
O DIREITO REPRODUTIVO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Flávia Fernandes Alfaro Curti**

*Amanda de Almeida Picoli***

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo principal demonstrar que, muito embora a Constituição Federal de 1988 não apresente de forma explícita a reprodução humana como um direito fundamental, incontestavelmente as novas técnicas biotecnológicas e os novos parâmetros da bioética e do biodireito possibilitaram uma amplitude axiológica ao rol de direitos fundamentais já estabelecidos. Princípios constitucionais ligados a pessoa humana e seu bem-estar atribuíram à reprodução humana relevância capaz de elevá-la ao patamar de um direito fundamental. Partindo desta premissa, cumpre indagar a qual geração ou dimensão enquadraria referido direito, e ainda, se ao atribuir ao direito reprodutivo o status de direito fundamental, estaria automaticamente impondo ao Estado o dever de ofertar políticas públicas capazes de efetivá-lo. Por meio de critérios dedutivos buscaremos sanar tais questionamentos.

Palavras-chaves: Reprodução humana. Direito fundamental. Direito ao acesso. Políticas Públicas.

142

ABSTRACT

The present work has as its main scope to demonstrate that, although the Federal Constitution of 1988 does not explicit present human reproduction as a fundamental right, undeniably the new biotechnological techniques and the new parameters rights already established. Constitutional principles linked to the human person and his well-being attributed to human reproduction a relevance capable of elevating it to the level of a fundamental right. Based on this premise, it is necessary to ask which generation or dimension would frame that right, and also, if by attributing the status of a fundamental right to reproductive rights, it would automatically impose on the State the duty to offer public policies capable of making it effective. Through deductive criteria, we will seek to resolve such questions.

Keywords : Human reproduction . Fundamental right. Right to access . Public policy.

* Flávia Fernandes Alfaro Curti, professora de graduação e Pós graduação. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná; Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/PR

** Amanda de Almeida Picoli, graduanda em Direito - Instituto Filadelfia de Londrina - UniFil



SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS NATURAIS: BREVE DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS. 2.1 Direitos Humanos. 2.2 Direitos Fundamentais. 2.3 Direitos Naturais. 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. 4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 5 A REPRODUÇÃO HUMANA COMO UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL. 6 DIREITOS REPRODUTIVOS À LUZ DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 7 CONCLUSÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos da pessoa humana impõe a necessidade de um diálogo entre normas civilistas e normas constitucionais. O posicionamento inicial apresentado pelo direito civil de total exclusão de normas de caráter público, paulatinamente foi substituído pela ideia de comunhão dos institutos (público e privado), onde viu-se uma verdadeira e necessária incorporação de preceitos, sobretudo, no que se refere as normas de cunho constitucionais. A partir desta compreensão o direito privado passou a compartilhar com e o direito público ideais comuns de proteção da pessoa humana. Este fenômeno fez emergir a necessidade de uma nova visão ao instituto da responsabilidade civil, especificamente quanto a valoração de seu principal pressuposto, qual seja, o dano e sua conseqüente extensão.

Antes de falar sobre o instituto da responsabilidade civil como meio hábil a tutelar direitos humanos e direitos fundamentais, mister se faz analisar os limites entre tais direitos. Seriam eles sinônimos? Quais as suas abrangências e limites? Qual a relação desses institutos com os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana? Tais questionamentos fazem eclodir o desejo prévio e necessário de uma análise entre direitos humanos e direitos fundamentais, como a seguir demonstrado.

2 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS NATURAIS: BREVE DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS



A imperiosa necessidade de proteção dos direitos da pessoa humana impõe ao mundo jurídico novos parâmetros axiológicos e referenciais de atuação estatal. A conscientização social de proteção do ser pelo simples fato do mesmo existir, impôs a necessidade de criação de novos direitos, bem como a ampliação dos já existente, sobretudo, em relação aos direitos já previsto, tem-se que os mesmos foram objeto de um processo de mutação capaz de elevá-los ao patamar de proteção extrema, sobressaindo-se sobre os demais direitos previstos.

Uma nova dimensão de direitos surge diante a primazia do ser humano, onde sua nova extensão é modificada de acordo com a necessidade de cada momento histórico e de cada núcleo social. O poder discricionário e absoluto até então mostrado pelo Estado, paulatinamente passou a ser exercitado de forma menos arbitrária, impõe que as atribuições/deveres estatais fossem voltadas unicamente na busca da tutela e eficácia dos direitos ligados a ser humano.

O ser humano deixou de ser “tutelado” de acordo com sua posição social, econômica e cultural. Os direitos humanos surgem com a finalidade primordial de derrubar as divisões existentes entre os povos, trazendo consigo a noção de que a proteção estatal deve ser voltada a todos independentemente de outros fatores externos. Somos todos humanos, desta forma, todos somos merecedores de tratamento digno e respeitosos.

144

[...] a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais. (COMPARATO, 2013, p. 13)

A importância atribuída a pessoas humana e a tutela de seus direitos passa a ser um assunto de relevância mundial. Todo Estado além de promover políticas públicas voltadas a proteção do ser humano, deve ainda criar meios de sua efetivação, o cerne de proteção de todo poder estatal passa a ser o ser e não mais o ter.

Ampliação e universalização dos “novos” direitos. Essa multiplicação histórica dos “novos” direitos processou-se, no dizer de Bobbio por três razões: a) aumentou a “quantidade de bens considerados merecedores de tutela”; b) estendeu-se “a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem”; c) o homem não é mais concebido como ser genérico, abstrato. “[...] mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras



de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.” (BOBBIO, *apud*, WOLKMER, 2002, p. 11)

Muito embora, seja incontroverso a importância mundial da proteção do ser humano, muita controvérsia e discussão se levantou a respeito de sua denominação. Por não haver um consenso terminológico e conceitual adequada, a definição de direitos humanos aponta a uma pluralidade de concepções. Contemporaneamente os direitos humanos são definidos com base no disposto apresentado pela Declaração Universal de 1948 e iterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Várias tem sido as terminologias, e várias tem sido os sentidos utilizados para identificar os direitos da pessoa enquanto homem e enquanto cidadão, tais como liberdades públicas, direitos subjetivos, direitos subjetivos públicos, direitos humanos, direitos fundamentais, dentre outros. (CUNHA, 2015, p. 448).

Por meio de um estudo mais aprofundado, poderá ser verificado que, muito embora realmente exista um aspecto comum entre os institutos, como entende Alberto Nogueira, entre eles existe apenas um núcleo comum que é a liberdade (NOGUEIRA, 1997, p. 11).

A distinção entre os vários institutos voltados à proteção da pessoa humana se justifica pela existência de várias peculiaridades que permitem uma distinção entre direito humano, direito fundamental e direito natural, expressões mais utilizadas quando o assunto é proteção da pessoa humana.

2.1 Direitos Humanos

Quando nos referimos a Direitos Humanos, estamos fazendo uma alusão a direitos na esfera internacional, ou seja, direitos que serão e poderão ser aplicados à toda humanidade, independentemente de uma vinculação com um Estado ou governo específico. Direitos Humanos é a denominação para expressar os direitos que possuem uma validade universal.

Os direitos humanos compreendem, assim, todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual. Cuida-se da expressão mais utilizada no âmbito das declarações internacionais, por refletir exatamente a preocupação da comunidade internacional com a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de todas as pessoas e dos povos independentemente de sua



nacionalidade, vinculação política ou opção ideológica. (CUNHA, 2015, p. 450)

Porém, nem sempre o direito internacional apresentou o nível de proteção da pessoa humana que se vê nos dias atuais, a visão clássica do direito internacional, era extremamente restritiva, sendo deferida essa condição apenas aos Estados, isto é, a sociedade internacional era considerada uma sociedade eminentemente interestatal. (GUERRA, 2014, p. 15)

Os Direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. (BOBBIO, 1998, p. 30)

No âmbito brasileiro, muito embora, saiba que a proteção da pessoa humana é essencial para um Estado Democrático de Direito, sua importância somente foi definitivamente reconhecida com o processo de democratização, quando o Brasil passou a ratificar os tratados de direito internacional voltados a proteção da pessoa humana, tendo como marco inicial a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ratificado pelo Brasil no ano de 1989 (PIOVESAN, 2015, p. 60)

146

Este foi o acontecimento que abriu as portas do Brasil para inúmeros outros instrumentos de proteção do ser humano e descritos sobretudo no corpo da carta constitucional brasileira.

2.2 Direitos Fundamentais

Paralelamente aos Direitos Humanos, temos os Direitos Fundamentais, que mesmo decorrendo de direitos Humanos já previstos internacionalmente, são reconhecidos e positivados por um determinado Estado, sendo aplicados aos habitantes (povo) daquela dimensão territorial ou nos dizeres de Paulo Bonavides ao cita Carl Schmitt, os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado (BONAVIDES *apud* SCHMITT, 2006, p. 561)

Dá-se o nome de liberdades públicas, de direitos humanos ou individuais, àquelas prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado constitucional



ou o Estado de Direito. Neste, o exercício dos seus poderes soberanos não vai ao ponto de ignorar que há limites para a sua atividade além dos quais se invade a esfera jurídica do cidadão. Há como que uma repartição da tutela que a ordem jurídica oferece: de um lado ela garante o Estado com instrumentos necessários à sua ação, e de outro protege uma área de interesse do indivíduo contra qualquer intromissão do aparato oficial. (BASTOS, 2002, p. 257/258)

A principal distinção entre direito fundamentais e direitos humanos seria o plano de sua aplicação, àqueles são os direitos reconhecidos e ordenados pelo legislador: portanto, aqueles que, com o reconhecimento do Estado, passam do direito natural para o plano positivo (BITTAR, 2015, p. 57)

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecido e positivado na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2010, p. 29)

147

Um país que se julga democrático deve descrever e respeitar um vasto rol de direitos fundamentais.

2.3 Direitos Naturais

Igualmente a diferenciação acima, não se pode confundir o instituto dos direitos fundamentais como sendo unívoco de direitos naturais. Quando nos referimos aos direitos naturais a ideia central é a mesma prevista para caracterizar os direitos fundamentais, ou seja, a pessoa humana, porém, os direitos naturais são os direitos inatos do ser (humano), que nascem com ele, independentemente de qualquer positivação pelo Estado local, ou seja, o simples fato de ser humano já asseguraria a existência dos direitos naturais ou para alguns denominado como direitos do homem.



[...] os direitos naturais situam-se acima do direito positivo e m sua base. São direitos inerentes ao homem, que o Estado deve respeitar e, por meio do direito positivo, reconhece-lo e protege-lo. Mas esses direitos persistem, mesmo não contemplados pela legislação, em face da noção transcendente da natureza humana. (BITTAR, 2015, p. 57)

A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais deixa de ser a tarefa mais árdua quando nos deparamos com a necessidade de uma distinção entre os direitos naturais (direitos do homem) e os direitos humanos, pois, tanto os direitos naturais, como os direitos humanos guardam uma estreita relação com a concepção jusnaturalista, o que acaba em dificultar ainda mais a visualização das diferenças entre os dois institutos.

Para o autor Ingo Wolfgang Sarlet, a melhor definição (distinção) seria a de que, direitos naturais antecedem o Estado, possuem uma dimensão pré-estatal e até mesmo uma posição supra-estatal, já os direitos humanos possuiriam uma outorga estatal a todos os homens pela mera condição humana. (SARLET, 2010 p. 32), ou seja, a primeira não necessita de uma outorga estatal já este último somente existe mediante sua existência.

Nos dizeres de Sidney Guerra, todos são direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação responde a seu caráter básico ou fundamentador do sistema jurídico político do Estado de Direito, ancorado devidamente na dignidade da pessoa humana. (GUERRA, 2014, p. 193).

148

Ao considerar que todo ser humano pelo simples fato de ser humano faz jus aos direitos naturais (direito do homem), que a separação feita entre direitos fundamentais e direitos humanos é apenas sua aplicação espacial, os direitos fundamentais, expressão mais usual e empregada inclusive pela Constituição Federal de 1988, também poderia ser classificado como um direito natural e um direito humano.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Falar em um Estado Democrático de Direito e não falar no reconhecimento dos direitos fundamentais seria algo inaceitável. A proteção da pessoa humana e sua existência digna são matérias indissociáveis de uma sociedade democrática.

É inegável que o grau de democracia em um país mede-se precisamente pela expansão e efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana e pela



possibilidade de sua afirmação em juízo. Desse modo, pode-se dizer que os direitos humanos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Não há que se falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. Eles têm um papel decisivo na sociedade, porque é por meio dos direitos fundamentais que se avalia a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. (CUNHA, 2015, p. 447)

Nas positivações constitucionais anteriores, os direitos fundamentais não eram tratados com o valor e relevância devidos que ora se observa, a importância e status jurídico que vemos hoje somente foi possível com a outorga da Carta Constitucional de 1988, conhecida como constituição cidadão, onde verifica-se em seu texto constitucional uma vasta previsão de direitos voltados a garantia e proteção do ser humano. Nos direitos constitucionais positivos anteriores os direitos fundamentais não eram tratados com o valor devido, foi somente com a outorga da Carta Constitucional de 1988 que os direitos fundamentais passaram a ter a relevância e o status jurídico que lhe são devidos (SARLET, 2007, p. 73).

A noção de direitos fundamentais e constituição devem caminhar no mesmo sentido, pela busca de um mesmo ideal, onde o foco deva ser o de limitar o poderio estatal por meio da garantia de direitos.

149

A constituição de 1988 inaugura, pelo menos teoricamente, uma etapa de amplo respeito pelos direitos fundamentais e reconhecida efetividade. Ao lançar um primeiro e breve olhar para a nossa Lei Fundamental, percebe-se imediatamente uma reveladora inovação, de cunho topográfico. Distinguindo-se das Cartas anteriores, a Constituição em vigor positivou os referidos direitos logo no início de suas disposições (título II), após o que tratou da organização do Estado (título III), dando cristalina amostra de que se preocupou prevalentemente com o ser humano, enaltecendo-o como o “fim” do Estado, este considerado “instrumento” de realização da felicidade daquele. (CUNHA, 2015, p. 517)

Ao mesmo momento que a previsão constitucional tem como finalidade limitar a atuação estatal ela também deve ter como objetivo a legitimação do poder que emana do Estado, tem-se que ter em mente que “o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos’ (PINTO, *aput*, SARLET, 2012. p. 59).

É inegável que o grau de democracia em um país mede-se precisamente pela expansão e efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana e pela



possibilidade de sua afirmação em juízo. Deste modo, pode-se dizer que os direitos humanos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 447)

Esta proteção da pessoa humana dentre outras tem imposto a necessidade de um diálogo entre normas privadas e normas constitucionais, onde se evidencia uma comunhão entre ramos público e privado na busca pela proteção da pessoa humana. Independentemente de qualquer outro fato, o legislador constitucional optou por colocar a pessoa humana e sua proteção como o fim a ser alcançado pelo Estado, e este por sua vez um instrumento nesta busca.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, além de apresentar um rol de direitos voltados ao ser humano, também tem como escopo limitar o exercício de poder do Estado, onde se verifica uma divisão estrutural, sendo a primeira parte a previsão de direitos, liberdades e garantias fundamentais, direitos civil, políticos, sociais e por fim as garantias de proteção dos direitos previstos.

A institucionalização de direitos fundamentais dentro do corpo constitucional, demonstra uma transição democrática, refletindo uma ideologia de proteção de valores e princípios voltados ao ser humano, trazendo ainda, a relevância da dignidade humana e cidadania.

A Constituição Federal de 1988, apresentou-se como um importante avanço na busca e proteção dos direitos ligados a pessoa humana se comparado a Constituição de 1967. Após uma evolução social e um conscientização da necessidade de rompimento com os laços da ditadura fizeram com que o novo texto constitucional tivesse como essencial a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.¹

4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Não há como falar em direitos fundamentais, direitos humanos, sem fazer uma breve menção aos institutos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana,

¹ Muito embora, a Constituição Federal de 1988 não utilize a expressão direitos humanos, sua noção está presente nos diversos capítulos do Título I dos Direitos fundamentais.



pois, o constitucionalismo democrático tem por fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2015, p. 284).

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediata, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição da existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar a eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. (SARLET, 2007, p. 68).

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana traz a tentativa de analisar conceitos subjetivos que por vezes vão além do alcance do legislador, sobretudo, quando tentamos conceitua-la sob o um enfoque filosófico, pois se os homens não fossem iguais seriam incapazes de haver uma compreensão entre si e seus ancestrais, nem tão pouco prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam os discursos e as ações para sua compreensão. (ARENDRT *apud* BODIN, 2003, p.76).

Os seres humanos não são iguais entre si, no entanto, cada ser humano possui uma essência única, própria de sua categoria, ou seja, cada ser possui sua dignidade, sua honra, sua importância. A primeira noção de dignidade pessoal decorre do pensamento cristão, utilizando-se como argumento o fato do ser humano ser uma criação divina.

Através do cristianismo, foram introduzidas duas novas concepções éticas: a ideia de que a virtude se concebe pela relação com Deus, e não com a *polis* ou com outros homens; e a afirmação de que, embora os seres humanos sejam dotados de vontade livre, seu primeiro impulso, proveniente da natureza humana fraca e pecadora, dirige-se para a transgressão. Como a própria vontade humana se encontra, na origem, pervertida pelo pecado (pecado original), o Cristianismo pressupõe o ser humano, em si e por si, como incapaz de realizar o bem, necessitando do auxílio de Deus para tornar-se virtuoso. Isto será feito mediante a obediência estrita à lei divina, revelada e inscrita no coração de cada um dos homens, através de atos de dever. (BODIN, 2003, p. 78)

[...]

O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico Kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes, em particular, após o término da Segunda Grande Guerra, em relação às atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo, a



Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciava em seu artigo 1º. “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A Constituição italiana de 1947, entre os princípios fundamentais, também já havia proclamado que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”. Não obstante, costuma-se apontar a Lei fundamental de Bonn, de maio de 1949, como o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio em termos mais incisivos: “Art. 1,1 – a dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protege-la é obrigação de todos os poderes estatais”. (BODIN, 2003, p. 82/83)

Como vários institutos jurídicos e legais, o princípio da dignidade humana está intimamente ligado aos direitos da personalidade, previstos na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002.

A estruturação da categoria dos direitos da personalidade consiste em uma construção recente e que, inicialmente enfrentou uma grande oposição à sua teorização. Uma das mais marcantes objeções foi a apresentada por Savigny, que não admitia a existência de direitos da personalidade por não lhe parecer possível a hipótese de um sujeito de direito ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto do próprio sujeito, segundo seu raciocínio permiti-los seria implicar na legitimação do suicídio. (BORGES, 2007, p. 20).

152

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, os direitos da personalidade consistem em uma das maiores conquistas evolutivas da humanidade, segundo autor, em todos os tempos e em todas as fases da civilização romano-cristã nunca em verdade se falou nitidamente sobre direitos da personalidade, onde conceitos normativos e teóricos asseguravam apenas condições mínimas de respeito ao indivíduo, como ser, como pessoa e como integrante da sociedade. (PEREIRA, 2002, p. 22).

Já Bittar, conceitua os direitos da personalidade como os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma em sua projeção na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos (BITTAR, 2015, p. 29).

5 A REPRODUÇÃO HUMANA COMO UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL

A constituição Federal de 1988 não dispõe de normas específicas acerca de bioética, biodireito e reprodução humana assistida, no entanto, não podemos ignorar à presença de



princípios que versem sobre matérias diretamente ligadas ao tema. A previsão de novos direitos fundamentais além daqueles descrito no bojo do texto constitucional tornou-se algo incontestável.

Desnecessário destacar a importância de que as Constituições incorporem novas matérias, representativas de sua época e da sociedade para a qual se destinam. Dizendo diferente: ao mesmo tempo em que a Constituição tende alcançar uma estabilidade, único caminho para a defesa dos principais valores sociais que incorpora, ela terá de acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade em sua dinâmica, pelo que, em consequência, se torna impossível estabelecer um conceito material que seja válido para todo e qualquer modo de sociedade. (DANTAS, 2008, p. 77/78)

A base para a incorporação do direito a Reprodução Humana Assistida (RHA), como um direito fundamental, além dos direitos à liberdade, à vida, ao planejamento familiar, a saúde e a personalidade, incontestavelmente é o direito a dignidade da pessoa humana.

Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. A bioética e o biodireito, andam necessariamente juntos com os direitos humanos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o progresso científico em prol da humanidade. (DINIZ, 2008, p. 19)

153

Não há como se fazer referência a um novo direito fundamental sem que este tenha observado os limites do princípio da dignidade da pessoa humana. Como entende Diniz, “o direito a um filho mediante o livre acesso das técnicas de reprodução assistida, não pode ser considerado absoluto, pois os direitos da prole e o bem comum impõe seus limites” (DINIZ, 2001, p. 135).

O avanço no setor biotecnológico reclama da sociedade uma rediscussão de natureza axiológica, de modo que devemos estar cientes do bem ou do mal que pode advir desta nova revolução tecnológica. Deste modo, a sociedade deve estar sempre atenta a esta nova realidade, buscando sempre a efetividade e o aprimoramento de um instrumento político-jurídico que permita adequada proteção a uma série de direitos tido como fundamentais, que dimanam de um



paradigma valorativo denominado dignidade da pessoa humana (LEITE, 2008, p. 45-46).

O direito fundamental à reprodução humana assistida (RHA) muito embora tenha bases de proteção constitucional, não poderá ser entendido como absoluto e aplicável a todos, como ocorre por exemplo com outros direitos fundamentais (direito à vida por exemplo), sendo assim, o direito reprodutivo deve ser considerado como um direito previsto constitucionalmente.

Na verdade, queremos destacar um núcleo normativo inserido na Constituição que versa sobre problemas bioéticos. Questões bioéticas são sim, questões jurídicas. São problemas que envolvem a Constituição. A liberdade científica encontra limites no momento em que pode causar lesão a outro bem constitucionalmente tutelados. Assim, questões como o aborto, eutanásia, alimentos transgênicos, clonagem de embriões humanos, fertilização in vitro-FIV, manipulação genética, etc., necessitam não só de um tratamento bioético, como igualmente jurídico. (LEITE, 2008, p. 53).

Por tratar de um direito de amplitude constitucional, a reprodução humana, quer seja, advinda de forma natural, quer seja pelos meios disponibilizados pelas técnicas de reprodução humana assistida, o ato de reproduzir-se, deve ser tratado com a mesma relevância e cuidado de outros direitos fundamentais constitucionalmente previstos de forma expressa.

154

6 DIREITOS REPRODUTIVOS À LUZ DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A possibilidade de reproduzir-se constitui um direito humano fundamental amplamente difundido e celebrado internacionalmente e, após a Constituição Federal de 1988 passou também a ser valorado e reconhecido como um direito fundamental no ordenamento pátrio.

Mas o que seria um direito reprodutivo? A ideia de um direito reprodutivo vai além de sua proteção, ao falar da previsão e proteção dos direitos reprodutivos, tem-se a tutela de uma gama de direitos individuais e sociais necessários para o pleno exercício da reprodução humana.

Antes de adentrarmos no cerne do direito reprodutivo, importante destacar sua relação com o direito de igual relevância, os direitos da personalidade. A palavra personalidade tem sua origem do latim *personalis*, tendo como significado o caráter ou a qualidade do que é pessoal. Significa a determinação da individualidade de uma pessoa moral, sua forma habitual



de ser distinguindo-a de outra. Juridicamente, a personalidade é entendida como a aptidão reconhecida pela ordem jurídica para exercer direitos e contrair obrigações.

A acepção que se tem hoje do conceito de personalidade e os direitos a ele vinculados não nasceu pronto, sendo fruto de transformações sociais, políticas, econômicas e jurídicas por que passou a humanidade ao longo do tempo. Destaca-se que, a noção de que a personalidade é intrínseca ao ser humano, e o seu reconhecimento torna única a existência de cada ser.

A personalidade jurídica é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um; é projeção social da personalidade psíquica, como consequências jurídicas. Os direitos da personalidade em linhas gerais podem ser definidos como o conjunto de todas as características físicas, morais e psíquicas que individualizam a pessoa e a distingue das demais.

A personalidade jurídica tem por base a personalidade psíquica, somente no sentido de que, sem esta última, não se poderia o homem ter elevado até a concepção da primeira, no entanto o conceito jurídico e o conceito psicológico não se confundem. Certamente o indivíduo vê na sua personalidade jurídica a projeção de sua personalidade psíquica ou, antes, um outro campo em que ela se afirma, dilatando-se e adquirindo novas qualidades. Todavia, a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica, é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica. (BEVILAQUA, 2001, p. 115-116).

155

No mundo antigo, a ideia de personalidade não estava propriamente presente. O Estado fincava os seus alicerces na religião, dominando, assim, a vida pública e privada de seus cidadãos, nesta época não se conhecia a liberdade individual, sendo que, a alma, o corpo e os bens materiais do indivíduo pertenciam unicamente ao Estado.

Com o Cristianismo, cuja doutrina se funda nos ideais de amor e igualdade, o homem passou a ser considerado sujeito de valores, começando neste momento a surgir os primeiros resquícios do que temos hoje como princípio maior da dignidade da pessoa humana. No Cristianismo houve uma total desvinculação definitiva entre Deus e o Estado, o homem passou a ser sujeito à sociedade somente naquilo que correspondesse ao seu corpo e seus interesses materiais, vez que, sua alma só a Deus pertenceria.

Separando as virtudes públicas das privadas, o homem tornou-se, então, livre; sua vida não mais se limitava a viver e a morrer pela cidade à qual pertencia. Deus, a família, a pessoa humana e o próximo estavam acima da pátria, da cidade e do concidadão.



Com o advento do Cristianismo pode-se dizer que, o Direito encontrou a sua libertação, podendo assim o Direito buscar a sua fundamentação na natureza, na consciência humana e nos ideais de justiça.

Livre das amarras da religião, o Direito passou a ter condições de evoluir segundo a moral, os interesses e as necessidades do homem e de cada sociedade.

Sem dúvida que a concepção da personalidade sofreu sua maior influência com o Cristianismo, e com o despertar para o reconhecimento de tais direitos, houve também o reconhecimento da dignidade do homem, tendo como parâmetro a ideia de fraternidade universal.

Com o advento do Humanismo e do Renascimento, a partir do final do século XIV, o teocentrismo medieval foi substituído pelo antropocentrismo e a figura do homem foi colocada em lugar de destaque nas questões intelectuais, com ênfase na razão e no individualismo.

Assim, foram sendo construídos os primeiros ideais na edificação dos direitos da personalidade. Na era medieval entendeu-se, embora implicitamente, que o homem constituía o fim do direito, passando assim ser admitido a existência de direitos próprios do ser humano. A partir do fim do século XVII, com o crescimento do Liberalismo, estabeleceu-se o reconhecimento, pelo Estado, da proteção à pessoa humana.

Com o Iluminismo, o homem passou a ser caracterizado como sujeito que representa a realidade, o que resultou na valorização da razão, elemento fundamental do sujeito, que faz do homem um ser inteligente.

A Revolução Americana (1755-1783) estabeleceu como verdade incontestável a igualdade entre todos os homens e determinou a vida, a liberdade e a busca da felicidade como direitos inalienáveis, porque conferidos a todos pelo Criador. A Revolução Francesa (1789-1815) fundada nos princípios universais de liberdade, igualdade e fraternidade promoveu um verdadeiro marco divisório na História.

Em 26 de agosto de 1789, as bases para um novo regime foram lançadas por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa, sendo esta sem dúvida o verdadeiro impulso a defesa dos direitos individuais e a valoração da pessoa humana e a da liberdade do cidadão. Pela primeira vez, então, na História, foram afirmados e reconhecidos, de maneira universal, as liberdades e os direitos fundamentais do homem, visando a alcançar toda a humanidade.



Após a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista as agressões causadas pelos governos totalitários, à dignidade humana tornou-se consciência da importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico, resguardando-os na Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas. Somente em fins do século XX se pode construir a dogmática dos direitos da personalidade, ante o redimensionamento da noção de respeito à dignidade humana, consagrada no art. 1º III, da CF/88.

A importância desses direitos e a posição privilegiada que vem ocupando na Lei Maior são tão grandes que sua ofensa constitui elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizável, provocando uma proteção jurídica pelo desenvolvimento de ações de responsabilidade civil e criminal. (DINIZ, Maria Helena, 2008, p.117).

A natureza jurídica dos direitos da personalidade sempre foi objeto de grande discussão. A própria existência do direito subjetivo da personalidade já foi negada sob o argumento de que jamais se poderia impor um direito do homem sobre sua própria pessoa, sob pena de se justificar a existência do suicídio.

Na tentativa de apresentar a natureza e os fundamentos jurídicos dos direitos da personalidade surgiram duas correntes que se digladiam entre si, quais sejam, a corrente positivista e a corrente jusnaturalista. A corrente positivista, tem como base a ideia de que os direitos da personalidade devem ser somente aqueles reconhecidos pelo Estado, não aceitando assim a existência de direitos inatos à condição humana. Já a corrente jusnaturalista, entende que os direitos da personalidade correspondem a faculdades exercidas naturalmente pelo homem.

Por longo tempo, os direitos da personalidade somente eram tratados do ponto de vista do Direito Público, porém, com o passar do tempo, verificou-se que tais direitos não limitavam-se apenas ao Estado, mas também ao indivíduo titular de tais direitos. A tutela dos direitos da personalidade deveriam ser abranger tanto a esfera do direito público como do direito privado.

Mas tais direitos são de tal forma importantes, não só para os indivíduos, como também para o Estado Democrático de Direito, que devem ser tutelados tanto pelo Direito Público, quanto pelo Direito Privado, em complementação, em constante diálogo dentro da ideia de visão unitária do sistema jurídico. (TARTUCE, 2012, p. 140).



Sem dúvida uma das principais inovações trazida pelo Código Civil de 2002, encontra-se em sua parte geral. O capítulo próprio designado aos direitos da personalidade, decorre da influência que o Novo Código Civil sofreu pela Constituição Federal de 1988. A codificação civilista deixou de ter um perfil fundamentalmente patrimonial, passando a se preocupar substancialmente com o indivíduo.

Os princípios do direito da personalidade que até então estavam expressos de forma genérica na Constituição Federal de 1988, agora passaram a ser enunciados de forma específica no Novo Código Civil, servindo de orientação aos doutrinadores e julgadores.

Com a regulamentação específica no novo código, a sociedade passou cada vez mais a dar importância a discussão acerca da proteção à imagem, à privacidade, ao direito sobre o próprio corpo, sobre a doação e o transplante de órgãos e tecidos como matérias pertencentes ao direito da personalidade do indivíduo.

CONCLUSÕES FINAIS

Com os avanços tecnológicos, sobretudo, no campo da reprodução humana, institutos jurídicos passaram a ter novas interpretações, dentre as indagações surgidas, encontra-se o direito reprodutivo, mulheres que até pouco tempo eram impedidas de serem mães, agora podem se valer de métodos capazes de permitir que mulheres consideradas estéril. No entanto, não é tão simples o acesso a processos reprodutivos, as medições e procedimentos possuem valores consideravelmente altos, e grande parte de mulher com algum tipo de impossibilidade gestacional são cerceadas das possibilidades trazidas por tais métodos. Ao se analisar preceitos e princípios constitucionais, sobretudo, o princípio da isonomia, tem-se que o direito reprodutivo constitui um direito fundamental de todos, o que conseqüentemente traz ao Estado, garantir o acesso as técnicas de reprodução humana de forma analógica a situações relacionadas ao direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BITTAR. Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015.



COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GUERRA, Sidney. Direitos Humanos. **Na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES. Maria Celina Bodin. **Na Medida da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES. Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos da tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIOVESAN. Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

159

