de democracia pela amplitude das escolhas existentes e pela diversidade das soluções propostas.” O autor destaca que:

Somos todos iguais na medida em que todos procuramos construir nossa individualização. Em contrapartida, se nos definirmos por nossas ações instrumentais, somos desiguais, dado que um é forte, qualificado e educado, e o outro é fraco, não qualificado ou analfabeto. Inversamente, se nos definirmos por nosso pertencimento a uma comunidade, somos ainda mais desiguais...
[...] É no extremo oposto de todo princípio universalista que é preciso procurar um princípio de igualdade, na vontade e no esforço de cada um para ser diferente de todos os outros e para criar sua própria vida particular.

O pluralismo, essência da democracia, e a dignidade da pessoa humana, em seu projeto individual ou coletivo de família, redefinem a igualdade, não como homogeneidade, mas pelas heterogeneidades, que recebem a acolhida e a proteção constitucional. Não se trata de individualismo ou particularização, mas de consciência de que cada ser humano possui a sua concepção e o seu projeto de vida. A eliminação das diferenças, das transformações e das escolhas traduziria o afastamento constitucional do Estado Democrático de Direito, reduzindo-o ao Estado de lei, sem legitimidade, por falta de compromisso com os ditames programados na Carta Constitucional. A aceitação das diferenças é um processo a ser enfrentado, na efetividade constitucional.

Os modelos familiares mencionados no texto da Carta de 1988 não são, portanto, enumerativos; são apenas expressões de uma realidade, que não abarca todas as possibilidades. Deste modo, a perspectiva constitucional para a família não está limitada aos modelos heterossexual, de casamento, união estável, ou monoparental, que não acompanham o próprio avanço científico que a cada dia cria novas situações. Entretanto, os limites à constituição familiar reconhecida são visíveis: a violência; o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes; o desamparo e a falta de assistência recíproca entre os seus integrantes. A família, deste

modo, tem o seu referencial no afeto, no amparo, na assistência e no compromisso entre os seus membros, na concretização de um projeto de felicidade e de realização humana. O referencial encontra-se na solidariedade entre seus integrantes, como destaca Perlingieri (2008, p. 972-3):

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação aos valores que realizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. [...] do primado da pessoa e o reconhecimento das formações sociais como sendo colocadas ao seu exclusivo serviço, acompanham-se à contextual afirmação dos deveres de solidariedade.

As fronteiras da família ampliam-se, mas têm seu eixo valorativo no respeito, no exercício concreto da dignidade da pessoa humana, na solidariedade entre os que a integram. Nesta reflexão incorporam-se modelos familiares que encontram resistências: as uniões homoafetivas; as uniões entre amigos e as uniões entre parentes diversos (as duas últimas independentes da existência de vida sexual). O que se quer projetar é que a família contemporânea não se justifica mais pelo patrimônio, nem pela prole ou mesmo pelo parentesco genético ou biológico. O que justifica e confere referencial valorativo à família é o afeto. Todavia, não se pode deixar de considerar que muitas famílias são mantidas pelos demais referenciais, sem vinculações afetivas, encontrando acolhida na legalidade formal, sem legitimidade. Mas essa mesma legalidade impõe-se a serviço da prevalência da dignidade da pessoa humana, conferindo-lhe legitimidade, no dever alimentar, assistencialista e de amparo aos filhos, pais e idosos, independente do amor, que se possa dedicar a eles, pois, infeliz ou felizmente, nem a norma constitucional pode impor a obrigação de amar.

Para o planejamento familiar, a conceituação textual da Carta de 1988 toma por referência a decisão livre do casal, fundamentada na paternidade responsável e na dignidade da pessoa humana. Utilizando os pressupostos normativos aplicados à família, deve-se pensar o planejamento também de uma forma democrática, conformando-se as diferenças de escolhas e projetos individuais. Por essa razão o planejamento pode ser realizado pelas e para as diversas formações familiares. Portanto, os parâmetros textualmente elencados na Carta Fundamental são também exemplificativos, mas não excluem a compreensão do planejamento familiar de uma forma mais ampla e mais aberta.

Dois princípios destacam-se na compreensão da família e do planejamento familiar sob a perspectiva constitucional: a paternidade responsável e o

melhor interesse da criança e do adolescente. A paternidade responsável, embora designativa do pai refere-se também à mãe, ressaltando Gama (2003, p. 453) que a melhor expressão seria a parentalidade responsável, que “traz ínsita a idéia inerente às conseqüências do exercício dos direitos reprodutivos pelas pessoas humanas – normalmente na plenitude da capacidade de fato, mas sem excluir as crianças e adolescentes que, em idade prematura, vêm a exercê-los...” O princípio da paternidade responsável aplica-se para pai e mãe, no planejamento familiar, como decorrência da existência desses papéis, seja por reprodução humana natural, artificial ou por adoção e, nem sempre, por um projeto livre e espontâneo, mas obrigacional com o filho, criança ou adolescente.

O dever de compromisso e responsabilidade de ser pai e mãe relaciona-se a outro princípio constitucional: o melhor interesse da criança e do adolescente, que passam a ser os sujeitos principais desse processo, merecedores de uma tutela especial da Constituição. E, por conseguinte, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.068/90, norma infraconstitucional que regulamenta o direito conferido às crianças e adolescentes, confirmando princípios já estabelecidos na Carta Magna, como o que é reproduzido no art. 4º, que destaca os aspectos desse melhor interesse: “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”

A isonomia em relação aos filhos, inclusive os adotivos deve ser observada,⁵² implicando nas filiações biológicas, genéticas, sócio-afetivas e todas as demais possibilidades que impliquem no exercício afetivo, como projeto responsável de ser pai e mãe e no melhor interesse dos filhos.

Os princípios constitucionais aplicáveis à família, portanto, são os mesmos ao planejamento, centralizando-se na humanização e na prevalência do afeto, como pressupostos de um planejamento familiar que dignifique a família que constitui. Quanto aos limites, impõe a Carta Constitucional um específico, referente à proibição de coerção por parte de instituições oficiais ou privadas para o planejamento familiar. Deste modo, não se admite qualquer imposição acerca do número de filhos, da exigência de filhos ou de não os ter, da determinação do sexo, de práticas eugênicas,

⁵² A Constituição estabelece no art. 227: “§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.” E ainda no § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 2007, p. 104-5)

no sentido de seleção da espécie e de qualquer afronta ou violência com o ser humano. Limites que a Carta Magna estabelece ao poder público e à esfera privada.⁵³

A intervenção do direito público na esfera privada possui justificativa na programação e direção que a Constituição aponta com a valorização do ser humano e sua realização.

Com supedâneo nessas premissas, passa-se a estruturar um conceito possível de planejamento familiar para a contemporaneidade, com seus antagonismos e múltiplas interferências.

3.3 A Argumentação para a Construção de um Conceito Plural de Planejamento Familiar

A argumentação será trabalhada para o planejamento familiar sob duas percepções: uma subjetiva, de quem planeja; e outra objetiva, sobre os fatores considerados no planejamento na perspectiva normativa, como parâmetro de políticas públicas e de legislações infraconstitucionais. Far-se-á um exercício dialético sobre a perspectiva de quem planeja e do que a normatividade permite e possibilita sobre o planejamento.

Adota-se a projeção do razoável, no exercício dialético dos contrários, entre os múltiplos fatores que se apresentam e que importam em uma avaliação, uma escolha sobre o que é possível e como é possível planejar a família no século XXI. Deste modo, serão enfrentadas questões polêmicas para o planejamento familiar, afastando-se da delimitação conceitual os elementos de risco, sob os quais não há consenso possível, sequer provisório, neste momento histórico.

Seguindo um raciocínio lógico, mas ponderado pelo razoável, procura-se dimensionar a posição de quem planeja a família e do que se admite, normativamente, nesse planejamento.

MacCormick (2208, p. 218) destaca:

⁵³ Cabe referenciar Sarlet (2007, p. 285) que, ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais explica: “[...] todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que o consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.”

O primeiro ponto a ressaltar é que a 'razoabilidade' que o Direito tem em vista precisa ser razoabilidade prática, não uma capacidade abstrata para argumentar sobre questões teóricas. A pessoa razoável possui a virtude da *prudencia* e a utiliza em suas ações. É uma virtude incompatível com o fanatismo ou com a apatia, pois ocupa um lugar intermediário entre esses extremos, assim como o faz em relação à excessiva cautela e à excessiva indiferença ao risco. Pessoas razoáveis levam em conta riscos previsíveis, possibilidades ou probabilidades sérias, não aquelas remotas ou fantasiosas.

A razoabilidade reside na percepção dos valores, que, na realidade concreta, compõem os elementos que definem um planejamento familiar. De outro lado, considera a percepção das possibilidades normativas para essas questões, vivenciadas no universo familiar ou que o inaugura.

A construção de um conceito plural de planejamento familiar importa em considerar a quebra, a ruptura, com padrões de generalidade normativa, para apreender as situações concretas, as opções, de relevância, para as famílias e os meios de projetá-la.

O ponto de partida é a pessoa, o ser humano, homem ou mulher, independente da orientação sexual, individualmente ou em conjunto, que, com capacidade reprodutiva ou não, pretenda planejar uma família. O segundo ponto reside em que consiste o planejamento: a definição de ter filhos, sua quantidade, ou de não os ter. A terceira questão centra-se na forma da filiação: biológica, genética ou sócio-afetiva. E por fim o que é possível para permitir esse planejamento e para que família ele se dirige.

No Estado Democrático de Direito, considera-se que há possibilidade de consensos racionais, desde que justificados e aceitos pelos interessados e sujeitos. A argumentação revela-se como uma técnica de convencimento, na qual problemas são pensados, a partir de suas possíveis soluções. Trata-se da racionalidade possível.

Antes de convencer ou persuadir pretende-se apontar as diversas argumentações encontradas na realidade para o planejamento familiar em vários de seus aspectos. Na tentativa de ouvir e de ser, hipoteticamente, ouvida toma-se por parâmetro o auditório universal de Perelman (2005, p. 37):

Em vez de crer na existência de um auditório universal, análogo ao espírito divino que tem de dar seu consentimento à verdade, poder-se-ia, com mais razão caracterizar cada orador pela imagem que ele próprio forma do auditório universal que busca conquistar para suas opiniões.

O auditório universal é constituído por cada qual a partir do que sabe de seus semelhantes, de modo a transcender as poucas oposições de que tem consciência. Assim, cada cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal, e o estudo dessas variações seria muito instrutivo, pois nos

faria conhecer o que os homens consideram, no decorrer da história, *real, verdadeiro e objetivamente válido*.

A compreensão sobre a quem se fala e as convicções de quem fala constam do processo de argumentação e definem os argumentos. Desta forma, a primeira noção que fundamenta este discurso centra-se na democracia, tendo por um dos parâmetros a visão teórica da democracia radical, centrada no pensamento de Mouffe (2004, p. 379-92), que resgata a essencialidade do pluralismo e a existência de um consenso provisório diante da indeterminação de sentido e do constante questionamento, que caracterizam a prática democrática. Deste modo, a proposta radical tem seu foco na mutabilidade e na transformação dos elementos e contextos democráticos.

A democracia radical abandona as certezas, as verdades, a uniformidade, para dar lugar ao questionar constante, considerando-se o pluralismo essência do espaço social, consoante destaca Chueiri (2004, p. 350) ao considerar “o compromisso do direito e da política com a democracia, na radicalidade que esta exige, desconstruindo as narrativas da certeza e instituindo, desde o início, o incômodo paradoxo de que o lugar do qual se tece é vazio: o nada que constitui o todo (ou tudo).” Isto porque os elementos que compõem a democracia têm suas concepções modificadas, dependendo da forma de pensar e do contexto histórico e social em que são tratados.

Kozicki (2004, p. 332-3), explicando o pensamento de Mouffe, destaca:

Sem dúvida Mouffe se apóia na visão lefortiana da revolução democrática, ao elaborar uma visão de democracia constituída a partir da idéia de contingência, pluralismo e indeterminação e, também, ao atribuir importância fundamental à noção de conflito, enquanto elemento inerradicável das sociedades democráticas.

[...] é necessário compreender que tipos de lutas democráticas se travam na atualidade, bem como pensar novas formas de compreensão do público e do privado, da noção de cidadania, bem como particularizar uma concepção de política que se funda na idéia do dissenso e reconheça o pluralismo não somente como um fato inerradicável da vida social, mas como um valor em si mesmo.

Afasta a democracia radical a idéia de bem comum substantivo, colocando-o em função da prática social, identificando o indivíduo com as práticas políticas da sociedade que participa, com todas as suas contradições e conflitos.

Nessa linha teórica, na comunidade política, os seus cidadãos reconhecem determinadas regras que caracterizam essa sociedade e que são partilhadas por um agir de civilidade. Os que integram a comunidade, considerados em igualdade e liberdade, compreendem a aceitação de um interesse público, que é determinado e construído com a interação dos mais diferentes sujeitos e que possibilita a convivência, ainda que com os conflitos inerentes a essa comunidade.

Os conflitos precisam ser administrados para uma prática de civilidade, sem que sejam eliminados ou ignorados. Na democracia radical, para que a igualdade possa ser construída, indispensável que os sujeitos sociais sejam considerados com todas as suas diferenças, sem ignorá-las, mas procurando identificar um interesse público, que permita administrar essas diferenças, em situações concretas e de um determinado momento histórico, com consensos provisórios, que podem ser revistos e re-examinados.

Explica Kozicki (2004, p. 343-4):

Para a democracia radical, o cidadão não é um mero recipiente de direitos individuais, concebidos em abstrato. O cidadão é aquele que se identifica com a gramática de conduta da *respublica*, com o interesse público. A cidadania, dentro desta perspectiva, funciona como um elemento articulador entre as diferentes posições de sujeito que os agentes sociais ocupam na sociedade, permitindo a construção de uma identidade comum, ao mesmo tempo em que respeita a liberdade individual.

[...] essa concepção faz avançar a visão do cidadão, de um depositário de normas e direitos para alguém que participa, responsável pela estipulação destas normas e direitos.

Essa concepção democrática também resgata os valores liberais, ao reforçar a idéia da necessidade da liberdade e igualdade individuais, diferenciando-se da postura liberal ao colocar o paradoxo da constante tensão entre esses princípios, a caracterizar a democracia moderna. Pensa o conceito de igualdade política em relação às pessoas em sua realidade concreta e não como abstração e resgata a prioridade da participação política na construção normativa, tornando o cidadão responsável pelo código de normas que estipulou e a que se submete.

Nesse fundamento do pensar democrático, inicia-se a trajetória da construção do conceito plural de planejamento familiar, partindo-se da percepção do sujeito: quem planeja e de suas pré-compreensões. O planejamento deve derivar de um processo de escolha, refletida, livre, que se deduz a partir de considerações e confrontos com desejos e projetos plausíveis de realização. Em uma sociedade plural, com extremas diferenças, como a brasileira, com diversidades nos aspectos culturais,

econômicos e educacionais, a pretensa autonomia dessa decisão segue permeada por dificuldades.

A princípio, decidir importaria em um sujeito capaz, inclusive civilmente, de constituir uma família. Todavia, a gravidez precoce é uma realidade e nem sempre o filho surge de um processo decisório, refletido e consciente, mas do risco no exercício dos direitos sexuais. Por essa razão trabalhar-se-á a construção do conceito de planejamento, para no próximo tópico deste capítulo, enfrentar as dificuldades para a sua concretização.

Quem decide? O homem, a mulher, o casal, hetero ou homoafetivo: a pessoa humana. Homem e mulher, independente da orientação sexual, jovens ou idosos (com as limitações físicas decorrentes da idade) ou portadores de deficiência que possam decidir individualmente que pretendem ter filhos, gerando-os ou sem gerá-los, ou que não os desejam e, com isso, podem escolher sobre os caminhos a percorrer: a contracepção, reversível e irreversível; a reprodução, natural ou artificial; a adoção; e o aborto, este para a mulher. São essas as possibilidades fáticas de quem escolhe e do que pode ser escolhido para o planejamento. Essas as perspectivas de quem planeja e que pressupõe um exercício livre, de afeto e compromisso, portanto pressupõe responsabilidade e conscientização e, mais, acesso a meios que possibilitem a efetivação dessa escolha.

Entretanto, deve ser esclarecido que os filhos, em decorrência do exercício de direitos sexuais dos pais, nem sempre são planejados e não advêm de um processo decisório consciente. Todavia, a manutenção da gestação decorre desse planejamento e dessa decisão.

Diante da normatividade constitucional quem pode planejar a família? A pessoa humana, contemplada constitucionalmente como centro do sistema, para realização de sua dignidade. Nesse raciocínio a textualização contida no art 226, § 7º da Constituição não é limitativa, apenas exemplificativa. Pois planejar a família revela-se como direito da pessoa e não, exclusivamente, do casal. O homem e a mulher, em qualquer idade e em qualquer condição física ou mental, que permita a observância dos princípios da paternidade e da maternidade responsáveis, da dignidade da pessoa humana, e do melhor interesse da criança e adolescente, ou seja, do filho que pretendem ter, destinatários desse planejamento e também sujeitos desse processo. Na perspectiva plural de compreensão do planejamento, os limites éticos e normativos, que impedem o ser sujeito pai ou mãe, residem na violência, na exploração sexual de

crianças e adolescentes, na impossibilidade de prestar assistência material, educacional e afetiva ao filho, enfim, na impossibilidade de cumprimento da paternidade e da maternidade responsáveis. Portanto, se a escolha derivou de uma decisão responsável e consciente de ser pai e mãe, se faz parte de um projeto de realização afetiva e de compromisso com a formação da família, e se concretiza a dignidade da pessoa humana, admitido constitucionalmente o sujeito ativo desse planejamento.

Não importa, se homo ou heterossexual, se adulto ou idoso, se portador de deficiência (física ou mental), se casal, pelo casamento, união estável ou em relações consideradas concubinárias (dos impedidos de casar, por já se encontrarem casados), em qualquer dessas situações pode haver planejamento familiar, pode haver a decisão de ter filhos (em todas as suas múltiplas possibilidades), quando os ter e de não os ter. Ressalta-se, que não se restringe a decisão de ter filhos à procriação, natural ou artificial, ampliando-se para a adoção, da qual resulta a filiação sócio-afetiva.

Por outro lado, nesse processo de escolha, que resulta de um direito eminentemente particular, centra-se a forma familiar adotada. Que família se está planejando ou em que família se insere esse planejamento? Na perspectiva de quem planeja, qualquer possibilidade é possível, tanto diante da pluralidade e da diversidade, as múltiplas formações familiares são admitidas, para planejar, como para inserir o planejamento. Ou seja, se a pretensão é constituir uma família ou se já há a pré-existência de um modelo familiar, que decide o planejamento, em qualquer desses momentos as diversas formações familiares são possíveis. Há que considerar, entretanto, a existência de um consenso social sobre o que é permitido, o que exclui o incesto, a família nas relações consideradas incestuosas (entre pais e filhos e entre irmãos principalmente) e que a lei civil designa como integrante do gênero concubinária (casal impedido de casar).

Quanto às uniões homoafetivas, ainda que não legitimadas no Brasil, já integram o processo de discussão e re-elaboração social há algum tempo, o que possibilita a sua incorporação na perspectiva do senso comum de quem planeja, tomando-se o referencial afetivo, tanto que já integram o placo de deliberações normativas. O mesmo ocorre com as relações extraconjugais, simultâneas ao casamento, que também integram a definição do concubinato, que, embora sejam

rejeitadas pela moral dominante, são aceitas e toleradas na realidade social, permitindo a inclusão na perspectiva de quem planeja.

As uniões incestuosas, entretanto, fogem do modelo nuclear de família, que se fundamenta nas diferenças genéticas, das famílias diferentes que se unem, originando a nova. Por outro lado, agridem o espaço social, por não tomar como referencial o afeto, por implicar em uniões dentro da própria família, desvirtuando a solidariedade dos papéis de pai, mãe, filhos e irmãos, o que não contempla o melhor interesse da pessoa na sociedade contemporânea. Por esses motivos não são toleradas, social nem legalmente.

Roudinesco (2003, p. 15), ao abordar o incesto, aponta, como uma das justificativas para a formação familiar, a troca entre famílias e não a constituição dentro da mesma família e acrescenta:

A proibição do incesto é portanto tão necessária à criação de uma família quanto a união de um macho com uma fêmea.
 Construção mítica, a proibição está ligada a uma função simbólica. Ela é um fato de cultura e de linguagem que proíbe em graus diversos os atos incestuosos justamente por eles existirem na realidade. Permite igualmente diferenciar o mundo animal do mundo humano ao arrancar uma parte do homem desse continuum biológico que caracteriza o destino dos mamíferos. (ROUDINESCO, 2003, p. 15-6)

Nessa lógica, o incesto representaria o abandono pelo homem de sua condição de humano e sua identificação com a natureza animal, por não considerar o afeto materno, paterno, filial e fraterno, na qualidade desses papéis. A autora menciona ainda o complexo de Édipo, estudado pela psicanálise freudiana, e que tem por ponto central o incesto:

Irmão de seus filhos e de suas filhas, filho e esposo de sua mãe, conjugara o parricídio e o incesto quando se achava um igual dos deuses, o melhor dos homens, o mais sublime dos soberanos.
 [...] Édipo era então um destruidor da ordem familiar...
 [...] Ao violar as leis das diferenças das gerações, Édipo transgredira então o próprio princípio da diferença, enquanto paradigma da lei simbólica humana que obriga que o um e o múltiplo sejam separados a fim de que as diferenças necessárias ao gênero humano não sejam eliminadas. (ROUDINESCO, 2003, p. 54)

Deste modo, na perspectiva de que família pode ser planejada e de quem planeja a família, a incestuosa encontra-se na zona do proibido, notadamente no senso comum. As justificativas contra o incesto também apontam para a filiação com problemas de má formação genética, o que reforça a impossibilidade desse modelo.

Quanto aos demais modelos, não há maiores embaraços, integrando a racionalidade possível as famílias: monoparentais (formada por qualquer de seus ascendentes e seus filhos); as derivadas de uniões entre parentes ou uniões entre amigos (sem a existência de relações sexuais, mas com vínculos afetivos); as extraconjugais. Todas convivendo na realidade e com aceitação, embora haja resistências às denominadas concubinárias (dos impedidos de casar, em decorrência de existência de casamento).

Na projeção normativa, a que família atende o planejamento familiar?

Entende-se que não há, na cultura ocidental, neste momento histórico, a possibilidade de admitir a família por relações incestuosas, embora o incesto tenha existido na história como prática possível. Todavia, deve ser respeitada a autonomia privada, ainda nesses casos, nos limites do razoável. Argumenta-se: a gravidez resultou de uma prática incestuosa, desejada ou indesejada, o filho faz parte do projeto ou, ainda que não o faça, é querido. Não se tem uma solução normativa que impeça esse nascimento, mesmo que a família não seja reconhecida como união estável e não se legitime pela ordem normativa regulamentar. O filho não pode sofrer qualquer discriminação. Não há razoabilidade na exclusão e segregação familiar. A dignidade da pessoa humana, a humanização confere a caracterização do digno e impede o não reconhecimento da entidade familiar. Portanto, dentro da caracterização dos limites razoáveis, compreende-se que a norma proíba a união incestuosa, mas não a discrimine quando existente em relação ao filho. A aparente contrariedade no espaço real é esclarecida. A legitimação normativa, dado o seu simbolismo, o poder de disciplina sobre a vida, sobre o corpo, tem um impacto social de possibilidade, de incentivo. Todavia, a não discriminação recebe um outro referencial: a humanização, o exercício da igualdade frente às diferenças e à realidade.

Essa dinâmica do ideal não exclui a constatação da existência de um estado de exceção permanente de que trata Agamben (2004, p. 131): “O que a ‘arca’ do poder contém em seu centro é o estado de exceção – mas este é essencialmente um espaço vazio, onde uma ação humana sem relação com o direito está diante de uma norma sem relação com a vida.” O esquecimento normativo-regulatório e o não enfrentamento pelos intérpretes das questões acerca da família revelam a não efetivação de direitos, a suspensão desses direitos, tornando o sistema normativo uma abstração, distante da realidade concreta, para qual fecha os olhos e para qual não fornece respostas.

A família, derivada da violência, também não pode ser admitida, pois macula a liberdade individual, a integridade psicofísica, os direitos sexuais e reprodutivos e não realiza a dignidade da pessoa humana. Porém a filiação que dela decorra também não pode ser excluída ou sofrer qualquer discriminação.

Quanto aos demais modelos, embora sem menção textual pela Carta constitucional ou sem regulamentação específica, encontram-se abraçados pela normatividade constitucional, comportando a sua inclusão no conceito plural de família para o planejamento familiar, sobretudo a homoafetiva.

Resgata-se que os referenciais paterno e materno de exclusividade não são obstáculos para o planejamento familiar em suas múltiplas possibilidades. Portanto, na sociedade plural, se duas amigas (ou mesmo duas irmãs), não necessariamente um casal homoafetivo decidem adotar uma criança, por que razão essa criança não poderia ter duas mães? O excesso de amor e cuidado é bem melhor que a falta, a ausência de qualquer referencial. Até porque essa situação existe na realidade fática, sem legitimação, quanto aos filhos de criação, adotados sem processo legalizado, mas reconhecidos pelo amor em famílias das mais diversas. O silêncio regulatório não poder retirar o direito de quem o possui (direitos sucessórios, assistenciais, alimentares). Esta situação apenas reforça a ruptura com a concretização normativa constitucional e a constatação de um estado de exceção para esses indivíduos, excluídos do olhar regulatório normativo.

Admite-se o planejamento ainda sob duas percepções: não ter filhos ou tê-los. Esses dois caminhos implicam em limites diversos. O que é possível para “o ter” e o que é possível para “o não ter”? Duas opções, limites diversos.

Inicia-se com o poder disciplinar sobre a vida de que trata Foucault (2005, 2006a): o biopoder. O poder sobre a vida, a disciplina da vida sobre todas as suas dimensões, em especial sobre o planejamento familiar, que se refere ao nascer e também ao morrer, quando se trata da interrupção da gravidez. Nessa função regulatória, a serviço do biopoder, a lei tem um poder determinante, que avalia, permitindo ou proibindo. O silêncio regulatório também é um aspecto do biopoder, para manter em omissão aquilo que o Estado não quer intervir.

Foucault (2006a, p. 157-9) destaca a intervenção do poder soberano, do biopoder, sobre o sexo, por meio de várias intervenções, como campanhas contraceptivas, de conteúdo regulatório, ressaltando:

[...] sobre toda uma temática da espécie, da descendência, da saúde coletiva – para obter efeitos ao nível da disciplina; a sexualização da criança foi feita sob a forma de uma campanha pela saúde da raça (a sexualidade precoce foi apresentada, desde o século XVIII até o fim do século XIX, como ameaça epidêmica que corre o risco de comprometer não somente a saúde futura dos adultos, mas o futuro da sociedade e de toda a espécie); a histerização das mulheres, que levou a uma medicalização minuciosa de seus corpos, de seu sexo, fez-se em nome da responsabilidade que elas teriam no que diz respeito à saúde de seus filhos, à solidez da instituição familiar e à salvação da sociedade. Foi a relação inversa que ocorreu quanto ao controle de natalidade e à psiquiatrização das perversões: neste caso, a intervenção era de natureza reguladora, mas devia apoiar-se na exigência de disciplinas e adestramentos individuais. (FOUCAULT, 2006a, p. 159-160)

O que é possível para o projeto de ter filhos, para quem planeja? Se possui capacidade reprodutiva, a definição do momento e da quantidade de filhos, segundo suas possibilidades, e a escolha de um parceiro, para pai ou mãe, de seu filho. Se não há possibilidade de reprodução, por esterilidade ou por impossibilidade real, como é o caso dos casais homoafetivos, dos idosos, alguns casos dos portadores de deficiência, ou das uniões entre amigos ou parentes, sem relações sexuais, e há a vontade de criar, educar uma criança, o que é possível? Inicialmente, a adoção, a escolha de um destinatário de amor, por únicos vínculos de convivência. A outra possibilidade é a reprodução humana artificial. Se há o desejo de ter filhos, sem gerá-los, as alternativas são a adoção ou a reprodução humana artificial, utilizando uma doadora do corpo, do seu útero, aquela que vai gerar a criança, no que se denomina de “barriga de aluguel”.

Para o sistema normativo, essas duas hipóteses são possíveis. Mas quais os seus limites? Quanto à adoção é permitido delimitar uma idade para o adotante ou uma condição física ou mental? O idoso não tem direito a educar alguém?⁵⁴ Acredita-se que o limite continua a ser o melhor interesse da criança e do adolescente e a assistência e o amparo ao adotado, em síntese, a paternidade e a maternidade responsáveis. No que se refere à adoção por casais homoafetivos também o limite é o mesmo: o interesse do adotado, as condições materiais e afetivas que lhe podem ser prestadas. A Constituição, embora não trate dessas hipóteses em regulação, acolhe em princípios (da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, do pluralismo, da solidariedade). O direito de escolha, o projeto afetivo, somente tem limites na falta das condições de educar, amparar e assistir o adotado, o

⁵⁴ É comum encontrar na sociedade brasileira avós que educam seus netos, sem a presença dos pais, ou mesmo assumem os netos como se pais fossem, inclusive registrando-os como filhos, caracterizando a chamada adoção à brasileira.

que infere a exclusão da violência e dos abusos sexuais. Se o idoso pretende adotar, está no exercício de sua capacidade plena, e tem condições de conferir ao adotado a assistência, o amparo e o amor de que precisa para desenvolver-se e educar-se, não há qualquer impedimento diante do sistema normativo. O mesmo se aplica aos portadores de deficiência.

No que se refere à reprodução humana assistida, os limites e as indagações são mais profundas e resultariam de um estudo bem mais amplo. Mas algumas considerações podem ser feitas. A ciência, os avanços biogenéticos, devem e são realizados a favor da humanidade, da realização do ser humano. Portanto, o projeto de ser mãe e pai, deve encontrar soluções na medicina, na ciência, se não for possível realizá-lo por meio do exercício dos direitos reprodutivos. Entretanto, as dimensões que centralizam a discussão envolvem a delimitação da pessoa (embrião, concebido) e os limites éticos das escolhas ou seleções sobre os filhos e suas características.

Gama (2003, p. 473) ressalta que neste caso a relação sexual não é necessária, colhendo-se o material genético de fecundação para a realização da fecundação artificial, que pode ser homóloga (com a utilização do óvulo e espermatozóide dos próprios pais) ou heteróloga (com a utilização de óvulo ou de espermatozóide ou de ambos, pertencentes a doadores).

A doação é altruística e não pode ser reclamada pelo doador, devido a limites éticos que se impõem. Mantém-se o seu anonimato, subtraindo da criança o direito de conhecer a sua origem, mas resguardando o doador de qualquer responsabilidade futura com o filho, rompendo a existência de direitos alimentares ou sucessórios.

Há a situação ainda do útero emprestado, sendo o embrião fecundado por óvulo e espermatozóide, pertencentes aos futuros pais. Em todos esses casos, não há regulamentação legislativa, existindo tão somente a Resolução nº 1358/92, do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 2009p). A Lei de Biossegurança,⁵⁵ que trata da proibição da manipulação de células germinais humanas, não se refere às técnicas de reprodução humana assistida e seus limites. Existem, fundamentalmente, em tramitação, sobre a reprodução humana assistida os Projetos de Lei⁵⁶: nº 3.638, de 1993, do Deputado Federal Luiz Moreira; o de nº 2.855/1997, do Deputado Federal

⁵⁵ Lei Federal nº 11.105, de 24 de março de 2005 (BRASIL, 2009x).

⁵⁶ Conferir, respectivamente, em Brasil (2009a, 2009b, 2009d, 2009e, 2009y).

Confúcio Moura; o de nº 2061/2003, da Deputada Federal Maninha; o de nº 1.135/2003, do Deputado Federal Dr. Pinotti; e o de nº 90, de 1999, do Senador Lúcio Alcântara (que recebeu o número 1184/2003 na Câmara dos Deputados).⁵⁷ Entretanto, não parece próxima uma solução legislativa para a reprodução humana assistida, contudo registra-se que as técnicas de inseminação vêm sendo utilizadas no Brasil desde a década de 80, tomando-se por parâmetro o ano de 1984, ano de nascimento do primeiro bebê de proveta.⁵⁸

Brauner (2003, p.84-95) destaca alguns critérios que conduzem a utilização da reprodução humana artificial e seus limites, como parâmetros normativos e bioéticos: a eugenia positiva (escolha de características étnicas ou estéticas), afastando sempre o exercício egoístico de seleção de caracteres do filho⁵⁹; a proibição da inseminação *post mortem*, como ocorre, por exemplo, quando a mulher utiliza o embrião fecundado com o espermatozóide de seu companheiro, após o falecimento deste; o consentimento esclarecido das partes envolvidas nesse processo; a indicação terapêutica e não a mera liberalidade de uma filiação alternativa; a gratuidade das doações de óvulos e espermatozoides; a gratuidade da cessão do útero⁶⁰; o sigilo sobre os doadores; e o melhor interesse da criança.

Todas as circunstâncias enumeradas pela autora têm suas justificativas e implicam em soluções normativas sobre a vida e a morte. Entretanto, algumas questões são especiais, como: as que se referem ao parentesco genético, resultante das doações de óvulo e espermatozóide; as três possibilidades de mãe, no caso de doação de óvulo, empréstimo de útero e mãe sócio-afetiva; a manipulação genética; e o destino dos embriões excedentários (fecundados e não implantados no útero). Para essas situações, que exigem uma reflexão bioética, o sistema normativo oferece alguns parâmetros, que devem nortear os caminhos legislativos para a regulamentação e para a argumentação jurídica. A dignidade da pessoa humana, a paternidade e a maternidade responsáveis e o melhor interesse da criança e do adolescente são os principais vetores, aos quais se inclui o direito à individualidade e à privacidade. Com efeito, a democracia implica na ampla discussão das conseqüências e dos conflitos

⁵⁷ Brasil (2009c).

⁵⁸ Informação obtida na justificativa do Projeto de Lei nº 1.135/2003. (BRASIL, 2009e).

⁵⁹ Para essas questões, acredita-se, em uma perspectiva argumentativa, que as situações concretas podem afastar o exercício egoístico, para a escolha de sexo da criança ou mesmo de suas condições de normalidade de saúde. O que não pode ser admitido é a seleção de caracteres de beleza e “aperfeiçoamento” físico e mental.

⁶⁰ A possibilidade de cessão de útero vincula-se ao parentesco da cedente com a mãe afetiva ou genética. Previsão que vem sendo reconhecida nos vários Projetos de Lei sobre a matéria.

decorrentes dos avanços biogenéticos que, efetivamente, trarão sempre mais indagações e dilemas a serem enfrentados e que deverão ocasionar consensos provisórios no espaço plural e de transformações que movimentam a história.

Acredita-se que alguns eixos, como destacou Brauner, são fundamentais, mas somente a análise casuística, sobretudo com relação aos direitos da personalidade quanto ao aspecto da individualidade e do estado da pessoa, e valorizadora do afeto nas relações familiares podem evidenciar uma solução mais justa, mais adequada e mais digna para os caminhos da reprodução humana artificial.

Tratando-se da decisão de não ter filhos, para quem planeja a família, restam dois caminhos: a contracepção (reversível e irreversível) e o aborto.

Na lógica normativa, essas duas situações são efetivadas de diversas formas. A contracepção, desde a década de 60, quando teve início a revolução sexual, foi uma prática disseminada para a liberdade e o exercício dos direitos sexuais em sua maior plenitude. De outro lado, frente à solidão feminina nesse processo, sempre se voltou à mulher, pouco contribuindo a ciência com métodos contraceptivos masculinos. Destacam-se como contraceptivos femininos reversíveis: os preservativos, as pílulas, os dispositivos intra-uterinos, entre outros, que sucedem a estes, cada vez mais eficazes. Para o homem, somente os preservativos, de pouca eficiência. Quanto aos irreversíveis: para a mulher, a intervenção cirúrgica, em um processo de esterilização; para o homem, um processo menos agressivo e também menos utilizado, a vasectomia, que também possui condições de reversibilidade. Essas diferenças integram o corpo humano, as distinções físicas, mas também fazem parte do poder disciplinar e regulatório sobre a vida e o exercício da sexualidade, de que trata Foucault (2005, 2006a), que acentua as diferenças e que impõe restrições em desequilíbrio.

A contracepção reversível não encontra limites e, após o início da vida sexual, ela deve ser orientada, em um processo de conscientização de sua importância para a realização da liberdade de escolha de ter filhos e do momento de tê-los. Conscientização esta que deve ser realizada, de igual forma, para homens e mulheres. Não se resume, portanto, na mera distribuição de insumos contraceptivos, caracterizando-se, portanto, pela responsabilidade individual, de homens e mulheres.

Já em relação à contracepção irreversível os ditames são conferidos pela legislação, determinando o limite de idade de vinte e cinco anos e a quantidade de dois filhos, bem como a existência de riscos de vida em relação à mulher e ao futuro

concepto (art. 10 da Lei Federal nº 9.263/96).⁶¹ Protege neste caso o sistema normativo o direito à reprodução, interferindo na autonomia privada, para impedir que, em qualquer idade e a qualquer tempo possa ser realizada a esterilização, em um processo que não comporte arrependimento, dada a sua definitividade. Nesse ponto, os limites, embora justificados, são invasivos da liberdade de escolha, mas, a princípio, não causam prejuízos efetivos pela possibilidade de alternativas contraceptivas de reversibilidade, notadamente as de maior durabilidade, desde que haja a democratização do acesso a esses meios.

Se o Estado, através de seu poder normativo, determina quando pode haver a esterilização, tem que fornecer os meios para que a contracepção reversível possa ser utilizada. Caso contrário, está exercendo e colocando a pessoa em estado de exceção, suspendendo o seu direito de liberdade, impedindo que a igualdade possa ser concretizada e interferindo diretamente sobre a individualidade.⁶²

O ponto nevrálgico e de maior polêmica, todavia, centra-se no aborto, na interrupção da gestação.⁶³ Abstraindo-se os dilemas religiosos e científicos, parte-se ao enfrentamento da questão, com as ferramentas disponíveis na normatividade constitucional para o planejamento familiar.

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada em 1994, estabeleceu, explicitamente que o aborto não deve ser promovido como método de planejamento familiar. Embora excluído pelo consenso formal regulamentador do conceito de planejamento, relacionado à contracepção e à reprodução, não se entende racionalmente possível essa exclusão.

⁶¹ “[...] são as mulheres que realizam a maioria das esterilizações, em virtude do errôneo entendimento de que a esterilização masculina interfere na potência sexual do homem. Sabe-se que envolve as mulheres das mais variadas classes sociais. Ou seja, não é somente a mulher pobre que recorre às esterilizações, mas igualmente, aquelas de nível econômico elevado.

Os dados demonstram que a esterilização é o método mais utilizado por mulheres vivendo em união estável e casamento. Em 1996, 40,1% das mulheres brasileiras já tinham sido esterilizadas aos 28/29 anos de idade.” (BRAUNER, 2003, p. 29)

⁶² Ressalta-se que está sendo tratada a questão sob condições ideais, sem considerar as dificuldades econômicas e sociais que condicionam todo o planejamento familiar e interferem diretamente sobre a liberdade individual.

⁶³ No Brasil, o Código Penal pune o aborto realizado pela gestante ou por terceiro (artigos 124 a 127), afastando a sua punibilidade (art. 128) se realizado por médico para salvar a vida da gestante ou no caso de gravidez em decorrência de estupro, mediante consentimento da gestante ou de seu representante legal (BRASIL, 2007b, p. 560).

Sarmento (2006), confrontando, no Direito Comparado, o tratamento conferido ao aborto, em países como Estados Unidos, França, Itália, Alemanha, Portugal, Espanha e Canadá,⁶⁴ concluiu:

[...] a tendência à liberalização da legislação sobre o aborto em razão da proteção de direitos humanos das gestantes. É relevante notar que os exemplos referem-se a países com tradições constitucionais relativamente próximas à nossa e que também possuem constituições em que os direitos fundamentais desfrutam de posição privilegiada no sistema jurídico. Contudo, nota-se também que, de um modo geral, reconheceu-se estatura constitucional ao interesse na preservação da vida do nascituro, que aumenta na medida em que progride a gestação. (SARMENTO, 2006, p. 134)

Sarmento (2006) defende que o princípio da laicidade do Estado impede a incorporação de posições religiosas para tratar a questão sobre o aborto, sustentando que as decisões sobre o aborto devem passar pelo diálogo democrático, próprio de uma sociedade pluralista. Destaca o autor que “a vida humana intra-uterina também é protegida pela Constituição, mas com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido”. E acrescenta, ainda, que a proteção ao nascituro aumenta à medida em que a gestação vai avançando e torna-se maior a viabilidade de seu nascimento com vida (SARMENTO, 2006, p. 142).

O dilema sobre o aborto não permite que o Estado deixe de reconhecer a sua ocorrência e os danos à mulher, inclusive a morte. Entretanto, o que autoriza no Brasil a sua legalidade é a justificativa: a gestação com risco de vida para a gestante e o estupro. A justificativa modifica o imodificável: a interrupção da gestação. Qualquer motivo tem a mesma consequência e, em qualquer caso, há a decisão, a escolha que é da gestante e que também se socorre pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Acredita-se que o processo educacional, as políticas públicas de planejamento familiar podem conduzir a redução de gestações indesejadas. Mas no

⁶⁴ Nos Estados Unidos, a Suprema Corte estabeleceu os parâmetros para que os Estados legislassem sobre o aborto: no primeiro trimestre da gestação seria livre, por decisão da gestante, aconselhada por seu médico; no segundo trimestre, poderia ser realizado, mediante regulamentação, para proteger a gestante; e no terceiro trimestre poderia ser proibido, exceto para proteger a saúde da mãe. Na França: em 1982 foi estabelecida em lei a previsão da obrigatoriedade da Seguridade Social em arcar com 70% dos gastos médicos e hospitalares com a interrupção da gestação; e, em 2001, foi ampliado, por lei, o prazo geral, para a realização do aborto, de 10 para 12 semanas de gestação. Na Itália, a Lei nº 194 estabelece o direito à gestante de nos primeiros 90 dias de gestação solicitar a realização do aborto: em caso de risco à sua saúde física ou psíquica; se houver comprometimento de suas condições econômicas, sociais ou familiares; em razão das circunstâncias da concepção; ou no caso de má-formação fetal. Na Alemanha, em 1974, foi descriminalizado o aborto praticado por médico, a pedido da gestante, nas 12 semanas iniciais de gestação. Em Portugal o aborto é permitido em caso de risco de vida ou saúde materna, má-formação ou doença incurável do feto e gravidez decorrente de violência sexual. A Espanha, conforme estabelece Portugal, com algumas alterações sobre as fases de gestação, também permite nos referidos casos. No Canadá, a Suprema Corte, em 1988, reconheceu que as mulheres possuem o direito ao aborto, rechaçando a obrigatoriedade, ante a ameaça de sanção criminal, de dar continuidade à gestação. (SARMENTO, 2006, p. 116-132).

planejamento está incluso o aborto se a gestação ocorreu e o filho não é querido. Trata-se da autonomia privada, do princípio da privacidade, da individualidade e da liberdade individual que devem prevalecer e que não justificam a intervenção pública para obrigar a gestar uma pessoa que não se deseja.

A gestação implica em uma série de transformações para a mulher, modificando a sua estrutura física, alterando o seu emocional, causando-lhe riscos durante a gestação e no parto, enfim, marcando profundamente o seu corpo e a sua alma. Evidente que o aborto também interfere no físico e no emocional feminino, em dilemas íntimos e culpas, nos quais lhes são determinantes a cultura e a religião. Porém essa ponderação não deve ficar para o Estado, para o poder soberano, e sim para a mulher que vai sofrer as conseqüências de sua escolha, seja ela qual for. Pensa-se que a ponderação entre a vida existente e a vida em potencial não é de competência do Estado e sim, da pessoa humana: a mulher grávida, que deve ser respeitada em sua dignidade, em sua privacidade e, na liberdade de escolher o valor que deve prevalecer. Embora, reconhecendo a vulnerabilidade da vida em gestação, não há como deixar de reconhecer a vida da gestante em existência efetiva e real. Bem como devem ser evidenciados os limites do tempo de gestação para a escolha sobre a realização do aborto, para que as duas vidas não entrem em conflito e para que não se legitime o sofrimento da criança gerada e da própria mãe, consoante tendência já adotada no Direito Comparado. A racionalidade possível para o aborto implica na determinação de sua realização no início da gestação e em sua realização pela gestante, de forma consciente e informada.

A Política de Planejamento Familiar no Brasil, lançada em 2005 na Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos, bem como a política específica de Planejamento Familiar de 2007, admitem, como uma de suas motivações, a quantidade de abortos realizados na clandestinidade e suas conseqüências. O Estado, portanto, ainda que não inclua como planejamento familiar o aborto, trata-o como sua motivação, para a realização de políticas públicas.

A Portaria nº 1.508, de 1º de setembro de 2005,⁶⁵ do Ministério da Saúde, dispensando o boletim de ocorrência policial ou autorização judicial, permite ao Sistema Único de Saúde realizar o aborto em caso de estupro, estabelecendo, como exigência para a sua realização, o procedimento de justificação e autorização,

⁶⁵ Conferir em Brasil (2005, p. 124-5).

composto de quatro fases: a) o termo de relato circunstanciado do evento (local e data do fato, tipo e forma de violência, descrição dos agentes e testemunhas, se existentes) realizado e assinado pela gestante, seus representantes legais, em caso de incapacidade e por dois profissionais da saúde; b) o parecer técnico, realizado por médico, com exames gerais e específicos sobre a gestação, com termo de aprovação da interrupção da gestação, por três integrantes da equipe multiprofissional de saúde (obstetra, anestesista, enfermeiro, assistente social ou psicólogo); c) assinatura de termo de responsabilidade pela gestante e seus representantes legais (em caso de incapacidade), com as advertências dos crimes de falsidade ideológica; e d) a assinatura do termo de consentimento livre e esclarecido, no qual constará, em síntese, os riscos possíveis à saúde, os procedimentos médicos a serem adotados, o acompanhamento e a assistência a serem prestados e a garantia do sigilo, que somente poderá ser quebrado, mediante requisição judicial.

A referida norma técnica demonstra a preocupação do Poder Público com a realização do aborto, de uma forma mais célere. Entretanto, pode implicar na simulação de estupros, com o fim de realizar o aborto em condições mais seguras. Essas questões envolvem um repensar sobre o aborto para a sua inclusão no conceito e nas políticas de planejamento familiar, estabelecendo o momento da gestação para a sua realização, descriminalizando-o e democratizando o seu acesso com a realização pelo Sistema Único de Saúde.

Avançando na dimensão conceitual, chega-se a um dos últimos pontos a serem considerados: o número de filhos. No Brasil, os dados estatísticos do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) apontam para a redução do número de filhos (BRASIL, 2007g). Ingerência da vida moderna, pela inserção da mulher no mercado de trabalho, pela realização de projetos profissionais e ainda pelos determinantes econômicos, a taxa de natalidade sofreu redução.

Para quem planeja, decerto, todos esses fatores devem ser considerados: o projeto pessoal de vida; o trabalho; as condições sócio-econômicas para educar o filho; as condições emocionais; e as condições físicas. Faz parte da autonomia privada a reflexão sobre o número de filhos e o melhor momento de tê-los.

Para o sistema normativo, não há possibilidade de qualquer intervenção nessa escolha, por vedação expressa contida no final do § 7º do art. 226 da Constituição Federal que impede ao Poder Público ou a instituições privadas qualquer forma coercitiva em relação ao planejamento. Macula a autonomia privada, a

dignidade da pessoa humana e a liberdade da formação familiar qualquer controle estatal sobre a quantidade de filhos, inclusive para controle demográfico ou justificador de políticas econômicas e sociais. Daí o cuidado na formulação de políticas públicas que impliquem em transferência de renda calcada no número de filhos, por resultar em uma forma de controle e de intervenção na liberdade privada, devido ao condicionamento econômico.

Todo esse panorama traçado implica em considerar a liberdade individual e a pessoa como prioridades e como determinadoras da escolha sobre o direito de gerar, de não gerar, de ter filhos, não os ter e o momento de tê-los, com todas as implicações que envolverão essa escolha.

A ausência de legislação permissiva e a norma regulamentar proibitiva não podem servir de fundamento à negativa de eficácia aos direitos fundamentais consubstanciados na Carta Magna para a pessoa humana, em todas as suas dimensões.

A construção de um conceito plural de planejamento familiar na contemporaneidade implica na aceitação de todos esses conflitos e na constatação de que não existem repostas únicas ou verdadeiras, mas situações a serem partilhadas com respostas concretas do sistema normativo para cada caso, colhendo-se os parâmetros da tese argumentativa de Alexy (2005, p. 308) acerca do caso especial, para o qual “o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral”, que implica na pretensão de corrigir, de adequar a norma ao caso concreto, não em silogismo, pela subsunção, mas com o uso da racionalidade discursiva em busca de uma solução mais próxima da correção, da solução mais ajustada, para o caso concreto.

Democratizar o planejamento familiar envolve concebê-lo com todos os seus sujeitos, em sua realidade concreta, não como abstrações. Envolve considerar o homem, a mulher, independente da orientação sexual, em todas as idades: criança (enquanto filho), adolescente (enquanto filho e possível pai ou mãe), adulto e idoso. Envolve a percepção de seus valores, desejos, sentimentos e riscos na concretização do projeto de ser pai e mãe ou na realização de ser filho, sujeito a ser priorizado, em amor e em dignidade.

Planejar a família consiste na realização da liberdade individual, em condições de acesso isonômico, observadas as diferenças, do projeto, desejado ou assumido, de ter filhos, da determinação da quantidade de filhos, de gerá-los, de não

os gerar, de não os ter, do momento de qualquer dessas escolhas, sob a forma do exercício de direitos sexuais e reprodutivos ou com a utilização da reprodução artificial e ainda pela adoção, sem intervenções coercitivas, para a realização do projeto afetivo de ser pai ou mãe, para qualquer família e em qualquer família, com o compromisso de conferir ao filho a realização de sua dignidade na família que integrará.

O conceito de planejamento familiar implica no exercício do direito fundamental e humano de ser pai e mãe e de estruturar a sua família, concebendo-a em liberdade e recebendo do Estado a garantia e a proteção de assisti-la, de protegê-la e de provê-la dos instrumentos necessários para o acesso igualitário e democrático dos meios que permitam esse planejamento.

A partir dessa delimitação, passa-se no próximo item a discutir as dificuldades para a realização desse planejamento familiar no Brasil contemporâneo.

3.4 Os Entraves, a Partir da Perspectiva Democrático-Pluralista, para o Planejamento Familiar

Acomodar os valores democráticos na realidade social que não os vivencia é o primeiro aspecto tormentoso a travar o planejamento familiar. Experimentar a democracia exige uma postura de aceitação dos conflitos e do outro, entendendo que não há homogeneidade, mas que diante das diferenças é possível um consenso que permita a convivência e a solução de problemas e dilemas humanos em um dado momento histórico. Nada é eterno. Tudo está em construção. De igual modo, constrói-se e reconstrói-se a família no tempo e a forma de planejá-la.

O sistema normativo constitucional, ao contemplar os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e da democracia, permite projeções argumentativas a construir um planejamento familiar mais inclusivo. Não obstante, permanece a constatação dos entraves a aproximar a política pública, formulada para o planejamento familiar, dos fenômenos sociais, cada vez mais surpreendentes e múltiplos.

Na perspectiva de seus integrantes, a família já se apresenta de plúrimas maneiras e diversas são as formas de compreendê-la e estruturá-la. O que se pretende apreender é o exercício, no Estado Democrático de Direito no Brasil, dessa diversidade, e a legitimação dessa pluralidade pela expressão normativa.

A intervenção do Estado onde não deve intervir e a ausência de sua intervenção onde é necessário, para a eficácia de direitos fundamentais, nas relações familiares, é um dos pontos relevantes.

Como acentua Pereira, S. (2007, p. 114):

[...] o sistema de proteção das famílias que se deduz das disposições constitucionais é um sistema misto que distribui suas funções entre o Estado e os particulares. Por um lado, a vinculação dos Poderes públicos aos direitos fundamentais lhes impõe dever de proteção do grupo familiar, assegurando que as pessoas que o integram recebam do Estado a garantia de seus direitos fundamentais. De outro lado, se a família recebe a proteção do Estado em razão de sua função serviente, precisa concretizar sua finalidade essencial de facilitar a seus membros o exercício dos direitos fundamentais.

Deste modo, o direito ao planejamento familiar está vinculado à família e ao Estado em vários aspectos. Quanto à família, na autonomia privada, no exercício da liberdade individual, como projeto de amor, de realização humana, no qual são consideradas as condições pessoais (físicas, emocionais, psicológicas, profissionais e financeiras) e o compromisso com esse projeto, no qual se insere a paternidade e a maternidade responsáveis e o melhor interesse da criança e adolescente. No que se refere ao Estado cumpre-lhe a garantia desse planejamento, permitindo um acesso isonômico aos meios de reprodução, contracepção, aborto e adoção em políticas públicas democráticas e efetivas.

Fundamental para o cumprimento dessa função do Estado o papel do legislador, como conformador da ordem constitucional, a regulamentar as diversas situações concernentes ao planejamento, nos limites do razoável, a possibilitar sua maior eficácia social. Portanto esse poder conferido ao legislador interfere diretamente na vida, no poder de gerá-la, de impossibilitá-la e de delimitá-la, em quantidade, qualidade, tempo e espaço.⁶⁶

No plano simbólico, a ausência ou a explosão legislativa demarcam expressões de poder que registram o consenso autoritário, de uniformidade, da maioria, que não aceita as representações consideradas minoritárias e, portanto excluídas da agenda e da projeção de políticas públicas.

A herança do positivismo, incorporado na figura do soberano - aquele que diz o direito - silencia e expressa, inclui e exclui, conforme a sua vontade, está

⁶⁶ A regulamentação legislativa pode interferir nas manipulações genéticas, na reprodução humana assistida, na contracepção, na definição de limites de idade para a adoção, para a reprodução artificial, para a contracepção, enfim, em vários aspectos do planejamento familiar.

presente na elaboração da lei e na sua implementação. Agamben (2007, p. 116-7) destaca o poder soberano de banimento, de exclusão, na seguinte passagem:

O bando é essencialmente o poder de remeter de algo a si mesmo, ou seja, o poder de manter-se em relação como um irrelato pressuposto. O que foi posto em bando é remetido a própria separação e, juntamente entregue à mercê de quem o abandona, ao mesmo tempo excluído e incluído, dispensado e, simultaneamente, capturado.

[...] O bando é propriamente a força, simultaneamente atrativa e repulsiva, que liga os dois pólos da exceção soberana: a vida nua e o poder, o homo sacer e o soberano.

Esse poder que delimita, que inclui, o que entende possível, e exclui o que considera inaceitável, excepciona, bane da legalidade, do Estado de Direito, pessoas, famílias e sua dignidade, o que pode ocorrer não somente pela existência de legislação ou pela sua omissão, mas, profundamente, pela sua total ineficácia.

A explosão legislativa, representada por uma quantidade relevante de leis e projetos de lei em andamento, os quais versam sobre temas dos mais diversos, e, simultaneamente, as omissões legislativas e as omissões na implementação de políticas efetivas garantidoras de direitos são, com clareza, óbices a uma perspectiva plural e democrática garantidora de direitos, como o direito ao planejamento familiar.

A existência de leis, prevendo e permitindo, por exemplo, a contracepção irreversível para homens e mulheres, pouco representa se não há hospitais e serviço médico em todos os municípios a realizar as intervenções cirúrgicas. De igual modo, se é permitida a reprodução humana artificial, em caso de infertilidade, mas se não há democratização desse acesso, a lei é uma abstração e resta distante da realidade.

No Brasil, as diferenças, sociais, econômicas, regionais e culturais, aliadas à grandeza territorial são fatores que contribuem para a heterogeneidade de sua formação e de sua expressão, constituindo em complicadores para um planejamento familiar que atenda todas essas distinções. Segundo Oliveira (2000, p. 59) “a formação da sociedade brasileira é um processo complexo de violência, proibição da fala, mais modernamente privatização do público, interpretado por alguns com a categoria do patrimonialismo, revolução pelo alto, e incompatibilidade radical entre dominação burguesa e democracia...” Oliveira traduz, em poucas palavras, a dificuldade de vivência de espaços de discussão, de exercício democrático, de aceitação das diferenças, devido ao processo de silenciamento e de cerceamento da liberdade individual que caracterizaram a história brasileira.

Por outro lado, os conflitos econômicos gerados pelo sistema capitalista no Brasil, com processos inflacionários endêmicos, que enriqueceram uma minoria e empobreceram a grande maioria, também são elementos que alteraram a concretização de um planejamento familiar mais democrático. Para os mais ricos, todas as possibilidades, inclusive a de realização de um aborto ilegal em condições mais seguras. Aos mais pobres, a impossibilidade da utilização de contraceptivos, a morte decorrente de abortos realizados em situações de precariedade, a extensa prole, sem possibilidade de escolhas conscientes sobre as melhores condições de vida e de dignidade de seus filhos.

A Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde aponta que aproximadamente 50% (cinquenta por cento) dos nascimentos não foram planejados e que 584.223 crianças nasceram vivas de partos de mães adolescentes realizados na rede do Sistema Único de Saúde (SUS) no ano de 2003 (BRASIL, 2007e).

A Organização Mundial de Saúde – OMS - estima que no Brasil 31% (trinta e um por cento) das gestações findaram-se por abortamentos, ocorrendo uma faixa de 1,4 milhão de abortamentos espontâneos e/ou inseguros para uma taxa de 3,7 abortos para cada 100 mulheres na faixa etária de 15 a 49 anos. Em decorrência desse alto índice, no ano de 2004, o número de 243.998 de internações no SUS deu-se por curetagens em face de abortos espontâneos ou realizados em insegurança, elevando as curetagens ao segundo procedimento obstétrico mais praticado nas unidades de internação, somente superado por partos normais.

O aborto, por outro lado, constitui-se na quarta causa de morte materna, apontando os dados de 2001, de 9,4 mortes de mulheres por aborto em relação a 100 mil nascidos vivos (BRASIL, 2007e).

Além desse diagnóstico referente à interrupção de gravidez, outro problema transparece relacionado ao insignificante acesso no Sistema Único de Saúde (SUS) para as técnicas de reprodução humana assistida, considerando que, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), entre 8 a 15% dos casais apresentam problemas de infertilidade, considerada esta quando, no período de 12 meses, sem fazer uso de qualquer método contraceptivo e com relações sexuais regulares, não há gravidez. Segundo dados do Ministério da Saúde, são altos os custos para o tratamento da fertilização e da reprodução humana assistida em clínicas particulares, dispondo o Sistema de Saúde Pública tão-somente de cinco centros com essa finalidade, localizados em três unidades da Federação (BRASIL, 2007e).

Esse panorama fático do planejamento familiar no Brasil ratifica a definição de Santos (2007, p. 90) sobre a democracia:

[...] vivemos em sociedades de democracia de baixa intensidade. O problema está em compreender que a democracia é parte do problema, e temos de reinventá-la se quisermos que seja parte da solução.

[...] Rousseau dizia que é democrática somente uma sociedade na qual ninguém seja tão pobre que tenha de se vender, nem ninguém tão rico que possa comprar alguém. Em nossas sociedades há de fato muita gente que tem de se vender e muita gente que tem dinheiro para comprar essa gente.

Estamos muito longe do ideal democrático de Rousseau, e por isso é preciso ver se podemos criar uma contra-hegemonia.

[...] reinventar a demodiversidade; provavelmente é possível reinventar e reconstruir algumas dessas formas de demodiversidade.

As distâncias sociais ocasionadas por um sistema capitalista que se reafirma no modelo neoliberal de política,⁶⁷ que isenta o Estado de suas tarefas, atribuindo-as à esfera privada, contribuem, sobretudo, para uma exclusão social e cívica, retirando do cidadão a sua autonomia decisória nas escolhas particulares, especialmente no planejamento de sua família. Decerto, a ampliação dos direitos constitucionais, que incluiu o planejamento familiar, ocasiona custos ao Estado, custos que comprometem a lógica de manutenção do sistema capitalista, o que pode, efetivamente, gerar um afastamento das responsabilidades estatais sobre a efetivação desse direito. E sem a intervenção do Estado em sua garantia não há possibilidade de sua eficácia. Os dados demonstram essa realidade.

Se não são garantidos os básicos de uma política social de educação e de saúde, como garantir a liberdade e a igualdade no projeto familiar? O básico, diante da racionalidade possível, inclui a educação sexual, a conscientização dos métodos contraceptivos nas escolas, a distribuição de métodos contraceptivos, o acesso à contracepção reversível e irreversível no SUS, o acesso à Justiça, para a celeridade da adoção e garantia das melhores condições para o adotado. Básicos razoáveis⁶⁸, que encontram obstáculos em decisões orçamentárias e em desvios de dinheiro público⁶⁹, em um processo também histórico de apropriação do público. Questões que interferem diretamente na experiência democrática no Brasil,

⁶⁷ O neoliberalismo, instalado mundialmente, a partir do Consenso de Washington, como estratégia de legitimação do capitalismo, trata a questão social sob três dimensões: a) a precarização das políticas sociais e estatais; b) a privatização da seguridade social; e c) a filantropização, transferindo à sociedade civil as responsabilidades do Estado, consolidando a essas tarefas o que se denomina de terceiro setor. (MONTAÑO, 2003, p 189-200).

⁶⁸ Sobre os básicos para a eficácia dos direitos fundamentais utiliza-se a fundamentação de Barcellos (2008).

⁶⁹ Situações que constantemente invadem a mídia brasileira e que integram processos de improbidade administrativa.

acentuando as suas distorções e tornando-a de baixa intensidade, como frisou Santos (2007). O autor destaca que vivemos “um fascismo social, que não é produzido pelo Estado, mas tem a cumplicidade dele. É o novo Estado de Exceção.” Direitos são conferidos para não serem efetivados. Algumas camadas têm a efetivação desses direitos; outras ficam completamente à margem, desprovidas dos direitos que lhe foram garantidos pela norma (SANTOS, 2007, p. 90).

Gonçalves (2006, p. 192) acrescenta que a Carta de 1988 “transmuta as necessidades humanas básicas em direitos fundamentais, o que, por via reflexa, desconstitui a idéia de favor, de caridade ou concessão que fortemente marcou – e, em alguns casos, ainda marca as políticas sociais no Brasil.” Por essa razão, o direito ao planejamento familiar deve ser encarado pelo aspecto da universalidade, para atingir o máximo possível, resguardando-se as diferenças, devendo ser tratado como uma obrigação estatal e pública, de importância e relevância para a realização do ser humano e da ordem normativa constitucional. Jamais como um favor, algo sem importância, a ser relativizado ou não priorizado.

A intervenção estatal não pode ser admitida para o controle demográfico. Entretanto a ausência de políticas sociais ou a existência delas de forma focalizada podem representar controle demográfico, que passa a ser evidenciado no controle econômico, evitando-se o aumento da população, principalmente nos grandes centros urbanos ou permitindo-se o seu aumento em outras regiões.⁷⁰ Esses aspectos conduzem à possibilidade de que o planejamento familiar satisfaça fins diversos da realização da pessoa humana e da liberdade na formação da família.

Por outro lado, há que existir a ruptura com a intolerância social às diferenças, aprendendo-se a conviver com elas, sem discriminação, sem hipocrisias. Crê-se que uma grave dificuldade às mudanças legislativas e às inclusões, na atualidade, é a ruptura com o consenso estabelecido de família, que norteia o imaginário social e que impõe padrões de felicidade e de adequação, marginalizando as diversidades e as expressões afetivas e tornando a liberdade um direito cada vez mais distante. Sarmento (2006, p. 150) destaca:

[...] a pessoa humana não é minimamente livre enquanto suas necessidades vitais não estão satisfeitas, ou quando ela se sujeita à opressão nas relações sociais que vivencia. Cumpre apenas, para afastar o espectro totalitário que

⁷⁰ A existência de políticas sociais de erradicação da pobreza, que se fundamentem no número de filhos, podem determinar a disciplina sobre a reprodução humana e interferir na definição da quantidade de filhos. Com isso, a implementação dessas políticas em regiões mais pobres podem determinar o controle demográfico.

ronda a idéia de liberdade positiva, situá-la na pessoa humana e não na coletividade. Livres devem ser os homens e as mulheres, para realizarem seus projetos de vida, e não o Estado ou a coletividade política, que não podem impor paternalisticamente aos não conformistas a adesão a um ideal ou projeto que não seja o deles, por mais nobres que sejam as razões invocadas.

Compete ao Estado reconhecer e respeitar os projetos de vida, de planejamento familiar, que não violadores da dignidade humana, possam ser consolidados em uma política pública inclusiva, de educação e construção de cidadania, permitindo o exercício das diferenças e reconhecendo o pluralismo, inerente à sociedade, com todos os seus antagonismos.

Cabe ao Estado intervir quando a autonomia e a liberdade privadas são inviabilizadas pela violência, pelo abuso sexual de crianças e adolescentes, pela carência de qualquer possibilidade de escolha, decorrente da completa ausência das condições mínimas de sobrevivência.

A política de planejamento familiar no Brasil deve ser implementada, em conjunto, com as políticas garantidoras dos demais básicos sociais⁷¹ e tendo em vista o contexto social na qual se insere. Para Pereira, P. (2007, p. 83), referenciando Doyal e Gough, a segurança do planejamento familiar, que o torna indispensável para a satisfação da saúde física e, ao mesmo tempo, da autonomia privada, centra-se, respectivamente, nas enfermidades e mortes decorrentes das gestações e dos partos e no controle da vida reprodutiva, como um meio de enriquecimento da existência e da participação social.

O planejamento familiar, portanto, incluso na cidadania, deve ser exercitado na perspectiva construtiva do acolhimento de novos direitos, a serem regulados normativamente ou viabilizados por políticas públicas. Para isso, no Brasil, deve ampliar-se a noção de cidadania, compreendendo-a:

[...] como sendo a dimensão de participação/inclusão na e responsabilidade pela vida social e política (espaço público local, regional, nacional, global...) e através da qual a reivindicação, o exercício e a proteção de direitos, deveres e necessidades se exterioriza enquanto processo de luta pela emancipação humana, ambigüamente tensionado pela regulação social.
Tematizar a construção de uma nova cidadania implica, nessa esteira, tematizar uma vasta complexidade que inclui temas e problemas estruturais e

⁷¹ Cabe referenciar que os mínimos sociais são trabalhados por Pereira, P. (2007, p. 66-86), na perspectiva dos autores Doyal e Gough, que identificam como necessidades humanas básicas a saúde física e a autonomia privada, dos quais se extraem onze categorias de satisfadores universais, que contribuem para a melhoria da qualidade da saúde física e da autonomia dos seres humanos: alimentação nutritiva e água potável; habitação adequada; ambiente de trabalho desprovido de riscos; ambiente físico saudável; cuidados de saúde apropriados; proteção à infância; relações primárias significativas; segurança física; segurança econômica; educação apropriada; e segurança no planejamento familiar, na gestação e no parto.

transversais, antigos e recorrentes, novos e inéditos, de grande envergadura. (ANDRADE, 2003, p.77)

Trava-se a dimensão democrática e a construção da cidadania quando se deixa de aceitar as diferenças, tolhendo-se o outro, o que nos parece diferente, para conservar as estruturas dominantes de poder. Vislumbra-se no Brasil uma grande resistência às diferenças, sendo os movimentos sociais, sem dúvida, fortes instrumentos de inclusão social, como o foram, por exemplo, os movimentos de mulheres para a legitimação do divórcio e para tantas outras conquistas normativas.

Os movimentos sociais, com o exercício de cidadania ativa, na reivindicação de legitimação de modelos familiares e múltiplas formas de planejamento familiar, servem de apoio para a construção de uma política mais próxima da democracia.

Muito ainda se tem a caminhar. Até porque restou limitada na Constituição a participação popular no processo legislativo, ao estabelecer a iniciativa popular pela “apresentação de projeto de lei subscrito por, no mínimo um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles,”⁷² o que dificulta e até inviabiliza a iniciativa popular.

Sem dúvida que a participação e o controle exercido pela sociedade é elemento essencial da democracia participativa, para a construção de políticas que atendam ao pluralismo e às demandas sociais, como destaca Pereira, P. (2002, p. 267), ao referenciar os Conselhos Estaduais e Municipais como mecanismos a fortalecer a prática democrática:

Um dos canais institucionais estratégicos para o exercício desse tipo de participação passou a ser os Conselhos paritários, deliberativos e descentralizados, concebidos e implantados no país, a partir da Constituição de 1988, no campo das políticas sociais. Estes Conselhos constituíram também o *lócus* privilegiado do processamento do mecanismo da descentralização, mediante o qual tornar-se-ia possível distribuir para os Estados-membros, os Municípios e as comunidades locais o poder concentrado na União e permitir à sociedade o controle sobre a sua própria reprodução e sobre as decisões e ações oficiais.

Destaca-se no cumprimento de requisitos elementares para a construção de uma política pública a participação popular. Sintetizando o pensamento de Gonçalves (2006, p. 210-13), as políticas públicas destinadas à realização de

⁷² Constituição Federal, art. 61, § 2º (BRASIL, 2007c, p.45).

direitos fundamentais, nos quais se insere o direito ao planejamento familiar, devem observar os seguintes padrões: a) inclusivo, com a finalidade de abranger o máximo de pessoas que não têm satisfeitas as suas necessidades humanas básicas, rechaçando as discriminações e respeitando as diferenças; b) participativo, devendo estar atreladas à participação popular e à descentralização político-administrativa, para que seja mantido o diálogo entre os sujeitos da política e seja evitada a estagnação das políticas sociais; c) progressivo, que considera que as políticas não podem restringir-se a programas residuais, devendo cumprir as diretrizes dirigentes do Estado Democrático de Direito, para implementar programas que busquem a satisfação de necessidades sociais básicas; d) e descentralizado, a ser efetivada principalmente nos municípios, a permitir a participação popular nos processos de implementação, execução, avaliação e controle de políticas públicas (solidariedade federativa).

Os referenciais para a realização de um planejamento familiar mais democrático, colhendo-se os ensinamentos da autora, residem: na maior inclusão possível, com todas as diversidades e conflitos, o que implica em uma conquista de direitos e de abrangência ao longo do tempo; e na participação popular, no exercício democrático, que interfere na composição da agenda pública, na elaboração, implementação e fiscalização das políticas.

Na realidade, percebe-se que os entraves a um controle social mais efetivo encontram-se na vivência democrática brasileira, ainda tímida e com graves problemas estruturais, que se acentuam pelas dimensões continentais, pelas diferenças culturais e econômicas e pela falta de um exercício efetivo de cidadania.

A representação, tal qual se apresenta no espaço contemporâneo, é uniformizadora e manipuladora dos interesses gerais, em detrimento das minorias e das diferenças, bem como não se pode deixar de considerar o poder econômico nas eleições, comprando liberdades e reproduzindo o sistema de desigualdades. E é esse mesmo sistema de interesses que acaba por ser reproduzido nos organismos de controle social, dos quais se destacam os Conselhos, estaduais e municipais, as ONGS (Organizações Não Governamentais), as associações e até mesmo os próprios movimentos sociais, o que dificulta a efetivação de um planejamento familiar que atenda às diversas demandas sociais.

Pereira, L. (1999, p. 26) focaliza duas questões, que considera fundamentais, sobre o controle social:

[...] a) como conseguir que além dos instrumentos da democracia direta-referendo, revogação e iniciativa popular – e do direito de eleição dos representantes políticos, o cidadão comum disponha de meios eficazes e estáveis para influir nos assuntos públicos e, em particular, no processo de formulação e/ou controle das políticas públicas? b) por outro lado, como assegurar que os interesses setoriais sub-representados no processo político tenham canais de expressão? Em outros termos, quais são os meios e as condições que permitem assegurar que os canais de expressão e controle social não sejam monopolizados pelas corporações privadas, incluindo as associações que já dispõem de meios de influência política, mas que dêem acesso aos grupos excluídos?

Com efeito, essas questões são essenciais para avaliar as dificuldades de controle social no contexto da realidade brasileira, considerados o processo histórico de personificação e apropriação do poder e o jogo de interesses nas esferas do público e privado.

Evidente que, em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988 encontram-se instrumentos jurídicos e possibilidades de participação e controle social, destacando-se, entre outros: o art. 198, II, (confere a participação da comunidade nas ações e serviços de saúde); art. 204, II, (inclui como diretriz na área da assistência social a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis). Além desses, a construção de um orçamento participativo⁷³, em experiências em federações brasileiras, apresentam a participação e o controle social como mecanismos reais de expressão democrática.

Dessa estrutura normativa constitucional resultou a previsão nos programas de políticas públicas da participação social e de mecanismos de controle social, tais como os vinculados aos Conselhos Municipais de Educação e de Saúde.

Note-se que a participação e o controle social devem abranger e interferir nas decisões políticas no tocante às escolhas de políticas públicas, as metas estabelecidas, as demandas sociais selecionadas e priorizadas, para a construção de uma política de planejamento familiar mais igualitária.

Para uma efetiva participação, com todos os entraves, é essencial a transformação de mentalidade e a conscientização sobre a importância dessa expressão democrática, para que a participação em organismos de controle não ocorra somente de forma simbólica, mas que represente a contribuição da sociedade civil na fiscalização e na inclusão de suas demandas na agenda pública.

⁷³ No Brasil, a experiência de orçamentos participativos é ainda muito restrita, consubstanciando-se em consultas populares, que não apresentam o compromisso vinculativo da Administração Pública.

Resgatam-se nas palavras de Gonçalves (2006, p. 240) a importância dos movimentos sociais e das lutas sociais articuladas e solidárias:

[...] se a diversidade não estiver apoiada em um projeto emancipatório e concretizador da dignidade humana, capaz de mobilizar mais solidariamente os movimentos populares, a concretização será uma tarefa secundária se comparada aos interesses específicos de cada grupo.

As múltiplas expressões que devem integrar o planejamento familiar no Brasil devem, portanto, partir do exercício democrático de cidadania, construída a partir de interesses conjuntos, em consensos possíveis, trabalhando as diferenças, para que possam receber a legitimação normativa, a elaboração e a implementação de políticas que o concretizem. Nessa projeção, percorre-se, no último capítulo, as possibilidades legislativas para o planejamento familiar no Brasil.

4 POSSIBILIDADES LEGISLATIVAS E PLANEJAMENTO FAMILIAR

Neste capítulo serão traçadas as expectativas ao planejamento familiar, para o realizável,⁷⁴ em uma política inclusiva, sob a perspectiva do Poder Legislativo e suas vinculações.

Para essa tarefa serão utilizadas as projeções de constituição dirigente e de vinculação do legislador, em perspectivas adotadas por Canotilho (2001, p. 244), para quem “[...] a lei, no Estado de Direito Democrático-Constitucional, não é um acto livre dentro da constituição; é um acto, positiva e negativamente determinado pela lei fundamental.”

Em um primeiro momento será enfatizada a Lei Federal que regulamentou o direito constitucional ao planejamento familiar, e, por consequência a política pública de 2005, que trata de sua implementação. Nessa construção serão abordadas as categorias que recebem a chancela do Legislativo e do Estado e as que não são resgatadas.

Após essa estruturação, apresentam-se alguns projetos de lei, em tramitação, que elaboram e re-elaboram o planejamento familiar sob várias perspectivas, analisando-se as suas possibilidades argumentativas diante da normatividade constitucional.

⁷⁴ Sobre o realizável importante referenciar a expressão reserva do possível para “identificar o fenômeno econômico de limitação de recursos disponíveis para atender às prestações positivas que devam ser cumpridas pelo Estado, que se efetiva sob dois aspectos: a inexistência fática de recursos e a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto.” (BARCELLOS, 2008, p. 261-3).

Ao final, sob a argumentação e colhendo-se o referencial democrático, serão trabalhadas as projeções para o futuro: os caminhos no presente século de uma política legislativa concretizadora do planejamento familiar.

4.1 Categorias Gerais do Planejamento Familiar na Lei Federal Nº 9.263/96 e na Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos

Apesar de instituído como direito fundamental pela Constituição Federal em 1988, o planejamento familiar somente recebeu uma regulamentação legislativa em 1996, quase oito anos depois. E, embora regulamentado, a existência de uma política pública específica de planejamento familiar somente adveio em março de 2005, com a Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos.

Resgata-se, para estabelecer os parâmetros valorativos sobre o que foi selecionado pelo legislador, o pensamento de Siches (2006, p.259) para quem:

La producción de los contenidos del Derecho, tanto de normas generales como de las normas individualizadas, debe regirse por *la lógica de lo humano o de lo razonable*.

El legislador opera con valoraciones sobre los tipos *de situaciones* reales o hipotéticas em términos genéricos y relativamente abstractos. Lo esencial y lo imperativo em su obra no consiste nunca em el texto de la ley, sino em los juicios de valor que el legislador adoptó efectivamente como inspiración y como pauta para establecer su regla.⁷⁵

O olhar sobre as categorias das disposições normativas contidas na Lei Federal e na política de planejamento familiar é realizado na perspectiva constitucional vinculante, na qual “os interesses públicos se acham previamente determinados pela constituição, ficando o legislador simplesmente autorizado a concretizar esses interesses” (CANOTILHO, 2001, p. 252).

4.1.1 A Lei Federal Nº 9.263/96

A Lei Federal nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, regula o § 7º do art. 226 da Carta Magna e apresenta três capítulos: o primeiro que disciplina o

⁷⁵ “A produção dos conteúdos do Direito, tanto de normas gerais, quanto de normas individualizadas, deve reger-se pela lógica do humano ou do razoável. O legislador opera com valorações sobre os tipos de situações reais ou hipotéticas em termos genéricos e relativamente abstratos. O essencial e o imperativo em sua obra não estão somente no texto da lei, senão nos juízos de valor que o legislador adotou efetivamente como inspiração e como pauta para estabelecer sua regra.” (SICHES, 2006, p.259). (Tradução livre).

planejamento familiar; o segundo que estabelece crimes e penalidades; e o último que trata das disposições finais.

Através da norma regulamentadora encontra-se expressa a visão oficial sobre o planejamento familiar: em que consiste; para quem se dirige; o que se permite; o que se proíbe; quem fiscaliza e controla a sua política.

O primeiro capítulo, que contém 14 artigos, é inaugurado reafirmando o planejamento familiar como direito inserto na cidadania. Portanto o estabelece como direito fundamental e expressão do exercício de cidadania, compreendida como forma emancipatória e de responsabilidade social, condição da prática democrática.⁷⁶

Em seguida, passa a compreensão do planejamento familiar para os efeitos da lei, ou seja, para os limites dessa regulamentação. Nesse sentido compreende o planejamento familiar de duas formas: “como um 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; e como parte integrante do conjunto de ações de a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.”⁷⁷ Como atividade básica de atenção integral à saúde inclui, entre outras: a assistência à concepção e à contracepção; o atendimento do pré-natal; a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; o controle das doenças sexualmente transmissíveis; e o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis.

O que se constata, na interpretação normativa, é a inserção do planejamento familiar em uma política de saúde do Estado, de atendimento global a homens, mulheres e ao casal, atendimento individual, portanto, ou, em conjunto, ao casal, este não especificado, se hetero ou homossexual.

O planejamento familiar, portanto, envolve, dentro da política de atenção global, a concepção, a contracepção, a prevenção e controle de doenças em decorrência do exercício dos direitos sexuais, a gestação, o parto, o puerpério e a criança, recém nascida.

Na definição normativa há expressa referência à regulação da fecundidade, excluindo, na percepção da Lei, a adoção do planejamento familiar, partindo do paradigma de duas filiações: a biológica e a genética, e, por conseguinte, excluindo a filiação sócio-afetiva. Portanto, as categorias inseridas no planejamento

⁷⁶ Ver conceito de Andrade (2003, p. 77) no item 3.4.

⁷⁷ Art. 2º, *caput*, e art. 3º da Lei nº 9.263/96 (BRASIL, 2009w).

voltam-se: à reprodução humana, por meio do exercício de direitos sexuais ou através da reprodução humana assistida; e à contracepção, centrando-se na irreversível.

A lei cala, omite-se, portanto, com relação a dois pontos que se considera fundamentais: a adoção e a união homoafetiva, excluindo-os da regulamentação e da definição normativa. Ela, entretanto, não pode restringir onde a Constituição não restringe. Considerar essa exclusão é interpretar inconstitucionalmente, desfazendo-se da norma fundamental. A omissão não implica em desconsiderar a existência desses modelos, que não precisam estar necessariamente na norma regulamentadora. A família monoparental, no entanto, foi incluída, ao admitir o planejamento familiar como direito individual, do homem e da mulher.

Não há definições ou delimitações acerca da família, sua multiplicidade de expressões, e a que família se dirige. Porém, a ausência desses parâmetros não podem conduzir a uma percepção restritiva ou excludente, pois diante da normatividade constitucional, possível a inclusão e a convivência plural das variadas manifestações da família.

Por outro lado, a lei integra o planejamento familiar à política nacional de saúde, o que remete à compreensão das duas necessidades básicas, mencionadas por Pereira, P.⁷⁸: a saúde física e a autonomia privada. Dois valores a serem conformados com os princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e adolescente, princípios não mencionados pela Lei, mas que norteiam e validam qualquer procedimento de planejamento familiar.

O princípio da igualdade é resguardado para o acesso à constituição, limitação ou aumento da prole, sem injunções quanto às diferenças que norteiam esse acesso. Há preocupação com a isonomia, que deve ser compreendida como substancial e não meramente formal. Por essa razão o acesso isonômico aos meios de fecundação e contracepção deve pautar-se na igualdade: entre homens e mulheres; entre cônjuges e conviventes; e entre os filhos.

Para a realização do planejamento familiar, a lei centra-se em três caminhos: ações preventivas, ações educativas; e a garantia ao acesso igualitário a

⁷⁸ Ver nota de rodapé no item 3.4.

informações, meios e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. Não define a norma o conteúdo das ações preventivas e educativas.

O SUS (Sistema Único de Saúde) possui papel determinante, como representação do poder estatal e como cumpridor da obrigação do Estado para o desenvolvimento de ações relativas ao planejamento familiar. Nesse sentido é responsável: pela capacitação de recursos humanos, educacionais, técnicos, científicos e informativos; pela garantia do programa de atenção integral à saúde direcionado ao planejamento familiar; pela delegação a instituições públicas e privadas, ao terceiro setor,⁷⁹ de ações de planejamento familiar; e pelo cadastro, fiscalização e controle das instituições e serviços que realizam ações e pesquisas na área do planejamento familiar; e pela competência para estabelecer normas gerais sobre planejamento familiar.⁸⁰ Com relação a esta última competência há certa impropriedade legislativa, pois são tratadas na lei as normas gerais, sendo as específicas pelo SUS, dentro dos limites gerais e princípios estabelecidos pela Constituição e pela Lei Federal.

Para as ações educativas, a lei estabelece a possibilidade de associação de ações do Sistema Único de Saúde com organismos do sistema educacional. Certo que ações educacionais não poderiam estar restritas à competência exclusiva do sistema de saúde, devendo estar inseridas mais profundamente na formação do indivíduo, desde o ensino fundamental. Essas diretrizes servem de parâmetro para a formulação de uma política de planejamento, na qual deve estar inserida a educação, a conscientização acerca do direito ao planejamento: seus métodos e seus princípios.

Quanto às ações preventivas, embora não definidas, relacionam-se à contracepção, já que as ações educativas foram tratadas em separado. No entanto, a norma apenas disciplina a contracepção irreversível, as esterilizações de homens e mulheres, nada mencionando quanto aos métodos contraceptivos reversíveis, que devem ser remetidos, com mais propriedade, a normas técnicas.

A contracepção irreversível, a esterilização, de forma voluntária, em homens e mulheres, é admitida, mediante o cumprimento dos seguintes requisitos: capacidade civil plena; idade acima de vinte e cinco anos; ou, pelos menos, com a

⁷⁹ O terceiro setor instituído, em uma política neoliberal, existe além do Estado e do mercado e seria definido como não-governamental e não-lucrativo (MONTAÑO, 2003).

⁸⁰ Art. 3º, parágrafo único, art. 4º, parágrafo único, art. 5º, art. 6º, *caput* e parágrafo único, e art. 14 da Lei nº 9.263/96 (BRASIL, 2009w).

existência de dois filhos vivos;⁸¹ e prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação de vontade e o ato cirúrgico, devendo nesse período haver acesso à equipe de aconselhamento multidisciplinar, para desencorajar a esterilização precoce.⁸² A esterilização voluntária, sem o cumprimento dos requisitos acima, é admitida somente para a mulher e, nesse caso, quando há “risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.”⁸³

Note-se que a lei dá extrema importância ao direito à informação de quem planeja, enfatizando a obrigação estatal de prestá-la. A informação, tanto no que se refere à contracepção quanto à reprodução assistida, é requisito indispensável para a caracterização de sua licitude.

Na garantia de acesso ao direito ao planejamento familiar, a lei determina a oferta de todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção, cientificamente aceitos, e que não coloquem em risco a vida, a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. A utilização desses métodos somente é permitida, mediante acompanhamento médico e informação dos riscos, vantagens, desvantagens e eficácia. A norma é genérica, aberta, deixando a lei de regulamentar as técnicas permitidas e as vedadas, os limites e condições para a sua realização. Essa lacuna ainda está à espera de regulamentação,⁸⁴ mas encontra-se vinculada à dignidade da pessoa humana.

A autonomia privada está norteada pelo princípio da informação, informação entre médico e paciente, entre instituições de saúde e seus usuários. Tepedino (2006, p. 90), abordando a responsabilidade médica, destaca sobre o dever de informação:

[...] a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; b) o emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica.

O dever de informação diz com os riscos do tratamento, a ponderação quanto às vantagens e às desvantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e ao quadro clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetar psicologicamente o paciente.

⁸¹ O Projeto de Lei nº 3.326/2008, do Deputado Neucimar Fraga, reduz para 18 anos o limite mínimo de idade para a esterilização, reduzindo também a exigência quanto ao número de filhos vivos de dois para somente um. (BRASIL, 2009m).

⁸² Art. 10, I, da Lei nº 9.263/96 (BRASIL, 2009w).

⁸³ Art. 10, II, da Lei nº 9.263/96 (BRASIL, 2009w).

⁸⁴ Os Projetos de Lei em andamento sobre a reprodução humana assistida foram mencionados no item 3.3 deste texto.

Ao dever de informar segue-se o consentimento, a manifestação de vontade tanto sobre a utilização de métodos de reprodução assistida quanto à contracepção irreversível. O consentimento, portanto, é informado. A autonomia privada aqui se associa ao direito à saúde. A liberdade de escolha deve ser considerada desde que não haja prejuízo à integridade psicofísica.

Registra-se que, para a realização de esterilização voluntária, a lei determina, como requisito, a manifestação expressa em documento escrito, no qual devem constar as informações prestadas, que compõem o direito à informação (riscos, efeitos colaterais, dificuldades de reversão, a exposição sobre os métodos de contracepção reversíveis). Não é considerado esse consentimento durante as alterações na capacidade de discernimento (influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental, temporária ou permanente), deixando de exigir a lei a declaração de incapacidade civil, absoluta ou relativa.⁸⁵ Entretanto, para esses casos, a simples percepção médica, acredita-se, nem sempre é suficiente, podendo haver erro, sem a cautela de uma ação de estado ou um laudo médico específico, pois a realização de esterilização nessas condições é criminalizada no art. 15, II, da Lei.

De igual modo, há vedação quanto à realização de esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes, excepcionando a sua realização mediante autorização judicial. O fundamento é o mesmo: a invalidade do consentimento, que poderá ser suprido judicialmente, sem dúvida, em todos os dois casos: tanto na incapacidade civil por idade, ou pelos demais casos, quanto na incapacidade de discernimento, que a Lei do planejamento familiar desvinculou de qualquer declaração judicial.

Há vedação ainda da esterilização da mulher durante os períodos de parto ou aborto, sendo realizável, nessas ocasiões, apenas em caso de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores. Essa proibição também deve ser relativizada, se interpretada, em conjunto com o inciso I do art. 10. Entende-se que se a mulher satisfaz os demais requisitos (possui 2 filhos, é maior de 25 anos, manifestou-

⁸⁵ Consoante o Código Civil : “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

[...] II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória não puderem exprimir sua vontade;

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

[...] II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido.” (BRASIL, 2007a, p. 167).

se previamente), a norma está impondo um maior sacrifício, interferindo na liberdade individual, ao deixar que, em um ato cirúrgico (cesariana ou aborto), seja realizada a esterilização e obrigando-a a se submeter a um novo ato cirúrgico para essa finalidade.

No que se refere ainda à esterilização voluntária a lei veda a sua realização sem a expressa anuência do outro cônjuge, na vigência da sociedade conjugal.⁸⁶ Abandona a lei a liberdade individual, para atender a vontade do casal. Isso implica dizer que, se o outro cônjuge não consente, a esterilização, embora desejada não pode ser realizada. Acredita-se não ser essa a melhor solução. A escolha deve ser individual, com o conhecimento, a cientificação expressa do outro. Não se pode regular o direito ao corpo, à integridade que dela decorre, vinculando-a ao poder decisório do outro cônjuge, que não está obrigado a justificar as suas razões de não consentir. Macula a liberdade individual, a autonomia privada essa exigência. Dar conhecimento, informar o outro é indispensável para que não fique caracterizado o erro sobre a pessoa, sobre o poder de reprodução de seu consorte, que interfere no planejamento da família. Mas não pode haver obrigatoriedade, imposição sobre essa decisão.

Observa-se ainda extrema desigualdade de tratamento do casamento em relação à união estável, pois o dispositivo trata de cônjuge, terminologia empregada para pessoas casadas, não fazendo menção aos companheiros, ou seja, à união estável. Deste modo, em uma interpretação literal, se o homem ou a mulher convivem em união estável podem, sem o conhecimento ou a ciência do outro, realizar a esterilização voluntária. A norma, nesse sentido, trata situações amparadas textualmente pela Constituição de forma desigual. O acesso não é isonômico à contracepção irreversível para os casados. Convém destacar que, embora os companheiros não tenham sido mencionados pela norma, diante do princípio da isonomia, na interpretação conforme a Constituição, estariam também obrigados a cumprir a mesma regra. No entanto, considera-se essa imposição, consoante já mencionado, violadora da liberdade individual e da autonomia privada, caracterizando a sua inconstitucionalidade.

A lei estabelece os métodos de esterilização admitidos, como contraceptivos: a laqueadura tubária (para a mulher); a vasectomia (para o homem); ou outro método cientificamente aceito para ambos (norma de conteúdo aberto a ser

⁸⁶ Art. 10, § 5º, da Lei nº 9.263/96 (BRASIL, 2009w).

preenchido pelos avanços científicos futuros). Ao mesmo tempo veda a esterilização pela histerectomia e ooforectomia.⁸⁷

Há determinação legal de informação do SUS (Sistema Único de Saúde), sob a forma de notificação compulsória, de toda esterilização cirúrgica realizada, devendo ser compreendida essa obrigatoriedade para as instituições hospitalares públicas e privadas. Essa notificação acentua o poder de controle e fiscalização do Estado sobre o corpo, sobre a vida e sobre as decisões que envolvem o controle de natalidade.

Proíbe a norma a indução ou a instigação, individual ou coletiva, de esterilização cirúrgica, bem como a exigência de atestado de esterilização ou teste de gravidez para quaisquer fins. Nesse caso a norma é protetiva, a impedir que a esterilização seja uma prática disseminada ou que a pessoa seja compelida a realizá-la.

Três aspectos descritivos da Lei Federal ainda precisam ser colocados: a permissão de participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros nas ações e pesquisas de planejamento familiar; a realização de experiências com seres humanos no campo da regulação da fecundidade; e a proibição de qualquer tipo de controle demográfico.

A autorização pelo SUS (Sistema Único de Saúde) e a sua fiscalização de empresas ou capitais estrangeiros em pesquisas de planejamento familiar mostra-se salutar e ao mesmo tempo conduz à compreensão de que se refere a uma visão ampla de pesquisa, não exclusivamente médica ou genética. O incentivo à pesquisa em todos os campos acentua a possibilidade legislativa de democratização do planejamento familiar a partir de sua apreensão inter e multidisciplinar. Entretanto, a utilização de capital estrangeiro deve sofrer ampla fiscalização, para que não venha interferir na liberdade do planejamento familiar e para que não se caracterize como controle demográfico. Essa preocupação foi consubstanciada no Projeto de Lei nº 2185/2007, do Deputado Federal Talmir (BRASIL, 2009i), que alterando esse dispositivo da Lei Federal, proíbe a participação direta ou indireta de empresas de capital estrangeiro no planejamento familiar, sob a justificativa de que países ricos venham controlar o

⁸⁷ A laqueadura tubária ocorre mediante a ligadura ou corte das trompas de Falópio, que levam os óvulos dos ovários até o útero. Com as trompas bloqueadas, não há possibilidade de fecundação. A vasectomia consiste no ligamento entre os dutos deferentes, que transportam o esperma desde os testículos, o que possibilita a ereção e a existência do sêmen, desprovido do espermatozóide. A histerectomia consiste na extração do útero e a ooforectomia na extração dos ovários (HATCHER, 2001).

crescimento populacional do Brasil, fomentando pesquisas e ações de controle da natalidade. Não se entende necessária a proibição, mas, decerto, é indispensável, a intervenção Estatal, para evitar essa possibilidade, para garantir a soberania nacional, princípio geral da atividade econômica, inserto no art. 170, I, da Constituição Federal⁸⁸.

No tocante à realização de experiências científicas com seres humanos, no campo da regulação da fecundidade (novos métodos contraceptivos ou conceptivos) é exigência da norma a autorização, fiscalização e acompanhamento pela direção do SUS. Essa possibilidade de autorização deve ser enfrentada na perspectiva da dignidade da pessoa humana, não podendo expor a vida humana e a sua liberdade de escolha a riscos, devendo essa dignidade estender-se ao concebido. Esse o maior limite, devendo incluir-se como requisito essencial o consentimento informado da pessoa que se submete à experiência. Moraes (2006, p. 34) explica:

[...] na área da biomedicina, é o interesse, o ponto de vista do indivíduo, que deve prevalecer quando se trata de sua saúde, física e psíquica, ou de sua participação em qualquer experiência científica. A regra expressa o conceito de não-instrumentalização do ser humano, significando que este jamais poderá ser considerado objeto de intervenções e experiências, mas será sempre sujeito de seu destino e de suas próprias escolhas.

O controle demográfico proibido pela norma infraconstitucional apenas reproduz a vedação já estabelecida na Constituição, procurando assegurar a liberdade individual, a escolha sobre o planejamento familiar. O parâmetro também é a dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, a Lei Federal trata de crimes e penalidades que envolvem fatos típicos relacionados à realização das condutas vedadas no capítulo anterior sobre a contracepção irreversível, a esterilização. Os crimes são apenados de seis meses a oito anos, para o considerado mais grave – a esterilização sem a observância dos requisitos legais. A norma, inclusive, estabelece penalidades para as instituições que permitam a prática dos crimes por ela tipificados, determinando a responsabilidade cível e criminal.

Essa política legislativa criminalizadora faz parte do processo que Andrade (2003, p. 146-7) designa de “[...] despolarização da sociedade: o ‘espaço da pena’ se expande sobre o vácuo deixado pela retração do ‘espaço da política’, descontextualizando-se a violência, as lesões à integridade humana, dos processos em que são construídas, do contexto onde se realizam. Integra, ainda, segundo a autora,

⁸⁸ Conferir em Brasil (2007c, p. 87).

mencionando Alessandro Baratta, a lógica construída pelo discurso oficial do sistema penal, que inclui a noção do senso comum e a ideologia dominante, representada pela Dogmática Penal de legitimidade do Estado para combater o mal, pela legalidade, punindo-o e prevenindo-o, com o seu poder intimidatório (ANDRADE, 2003, p. 130-1).

O último capítulo, que trata das disposições finais, apenas remete ao Código Penal, fazendo menção aos dispositivos, em especial, que possuem aplicação subsidiária.

Em síntese, podem ser destacadas, como projeções do olhar oficial, do legislador, do poder estatal, sobre a lei de planejamento familiar: a atenção à saúde, compreendida em sua integralidade, envolvendo os aspectos físico e emocional; a projeção do planejamento familiar somente na reprodução, natural e assistida, e na contracepção; a ênfase quanto aos limites à contracepção irreversível, prática a ser desestimulada; a observância, em linhas gerais, a autonomia decisória individual; o consentimento informado sobre a reprodução e a contracepção; o desenvolvimento de políticas educacionais, preventivas e de acompanhamento do planejamento familiar; a preocupação com a igualdade de acesso ao planejamento, ainda que igualdade, sem a visão da diversidade.

Ultrapassadas as vertentes da Lei Federal do planejamento familiar, passa-se a sua política pública.

4.1.2 A Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos

O planejamento familiar no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, que o instituiu como direito fundamental, somente ganhou um programa de políticas públicas específico em 2005, com o lançamento pelo Ministério da Saúde da Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos,⁸⁹ que o incluiu em parte de seus objetivos.

Seguindo as mesmas diretrizes desse plano nacional, foram lançadas, pelo Ministério da Saúde: em 2006, a Política Integral à Reprodução Humana Assistida, para assegurar o direito à reprodução quando houver necessidade de utilização das técnicas de fertilização; e, no início de 2007, uma Política Nacional exclusiva de

⁸⁹ Disponível em Brasil (2007e).

planejamento familiar voltada para a oferta de métodos contraceptivos gratuitos para homens e mulheres em idade reprodutiva e também voltada para disponibilizar a compra de anticoncepcionais na rede Farmácia Popular, que oferece medicamentos a preços módicos. Essas duas Políticas, por se encontrarem inseridas no Plano Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos, bem mais amplo, não foram contempladas neste estudo, por centrar-se esta análise nas escolhas, sujeitos e interesses da Política de Planejamento Familiar, que apresenta maior complexidade e abrangência na Política construída em 2005, da qual decorrem as duas últimas.

Portanto, destacam-se nas propostas de atuação da Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos: a) ampliação da oferta de métodos anticoncepcionais reversíveis no Sistema Único de Saúde – SUS; b) elaboração e distribuição de manuais técnicos e de cartilhas educativas; c) capacitação dos profissionais de saúde da atenção básica para assistência em planejamento familiar; d) atenção em reprodução humana assistida na rede SUS; e) ampliação de acesso à esterilização cirúrgica voluntária no SUS; f) elaboração de documento sobre saúde sexual e reprodutiva para os países do Mercosul; g) apoio e desenvolvimento de pesquisas; h) atenção à saúde sexual e reprodutiva de adolescentes e jovens; e i) prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual.

A elaboração dessa política deu-se pelo Ministério da Saúde em parceria com os Ministérios da Educação, da Justiça, do Desenvolvimento Agrário, do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e com a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, a Secretaria Especial de Direitos Humanos e a Secretaria de Promoção da Igualdade Racial. Todos esses sujeitos, com suas racionalidades, apresentam interesses diversificados para a formulação dessa política.

Silva (2001, p.37-8) explica como ocorre o processo de construção de uma política pública:

Toda política pública é uma forma de regulação ou intervenção na sociedade. Articula diferentes sujeitos, que apresentam interesses e expectativas diversas. Constitui um conjunto de ações ou omissões do Estado decorrente de decisões e não decisões, constituída por jogo de interesses, tendo como limites e condicionamentos os processos econômicos, políticos e sociais. Isso significa que uma política pública se estrutura, se organiza e se concretiza a partir de interesses sociais organizados em torno de recursos que também são produzidos socialmente. Seu desenvolvimento se expressa por momentos articulados e, muitas vezes, concomitantes e interdependentes, que comportam seqüências de ações em forma de respostas, mais ou menos institucionalizadas, a situações consideradas problemáticas, materializadas mediante programas, projetos e serviços.

Consoante informações do Ministério da Saúde, três são os eixos principais de ação para o planejamento familiar: a ampliação da oferta de métodos anticoncepcionais reversíveis (não-cirúrgicos); a ampliação do acesso à esterilização cirúrgica voluntária; e a introdução de reprodução humana assistida no Sistema Único de Saúde (SUS). Nota-se que a contracepção é uma preocupação central, em razão das justificativas apresentadas para a política, que envolvem a redução do aborto e da morte materna. Quanto à ampliação do acesso à contracepção irreversível não se mostra contraditória frente à Lei do Planejamento familiar, pois a política pretende permitir o acesso, mas não estimular a sua realização. Já a introdução da reprodução assistida no SUS é uma urgência à democratização e acesso igualitário ao planejamento familiar.

O Ministério da Saúde teve por objetivo central, portanto, garantir o acesso a mulheres e a homens em idade fértil a métodos e meios para regulação de sua fecundidade no atendimento público de saúde, para prevenir a gravidez indesejada entre adolescentes, jovens e adultos, e para reduzir o número de abortos provocados e as mortes maternas em decorrência desses abortos. Não há focalização quanto o aumento ou decréscimo da taxa de fecundidade, considerando a Política, apoiada nos censos do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), que houve redução desse índice no país nas últimas décadas.

Embora sejam os três subprogramas os principais eixos do plano nacional, o plano apresentou outras áreas de atuação, envolvendo inclusive a saúde e a prevenção nas escolas, consoante pode ser observado nas quatorze propostas e diretrizes para o período de 2005 a 2007: “1) Ampliação da oferta de métodos anticoncepcionais reversíveis no Sistema Único de Saúde – SUS; 2) Elaboração e distribuição de manuais técnicos e de cartilhas educativas; 3) Capacitação dos profissionais de saúde da atenção básica para assistência em planejamento familiar; 4) Seminário para pactuação da Política Nacional para Atenção Integral à Saúde da Mulher 5) Atenção em reprodução humana assistida na rede SUS; 6) Ampliação de acesso à esterilização cirúrgica voluntária no SUS; 7) Ampliação do Programa Saúde e Prevenção nas Escolas; 8) Termo de cooperação com a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres; 9) Elaboração de documento sobre saúde sexual e reprodutiva para os países do Mercosul; 10) Apoio e desenvolvimento de pesquisas; 11) Atenção à saúde reprodutiva de adolescentes e jovens; 12) Atenção à saúde de homens e mulheres em situação de prisão; 13) Implantação e implementação de

serviços para atenção às mulheres em situação de abortamento; 14) Pacto Nacional pela Redução da Mortalidade Materna e Neonatal” (BRASIL, 2007e).

Como resultados esperados pelo Plano são mencionadas: a prevenção da gravidez indesejada entre adolescentes, jovens e adultos; e as reduções dos números de abortos provocados e das mortes deles resultantes. O Ministério da Saúde, para esses resultados, apresentou metas a serem atingidas, para o período de execução de 2005/2007, metas às quais não há ainda avaliação acerca de seu cumprimento.

Com relação à ampliação da oferta de métodos anticoncepcionais reversíveis no Sistema Único de Saúde, o Governo pretendeu contemplar 40 milhões de pessoas, aumentando progressivamente a aquisição de contraceptivos, para que estejam efetivamente disponíveis em todas as unidades básicas de saúde e nas equipes do Programa Saúde da Família. Os métodos anticoncepcionais disponibilizados, consoante a proposta, são: pílula combinada; minipílula; pílula de emergência; injetável mensal; diafragma; DIU; injetável trimestral.

No que se refere à ampliação do acesso à esterilização voluntária no SUS (Sistema Único de Saúde), a meta foi aumentar em 50% o número de serviços de saúde credenciados, que em 2005 era de 567, para a realização de laqueadura tubária e vasectomia, em todos os Estados da Federação.

Quanto à introdução da reprodução humana assistida no SUS a meta focalizou-se na estruturação técnica de serviços de alta e média complexidade em todas as regiões brasileiras, com a finalidade de dar assistência à infertilidade e oferecer serviços de técnica de reprodução assistida a casais com doenças genéticas ou infecto-contagiosas, como HIV e hepatite B, para evitar a transmissão de doenças para os bebês e aos parceiros sexuais. A Inseminação artificial e a Fertilização *in vitro* constituem, segundo o plano, atenção de alta complexidade e deve ser acompanhada e definida por critérios clínicos e psicossociais estabelecidos por grupo de Trabalho, criado pelo Ministério da Saúde em 2004, que além de representantes do próprio Ministério, é composto de: representantes da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo); da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana; do Núcleo Brasileiro de Embriologistas em Medicina Reprodutiva; da Sociedade Brasileira de Urologia; do Núcleo de Bioética da Universidade de Brasília; do Centro de Reprodução Assistida do Hospital Regional da Asa Sul (antigo Hospital Materno

Infantil); do Centro de Referência em Saúde da Mulher (antigo Hospital Pérola Byington); e do Instituto Materno Infantil de Pernambuco.

Em conclusão, o documento que elabora a referida Política Nacional sustenta que a implantação e a implementação da assistência ao planejamento familiar, na esfera de atenção integral à saúde de homens e mulheres, devem ser articuladas com os demais órgãos do Governo Federal, envolvidos na política, com os Estados, Municípios e com a sociedade civil organizada.

Deste modo, a Política de Planejamento Familiar, focalizada em três subprogramas, tem por beneficiários homens, adolescentes e mulheres, estas não somente em idade fértil, já que possível a reprodução humana assistida. Por outro lado, essa política envolve vários sujeitos, de racionalidades distintas, vez que depende de todas as entidades científicas que compõem o grupo de trabalho do subprograma de reprodução assistida, além de todas as entidades parceiras, elaboradoras e cooperadoras do programa, a que se somam os demais entes da federação – Estados e Municípios – e a sociedade civil organizada.

Alguns interesses, portanto, são destacados nas justificativas apresentadas pelo Ministério da Saúde, relacionados a grupos de sujeitos. Entre eles encontram-se as mulheres, adolescentes e adultas, e homens e mulheres, que apresentam infertilidade. Os problemas encontrados para a inclusão do planejamento familiar como programa social na agenda pública derivou-se, segundo dados do Ministério da Saúde: do atendimento ao direito estabelecido na Constituição Federal e na Lei do Planejamento Familiar; na falta de planejamento em metade dos nascimentos, consoante Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde; e do alto índice de abortos espontâneos ou irregulares, considerados realizados em insegurança, o que gerou um índice elevado no SUS de curetagens pós-abortos, tornando esses procedimentos no segundo procedimento obstétrico mais praticado nas unidades de internação, somente superado por partos normais.

A diversidade de interesses e a pluralidade de eixos que o programa envolve torna-o demasiadamente complexo, pois embora apresente objetivos principais, destaca-se em variadas áreas de atuação, envolvendo inclusive a saúde e a prevenção nas escolas. Essa pluralidade é salutar e resulta de um processo democrático, mas que envolve escolhas políticas. Arretche (2001, p.48) sintetiza:

Em princípio, as vontades, os interesses, as lealdades e as concepções ideológicas dos diversos agentes envolvidos em um programa público dificilmente serão coincidentes. Portanto, quanto mais complexo for um

programa, maior será variedade de interesses e concepções envolvidas em sua execução e, por conseqüência, mais fortes serão as tendências a não-convergência.

A diversificação e a ampliação do programa, embora apresente dificuldades de implementação, não se mostra suficiente a atender as demandas que se encontram na construção de uma perspectiva plural de planejamento familiar, que atenda à dignidade da pessoa humana, acolhendo-a com todas as suas diferenças de idade, sexo, orientação sexual e de escolha e projetos de vida.

Na Política foi inserido o pacto pela redução da mortalidade materna e neonatal⁹⁰, firmado entre a União, Estados, Municípios e a sociedade civil, que tem por objetivo reduzir o índice dessas mortalidades. Para tanto foi criada uma Comissão Nacional de Monitoramento e Avaliação da Implementação do Pacto, presidida pelo Ministro da Saúde, e que conta com diversos membros efetivos, que se constituem em sujeitos diretamente interessados, em vários segmentos.⁹¹ A pluralidade de sujeitos presente na comissão, bem como na composição do plano, é o espelho da descentralização da política e de sua democratização, mas, com efeito, consoante advertiu Arretche (2001), ocasiona dificuldades em sua implementação. Demonstra, sobretudo, a preocupação com a morte materna resultante do aborto e de doenças sexualmente transmissíveis, inclusive à criança, como a AIDS.

Por outro lado, apesar da multiplicidade de ações que envolvem o programa, nota-se a exclusão de temas e de sujeitos. Não se fala em adoção e nem em homossexualidade, questões que parecem não ter sido contempladas, apesar do grau de abrangência do programa, seguindo a mesma categoria adotada pela Lei Federal. Quanto ao aborto, é enfatizado apenas em caso de gravidez decorrente de violência, utilizando-se a prevenção para evitá-lo nos demais casos. Verifica-se ainda

⁹⁰ Desde 2004 foi criado pelo Ministério da Saúde o Pacto Nacional pela Redução da Mortalidade Materna e Neonatal, que foi o primeiro realizado entre gestores, a sociedade civil organizada e entes da Federação. (BRASIL, 2009t).

⁹¹ Os membros efetivos da Comissão Nacional de Monitoramento e Avaliação da Implementação do Pacto pela redução da mortalidade materna e neonatal são: Agência Nacional de Saúde; Conselho Nacional de Saúde; Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres; Secretaria Especial de Promoção da Igualdade Racial; Secretaria Especial de Direitos Humanos; Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde; Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde; Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente; Conselho Federal de Medicina; Associação Médica Brasileira; Comissão Pastoral da Criança; Federação das Associações de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira de Pediatria; Rede Nacional de Bancos de Leite Humano; Associação Brasileira de Enfermagem; Associação Brasileira de Enfermagem Obstétrica; Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Reprodutivos; Articulação de Mulheres do Brasil; Rede pela Humanização do Parto e Nascimento; Confederação das Mulheres do Brasil; Articulação de ONGS de Mulheres Negras; Rede Nacional de Parceiras Tradicionais; e Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva.

que cada eixo do programa trabalha com uma variedade de sujeitos e interesses, o que ocasiona dificuldades em sua implementação e fiscalização, haja vista a amplitude de possibilidades no processo de seu desenvolvimento. Quanto mais sujeitos, mais relações e interesses a interagir; maior diversidade interpretativa nas ações e objetivos do programa e racionalidades diversas.

Ressalta-se que não foram estabelecidos limites e ações efetivas para o eixo relativo à reprodução humana assistida no Sistema Único de Saúde, considerando-se a bioética, tendo sido traçadas apenas metas para o credenciamento de alguns desses serviços pelo Ministério da Saúde. A ausência de regulamentação representa um dos entraves para um desenvolvimento da política nessa área.

Consideradas de elevado custo, o tratamento da fertilização e da reprodução humana assistida, pelo Sistema de Saúde Pública, é disponibilizado em cinco unidades, distribuídas em três Estados brasileiros: o Centro de Recuperação Humana Assistida do Hospital Regional Asa Sul, no Distrito Federal; o Instituto Materno Infantil de Pernambuco, no Estado de Pernambuco; e o Centro de Referência em Saúde da Mulher do Hospital Pérola Byington, o Hospital Universitário da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), e o Hospital Universitário de Ribeirão Preto/USP, os três no Estado de São Paulo.

Deste modo, a largueza das ações programadas, a variedade de sujeitos e interesses e os problemas que serviram de ponto inicial para a inclusão do planejamento familiar na agenda pública, permitem uma reflexão sobre a relevância do tema acerca da intervenção direta do interesse público na autonomia privada sobre um de seus direitos fundamentais: a constituição da família. Percebe-se ainda que com os avanços da ciência, principalmente da genética, o tema já possui proporções bem maiores, mas que não são enfrentadas e, de certo modo, são silenciadas: como a clonagem; a manipulação do material genético nas fertilizações; e o acesso efetivo para o homem, a mulher, ou o casal, independente da orientação sexual. Questões essas que não foram contempladas pela referida Política Nacional, como não o foram na Lei Federal que regulamentou o planejamento familiar e que deixam sem respostas muitas indagações.

Todas essas questões desafiam o Estado a respondê-las com práticas e projetos efetivos de políticas públicas, que tomem como referencial os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da liberdade e com as limitações impostas por esses princípios, na sociedade brasileira, com todas as suas

possibilidades diversificadas e excludentes. Mas representam também um desafio para a cidadania em construção no Brasil e para um exercício democrático de maior intensidade.⁹²

4.2 Acenos da Projeção Legislativa no Brasil para o Planejamento Familiar

O Poder Legislativo no Brasil têm, na cultura positivista de regulação, sido farto em projetos de lei e proposições normativas. No tocante ao planejamento familiar, muitas são as iniciativas, entre as quais se escolheu, para enfrentamento, as referentes: ao parto anônimo; à pensão em benefício do filho gerado em decorrência de estupro; e ao planejamento familiar em presídios.

Várias outras proposições sobre o planejamento familiar encontram-se em tramitação no Congresso Nacional, como a que trata da reprodução humana assistida e do estatuto do nascituro.⁹³ O excesso de regulação sobre o planejamento familiar indica o interesse do Estado legislador sobre as famílias e a sua composição, como o seu silêncio ou inércia sobre outros temas também demonstram o seu desinteresse em vê-las projetar-se eficazmente.

A cultura legalista, pós-positivismo, leva a uma necessidade ao que define Hespanha (1999, p. 34-5):

[...] os autores tendem hoje a falar, mais do que “deslegalização”, de “regalização”, entendida como redimensionamento e readequação do aparelho legislativo, em vista das suas novas funções.
Substituir por completo a lei não está, portanto, nos horizontes. Antes redimensioná-la e reorientá-la.

Nessa perspectiva de reorientação, de redimensionamento da lei, busca-se a inserção das perspectivas legislativas para o planejamento familiar. O que projeta o legislador, para interferir no planejamento familiar, pela regulamentação, garantindo-lhe ou limitando-o? Quais os interesses que despontam nessas propostas legislativas? Qual a sua viabilidade, a conferir eficácia ao direito ao planejamento? Quais os limites desse poder regulatório?

⁹² Designação usada por Santos (2007, p. 83).

⁹³ Sobre a Reprodução Humana Assistida conferir item 3.3. Quanto ao Estatuto do Nascituro consta do Projeto de Lei nº 478/2007, dos Srs. Deputados Federais Luiz Bassuma e Miguel Martini (BRASIL, 2009f).

Nesse desiderato a lição de Canotilho (2001, p. 63-4):

[...] a legislação não conforma a constituição, é conformada por ela.
[...] A aporia da vinculatividade constitucional insiste na *contradictio*: por um lado o legislador deve considerar-se materialmente vinculado, positiva e negativamente, pelas normas constitucionais; por outro lado, o legislador compete “actualizar” e “concretizar” o conteúdo da constituição. Perante este “paradoxo”, a proposta a antecipar é a seguinte: o direito constitucional é um direito dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental. Todavia, a constituição não é nem uma reserva total nem um bloco densamente vinculativo, a ponto de remeter o legislador para simples tarefas de execução, traduzidas na determinação de efeitos jurídicos ou escolha de opções, cujos pressupostos de facto encontram uma normação prévia exaustiva das normas constitucionais. Em termos sintéticos: a não disponibilidade constitucional é o próprio fundamento material da liberdade de conformação legislativa.

A regalização, de que trata Hespanha (1999), tem, portanto, os seus parâmetros na vinculação estabelecida entre o legislador e a Constituição, que não elimina o seu poder criativo, mas que estabelece os limites desse poder, impedindo o mero arbítrio e a não realização dos direitos fundamentais e das tarefas programadas pelo constituinte.

Se a normatividade constitucional estabelece as fronteiras para a legislação infraconstitucional, essas fronteiras precisam ser respeitadas, restando ao legislador a racionalidade possível para conformar-se aos ditames constitucionais.

Sobre os temas serão analisadas as justificativas apresentadas para cada Projeto de Lei, consideradas como razões de convencimento. Acentua Perelman (2005, p. 553), como essencial ao fortalecimento do poder legislativo, o debate que se estabelece por ocasião dos projetos legislativos, cuja retórica é utilizada para que não haja imposição arbitrária, mas razões a serem admitidas pelos interessados. E acrescenta:

Os debates parlamentares, o mais das vezes precedidos por troca de opiniões na imprensa especializada e na imprensa de opinião, esclarecerão o público sobre as razões que militam pró ou contra um projeto de lei, os males que este procura combater, as vantagens que resultariam de sua adoção. (PERELMAN, 2005, p. 553).

Nessa projeção, reconhecendo-se o papel do legislador para conferir a regulamentação, para uma maior eficácia constitucional, passa-se a percorrer os três assuntos seleccionados, que se encontram em proposições legislativas, caracterizados em Projetos de Lei, em tramitação no Congresso Nacional, que acenam com possibilidades para o planejamento familiar na contemporaneidade brasileira.

4.2.1 Parto Anônimo

Os Projetos de Lei que tratam do parto anônimo apresentam como justificativa o abandono de crianças em locais impróprios e de forma trágica, por vezes impossibilitando-lhes o direito à vida e ao mesmo tempo responsabilizando a mãe, civil e criminalmente, por esse abandono.⁹⁴ A solução, para a segurança do recém-nascido e da própria mãe, que estaria isenta de qualquer responsabilidade, seria o parto anônimo, que se define pela preservação da identidade da mãe, não tendo a criança o conhecimento sobre sua origem biológica, para que possa estar resguardada a possibilidade de uma adoção mais célere, sem registro de nascimento anterior.

“Prática que teve origem na Europa, desde o século XII, na Idade Média, as chamadas ‘rodas dos abandonados’ eram colocadas em conventos ou igrejas para que as mães depositassem seus filhos, avisando o abandono da criança ao tocar uma campainha.” As “janelas-camas” foram também utilizadas em hospitais austríacos e alemães na 2ª Guerra Mundial,”(BRASIL, 2009v) nesse caso para proteger a criança, desvinculando-a de sua origem.⁹⁵

No Brasil, desde o século XVIII até o Governo de Getúlio Vargas, que a extinguiu, a chamada “roda dos expostos” era colocada, geralmente, na parte externa das Santas Casas de Misericórdia e consistia em uma pequena porta em uma roda de madeira, na qual a mãe abandonava seu filho, quase sempre recém-nascido (BRASIL, 2009s). Com esse procedimento a origem da criança era ignorada e a mãe também estava a salvo de qualquer responsabilidade sobre ela, que podia ser entregue à adoção ou criada por outros pais e por eles registrados, na condição de filhos genéticos.

O parto anônimo, segundo as justificativas dos Projetos de Lei, já é adotado em vários países da Europa, entre os quais se destacam a França, Luxemburgo, Itália, Bélgica, Holanda e Áustria. Existe também em muitos Estados americanos.

Os Projetos de Lei sobre o parto anônimo tramitam em apenso: nº 2747/2008, do Deputado Federal Eduardo Valverde⁹⁶; o de nº 2834/2008, do Deputado

⁹⁴ Registra-se o abandono de recém-nascida na Lagoa da Pampulha em Belo Horizonte, no Estado de Minas Gerais, caso muito comentado pela mídia na época.

⁹⁵ Em São Luís- MA, consta, pela história oral, a existência de uma roda de abandonados na Igreja de São Pantaleão, localizada na Rua do mesmo nome, no Centro, roda desativada no início do século XX.

⁹⁶ Consta em Brasil (2009j).

Federal Carlos Bezerra⁹⁷; e o de nº 3220/2008, do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro.⁹⁸ Em síntese, com algumas alterações de um projeto para o outro, o parto anônimo é instituído como direito da mulher, possível de ser exercido já na gestação, na qual será solicitado durante o pré-natal, e ainda possível de ser exercido no parto ou logo após a sua realização, antes da saída da parturiente da instituição de saúde.

Ao manifestar a sua vontade de sigilo sobre a sua identidade, a mulher receberá do SUS (Sistema Único de Saúde) não somente o pré-natal gratuito e o parto, mas receberá todas as informações das conseqüências jurídicas de seu pedido e da importância do conhecimento de sua origem para a pessoa humana, bem como receberá acompanhamento psicossocial.

A informação sobre as conseqüências de sua decisão é um fator relevante para as proposições legislativas, demonstrando ainda que o acompanhamento psicossocial não representa um estímulo ao anonimato, mas o apoio indispensável para a conscientização e segurança sobre a sua realização.

Na realidade, trata-se da declaração do abandono da criança pela mãe, para que possa ser entregue para adoção, sem que nada ela saiba sobre a figura materna, que não a desejava. Caracteriza-se, deste modo, pela renúncia à maternidade e a qualquer vinculação ao filho que gerou.

Os Projetos de Lei estabelecem que a mulher, que desejar exercer o direito ao parto anônimo, deve fornecer informações sobre a sua saúde e a do pai da criança, as origens da mesma, devendo ser anotadas as condições do nascimento. Essas informações devem ficar registradas na unidade hospitalar, cujos dados podem vir a ser conhecidos, mediante determinação judicial, em processo judicial, cujo autor seja o nascido de parto anônimo ou em caso de doença genética do filho⁹⁹. Dessa possível futura quebra de sigilo sobre o parto deve ter conhecimento a mulher, que faz a opção por ele.

O Projeto de Lei nº 3220/2008, acolhendo a iniciativa do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – apresentado pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, também estabelece o parto anônimo, sem que o parto tenha sido realizado na instituição hospitalar, quando a criança é entregue no hospital, posto de saúde ou unidades médicas, declarando a mãe que não quer identificar-se, ou mesmo

⁹⁷ Disponível em Brasil (2009k).

⁹⁸ Conferir em Brasil (2009l).

⁹⁹ Esta última opção é prevista no Projeto de Lei nº 2747/2008 (BRASIL, 2009j), que também não estabelece a obrigatoriedade da manutenção de registros sobre a criança no hospital.

em caso de abandono da criança em outro local, situação que obriga quem encontrá-la a fazer o seu encaminhamento ao posto de saúde, hospital ou unidade médica.

Nos casos de abandono, a unidade de saúde deverá fazer a comunicação no prazo de 24 horas ao Juizado da Infância e da Juventude, bem como a pessoa que recolheu a criança do abandono também deverá apresentar-se ao Juizado.

Após o parto, os Projetos de Lei estabelecem um prazo que vai de dez dias a oito semanas, após o nascimento ou após a chegada da criança na unidade hospitalar,¹⁰⁰ para que seja disponibilizada a sua adoção. No decorrer desse prazo o recém-nascido fica à disposição de seus parentes biológicos que o possam reivindicar.

O encaminhamento da criança para a adoção, ao Juizado da Infância e Juventude, será de responsabilidade dos profissionais de saúde que a acolheram ou da diretoria do hospital onde ocorreu o nascimento ou onde a criança foi abandonada.¹⁰¹

O Juiz, no caso de abandono da criança em outro local, que não a instituição de saúde, deverá resgatar todas as informações sobre as circunstâncias de seu abandono e suas características físicas (sexo e idade) para possível identificação futura.

A criança deverá ficar registrada no Juizado, com um registro provisório, sem que conste o nome de seus pais, podendo ser registrado o prenome escolhido pela mãe biológica, caso seja de sua vontade.

Essas são as normas regulatórias principais do parto anônimo, estabelecidas nos Projetos de Lei destacados. Ressalta-se, ainda, que o Projeto de Lei nº 2.834/2008, apenas modifica o art. 1.638 do Código Civil, incluindo o inciso V e um parágrafo único, no qual inclui o parto anônimo como uma das causas de perda do poder familiar por ato judicial, e estabelecendo a sua definição jurídica como: “aquele em que a mãe, assinando termo de responsabilidade, deixará a criança na maternidade, logo após o parto, a qual será encaminhada à Vara da Infância e da Adolescência para adoção”.

No cotejo das normas com os princípios constitucionais, constatam-se como questões centrais: a autonomia privada, a liberdade da mãe em decidir sobre o destino da criança; o direito dessa criança, derivado dos direitos da personalidade e da

¹⁰⁰ O Projeto de Lei nº 2747/2008 (BRASIL, 2009j) estabelece o prazo de oito semanas e o de nº 3220/2008 (BRASIL, 2009l) o prazo de dez dias para entrega da criança à adoção.

¹⁰¹ Redação do art. 14 do Projeto de Lei nº 3220/2008 (BRASIL, 2009l).

dignidade da pessoa humana, em conhecer a sua origem biológica; e, ainda, o direito à vida digna e ao desenvolvimento da criança, em condições de acolhida afetiva.

Para essa finalidade, parte-se do argumento de Perelman (2005, p. 540):

Numa sociedade democrática, a segurança jurídica, o respeito às regras, a busca da verdade devem conciliar-se com o respeito à pessoa humana, com a proteção dos inocentes, com a salvaguarda das relações de confiança indispensáveis à vida social. Todas essas preocupações, totalmente alheias à lógica formal, fazem que a lógica jurídica, lógica da controvérsia, vise a estabelecer, em cada caso específico, a preeminência de um ou outro valor.

A polêmica e os aspectos controversos que permeiam o parto anônimo fazem parte do processo democrático e implicam em uma postura dialética, para encontrar uma solução razoável ou adequada para a realidade concreta, que dê prevalência aos direitos fundamentais. Não há verdade ou certeza, busca-se a proximidade com a solução mais justa, mais racional a atender ao direito à dignidade humana, para cada caso, para cada realidade familiar e humana.

Inicialmente, resgata-se o referencial afetivo, o amor, como elemento determinante da filiação e da família. Com as alterações paradigmáticas sobre a filiação e sobre a multiplicidade de modelos familiares, o afeto é pressuposto fundamental para a definição do vínculo materno, pois a qualidade de mãe não é atributo exclusivo de quem gera ou de quem confere os seus caracteres genéticos, mas de quem ama, de quem cuida, de quem se preocupa e acompanha o desenvolvimento de seu filho.

Se não há esse referencial afetivo ou se não se deseja estabelecer essa relação afetiva, não há como ser criado o vínculo de maternidade, embora presentes o vínculo genético e biológico.

O abandono da criança recém-nascida é o retrato da escolha de não amar ou da impossibilidade, seja ela material ou emocional, de estabelecer um vínculo materno-afetivo, situação que o poder disciplinar e o regulamentar da norma não podem modificar.

A inexistência de vínculo afetivo rompe a maternidade. Mas essa ruptura conserva a origem da pessoa, seus vínculos biológicos e genéticos e que integram os direitos da personalidade, como eixos da dignidade da pessoa humana.

Ao mesmo tempo em que os deveres de cuidado e o de amparo espelham uma obrigação materna, a sua ausência, pelo não desejo de estabelecer

uma vinculação afetiva, precisa encontrar solução na filiação afetiva, pela adoção, para dar oportunidade à pessoa, em formação, de ser amada, querida, acolhida por um projeto familiar.

Algumas questões também gravitam em torno do debate sobre o parto anônimo, no que se refere à origem biológica. É real a existência de doações de óvulos e sêmen – material genético – para inseminações artificiais heterólogas, ou seja, de doadores externos, que não serão os pais da criança gerada. A existência da denominada “barriga de aluguel”, que consiste no empréstimo de útero, com a utilização ou não do material genético dos pais, também modifica os papéis da maternidade e da paternidade, estratificando a origem da pessoa em: genética, biológica e afetiva. O anonimato dessa doação¹⁰² retira do filho a possibilidade de conhecer a sua identidade genética ou biológica, permitindo ainda que haja possíveis relações incestuosas, sem o conhecimento dos sujeitos envolvidos, pois não há a possibilidade de impedir que as pessoas se inter-relacionem.

Essa situação estabelece a angústia sobre a impossibilidade de conhecer a origem da pessoa humana e interfere no seu direito à integridade psicofísica, que compõe a sua dignidade. Idêntica a polêmica que envolve o parto anônimo, exatamente pelo sigilo da origem da criança. Cabe referenciar o art. 7º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da Organização das Nações Unidas – ONU - que declara: “[...] a criança deve ser registrada ao nascimento e ter direito a um nome, e o direito a adquirir uma nacionalidade e, na medida do possível, tem o direito de conhecer seus pais e de ser criada por eles” (BRAUNER, 2003, p. 81).

As justificativas para o parto anônimo, que tomam por fundamento a segurança da criança, impedindo o seu abandono em condições precárias, conduzem a ausência de um registro de nascimento ao nascer, estabelecendo um registro provisório, contendo somente um prenome, para evitar a destituição do poder familiar, como condição prévia à adoção. Conduzem a sua manutenção na instituição de saúde, na qual nasceu ou foi encaminhada, exigindo do Estado uma estrutura para acolhê-la. O parto anônimo reexamina a função e o poder estatal de proteção da

¹⁰² Na maioria dos Projetos de Lei sobre a reprodução humana assistida, com doação de material genético, o anonimato é contemplado, impedindo-se que o filho venha conhecer a sua origem (Projetos de Lei nºs. 2061/2003, 1135/2003). No Projeto de Lei nº 2855/1997, do Deputado Federal Confúcio Moura e no Projeto de Lei nº 90/1999, do Senador Lúcio Alcântara, há previsão de possibilidade de dar conhecimento ao filho de sua origem genética.

criança, mas exige, nos moldes estabelecidos pelos Projetos de Lei, critérios e rigor na manutenção e conservação dos registros hospitalares sigilosos, na estruturação física e de pessoal das instituições de saúde, públicas e privadas, que passam a receber e manter as crianças abandonadas, sendo responsáveis por seu primeiro referencial afetivo de contato com o mundo externo.

Vislumbra-se a necessidade de ser estabelecido um limite de idade cronológica da criança para que possa ser acolhida nas instituições de saúde sob a designação de parto anônimo, pois embora expressa a sua caracterização como recém-nascido, há possibilidade de abandono após o parto, o que torna necessária a determinação razoável da sua idade, para que possa ser recebida em condições dignas.

A ponderação dos direitos fundamentais em colisão,¹⁰³ da mãe e da criança, tem na perspectiva da possibilidade de quebra do sigilo da identidade biológica pelo filho, se este desejar conhecer a sua origem, a solução efetiva a resguardar os direitos da personalidade do nascido de parto anônimo e o direito à escolha da mãe, em renunciar à maternidade. Com isso assegura-se a possibilidade de uma vida digna para aquele que foi abandonado, que passa a ter a oportunidade de ser amado e recebido em uma família adotiva, permitindo a conformação da proposição legislativa aos princípios constitucionais, quando se garante ao filho o direito de vir a conhecer a sua origem, se este for o seu desejo.¹⁰⁴

Por outro lado, em razão da ruptura com os vínculos biológicos, o filho mantém a vinculação sócio-afetiva com os pais adotivos, deixando de existir qualquer direito a prestações alimentícias recíprocas ou a direitos sucessórios, mantendo-se somente os impedimentos matrimoniais decorrentes do parentesco biológico. Note-se que essa questão quanto a possíveis relações incestuosas fica sem possibilidade de controle, no caso de manutenção do sigilo indefinidamente. Somente com a quebra do anonimato é possível aplicar os impedimentos.

¹⁰³ Barroso (2005, p. 83) sintetiza sobre a colisão e a ponderação entre os princípios: "(...) em uma ordem democrática, princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar, mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto não será no esquema do *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato."

¹⁰⁴ A origem da criança nem sempre poderá estar registrada, vez que o parto anônimo abriga situações em que a criança é encontrada, fora dos hospitais e instituições de saúde ou mesmo nestes, sem qualquer referência à mãe ou ao pai, sendo impossível determinar a sua origem biológica nesse caso.

O parto anônimo possui dificuldades de implementação, por exigir do Estado uma política pública efetiva para as instituições de saúde, que serão responsáveis pelo acompanhamento da gestante que optar em realizá-lo, pelo sigilo e registro das informações do parto e da criança e ainda pela manutenção e acolhida da criança no prazo estabelecido para que seus parentes possam reivindicá-la. Entretanto, representa uma alternativa à eficácia da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança. O afeto é o paradigma da nova referência a ser estabelecida para a criança, que rejeitada, pode reencontrar o amparo na escolha afetuosa e livre da maternidade e/ou paternidade adotiva.

4.2.2 Pensão em benefício do filho gerado em decorrência de estupro

Em três Projetos de Lei, em tramitação, encontra-se instituído um benefício mensal ou pensão alimentícia, a ser pago pelo Estado, no valor de um salário mínimo para a mãe que assuma o poder familiar do filho nascido em decorrência de estupro,¹⁰⁵ sendo os de n°s: 478/2007, dos Deputados Federais Luiz Bassuma e Miguel Martini, que trata do Estatuto do Nascituro;¹⁰⁶ 1763/2007, de autoria do Deputado Federal Henrique Afonso e da Deputada Federal Jusmari Oliveira;¹⁰⁷ e o 3748/2008 da Deputada Federal Sueli Vidigal.¹⁰⁸

Nessas proposições cria-se uma pensão alimentícia a ser paga pelo Estado para a mãe, que mantenha a gravidez em decorrência de estupro, valor a ser revertido para o filho até que alcance 18 anos (Projetos de Lei n°s 478/2007 e 1763/2007) ou 21 anos (Projeto de Lei n° 3748/2008).

A pensão, segundo as justificativas apresentadas, serve de incentivo à mãe que fez a opção de criar e educar seu filho, renunciando ao direito ao aborto, considerado pelo Projeto do Estatuto do Nascituro como um crime também culposo e nos demais projetos como uma prática a ser rechaçada pela sociedade por afrontar o direito à vida de quem não tem opção de qualquer escolha e que não foi responsável pela violência sexual: o concebido.

¹⁰⁵ O crime de estupro, apenado com reclusão de seis a dez anos, encontra-se tipificado no art. 213 do Código Penal e consiste em: "Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça." (BRASIL, 2007b, p. 570).

¹⁰⁶ Conferir em Brasil (2009f)

¹⁰⁷ Ver em Brasil (2009h).

¹⁰⁸ Disponível em Brasil (2009n).

Nas justificativas, principalmente a do Projeto de Lei nº 1763/2007, são retratadas situações de mulheres estupradas, que decidiram ter seus filhos e que não se arrependeram dessa escolha. A instituição de uma pensão alimentícia serviria de apoio à mulher resistir ao aborto.

Para adquirir o benefício, os projetos divergem quanto aos requisitos probatórios: ação judicial, em que fique reconhecido o estupro e que dele tenha resultado gravidez, com trânsito em julgado (Projeto de Lei nº 1763/2007); cópia autenticada do registro de ocorrência na Delegacia, laudo do Instituto Médico Legal e cópia autenticada da certidão de nascimento da criança (Projeto de Lei nº 3748/2008).¹⁰⁹

Somente no Estatuto do Nascituro a pensão é conferida como direito do filho, tanto que, se o pai vem a pagar pensão alimentícia ao filho, há isenção do Estado desse benefício. Nos demais projetos o benefício é atribuído à mãe em razão da existência do filho.

Nas Delegacias de Polícia e de Defesa da Mulher, as vítimas de estupro serão cientificadas do direito à pensão alimentícia.¹¹⁰

Essa proposição tem por justificativa preservar o filho, impedindo que a mulher, violentada sexualmente, faça o aborto, tolerado pela lei. Representa um prêmio à mãe, que assume seu filho, concebido pela violência. Não há nos projetos qualquer necessidade de comprovação dos rendimentos, da situação financeira da mulher, sendo necessária apenas a comprovação do estupro e da gravidez, presumindo-se pelo tempo a gestação em decorrência do ilícito penal.

A liberdade individual da mulher e o direito à vida do concebido são os parâmetros valorativos utilizados pelo legislador na instituição do benefício. Nesse raciocínio, o Estado, ao contribuir financeiramente para a educação e a manutenção da criança, estaria eliminando uma das motivações da mulher ao fazer a opção pelo aborto: a ausência de condições financeiras para criar o filho. Desta forma, estaria o Estado permitindo que a mulher aja com maior liberdade de escolha, posto que uma das suas justificativas teria sido afastada.

De outro lado, a criança, que nada contribuiu para a violência sofrida pela mãe, teria uma oportunidade de preservação de sua vida.

¹⁰⁹ O Projeto de Lei nº 478/2007 não trata dos requisitos para o benefício (BRASIL, 2009f).

¹¹⁰ Regra instituída no Projeto de Lei nº 3748/2008 (BRASIL, 2009n).

Acredita-se que a proposição estimula as violências sexuais, a fraude, bem como interfere diretamente na liberdade de escolha da mulher. A autonomia privada está comprometida, à medida que o referencial econômico pode influir na liberdade de escolha sobre ter ou não ter o filho, sobretudo para as mulheres mais carentes financeiramente, vez que, às mulheres, com maiores recursos financeiros, a pensão de um salário mínimo pouco representará na aferição valorativa que determinará a sua decisão.

Por outro lado, privilegia-se a concepção humana pela violência. Se a criança for concebida pela violência sexual, sua mãe terá direito a uma pensão alimentícia, a ser revertida em seu benefício. Entretanto se ela for concebida por amor, pelo exercício livre dos direitos sexuais e reprodutivos, nada receberá do Estado. Essa desigualdade pautada no sacrifício materno de gerar um filho, que não desejou, resultado de uma violência sofrida, sacrifício compensado pelo Estado com uma pensão alimentícia, que independe de qualquer outro requisito, com certeza, interferirá na liberdade de escolha e representa tratamento desigual, que macula a dignidade da pessoa humana.

Em um país como o Brasil, de dimensão continental e desigualdades econômicas, em que a pobreza é extrema, faz muita diferença a percepção de um salário mínimo mensal, vez que os programas de transferência de renda, por vezes, não atingem esse valor. Existem outros fatores de sacrifício para gestantes que não são considerados, tais como a gravidez na adolescência, a gravidez com risco de vida para a mãe ou para o filho. Nessas situações, se a mãe decide ter o filho e não resolve abortá-lo, nada receberá do Estado e terá que assumir o poder familiar e todas as obrigações que dele decorram sem a pensão estatal.

Tratam-se situações semelhantes com extrema desigualdade. Miranda (2008, p. 253) lembra que o princípio da igualdade está assentado em três pontos firmes:

- a) Que igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística;
- b) Que igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça;
- c) Que a igualdade não é uma “ilha”, encontra-se conexas com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material.

Aspectos destacados pelo constitucionalista que importam na construção da igualdade na realidade concreta, dentro dos valores constitucionais, para

o qual: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever...” (MIRANDA, 2008, p. 253).

Além de afronta à igualdade e da interferência direta na liberdade de escolha da mulher, há que ser ressaltado o poder disciplinar de que trata Foucault (2005, 2006a), quando se impõe, pelo incentivo financeiro, a opção pela gestação. Disciplina-se o corpo, a vida da gestante, impedindo-a de aferir, com liberdade, a sua dor (decorrente da violência sofrida) e o seu amor (ao filho, à vida que traz consigo). Parâmetros valorativos que precisam estar desvinculados de quaisquer outros valores, para preservar a dignidade da mulher, que já teve maculada a sua liberdade sexual pela violência.

Na Delegacia de Polícia, a mulher, ao receber a informação de que, se do estupro que sofreu sobrevier uma gestação, terá direito a uma pensão a ser paga pelo Estado, terá a norma como condicionante de sua decisão, disciplinando a sua vida, e, simultaneamente, poderá servir de motivação a fraudes, concepções realizadas logo após o estupro, para fazer jus ao benefício, à contraprestação estatal compensatória pela sua decisão de não recorrer ao aborto.

Quanto ao filho, gerado em decorrência do estupro, para ele o estigma da violência, pois, em razão dela, sua mãe, em seu benefício, ou ele próprio¹¹¹ passam a perceber a pensão estatal. Há flagrante inconstitucionalidade pela instituição normativa da filiação discriminatória, maculando o art. 227, § 6º, da Constituição Federal.

A iniciativa legislativa, com efeito, traz a preocupação com a vida do ser concebido nessas circunstâncias, porém representa um elemento muito forte de interferência na liberdade de escolha da mãe sobre o destino do filho que não desejou e que lhe foi imposto pela violência e cria uma filiação discriminatória, estigmatizando a pessoa gerada em decorrência do estupro.

O aborto, como já comentado, deve ser incluído no planejamento familiar, ainda que não se deseje legitimar a morte do concebido, mas diante da vida de quem o gera e que pode praticá-lo da forma mais precária. As justificativas, como o estupro, apenas legitimam a sua realização, mas não modificam os dilemas éticos, psicológicos e religiosos da mulher que aborta. Por essa razão, a liberdade dessa escolha, legitimada na lei pela violência, deve estar desvinculada de qualquer incentivo

¹¹¹ O Projeto de Lei nº 478/2007, que trata do Estatuto do Nascituro, confere o benefício ao filho. (BRASIL, 2009f).

estatal, para que a intimidade, a solidão da decisão sobre gerar ou não, amar ou não o filho, concebido em decorrência do estupro, possa ser avaliada pela mãe, no contexto sócio-econômico em que vive e com as condições físicas e emocionais que possui para enfrentá-la.

4.2.3 Planejamento Familiar nos Presídios

O Projeto de Lei nº 1046/2007, do Deputado Federal Maurício Trindade (BRASIL, 2009g), dispõe sobre a acessibilidade aos métodos contraceptivos em presídios em todo o território nacional, regulando a sua utilização por homens e mulheres sob custódia prisional.

Determina a obrigatoriedade de criação de programas de planejamento familiar nos presídios, direcionados aos presos, os quais devem ser contemplados com: educação sexual; informações sobre planejamento familiar e prevenção de doenças sexualmente transmissíveis; e disponibilidade de serviços de saúde próprios ou conveniados que ofereçam métodos contraceptivos, reversíveis e irreversíveis, consoante a legislação sobre o planejamento familiar.¹¹²

A medida de natureza educativa prevista reside na realização, sistemática, de esclarecimento dos detentos sobre a importância da utilização de métodos contraceptivos e preventivos de doenças sexualmente transmissíveis.¹¹³

Nas justificativas, a preocupação fundamental situa-se no número de crianças nascidas em presídios, que, sem condições dignas, encontram-se privadas de convívio social e expostas a riscos de saúde devido a condições inadequadas. Parte o Projeto de Lei da constatação do baixo nível socioeconômico e educacional dos presos e da história de prostituição e uso de drogas ilícitas e álcool, elementos que interferem na conscientização da contracepção.

Relata o Deputado Federal que as visitas íntimas nos presídios, sem a exigência de utilização de métodos contraceptivos, agravam o abandono infantil, por gestações indesejadas, contribuindo para a deterioração familiar. Com o planejamento familiar nos presídios, o Projeto pretende reduzir o número de abortos e de gestações ocorridas dentro dos estabelecimentos prisionais. Pretende também prevenir doenças

¹¹² Art. 2º, I, II e III, do Projeto de Lei nº 1046/2007 (BRASIL, 2009g).

¹¹³ Art. 2º, parágrafo único, do Projeto de Lei nº 1046/2007 (BRASIL, 2009g).

sexualmente transmissíveis e proteger os direitos do nascituro, para que não venha a nascer e conviver com a mãe, em condições precárias, nos presídios.

Decerto, o direito ao planejamento familiar é de todos, por isso deve ser garantido também nos estabelecimentos prisionais aos homens e mulheres que cumprem penas. Mas não pode estar direcionado à contracepção, deixando de conferir aos presos à possibilidade de escolha, resguardando-se as situações individuais, no tocante ao tempo de cumprimento da pena, regime de cumprimento da pena, benefícios e comportamento do preso.¹¹⁴

A ausência do Estado na execução penal não pode servir de justificativa a estabelecer um planejamento familiar contraceptivo, que impeça a escolha de gerar um filho. O planejamento deve ser inclusivo, pautado na dignidade da pessoa humana e, deste modo, não discriminatório.

O reconhecimento das desumanas condições em que vivem os presos, nas instituições carcerárias do país, não pode resultar em uma visão excludente, para centrar-se na contracepção, na prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, podendo ser conferido aos presos, diante de suas condições individuais de cumprimento da pena, o direito em toda a sua dimensão: conceptiva e contraceptiva.

Integra o direito à saúde o exercício de um planejamento familiar consciente, com o acesso democrático aos meios que permitam a sua realização. A diversidade presente pelo fato de a pessoa encontrar-se presa, não pode restringir o planejamento familiar ao aspecto contraceptivo, muito menos pode servir de incentivo à contracepção irreversível. Usando as palavras de Sarmiento (2006, p. 150):

Livres devem ser os homens e as mulheres, para realizarem seus projetos de vida, e não o Estado ou a coletividade política, que não podem impor paternalisticamente aos não conformistas a adesão a um ideal ou projeto que não seja o deles, por mais nobres que sejam as razões invocadas.

Não pode o Estado determinar a decisão, as escolhas, sobre a vida. A projeção da pena privativa de liberdade não pode ultrapassar a liberdade física, de ir e vir, para alcançar os projetos de vida, os sonhos e os desejos dos presos, pessoas humanas, dotadas de dignidade em todas as suas dimensões, sem que sejam analisadas as questões concretas. Novamente o poder disciplinar, regulando através da norma, o corpo, as escolhas, determinando “o bem” diante do “mal”, instituído pelo

¹¹⁴ As soluções podem ser conferidas a partir da tópica, orientando-se para o problema, para a fundamentação dos juízos singulares, “pressupondo a busca de todos os pontos de vista que se possam levar em conta” (ALEXY, 2005, p. 49-52).

próprio Estado, ao não fornecer a dignidade para o cumprimento das penas privativas de liberdade. “O bem” estaria restrito à contracepção, à prevenção de doenças, a não gestação de filhos nos presídios. Visão que mais se direciona à mulher. Aos homens, detentos, que mantenham relações sexuais com mulheres não-detentas, e que dessas relações sejam gerados filhos, não há conseqüências a interferir na situação nos estabelecimentos prisionais, tendo em vista que os filhos gerados não terão nascido nos presídios. No entanto, os filhos desses pais não teriam direito ao acompanhamento e ao afeto do pai e à prestação alimentícia.

Para a mulher, a disciplina, que determina a não concepção nos presídios, o que pode retirar o seu direito à maternidade, quando há limites de idade, físicos, que determinam a viabilidade de ser mãe.

Baratta (2002, p. 183) destaca que o sistema carcerário atual não promove a socialização, nem a reinserção social dos detentos, por não possuir caráter educativo. Segundo o autor: “A educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante” (BARATTA, 2002, p. 184). Portanto, não há possibilidade de reinserir o preso, afastando os processos que estão subjacentes a sua realidade carcerária. Esse caráter uniformizador é apresentado no Projeto de Lei para o planejamento familiar aos detentos, educando pela exclusão de possibilidades a esse planejamento.

A preocupação com a conscientização é um ponto que já está presente na Lei do Planejamento Familiar, que inclui medidas educativas e preventivas, e deve ser efetivada aos presos, que não foram excluídos da norma geral, mas não pode ser uma educação exclusivamente disciplinadora, voltada para a contracepção, que generalize todas as situações, sem observar as questões individuais.

Criar uma norma específica para os presos, com todo o rol de justificativas apresentadas, parece direcionar o planejamento familiar a um determinante estatal: não agravar a situação carcerária com filhos gerados nos presídios, transferindo-se aos presos uma obrigação do Estado: dar condições de dignidade no cumprimento das penas privativas de liberdade.

Por outro lado, perceber a família somente como modelo nuclear ou como deteriorada porque o convívio familiar encontra-se limitado, restrito, devido ao cumprimento da pena, é conferir limites as possibilidades afetivas que o projeto

materno e/ou paterno podem conter. É ainda legítimo o estado de exceção de que fala Agamben (2004, p. 78):

O estado de exceção não é uma ditadura (constitucional ou inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas.

Ao senso comum, permitir aos detentos, notadamente àqueles que cumprem penas por crimes cometidos com violência à pessoa, a possibilidade de ter filhos seria uma violência também às crianças geradas. No entanto, a Constituição estabelece como limites, para a formação familiar e para a manutenção do poder familiar, a violência, o abuso sexual de crianças e adolescentes, as manipulações genéticas e a mercantilização do corpo e dos filhos. Limites estes que também são impostos aos presos, por determinação constitucional, mas que não podem ser antecipadamente determinados, de forma generalizada, como extensão da pena. Constranger os presos, por processos uniformizadores, caracterizados como educativos de contracepção, é reafirmar a ideologia penal da defesa social,¹¹⁵ na função conservadora, de estigmatização dos encarcerados (BARATTA, 2002).

Quando são suspensos os direitos dos presos, excluindo-os da possibilidade de pensar o planejamento familiar de uma forma inclusiva, mais democrática, o Estado transforma a situação relativa ao direito ao planejamento em excepcional, onde a norma constitucional não excepciona.

Com efeito, o melhor interesse da criança e a paternidade e a maternidade responsáveis são princípios a nortear o planejamento familiar aos presos, na perspectiva da concepção. Decerto, educar a criança em um presídio, na realidade brasileira, ou afastá-la de seus pais, sem a possibilidade de desfrutar de sua acolhida, material e afetiva, é mais uma violência que pode ser legitimada pelo Estado, se não houver uma política de planejamento familiar que permita o acesso aos meios de contracepção, especificamente no aspecto conscientizador e educativo.

Registra-se que a ausência do Estado nos estabelecimentos prisionais brasileiros, não os dotando de condições de dignidade aos presos, é uma justificativa que integra o Projeto de Lei, mas que não pode servir de parâmetro à construção de uma política de planejamento familiar restritiva, que conviva, indefinidamente, com essa situação desumana.

¹¹⁵ Conferir BARATTA (2002).

O que se refuta, portanto, é a o caráter uniformizador da proposta do Projeto de Lei, que não visualiza e não contempla as singularidades. Ao utilizar-se a argumentação e a tópica, propõe-se a individualização, afastando-se da generalidade e da universalização, para atender às situações concretas, dentro da lógica do razoável.

Perelman (2005, p. 540) esclarece que a argumentação realiza-se em um contexto, no qual as regras devem ser conciliadas com o respeito à pessoa humana, fazendo com que a lógica jurídica, a lógica da controvérsia, em cada caso, observadas as suas especificidades, estabeleça a prevalência de um ou outro valor.

Deste modo, a política conceptiva pode ser admitida, na situação brasileira atual dos presídios, por exemplo, aos detentos com pouco tempo de cumprimento de pena ou que já estejam aptos ou próximos a adquirir o benefício da liberdade condicional e com bom comportamento. Nesses casos, a ponderação de elementos concretos permite a inclusão do detento, à realização de seu direito constitucional ao planejamento familiar e atende ao interesse da criança que vai nascer desse projeto conceptivo.

A disponibilidade de instrumentos de planejamento familiar, de educação sobre esse planejamento, o acesso desses mecanismos nas instituições de saúde, estão presentes no direito fundamental ao planejamento familiar, estabelecido na Constituição Federal e regulamentado pela Lei do Planejamento Familiar. Há que existir, contudo, a efetivação da política pública de planejamento familiar, a contemplar os presos, que já possuem resguardados os seus direitos na Carta Constitucional e na Lei Federal regulamentar, mas que se encontram excluídos do sistema, deixando a política pública de conferir eficácia aos direitos fundamentais de liberdade e de igualdade para o planejamento familiar, afastando-se do padrão inclusivo e democrático que precisa cumprir, para atender aos ditames constitucionais. Deve haver, no entanto, a integração da política de planejamento familiar à política de cumprimento das penas, que envolve não somente o caráter punitivo, mas que deve ampliar-se a cumprir a humanização, consagrada na Carta de 1988 com a dignidade da pessoa humana para que, parafraseando Valiente (1990, p. 17), “não se aceite o sofrimento porque assim deve ser, não se aceite como normal o que não o é, não se aceite a dor e as lágrimas como simples expressões de culpa, a serem reforçadas pelo Estado ao retirar-se do processo de cumprimento de penas, para manter somente o aspecto de privação da liberdade.” Não são esses ditames que fundamentam a

estrutura normativa constitucional brasileira e por essa razão não podem ser reforçados por expressões legislativas.

4.3 Democracia e Diversidade: os Horizontes do Planejamento Familiar no Século XXI para o Brasil

O trilhar da história do planejamento familiar no Brasil acompanha a trajetória da família: sua construção, a partir de um modelo oficial, dominante, e a desconstrução desse modelo, fracionando-o, reformulando-o e produzindo múltiplas formas, que passam a encontrar legitimidade na Carta de 1988.

A questão central, desafiadora, neste século, para o planejamento familiar e para a família, é a aceitação e o enfrentamento das diferenças, encontradas nas várias expressões de afeto, de projeto individual ou coletivo de vida. O desafio parte do contexto social e ganha expressão na normatividade, no sistema jurídico.

Moraes (2006, p. 20-1) destaca a necessidade de reconhecer “o outro”, a dialética do “outro”, para afastar-se do “mesmo”, da identidade inexistente, resgatada somente pelo reconhecimento do ser humano como alguém igual a nós, com as suas escolhas e diferenças, que devem ser respeitadas. Assim a autora sintetiza:

A humanidade é diversificada, multicultural, e parece mais útil procurar compreender e regular os conflitos inerentes a essa diversidade de culturas e formas de pensar do que buscar uma falsa, porque inexistente, identidade. (MORAES, 2006, p. 20)

Os conflitos e as diferenças integram o espaço social, sempre o integraram, porém com a opção pelo Estado Democrático de Direito, o sistema normativo constitucional admitiu a diversidade, o pluralismo, no resgate do ser humano, em sua dignidade. Vivenciar a democracia significa partilhar dessas diferenças, conviver com elas e identificar-se com a humanidade presente em todas as suas expressões. Entretanto, o processo de opressão vivido no país, com os sucessivos regimes ditatoriais e com as desigualdades econômicas,¹¹⁶ que limitou e retirou a oportunidade de escolhas, travou a cidadania, o que se refletiu e, ao mesmo tempo foi produzido na família.

¹¹⁶ Opressão econômica, derivada de um sistema capitalista globalizado, que continua a ditar as regras, interferindo na liberdade e manipulando a igualdade humana.

A reprodução de um modelo patriarcal, que não mais permitia ao ser humano, com toda a sua diversidade, desenvolver-se de forma digna, fundamentado em extremas desigualdades nos papéis desempenhados, que aprisionou homens, mulheres, pais e filhos, em um padrão posto de felicidade, não condiz com a abertura democrática, com a inquietude que integra o processo de democratização da família.

As relações familiares, no espaço doméstico, ainda continuam a ser expressivamente opressivas, autoritárias, apesar das garantias constitucionais. Pensa-se que as transformações somente podem ocorrer a partir de mudança das estruturas internas de poder e disciplina na família. Decerto que essas estruturas encontram-se completamente invadidas pelo espaço público, seja pela quebra da privacidade, seja pela intervenção do Estado na autonomia privada, ditando as regras, impondo e normatizando os conflitos domésticos sob a percepção dos padrões dominantes. Há resistência social e, por conseguinte, normativa, de admitir as diferenças, o pluralismo nas relações familiares e na forma de planejar a família. Resistências que se projetam nas expressões normativas.

Touraine (1996, p. 165), reconhecendo o pluralismo, expõe:

Uma sociedade culturalmente homogênea é, por definição, antidemocrática. [...] Da mesma forma que a liberdade dos antigos se baseava na igualdade dos cidadãos, assim também a liberdade dos modernos está baseada na diversidade social e cultural dos membros da sociedade nacional ou local. Atualmente, a democracia é o meio político de salvaguardar essa diversidade, fazer viver em conjunto indivíduos e grupos, cada vez mais diferentes uns dos outros em uma sociedade que também deve funcionar como uma unidade.

É condição do agir democrático aceitar as diferenças e encontrar mecanismos de convivência, que importem na administração dos conflitos, no encontro de possibilidades de solucioná-los, resgatando-se o elo que os une: a busca de um modo de viver na família e de planejá-la com mais dignidade.

Esse pluralismo, associado aos avanços biogenéticos, ocasiona novas transformações, que precisam ser administradas pelo Estado, sem, contudo, retirar a sua liberdade e sem agredir a dignidade de sua existência. O legislador, portanto, não pode continuar silente quanto à reprodução humana assistida, nem pode marginalizar o aborto, nem deixar de enfrentar os diferentes modos de vida, de experiências e de condições sociais e econômicas, que interferem na projeção da família e de seu planejamento. Andrade (1993, p. 133) explica:

[...] a construção de uma democracia, seja ela qual for, não pode prescindir de uma correspondente engenharia institucional que se refira às regras pelas quais o jogo democrático logrará ou não incluir no seu horizonte de

possibilidades a questão social; vale dizer, logrará ou não captar as potencialidades democráticas da cidadania e efetivar as demandas nela implicadas.

A administração dos conflitos, inerentes às múltiplas expressões de existência da família, é função também legislativa, pela carga simbólica que detém no espaço social e pelo referencial significativo à composição dessas demandas. A pouca experiência e experimentação democrática no Brasil não prescindem da norma, pelo contrário reafirmam a sua necessidade, a conferir segurança e estabilidade. No entanto, esse referencial deve ser readequado, recolocado, para o novo que se apresenta e para o antigo, existente e em busca de legitimação,¹¹⁷ para que se encontre um parâmetro normativo, nem tão excessivo e nem tão ausente. E de outro lado implica em abandonar as certezas, a sensação de respostas fechadas e seguras, aceitando que a mesma regra, pode resultar em soluções diferentes, ajustadas a cada caso, com as suas particularidades.

Lefort (1991, p. 52) destaca esse processo como componente da democracia:

A originalidade política da democracia, que me parece desconhecida, designa-se com efeito neste duplo fenômeno: um poder doravante a permanecer em busca de seu fundamento, porque a lei e o saber não são mais incorporados na pessoa daquele ou daqueles que o exercem, e uma sociedade acolhendo o conflito de opiniões e o debate dos direitos, porque se dissolveram os marcos de referência da certeza que permitiam aos homens situarem-se de uma maneira determinada, uns em relação aos outros.

O respeito ao outro, às suas escolhas, o colocar-se no lugar do outro são experiências a serem partilhadas e debatidas no confronto das diferenças para a família e o seu planejamento, nos espaços públicos e privados, com as especificidades e reservas de cada um.

Essa inter-relação entre as esferas públicas e privadas, no ajuste neoliberal, também é reforçada pela invasão da esfera íntima da privacidade do indivíduo e de sua exposição contínua pelos avanços tecnológicos. Torna-se cada vez mais difícil manter o direito fundamental à privacidade diante da intromissão do outro no espaço íntimo, por mecanismos de controle social cada vez mais sofisticados, como os sítios de relacionamento e de busca e os sistemas de liberdade vigiada. Por outro lado, os meios de comunicação de massa invadem a intimidade familiar e destroem as características culturais, no fenômeno complexo da globalização. Mecanismos de

¹¹⁷ Como, por exemplo, as uniões homoafetivas que sempre existiram marginalizadas na história.

intromissão nas escolhas, que pretendem dizimar as diferenças e uniformizar a família e o planejamento familiar, impondo dogmas e barreiras, que parecem não poder ser ultrapassadas.¹¹⁸

Nesse contexto destaca-se uma outra representação do público que significa ser percebido, na dimensão de projeção externa, de divulgação. Para Arendt (2007, p.62-68), a esfera pública proporciona estar no mundo, permitindo ao indivíduo ter uma existência real, por ser visto, ouvido, sentido. A ausência da percepção do indivíduo no mundo, retira-lhe a existência:

É em relação a esta múltipla importância da esfera pública que o termo “privado” em sua acepção original de “privação”, tem significado. Para o indivíduo, viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros [...] O que quer que ele faça permanece sem importância ou consequência para os outros, e o que tem importância para ele é desprovido de interesse para os outros.

Daí porque a aceitação das escolhas para o planejamento familiar, dos modelos familiares, do reconhecimento normativo dessas diferenças, representa o estar no mundo a que se refere Arendt (2007), representa a visibilidade no espaço público, a legitimidade conferida pela legalidade, pela sua inclusão no sistema normativo.

A forma como o planejamento familiar vai ser administrado no espaço público é essencial para a compreensão e aceitação de sua diversidade e, para, apropriando-se do pensamento de Mouffe (2000, p.129-140), a sua necessária problematização social, por encontrar-se entre os deveres da democracia transformar uma potencial incompatibilidade existente nas relações humanas em compatibilidade, pois, segundo a autora, a natureza hegemônica de todos os consensos implica em violência com as diferenças. Cabe, portanto, nessa perspectiva, segundo Mouffe (2000), compatibilizar os conflitos, tensões e diferenças, em consensos provisórios, que, com a dinâmica das relações sociais, precisam ser, necessariamente, re-examinados e reavaliados. Por essa razão, a argumentação é um instrumento a ser cada vez mais utilizado, na lógica jurídica, adequando as normas a soluções mais compatíveis de realização da dignidade da pessoa humana. Siches (2006, p. 262) destaca:

El espíritu del *pensamiento sobre problemas* radica en la penetrante visión de que el jurista inevitablemente se encuentra con *cuestiones abiertas*, esto es,

¹¹⁸ Tais como as questões relativas ao aborto e à pluralidade de filiações.

no previamente resueltas ni siquiera de um modo implícito. Es decir, esta actitud se encuentra con la correcta visión de que los problemas humanos no pueden encontrar solución dentro de la cárcel de um sistema dogmático.¹¹⁹

Essa a perspectiva legislativa para atender às controvérsias, aos antagonismos, semelhanças e diferenças na família e seu planejamento. Enfrentá-las como questões abertas, em movimento, colocadas diante do Estado, mas que interferem, diretamente, na vida íntima e particular do ser humano. Uniformizar os comportamentos, impor padrões de conduta, que não respeitem as escolhas individuais, consiste em retomar o autoritarismo, homogeneizando a vida e destituindo o poder criativo da humanidade, em realizar-se no mundo. O Brasil, com tantas heterogeneidades, na sua formação étnica, cultural, econômica, abriga vários países em um único território. Eliminar essas diferenças é tratar a realidade como uma abstração.

As demandas sobre o planejamento familiar estão sendo modificadas e, para algumas questões, reafirmadas. Therborn (2006, p. 447) destaca esse processo:

Há pelo menos três conjuntos de argumentos para uma política ativa de população. O mais forte, de um ponto de vista democrático e individual, é o de que as atuais dificuldades de combinação de trabalho e família levam a soluções insatisfatórias e um número significativo de pessoas acaba tendo menos filhos do que gostaria de ter. Até agora, o argumento desempenhou um papel marginal na discussão pública. Em segundo lugar, e usado mais freqüentemente, está o argumento de transmissão geracional: isto é assegurar uma base populacional futura suficiente para o provimento de pensões e serviços para a geração atual, em fase mais tardia da vida. Há um terceiro argumento nacional/regional, fora de moda atualmente, porém sem dúvida pertinente, sobre a demografia da geopolítica, da geoeconomia e da geocultura. A redução e o envelhecimento das populações as tornam vulneráveis não apenas nos jogos do poder, mas também na sustentabilidade de seu bem-estar econômico e de suas preferências culturais.

O autor discute o fato de que nos anos 90 nasceram menos crianças do que as desejadas, pela incapacidade de conciliar, satisfatoriamente, trabalho e maternidade, situação não partilhada por políticas públicas. E passa a questionar outras situações, como a sustentabilidade das gerações atuais pelas futuras e, ainda, novas situações, com a mercantilização do sexo e o comprometimento do afeto para a origem e planejamento da família (THERBORN, 2006, p. 456-7). Situações que, segundo o autor, são exemplificativas a interferir no direito ao planejamento familiar,

¹¹⁹ “O espírito do pensamento sobre problemas fundamenta-se na profunda visão de que o jurista inevitavelmente se encontra com questões abertas, isto é, não previamente resolvidas, nem sequer de um modo implícito. É dizer, esta atitude encontra-se na correta visão de que os problemas humanos não podem encontrar solução dentro do cárcere de um sistema dogmático.” (SICHES, 2006, p. 262). (Tradução livre).

vez que enquanto o Estado já se preocupou com os altos índices de natalidade, volta-se, na atualidade, a questionar o decréscimo desses índices a comprometer o futuro e a manutenção das gerações contemporâneas.

A centralidade do afeto na família pode perder espaço frente à superficialidade das relações humanas, à falta de compromisso e respeito com o ser humano, em todas as suas dimensões. Resgata-se nesse aspecto a solidariedade nas relações familiares e entre as famílias no espaço público, para que possam ser compreendidas as diferenças e valorizados os papéis de seus integrantes, sejam pais, filhos ou demais parentes, com as suas particularidades, sexo, idade e orientação sexual. Solidariedade que deve ser valorizada nos Projetos Legislativos sobre o planejamento familiar.

A mercantilização é também um desafio a ser enfrentado, com relação às manipulações genéticas, inseminações heterólogas e perspectivas cada vez mais egoístas e individualizadas dos pais em relação aos filhos, nas escolhas de caracteres físicos e intelectuais, que podem caracterizar práticas eugênicas.

A impossibilidade de escolha de um planejamento familiar, por falta de acesso aos meios contraceptivos ou conceptivos (reprodução humana assistida) ou ainda pelo exercício sexual cada vez mais precoce e desinformado também são fatores que movimentam e definem a constituição da família.

Questões, sem dúvida, que estão no cenário de debates da família e seu planejamento neste século e que devem integrar, na dicotomia público/privado, políticas legislativas, a dar eficácia ao planejamento familiar, assegurando-o sob a projeção democrática dos direitos de liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Cabe, contudo, a advertência de Santos (2000, p. 92):

Os valores da modernidade – a liberdade, a igualdade, a autonomia, a subjetividade, a justiça, a solidariedade – e as antinomias entre eles permanecem, mas estão sujeitos a uma crescente sobrecarga simbólica, ou seja, significam coisas cada vez mais díspares para pessoas ou grupos sociais diferentes, e de tal modo, que o excesso de sentido se transforma em paralisia da eficácia e, portanto, em neutralização.

Essa dificuldade, a que adverte Santos (2000), não pode esvaziar de conteúdo os princípios e direitos constitucionalmente estabelecidos, que para isso devem estar consolidados em um exercício de cidadania, que atenda, paradoxalmente,

a complexidade dessas demandas em um debate público, mas que não interfira nas escolhas individuais, privadas.

As funções do legislador, atendendo à democracia e à diversidade, devem tomar por referencial os direitos fundamentais, sem tolher a liberdade, a capacidade da sociedade de solucionar os seus conflitos e de fazer as suas escolhas.

Miranda (2008, p. 287), mencionando pensamento de outros juristas, resume:

Na expressão bem conhecida de HERBERT KRÜGER, não são os direitos fundamentais que agora se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais (2). Ou, na fórmula de LOUIS FAVOREAU: no Estado legal, a constitucionalidade era uma componente de legalidade; no Estado de Direito, a legalidade é uma componente de constitucionalidade (3). Ou, mais sinteticamente, segundo PAULO BONAVIDES: ontem os Códigos, hoje as Constituições (4).

A centralidade constitucional é o eixo valorativo e de referência às proposições legislativas, com a estrita observância dos limites impostos à formação familiar e seu planejamento, inadmitindo: a violência, o abuso sexual de crianças e adolescentes; a manipulação e a exploração dos seres humanos. Qualquer política a ser desenvolvida para o planejamento familiar tem por finalidade a realização do ser humano, em todas as suas dimensões, tanto quem planeja, como o destinatário desse planejamento. Portanto, devem ser valorizados o melhor interesse da criança e do adolescente, os interesses e capacidades, físicas e emocionais, de quem planeja a família, em todas as perspectivas: homens e mulheres, com todas as suas diferenças relativas à idade, orientação sexual, limitações físicas e mentais.

Trabalhar essas diferenças é um desafio, a envolver a política de planejamento familiar, de uma forma humanizadora, mas que não pode ser pensada e implementada isoladamente. Deve agregar políticas que permitam a maior eficácia dos direitos fundamentais à saúde (física e emocional), à educação, ao trabalho, à moradia, à família, à vida digna. Mas que somente podem ser concretizados no espaço democrático, com seus antagonismos, conflitos e liberdade de projetos de vida e de expressão. Espaço em busca da “democracia de alta intensidade,”¹²⁰ a ser exercida com as condições materiais de escolha, o que envolve no Brasil, diante de todas as desigualdades sociais, a redução da distância existente entre os seres humanos, nos vários campos em que movimentam e constroem suas vidas, aproximando-os da possibilidade de um exercício de cidadania consciente, construtor de uma democracia

¹²⁰ Termo usado por Santos (2007, p. 83).

mais participativa e de controle social nas políticas públicas e, efetivamente, no exercício de escolha de seus representantes legislativos e de seus governantes. Enquanto houver possibilidade de abuso econômico, em que forem compradas opiniões, manipuladas escolhas, e enquanto a falta de condições materiais impedirem a liberdade de escolha sobre as projeções públicas e privadas, a democracia estará comprometida e será de “baixa intensidade”, pois a sociedade e o indivíduo não terão parâmetros para a liberdade, por inexistência de acesso isonômico.

As expectativas de um planejamento familiar mais inclusivo no Brasil, portanto, não estão dissociadas da sua realidade econômica e do conservadorismo de suas instituições, notadamente familiares. Entretanto, os instrumentos de construção de novo panorama, com as ferramentas constitucionais, na perspectiva argumentativa, estão colocados aos movimentos sociais, ao Estado, ao indivíduo e precisam ser utilizados, notadamente pelo legislador.

As nuances da diversidade colore os horizontes da família para planejá-la neste século, com maior autonomia e com os meios necessários a serem construídos e conquistados pela cidadania e, sobretudo, possibilitados pelo Estado, no aprendizado dialético do exercício democrático. Com isso esperam-se as novas cores do planejamento familiar, para essa nova família plural, que percorre o espaço democrático de diferenças, com o referencial afetivo a iluminar esse percurso.

5 CONCLUSÃO

Encerrou-se esta caminhada, mas os caminhos permanecem, apontando para dilemas, projetos, formas de vida e de destino. Esse trajeto envolveu controvérsias e antagonismos que fazem parte da história do brasileiro, da sua formação familiar, diversa, plúrima, múltipla e, simultaneamente, repressiva, uniformizadora. Questionar a família, o planejamento familiar no Brasil importou rediscutir os valores, a ética, a lógica jurídica que justificou a manutenção de padrões de normalidade oficiais e que hoje é justificadora da transformação paradigmática que movimenta o universo contemporâneo brasileiro, com possibilidades cada vez mais diversas de família e de seu planejamento. O que controlar? O que conter? Os limites centralizam-se na dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Brasileira e do Estado Democrático de Direito.

A invasiva forma com que ocorreu a colonização e povoamento do Brasil, silenciando a cultura indígena, usurpando o sexo, os filhos e os amores, e, posteriormente, mutilando as expressões familiares dos negros, impedindo-os de qualquer apropriação de vida e de liberdade, projetou “a coisificação” da pessoa, descaracterizando a sua humanidade.

Às mulheres “livres” não foi diferente. O patriarcado, com a sua hierarquia e autoritarismo impôs a submissão feminina e a restrição de sua vida a uma única função: a de procriadora. Mas não a procriadora indígena, escrava negra, a procriadora legítima, portadora do título que conferia a legitimidade da filiação e da sucessão, na transmissão da propriedade: o matrimônio. A Igreja Católica foi determinante na manutenção contínua do valor do casamento, enquanto sacramento, com as bênçãos divinas, que não permitiam questionar a felicidade, o prazer, as escolhas. Enquanto isso, à margem do sistema, ousavam os casais em suas uniões, orientações sexuais, sofrendo a discriminação no espaço social e jurídico uniformizadores. E com eles, nesse palco, estavam os seus filhos, biológicos ou de criação, legitimados pela adoção ou não.

A igualdade e a liberdade eram mitos,¹²¹ resgatadas pela lógica liberal de individualidade, mas abandonadas no cotidiano das relações domésticas e no reconhecimento do Estado. O Brasil, na sua simbologia legislativa, atravessou séculos, discriminando filhos, uniões, famílias, afetos... Do descobrimento ao final do século XX, quando sobreveio a Carta emancipadora de 1988, que ampliou as possibilidades argumentativas quanto à igualdade e à liberdade, na democracia instituída pela dignidade da pessoa humana e com isso fez a travessia do patrimônio ao afeto para a família.

No final do século passado, a partir da década de 70, com a Lei do Divórcio, destacou-se, na esfera legislativa, a admissão de outros modelos familiares, abandonando a exclusividade do modelo matrimonializado e patriarcal. Essa mudança foi progressivamente atingindo legislações sucessivas, mas que não modificaram o referencial civil, centrado no Código, o que somente ocorreu com a Constituição Federal de 1988. No entanto, as alterações projetadas nas normas, que recepcionadas

¹²¹ Mitos que ainda permanecem em muitas realidades brasileiras, em que ainda existem sistemas patriarcais, completamente autoritários, em que a violência doméstica e o abuso de crianças e adolescentes são uma realidade, onde filhos são violentamente castigados e há completa inversão de valores. Permanece no espaço social a discriminação: sexual, a de relações extraconjugais, de orientações sexuais, que privam as formas familiares de exercer um planejamento familiar digno.

ou não pela Carta Magna ou, as criadas a partir dela, resistem a projetar-se na perspectiva democrática, que toma o princípio da igualdade, percebendo-o não na uniformidade, mas nas diferenças.

O planejamento familiar - que chegou, após o processo de miscigenação, a ser até uma questão de desenvolvimento, de aprimoramento da identidade brasileira - com a Constituição, ganhou nova qualidade, passou a direito fundamental da pessoa, impedindo o Estado e qualquer particular de privar o indivíduo dessa escolha livre, sedimentada na paternidade e maternidade responsáveis e no melhor interesse da criança. Com isso, afastam-se as possibilidades de controle demográfico, populacional, eugênico, que já integraram o panorama de interesses estatais.

O referencial passa a ser a pessoa humana. Mas, enquanto segue essa trajetória de emancipação, os avanços biogenéticos, na década de 80, atravessam o país e seu sistema normativo, com novos conflitos, modificando os referenciais de paternidade, maternidade e filiação. Quando o exercício de direitos sexuais passa a ser dispensável à concepção, o homem, pelo saber duto, detém o poder de manipular a vida, os nascimentos e os papéis paterno e materno. O que é possível? Como regulamentar? O silêncio legislativo se impõe. O poder disciplinar sobre o corpo¹²² deixa ao espaço social e à ciência a resolução desses conflitos, permanecendo como único referencial normativo até hoje uma Resolução do Conselho Federal de Medicina,¹²³ que não tem qualquer delegação legislativa e que como ato normativo não poderia produzir efeitos aos particulares.¹²⁴ A Lei do Planejamento Familiar que sobreveio em 1996, a regulamentar o direito instituído constitucionalmente, fornece categorias sobre contracepção irreversível e política de saúde, na qual se insere o planejamento e continua a se omitir sobre questões que se referem à diversidade social das famílias e a forma de planejá-la. Não trata do aborto, da adoção, da reprodução humana assistida, nem das famílias homoafetivas. Estabelece padrões que não absorvem as diferenças, a pluralidade do espaço social. De igual modo, a Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos, que trata, em

¹²² Conferir Foucault (2006a, p. 147-174).

¹²³ Resolução 1358/92 (BRASIL, 2009p).

¹²⁴ Se não há lei sobre o tema, o ato administrativo regulamentar, que não deriva da competência legislativa por inexistência de delegação e por não ter por objetivo a execução de uma lei, não pode ter aplicação geral. (MELLO, 2003, p. 307-360).

alguns de seus eixos, do planejamento familiar acompanha o mesmo raciocínio, excluindo situações, opções e vidas.

Enquanto isso proposições legislativas continuam a ter andamento sobre a reprodução humana assistida, sem solução, e outros temas passam a ser selecionados pelo poder regulamentar: o parto anônimo; a pensão para filhos nascidos em decorrência de estupro; o planejamento familiar nos presídios. Temas que projetam o que se inclui e o que se exclui, e que devem ser confrontados diante da normatividade constitucional, das prenoções partilhadas socialmente, para uma argumentação, que privilegie a dignidade da pessoa humana, na realidade concreta, nas soluções individuais, diante da racionalidade possível.

Deste modo, os Projetos de Lei do parto anônimo, que permitem o sigilo da origem da criança, preservando-a de um abandono trágico, podem possibilitar a quebra desse sigilo, se for do interesse da pessoa conhecer as suas origens, sem o estabelecimento de qualquer vinculação com os pais. Ruptura de sigilo que condiz com a integridade psicofísica, com a dignidade da pessoa humana e a liberdade de escolha da mãe em permitir a vida, mas não desejar a maternidade.

A pensão paga pelo Estado à mãe, que mantém a gestação em decorrência de estupro, pensão a ser revertida a seu filho, institui uma filiação discriminatória, a da violência, compensando o sofrimento com o benefício estatal, o que afronta a dignidade da pessoa humana, com a igualdade e a liberdade, que lhe são essenciais.

O planejamento familiar nos presídios, dando relevância à contracepção, retira a liberdade do planejamento familiar aos encarcerados, impondo um novo efeito à pena privativa de liberdade: a impossibilidade da escolha de ser pai e mãe. Reconhece ainda as precárias condições nos estabelecimentos prisionais e devido à ineficiência do Estado pretende estender novas restrições disciplinares aos presos, com a educação sexual e o planejamento familiar voltados à contracepção, sem observar as suas situações particulares (quanto aos aspectos de cumprimento da pena e quanto aos aspectos pessoais relativos ao comportamento).

A diversidade, o pluralismo que integra o espaço social, precisa ser enfrentado na legislação, para as famílias e seu planejamento, superando as subsunções, que pretendem uniformizar os comportamentos, enquadrar as vivências, para perceber que não há regra geral, mas situações concretas, diversas, cujas soluções não podem ser antecipadas, mas cujos parâmetros são norteadores a

construção de políticas públicas e ao enfrentamento de questões que permanecem sem resposta. E muitas são elas.

Construir um conceito plural de planejamento familiar passa pelo enfrentamento de questões que há muito constituem dogmas, insuscetíveis de debate, tais como o aborto e a homoafetividade. Implica considerar as escolhas, “o outro”, com as suas diferenças, opções de vida, e liberdade de expressar o seu afeto. Envolve as possibilidades afetivas para a filiação em muitas de suas perspectivas: genética, biológica e sócio-afetiva, bem como toda a complexidade dessas plúrimas formas de nascer, de inserir-se como filho, da pessoa humana. Relaciona-se ainda a permitir a paternidade e a maternidade a quem a possa exercer, contextualizando o melhor interesse da criança e do adolescente, projeção que deve ser inclusiva, para os idosos (na qualidade de pais) e portadores de deficiência (na qualidade de filhos e de pais).

Os limites que devem estar afastados da perspectiva plural e democrática do planejamento familiar encontram-se na violência, no abuso sexual de crianças e adolescentes, na manipulação genética eugênica, na mercantilização do corpo e das vidas em projeção.

Com esses limites, as demais questões estão abertas, a serem partilhadas e construídas, na conformação de princípios constitucionais, que são os referenciais axiológicos para uma argumentação, na lógica jurídica, que ajuste a solução às diferentes formas de planejar a família e de vivenciá-la, na racionalidade possível.

Por outro lado, as perspectivas legislativas de construção do planejamento não podem deixar de pautar-se na heterogeneidade da realidade brasileira que interfere nas escolhas e nas expressões afetivas e familiares, bem como não pode deixar de reconhecer, diante dessa heterogeneidade, a focalização das políticas públicas, direcionadas aos mais pobres, e a privatização das políticas, com a transferência de funções estatais para o denominado terceiro setor.

A política neoliberal e a crise do capitalismo global impedem a expansão do público, reduzindo as projeções das políticas públicas, que acabam por restringir-se a questões relativas à subsistência, em políticas de redução da miséria, focalizadas, portanto, na pobreza e nas diferenças sociais. Desse panorama não se distancia a política de planejamento familiar tanto que enfrenta o seu direcionamento à contracepção aos segmentos mais pobres e a ausência de acesso a esses segmentos das técnicas de reprodução humana, diante de seus altos custos.

Essa realidade, entretanto, não afasta a perspectiva da democracia que integra esse processo dinâmico de construção, envolvendo o questionar constante, a problematização social, frente à mutabilidade e transformações da sociedade e da pessoa humana (MOUFFE, 2004, p. 379-92).

Pensar o planejamento familiar na contemporaneidade brasileira e para o futuro pressupõe considerá-lo como direito da pessoa humana, no exercício de direitos sexuais e direitos reprodutivos, de gerar, de não gerar, de ter filhos, não os ter, o momento de tê-los e ainda a determinação de sua quantidade. Direito que deve ser considerado individualmente, no projeto de paternidade e de maternidade responsáveis, que não pressupõe a existência de uma família, mas que pode conduzir a sua constituição, na expressão afetiva da escolha de ser pai e mãe. Para esses sujeitos, independente da orientação sexual e das possibilidades reprodutivas, deve ser considerado o afeto como referencial, a acolhida afetiva desse projeto, que inclui um novo personagem em suas vidas: o filho, em qualquer das plúrimas formas de filiação: genética, biológica ou sócio-afetiva. Direito que envolve a implementação de políticas públicas para sua realização, de uma forma mais inclusiva.

A conciliação de todas essas projeções, com suas diferenças e conflitos, é essencial ao aprendizado democrático e representa e sempre representará o início do desenvolver humano, a partir de sua condição de filho, desejado, querido ou recebido pela adoção, com afeto e responsabilidade. O interesse estatal permanece em assegurar esse direito de pais e filhos e de não ser pais, permitindo o acesso aos meios contraceptivos e conceptivos, quando estes se fizerem necessários, e permitindo a adoção mais célere, a prestigiar a pessoa humana em formação.

Todos esses caminhos não apontam para um porto seguro, um ponto de chegada. São apenas indicativos para um caminhar mais humano, mais solidário, mais comprometido com o outro e com a sua inclusão no universo, real e jurídico. As escolhas são da sociedade, do Estado, do indivíduo, para cada situação concreta, fugindo-se do imaginário, da abstração, para pensar a convivência, com todos os seus problemas, mas com todos os seus encantos. Pensar que essas questões qualificam e continuam a manter a família, com todas as suas transformações, no centro de referência da pessoa, o seu elo inicial no mundo. E que projetam a família no tempo, de múltiplas formas, modificando e sendo modificada por fatores endógenos e exógenos, mas sempre presente na sociedade e no Estado.

Deve-se continuar caminhando, com todos os desafios diante das dificuldades de construção e implementação de políticas públicas na realidade brasileira, percorrendo-se os novos desafios que se apresentam para a família, para o seu planejamento, para o ser humano, sem perder o referencial afetivo conquistado, para adquirir novos referenciais de humanidade, que incluem a aceitação da diversidade de formas de existir e de constituir a família.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

AGUINAGA, Helio. **A saga do planejamento familiar no Brasil**. Rio de Janeiro: Top Books, 1996.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós-Modernidade. In: FIUZA, C. et al (Org.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-77.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

_____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARRETCHE, Maria Tereza da Silva. Uma contribuição para fazermos avaliações menos ingênuas. In: BARREIRA, Maria Cecília Roxo Nobre; CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. **Tendências e perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais**. São Paulo: IEE/PUC/SP, 2001, p.45-56.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Tradução de Juarez Girino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. **Coisas ditas**. Tradução de Cássia R. Silveira e Denise Moreno Pegorim. São Paulo: Brasiliense, 2004.

_____. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3638/1993**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>> Acesso em: 02 mar. 2009a.

_____. **Projeto de Lei nº 2855/1997**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>> Acesso em: 02 mar. 2009b.

_____. **Projeto de Lei nº 1184/2003**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>; <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/137589.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2009c.

_____. **Projeto de Lei nº 2061/2003**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>; <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/166567.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2009d.

_____. **Projeto de Lei nº 1135/2003**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>; <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/136097.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2009e.

_____. **Projeto de Lei nº 478/2007**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>; <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/443584.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2009f.

_____. **Projeto de Lei nº 1046/2007**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>; <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/458925.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2009g.

_____. **Projeto de Lei nº 1763/2007**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>; <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/490988.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2009h.

_____. _____ **Projeto de Lei nº 2185/2007.** Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>; <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/511871.pdf> Acesso em: 02 mar. 2009i.

_____. _____ **Projeto de Lei nº 2747/2008.** Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>; <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/537107.pdf> Acesso em: 02 mar. 2009j.

_____. _____ **Projeto de Lei nº 2834/2008.** Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>; <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/538683.pdf> Acesso em: 02 mar. 2009k.

_____. _____ **Projeto de Lei nº 3220/2008.** Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>; <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/552449.pdf> Acesso em: 02 mar. 2009l.

_____. _____ **Projeto de Lei nº 3326/2008.** Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>; <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/557741.pdf> Acesso em: 02 mar. 2009m.

_____. _____ **Projeto de Lei nº 3748/2008.** Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>; <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/587119.pdf> Acesso em: 02 mar. 2009n.

_____. **Código Civil Brasileiro (1916).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil/Leis/L3071.htm> Acesso em: 02 mar. 2009o.

_____. _____ **(2002).** In: *Vade Mecum*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007a.

_____. **Código Penal Brasileiro.** In: *Vade Mecum*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007b.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM Nº 1358/1992.** Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm Acesso em: 02 mar. 2009p.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm Acesso em: 02 mar. 2009q.

_____. _____ (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007c.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm Acesso em 02 mar. 2009r.

_____. **Jornal de Debates. Parto Anônimo.** Disponível em: <http://www.jornaldedebates.ig.com.br/debate/parto-anonimo-deve-ser-aceito-no-brasil> Acesso em 06 mar.2009s.

_____. Ministério da Saúde. **Atenção Humanizada ao Abortamento**. Série A. Normas e Manuais Técnicos, Caderno 4. Disponível em <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf>> Acesso em 04 out. 2007d.

_____. Ministério da Saúde. **Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos**: uma prioridade do governo. Série A. Normas e Manuais Técnicos, Caderno 1. Disponível em <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf>>; <http://www.redemab.org.br/htm12007/biblioteca/artigo.textos/cartilha_dsdr.pdf> Acesso em: 04 out. 2007e.

_____. Ministério da Saúde. **Especial**: Saúde garante mais proteção às mulheres. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalhes&id_...> Acesso em: 16 mar. 2009t.

_____. Ministério da Saúde. **Portal da Saúde**: Informes sobre Planejamento Familiar. Disponível em <<http://portal.saude.gov.br> - - Portal da Saúde - www.Saude.gov.br.Busca.> Acesso em: 07 dez. 2006.

_____. Ministério da Saúde. **Portal da Saúde**. Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos. Disponível em <www.saude.gov.br.http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalle.cfm?co_seq_noticia=...www.saude.gov.br> Acesso em: 05 out. 2007f.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 48, de 11 de fevereiro de 1999**. Disponível em <http://sna.saude.gov.br/legisla/plan_f/SAS_P48_99plan_fdoc.> Acesso em: 02 mar. 2009u.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.508, de 1º de setembro de 2005. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 02 set. 2005. Seção I, p. 124-125.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Informes sobre Censo**. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/censo2000;amostra/nupcialidade.html>>. Acesso em: 04 out. 2007g.

_____. Organização Arpen. **Parto Anônimo**. Disponível em:<http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=355&I...> Acesso em: 06 mar. 2009v.

_____. Presidência. **Lei Federal nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm> Acesso em: 02 mar. 2009w.

_____. Presidência. **Lei Federal nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004_2006/2005/Lei/L11105.htm> Acesso em: 02mar. 2009x.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 90/1999**. Disponível em:<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp/p_cod_mate=1304> Acesso em: 02 mar. 2009y.

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

BURKE, Peter. **A escrita da história: novas perspectivas.** São Paulo: UNESP, 1992.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estado de direito.** Lisboa: Gradiva, 1999.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação.** Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade antiga.** Tradução Jean Melville. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

CHUEIRI, Vera Karam de. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia radical. In: FONSECA, R. M. (Org.). **Repensando a teoria do Estado.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 347-377.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição viva: cidadania e direitos humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DEL PRIORE, Mary. **História do amor no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Contexto, 2006.

DRAIBE, Sônia Miriam. **As políticas sociais brasileiras: diagnóstico e perspectivas.** Brasília: IPEA/IPLAN. para a década de 90. v. 04, mar.1990, p.1-66.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, propriedade privada e do estado.** 14. ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERNANDES, Florestan. **Mudanças sociais no Brasil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 1979.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones.** 5. ed. Madrid: Editoria Trotta, 2007.

FONSECA, Ana Maria Medeiros da. **Família e política de renda mínima.** São Paulo: Cortez, 2001.

FONSECA SOBRINHO, Délcio da. **Estado e população:** uma história do planejamento familiar no Brasil. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; FNUAP, 1993.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **História da sexualidade 1:** a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 17. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2006.

_____. **Microfísica do poder.** 22. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2006.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala:** formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 50. ed. São Paulo: Global, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da Reprodução Assistida heteróloga. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

GLANZ, Semy. **A família mutante:** sociologia e direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais:** releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e psicanálise:** rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro, Imago, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HATCHER, Robert A. et al. **Pontos essenciais da tecnologia de anticoncepção:** um manual para pessoal clínico. Baltimore, EUA: Centro de Programas de Comunicação da Universidade Johns Hopkins, 2001.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito:** o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Justiça e litigiosidade:** história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. **Derecho constitucional y derecho privado.** Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KOZICKI, Katya. Democracia radical e Cidadania: repensando a igualdade e a diferença a partir do pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, R. M. (Org.) **Repensando a teoria do estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 327-346.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Tradução Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, C. et al. (Org.). **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 307-440.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de intervenção social. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: _____. (Coord.) **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-60.

MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. London: Verso, 2000.

_____. Teoria política, direitos e democracia. In: FONSECA, R. M. (Org.) **Repensando a teoria do estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 380-392.

OLIVEIRA, Francisco de. Privatização do público, destituição da fala e anulação da política: o totalitarismo neoliberal. In: ____; PAOLI, M. C. (Org.). **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 55-81.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. 18. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. **O Público não-estatal na reforma do estado**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **Política social, cidadania e neoliberalismo**: reflexão sobre a experiência brasileira. Novos Paradigmas da Política Social. Brasília:DF, UNB, 2002. p. 253-273.

_____. **Necessidades humanas:** subsídios à crítica dos mínimos sociais. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias Possíveis: novos paradigmas da convivência familiar. In: PEREIRA, R. (Org.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2004. p. 633-656.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação:** a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERLINGERI, Pietro. **O Direito civil na legalidade constitucional.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PORTO, Celmo Celeno. **Semiologia médica.** 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005. p. 883-885.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento:** da relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo brasileiro:** a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas.** Salvador: Livraria Progresso Editora, 1957.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A Família em desordem.** Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas:** da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. **renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social.** São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: OLIVEIRA, F. O; PAOLI, M. C. (Org.). **Os sentidos da democracia:** políticas do dissenso e hegemonia global. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 80-129.

_____; AVRILTZER, Leonardo. **Introdução:** para ampliar o cânone democrático. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Porto: Afrontamento, 2003. p. 35-69.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Legalização do Aborto e Constituição. Em defesa da vida: aborto e direitos humanos. In: CAVALCANTE, XAVIER, D. (Org.); **Em Defesa da vida:** aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 111-168.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. **Avaliação de políticas e programas sociais:** teoria e prática. São Paulo: Veras Ed., 2001.

SICHES, Luis Recasens. **Introducción al estudio del derecho.** 15. ed. México: Porrúa, 2006.

_____. **Tratado general de filosofía del derecho.** 3. ed. México: Porrúa, 1965.

TEPEDINO, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, C. et al (Org.). **Direito Civil:** atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115-130.

_____. **Temas de direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Temas de direito civil.** Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THERBORN, Göran. **Sexo e poder:** a família no mundo, 1900-2000. Tradução de Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Editora Contexto, 2006.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e diversidade:** o sujeito democrático. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998.

_____. **O que é a democracia?** 2. ed. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

VALIENTE, Francisco Tomás y. Delincuentes y Pecadores. In: VALIENTE, F. et al. **Sexo barroco y otras transgresiones premodernas.** Madrid: Alianza Editorial, 1990.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea**: uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.