

Mulheres e Justiça



REVISTACNJ

EDIÇÃO ESPECIAL, AGO 2022

ARTIGOS

AVALIAÇÃO DOUBLE BLIND PEER REVIEW

A SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA DA MULHER COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

WOMEN'S SEXUAL AND REPRODUCTIVE HEALTH AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Karim Regina Nascimento Possato

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

Resumo: O objeto deste artigo é verificar a eficácia e amplitude do direito à saúde sexual e reprodutiva da mulher no ordenamento jurídico pátrio. O objetivo deste trabalho consiste em examinar se o direito à saúde sexual e reprodutiva da mulher é um direito fundamental e se abarca o direito à reprodução assistida. Para tanto, com fundamento no método dialético, aborda-se o tema por meio de pesquisa bibliográfica, documental, normativa e jurisprudencial, explorando-se seu alinhamento com os objetivos de desenvolvimento sustentável contidos na Agenda 2030 da ONU. Conclui-se que o direito à saúde sexual reprodutiva da mulher é um direito fundamental, assim como, do ponto de vista normativo, é o direito à reprodução sexual assistida, porém essa temática é controversa no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Equidade de gênero; Justiça sexual e reprodutiva; Direito à saúde sexual da mulher; Agenda 2030 da ONU.

Abstract: The object of this article is to verify the effectiveness and breadth of women's right to sexual and reproductive health in the national legal system. The objective of this work is to examine whether the right to sexual and reproductive health of women is a fundamental right, and whether it encompasses the right to assisted reproduction. Therefore, based on the dialectical method, the topic is approached through bibliographical, documentar, normative and jurisprudential research, exploring its alignment with the sustainable development objectives contained in the UN 2030 Agenda. It is concluded that the right to sexual reproductive health of women is a fundamental right, however, the right to assisted sexual reproduction from a normative point of view is thus considered, but it is controversial within the scope of the Superior Court of Justice.

Keywords: Gender equity; Sexual and reproductive justice; Women's right to sexual health; UN 2030 Agenda.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos têm assumido, nas últimas décadas, a preocupação com a sustentabilidade sob todos os seus aspectos, dos quais a dimensão social representada pela igualdade de gênero indica o caminho a ser trilhado com vistas a estabelecer a igualdade material e a justiça social para todos os indivíduos.

Nesse contexto, verifica-se que, a despeito da Constituição de 1988, nos termos do art. 5º, I, garantir expressamente a igualdade entre todos, as mulheres, na realidade, ainda não usufruem dos mesmos direitos e oportunidades que os homens. Faz-se necessário garantir a igualdade material.

A busca pelo desenvolvimento sustentável de um país deve atender necessariamente a igualdade de gênero, uma vez que as mulheres no Brasil representam mais da metade da população. Apesar disso, elas, na sua maioria, são privadas de direitos fundamentais básicos.

Com esse alinhamento, o empoderamento de meninas e mulheres constitui o objetivo n. 5 de desenvolvimento sustentável declarado internacionalmente, por meio da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas

(ONU), integrando a visão de futuro programática em âmbito global e regional. Dentro desse objetivo de empoderamento de meninas e mulheres, encontra-se abarcado o direito à saúde sexual e reprodutiva.

Trata-se da busca de implementação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, por meio da promoção do direito universal à saúde, e de políticas públicas voltadas para esse desiderato, que envolvem tanto o Poder Legislativo como o Poder Executivo e Judiciário. Nesse particular, cumpre averiguar se no Brasil o direito à saúde sexual e reprodutiva da mulher é considerado um direito fundamental, bem como se abarca o direito à reprodução assistida. Em outras palavras, se o direito à reprodução assistida é um meio de promoção da saúde reprodutiva e, como tal, deve ser objeto de políticas públicas com foco na promoção da justiça sexual e reprodutiva.

De igual modo, faz-se necessário examinar como os tribunais superiores têm interpretado o direito à saúde sexual e reprodutiva da mulher e se ele engloba o direito à reprodução sexual assistida com vistas a garantir a justiça sexual e reprodutiva.

Destarte, cumpre analisar de que maneira a promoção do direito à saúde sexual e reprodutiva da mulher

contribuiu para a igualdade de gênero no Brasil. Assim, examina-se se a implementação da saúde sexual e reprodutiva da mulher consiste em mecanismo de empoderamento feminino e medida de reconhecimento de direitos humanos.

Nessa direção, o estudo pautar-se-á no método dialético para a abordagem do tema, valendo-se da pesquisa bibliográfica, documental, normativa e jurisprudencial, que tangencia o direito relacionado à saúde sexual e reprodutiva feminina, perpassando, com isso, os objetivos de desenvolvimento sustentável traçados na dita Agenda 2030.

2. DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

A Constituição Federal de 1988 foi um marco na busca da equidade de gênero ao ser a primeira Constituição a estabelecer explicitamente a igualdade entre homens e mulheres em seu art. 5º, I. Garantiu-se, portanto, a igualdade formal, sendo vedada qualquer espécie de discriminação em relação à mulher. (BASTOS, 2010, p. 284)

Contudo, a garantia da igualdade formal, diante da lei, não é suficiente para garantir a igualdade material, ou seja, a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, igualdade de acesso aos bens da vida. Não há de se negar que, ao longo da história, as mulheres não puderam usufruir da liberdade e da igualdade de direitos em relação ao homem, sendo privadas dos direitos mais básicos até o início do século XX.

Mesmo após o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres pelo ordenamento jurídico, ainda são as mulheres, por questões históricas e culturais, consideradas minorias no que tange à fruição de direitos. Nesse contexto, Norberto Bobbio (2002, p. 113), ao enfrentar o preconceito com as mulheres, enfatiza que:

[...] o preconceito nasce da superposição à desigualdade natural de uma desigualdade social que não é reconhecida como tal, sem, portanto, que se reconheça que a desigualdade natural foi agravada pela superposição de uma desigualdade criada pela sociedade.

Desse modo, para Bobbio (2002, p.114) é por essa razão que “o preconceito de grupo é geralmente um preconceito da maioria em relação a uma minoria”. Todavia, é importante registrar que a igualdade de direitos não significa uma identidade de direitos, ou seja, “uma paridade e uniformidade de direitos entre homens e mulheres” (SILVEIRA; MEYER-PFLUG, 2014, p. 134). A identidade de direitos representaria uma violação à isonomia, pois homens e mulheres são diferentes, e essas diferenças precisam ser respeitadas, sob pena de se violar

a própria equidade de gênero (SILVEIRA; MEYER-PFLUG, 2014, p. 134).

Com vistas a mudar essa realidade de desigualdade, é imprescindível a formulação e implantação de políticas públicas com o fito de garantir a equidade de gênero como forma de incluir essa minoria na sociedade (CANOTILHO, 2002, p. 387). Daí falar-se em empoderamento feminino, que significa dar poder às mulheres (VERNIER, 1996); dar condições para que elas possam se desenvolver, ser independentes e usufruir das mesmas oportunidades e direitos que os homens. (SOARES, 2018).

3. OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS NA AGENDA 2030 DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Como meio de compromisso dos países-membros para o desenvolvimento sustentável, em setembro de 2015, os líderes mundiais bem como os representantes da sociedade civil reuniram-se em Nova Iorque, na sede da Organização das Nações Unidas (ONU), a fim de convencionarem um “plano de ação para erradicar a pobreza, proteger o planeta e garantir que as pessoas alcancem a paz e a prosperidade” (UNODC).

Nesse sentido, como resultado desse encontro, lançou-se a Agenda 2030 com 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas associadas a serem alcançadas até 2030, com foco no desenvolvimento global e na cooperação internacional, como se verifica no seguinte extrato:

Estamos anunciando hoje *17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável com 169 metas associadas que são integradas e indivisíveis*. Nunca antes os líderes mundiais comprometeram-se a ação comum e a um esforço por meio de uma *agenda política tão ampla e universal*. Estamos trilhando juntos o *caminho rumo ao desenvolvimento sustentável, dedicando-nos coletivamente à busca do desenvolvimento global e da cooperação com benefícios mútuos*, que podem trazer enormes ganhos para todos os países e todas as partes do mundo. Reafirmamos que cada Estado tem, e exerce livremente, soberania plena e permanente sobre toda a sua riqueza, seus recursos naturais e sua atividade econômica. Implementaremos a Agenda para o pleno benefício de todos, *para a geração do presente e para as gerações futuras*. Ao fazê-lo, reafirmamos nosso compromisso com o direito internacional e sublinhamos que a Agenda deverá ser implementada de forma consistente com os direitos e as obrigações dos Estados em conformidade com o Direito Internacional. (ONU, 2016, p. 6, grifo da autora).

Observe-se, no entanto, que, no caso brasileiro, os ODS e suas metas foram readequados conforme a realidade nacional, mas mantendo o alinhamento internacional, levando em conta que a própria “ONU [...] incentiva os países a levarem em consideração suas realidades e prioridades nacionais no momento de definição de estratégias a serem adotadas para o alcance dos objetivos da *Agenda*”, mas sem redução da abrangência global (IPEA, 2018, p. 13).

Nessa realidade, ressalta-se o ODS de número 5, que trata especificamente da adoção de medidas para o alcance da igualdade de gênero e do empoderamento de todas as mulheres e meninas. Ele é composto de 11 metas, das quais nove foram readequadas nacionalmente (IPEA, 2018, p.133-156). Entre as onze metas, destaca-se a Meta 5.6, que se destina a:

Assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultantes de suas conferências de revisão. (IPEA, 2018, p. 147)

Evidencia-se, portanto, o alinhamento da proteção da saúde sexual e reprodutiva, assim como dos direitos reprodutivos, ao empoderamento de todas as mulheres e meninas encaminhado pelo ODS 5. A Agenda 2030 apresenta indicadores de progresso de um país, estabelecendo também a proporção de mulheres em cargos gerenciais e nos parlamentos (AZEVEDO, 2021, p. 162).

Assegurar o direito à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos da mulher é garantir a sua dignidade humana, o direito ao próprio corpo, pois, historicamente, a mulher não tinha poder de decisão sobre sua sexualidade e sobre as decisões da família, entre elas, sobre ter ou não ter filhos, sendo em algumas sociedades submetidas à esterilização forçada. (LOPES, 2021, p. 1244)

Basta dizer que, no Código Civil de 1916, a chefia da sociedade conjugal era do homem, em que as mulheres eram impedidas de realizar certos atos (NUSSBAUM, 2012, p. 90) sem o consentimento do marido, ou seja, o ordenamento jurídico à época tratava a mulher como pessoa relativamente capaz, retratando uma sociedade patriarcal. (CHAKIAN, 2019, p. 124).

Nesse contexto, Michel Foucault adverte que, por um longo período de tempo na história, tentou-se reduzir as mulheres à sua sexualidade: “Vocês são apenas o seu sexo, dizia-se a elas há séculos. E este sexo, acrescentaram os médicos, é frágil, quase sempre doente e sempre indutor de doença. Vocês são a doença do homem” (FOUCAULT, 2000, p. 234).

Assim, a efetivação da dignidade humana, da liberdade e da igualdade entre todos depende da integração

dos direitos sexuais e reprodutivos como aspectos dos direitos humanos em toda sua universalidade. Os direitos reprodutivos dizem respeito à igualdade e à liberdade na esfera da vida reprodutiva e no exercício da sexualidade (IPEA, 2018, p. 147). Com esse marco, é possível inferir que tais direitos devem integrar a realidade normativo-jurídica de todos os seres humanos, independentemente de seu sexo, gênero, origem, raça, nacionalidade ou outros fatores exógenos.

A despeito dessa premissa e do “fato incontestável de que as dimensões da sexualidade e da reprodução da vida humana estão garantidas pelo marco fundamental e supranacional dos direitos humanos”, muitas condições externas contribuem para a negação desses direitos, ou mesmo para a limitação das oportunidades de gozo, afetando o aspecto distributivo consubstanciado na justiça sexual e reprodutiva (IPEA, 2019, p.18), situação que deve, portanto, ser superada.

Nesse sentido, para alcançar uma justiça sexual e reprodutiva, é importante observar que se faz necessária a manutenção de uma saúde reprodutiva, que não se confunde com ausência de doença ou enfermidade, mas se traduz em bem-estar pleno, no que tange aos aspectos relacionados ao sistema reprodutivo, suas funções e processos, ou seja, no campo físico, mental e social. Assim:

A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo autonomia para se reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo. Implícito nessa última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de terem acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos de regulação da fecundidade, de sua escolha, que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de atravessar, com segurança, a gestação e o parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. Em conformidade com a definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isso inclui também a saúde sexual, cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis. (ONU, 1995, p. 62, grifo da autora).

Vê-se, portanto, que a saúde reprodutiva está amparada pelos direitos reprodutivos, ou seja, os métodos, as técnicas e os serviços voltados à resolução de problemas

de saúde reprodutiva devem estar disponíveis a todos que necessitem para que tal direito seja garantido. Desse modo, infere-se que o direito à inseminação artificial e à fertilização *in vitro* estariam inseridos no conceito de direitos reprodutivos.

Nessa realidade, a implementação de direitos sexuais e reprodutivos por meio da promoção da saúde sexual e reprodutiva da mulher representa o objeto do presente estudo na medida em que a história recente indica a vulneração dos direitos das mulheres quando relacionados aos dos homens, demandando, portanto, medidas de equivalência com foco no equilíbrio e isonomia entre todos os seres humanos e precipuamente na busca da equidade de gênero constitucionalmente garantida.

4. DO DIREITO À SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA

O texto constitucional de 1988 assegura expressamente, no rol dos direitos sociais, o direito à saúde, que engloba tanto a saúde física como mental. O direito à saúde, por ser um direito social, implica uma prestação positiva do Estado, que deve ofertar hospitais, médicos, atendimento adequado, entre outras medidas voltadas à implementação de políticas públicas de acesso à saúde para todos. (NOGUEIRA; PIRES, 2004, p.756.)

Trata-se de um direito universal a ser garantido por meio de políticas públicas, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal de 1988 (MARQUES; DALLARI; 2007, p.102). Nesse sentido, Maria Paula Dallari adverte as políticas públicas elaboradas em matéria de saúde representam a própria garantia desse direito social (BUCCI, 2006, p. 15).

O direito à saúde está diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana, na medida em que assegurar o direito à saúde é garantir o direito à vida, bem como a qualidade de vida dos indivíduos (SCHWARTZ, 2001, p. 161). No que diz respeito às mulheres, o direito à saúde engloba também os direitos sexuais e reprodutivos, ou seja, o direito de acesso a métodos contraceptivos, o direito ao acompanhamento na gestação, ao parto seguro, ao planejamento familiar, à prevenção de doenças (como câncer de mama, de útero, entre outras), enfim, todos os aspectos que envolvem a saúde da mulher.

A Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996 que regulamenta o art. 196 da Constituição é enfática ao elencar, em seu art. 3º, os direitos imprescindíveis à promoção e à garantia dos direitos sexuais e reprodutivos: a) a assistência à concepção e contracepção; b) o atendimento pré-natal; c) a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; d) o controle das doenças sexualmente transmissíveis; e) o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis; f) além de outras ações de cunho preventivo e educativo.

O direito à saúde sexual e reprodutiva da mulher está diretamente relacionado a sua independência, a sua dignidade como mulher, aspectos imprescindíveis para a busca da equidade de gênero e para o exercício da cidadania feminina. Nesse contexto, é importante destacar o protagonismo da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição de 1988, tratando das diversas formas de violência, dentre elas a violência sexual.

Em seu art. 7º, III, a citada lei conceitua violência sexual como:

Art. 7º - [...]:

III - [...] qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

É imprescindível, portanto, a implantação de políticas públicas de prevenção à violência sexual, de amparo e acolhimento às mulheres vítimas dessa violência, bem como de conscientização de meninas e mulheres sobre os seus direitos. Adverte Maria Tereza Sadek que “as mulheres que não têm conhecimento dos seus direitos humanos são incapazes de fazer reivindicações para o seu cumprimento” (SADEK, 2004, p. 15).

Destarte, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Portaria n. 15 de 8 de março de 2017, instituiu a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, definindo diretrizes e ações de prevenção à violência contra mulheres com o objetivo de garantir direitos fundamentais nas relações domésticas e familiares quando implicadas em situação de violência, com a adequada solução de conflitos (CNJ, 2017).

O Poder Judiciário tem se mostrado sensível ao combate à violência doméstica, em especial à violência sexual, no entanto, devido às desigualdades entre as regiões no nosso País, nem todos os estados apresentam o mesmo desempenho. Nesse particular, dados do CNJ em 2017 apontam que a resposta do Poder Judiciário às demandas de reparação de violência doméstica foi de 119%, em 2017, no âmbito da Justiça Estadual, o que significa que a “a Justiça Estadual decidiu um número de processos superior à demanda de casos novos em violência doméstica contra a mulher. Verificase, contudo, que essa

resposta é desigual, havendo desequilíbrio na prestação jurisdicional entre os estados” (CNJ, 2018, p. 22).

5. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO MEIO DE PROMOÇÃO DA SAÚDE REPRODUTIVA

A infertilidade é um fator comum entre homens e mulheres e considerada um problema de saúde (CURY, 2021, p. 1279). No entanto, ela afeta de maneira diferente as mulheres, uma vez que, por questões culturais e históricas, sua imagem está associada à maternidade e à reprodução, como pontua Cintia Lopes (2021, p. 1244), ao asseverar que “o corpo da mulher sempre esteve muito atrelado à sua capacidade reprodutiva”.

Nesse compasso, é de se notar que a medicina tem avançado e encontrado novas tecnologias que permitem, na maioria dos casos, que homens e mulheres inférteis se reproduzam por meio da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*. Todavia, a realização dessas técnicas é de alto custo, e não pode ser custeada pela maior parte da população.

A questão reside em saber se a mulher que, por questões de saúde ou mesmo de orientação sexual, não consegue se reproduzir por métodos naturais, pode, por força do princípio da isonomia (considerando aquelas que conseguem reproduzir-se naturalmente) e de liberdade, valer-se de meios alternativos para atingir tal objetivo e ter esse direito reconhecido e garantido pelo Estado como um direito reprodutivo inserido no âmbito do direito universal à saúde.

Assim, como dito anteriormente, quando não é possível a reprodução humana por via natural, algumas técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas, como a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*. Nesse sentido, vale estabelecer a distinção entre tais técnicas:

O tratamento de inseminação artificial, conhecido também por inseminação intrauterina, consiste em estimular de forma leve os ovários, acompanhar a ovulação, e no momento que a mulher estiver ovulando a introdução pela cavidade uterina dos espermatozoides – coletados e preparados em laboratório. [...] Já, ao contrário da inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, é um tratamento de alta complexidade, indicado para mulheres com idade superior a 35 anos, em casos mais avançados de infertilidade, e que provavelmente não teriam bons resultados com a inseminação artificial devido ao envelhecimento dos óvulos. Também indicada quando existe impedimento para a fecundação espontânea, como por exemplo, obstruções nas trompas (Hospital Nossa Senhora das Graças - HNSG).

Na mesma linha, esclarece Silva (2007, p. 238):

A inseminação artificial, consistente na introdução de gameta masculino, por meio artificial, no corpo da mulher, esperando-se que a própria natureza faça a fecundação, ao passo que a *fertilização* fora do corpo da mulher, *in vitro*, na qual o óvulo e o espermatozóide são unidos numa proveta.

Nota-se que os métodos assistidos de reprodução, antes de tudo, são mecanismos para garantia do direito à reprodução. Nesse contexto, os direitos reprodutivos dizem respeito à igualdade e à liberdade na esfera da vida reprodutiva (IPEA, 2018, 147). Nas palavras de Barbosa:

[...] os direitos de “decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles, e de acessar as informações, instruções e serviços sobre planejamento familiar”, compreendendo ainda “o direito à escolha reprodutiva”, como a liberdade reprodutiva relativa a “se”, “quando” reproduzir-se, ensejando incluir-se nessa escolha o “como” reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial [...] (BARBOSA, 2004, p. 229).

Assim, percebe-se que o direito reprodutivo versa em liberdade para decidir quando e como se dará a reprodução humana, oportunizando o direito de gozar da saúde sexual em plenitude, o que se coaduna com o objetivo esculpido na meta 5.6 da Agenda 2030.

Todavia, vale destacar que “direitos reprodutivos” não é tema atual ou visionário, pois, em 1994, como mencionado, foi tema tratado na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD), realizada na cidade do Cairo, Egito, em que também se destacou que os direitos de reprodução estão baseados na liberdade de todo indivíduo ou casal de decidir de forma responsável quanto ao “número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução” (ONU, 1995, p. 62), ou seja, trata-se da autonomia para a procriação.

Nessa direção, Amanda Costa, Ana Dantas e Bruna Costa comentam que “nenhum avanço em grande escala pode acontecer sem considerar a saúde reprodutiva de mulheres e meninas, elemento fundamental para a igualdade entre gêneros” (SANTOS; DANTAS; COSTA, 2021, p. 1.309).

Como também já apontado anteriormente, a saúde reprodutiva deve ser considerada um estado de completo bem-estar físico, mental e social relativo a todo o sistema reprodutivo, atrelada ao exercício de uma vida sexual segura e satisfatória. Além disso, a capacidade de decidir

livremente sobre a própria reprodução é uma condição de validade, conforme prevê o § 7.2 da Plataforma de Cairo, relatório da CIPD (UNFPA, 2007).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 incorporou a proteção aos direitos reprodutivos de forma expressa, em seu art. 226, § 7º, ao assegurar o direito de decisão de forma livre e responsável acerca do planejamento familiar:

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

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (grifo da autora)

Nota-se em destaque, que a Constituição Federal de 1988, além de prever autonomia quanto ao planejamento familiar, determinou como dever do Estado propiciar recursos para o exercício desse direito. Nesse particular, prelecionam Rita Menezes e Victor de Oliveira que:

[...] todas as pessoas possuem o direito de decidir se terão ou não filhos, e o Estado tem o dever de oferecer acesso a recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem a prática e a efetividade do planejamento familiar, uma vez que o referido arranjo familiar tem origem governamental e é dotado de natureza promocional. Assim, sabe-se que o Estado tem por obrigação assegurar ao indivíduo um livre planejamento familiar, além de garantir, não só os métodos anticoncepcionais, mas, também, oferecer programas sociais que possam contribuir para a garantia dos métodos de concepção, sendo estes naturais ou artificiais, porque, caso contrário, poderá gerar um conflito entre o disposto na Constituição Federal e os atos do Estado, enquanto interventor nas situações que envolvem políticas públicas de planejamento familiar. (MENEZES; DE OLIVEIRA, 2018, p. 261).

Tem-se, pois, que, do ponto de vista constitucional e legal, o direito à reprodução assistida está inserido no direito à saúde sexual e no direito reprodutivo, devendo, como um direito social, ser prestado pelo Estado a todos os indivíduos.

6. O DEVER DO ESTADO EM PROMOVER A JUSTIÇA SEXUAL E REPRODUTIVA

Como aludido, do ponto de vista constitucional fica clara a responsabilidade do Estado de propiciar recursos para o exercício dos direitos reprodutivos, em conformidade com o art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988.

Igualmente, o Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.565, § 2º, também previu que o planejamento familiar deve ser exercido de forma livre, determinando que o Estado deve “propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

A materialização do texto constitucional e do planejamento familiar como política pública, como já citado, aconteceu com a promulgação da Lei n. 9.263/96, que define planejamento familiar no art. 3º, como “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”, atribuindo, em seu parágrafo único, às instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde (SUS) a obrigação de implementação de programa de atenção integral à saúde em todos os seus ciclos vitais que inclua, entre outras, a assistência à concepção, conforme o inciso I do mesmo dispositivo.

Vale destacar que o referido texto legal, em seu art. 9º, de forma explícita, estabelece que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.”

Nesse sentido, atualmente, a interpretação de “planejamento familiar” não deve estar somente atrelada ao número de filhos que se pretende alcançar, mas também às questões afetas às tecnologias reprodutivas e suas consequências. Assim, defendem Igor Mascarenhas e Ana Paula Costa:

É certo que o instituto do planejamento familiar tem sua origem ligada ao controle da natalidade. Todavia, norteado pelos princípios que regem hodiernamente o direito de família, dos quais são citados os princípios da afetividade, liberdade e dignidade, mais do que controle de natalidade, o planejamento familiar deve significar viabilizar a família que se pretende ter, quer as pretensões se revelem no desejo de ampliar, quer no de restringir a prole. Obviamente, sua realização não pode prescindir de práticas de atenção à saúde. Nesse sentido, cumpre ressaltar que *hoje já não é mais possível discutir planejamento familiar sem pontuar a questão das tecnologias reprodutivas* e suas possíveis consequências. (MASCARENHAS; COSTA, 2019, p. 331, grifo da autora).

Nota-se, portanto, que não se pode olvidar as questões afetas às tecnologias reprodutivas do planejamento familiar e da saúde. De outra sorte, a Lei n. 8.080/1990, em seus arts. 2º e 36, prevê como dever do Estado, incluindo os seus três entes políticos, a garantia da saúde da população como um direito fundamental do ser humano.

Logo, como se vê, a concretude dos direitos à saúde, à reprodução e ao livre planejamento familiar **são** deveres impostos ao Estado, portanto inexoráveis.

Contudo, a despeito do disposto na legislação e na própria Constituição, de modo controverso, o tema da reprodução assistida foi discutido nos autos do Recurso Especial n. 1.822.420, que tramitou na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, sendo fixada a tese de que “salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização *in vitro*”. O entendimento, por maioria de votos, seguiu as disposições externadas pelo relator, o Ministro Marcos Buzzi, divergindo, notadamente, o Ministro Moura Ribeiro, alcançando o trânsito em julgado no dia 14 de fevereiro de 2022.

Veja-se o teor da ementa:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ARTIGO 1036 E SEQUINTE DO CPC/2015 – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER JULGADA IMPROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – REFORMA EM SEDE DE APELAÇÃO – INSURGÊNCIA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE – CUSTEIO DE TRATAMENTO POR MEIO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO – INVIABILIDADE – ESCÓLIO JURISPRUDENCIAL PACÍFICO DAS TURMAS QUE COMPÕEM A SEGUNDA SEÇÃO.

1. Para fins dos arts. 1036 e seguintes do CPC/2015:1.1. Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização *in vitro*.

2. Caso concreto: ausente cláusula autorizando a cobertura do tratamento de fertilização *in vitro*, impõe-se o acolhimento da insurgência recursal a fim de restabelecer a sentença de improcedência do pedido inicial.

3. Recurso especial provido. (STJ, 2021).

Vale frisar que a tese no Recurso Especial decorreu, segundo o Relator, do entendimento de que é possível a Agência Nacional de Saúde (ANS) fixar norma regulamentadora restritiva no caso de implementação de direitos de reprodução relacionados ao planejamento familiar, sob o argumento utilitarista de que a promoção irrestrita do atendimento dessas necessidades, em especial a fertilização *in vitro*, “acarretará, inegavelmente, direta e indesejável repercussão no equilíbrio econômico-finan-

ceiro do plano, a prejudicar, sem dúvida, os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde” (STJ, 2021).

Um dos assentos do entendimento do relator é a necessidade de equilibrar as necessidades clínicas dos pacientes e o equilíbrio atuarial dos planos de saúde:

[...] a interpretação de controvérsias deste jaez deve ter como norte, além da estrita observância aos dispositivos legais aplicáveis, o objetivo de contemplar, da melhor forma possível, de um lado, o efetivo atendimento às necessidades clínicas dos pacientes/contratantes, e de outro, o respeito ao equilíbrio atuarial dos custos financeiros a serem realizados pelas instituições de saúde suplementar. (STJ, 2021)

Todavia, a despeito da compreensão de que o dito equilíbrio econômico-financeiro é constituído de uma equação que se reorganiza a cada demanda que influencia o próprio sistema, não sendo, portanto, estanque, divergiu o Ministro Moura Ribeiro sob, basicamente, dois argumentos: (i) o primeiro de que a norma regulamentadora não pode restringir direito que a lei não impôs limite, incumbência que, segundo a hierarquia do sistema normativo, é destinada a diploma editado em nível superior; (ii) o segundo, que o direito internacional e a Constituição Federal de 1988 reconheceram como direito inerente à família o planejamento familiar, atribuindo ao Estado o dever de desenvolver e propiciar o atendimento de tais designios.

Nesse sentido, o Ministro Moura Ribeiro analisou o tema de forma a garantir a fertilização *in vitro* como exercício de um direito fundamental, no caso o direito de reprodução e o direito à plena autonomia reprodutiva, amparados no texto constitucional, em seu art. 226, § 7º, e na Lei n. 9.263/96, que incorporou diversas ações tendentes a normalizar a fecundidade e o planejamento familiar, em uma visão voltada ao atendimento global e integral à saúde.

Além desses dispositivos, o Ministro Moura Ribeiro rememorou que o direito à saúde e à maternidade são direitos sociais, também protegidos pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, e que internacionalmente tanto a infertilidade masculina quanto a feminina são catalogadas como doenças (registradas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, CID 10, da Organização Mundial da Saúde).

Assim, nos termos do art. 10 da Lei n. 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde – LPS), como pontuou o eminente ministro, tais doenças devem ser cobertas pelos planos de saúde. Não pode, portanto, o Poder Judiciário restringir o alcance da lei nem afastar o que tenha sido previsto em contrato. Isso porque o mesmo dispositivo excetua da regra de atendimento os casos de inseminação artificial, mas não restringe as demais tecnologias. Da mesma forma, a cláusula contratual específica não pode excep-

cionar o mandamento legal, devendo ser interpretada da maneira mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Diante disso, apesar de vencido o voto do Ministro Moura Ribeiro, nota-se que a linha de raciocínio exposta atende de forma sistêmica e teleológica as disposições de todo o conjunto normativo que circunda os direitos de reprodução, por reconhecê-los como direitos fundamentais e apontar a obrigação, sem restrições, do Estado em promover políticas públicas nessa direção.

Não seria possível, portanto e sob o argumento de eventual desequilíbrio atuarial, o afastamento da reprodução assistida na medida em que o próprio sistema de saúde buscaria novo ponto de equilíbrio. Nesse sentido, deve prevalecer o direito do cidadão e o dever do Estado, e, por consectário, a obrigatoriedade dos planos de saúde em promover o atendimento voltado à promoção dos direitos de reprodução.

7. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou sedimentar a relevância da saúde sexual e reprodutiva da mulher, destacando-os como direitos sexuais e reprodutivos relacionados diretamente aos objetivos dispostos na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, uma vez que são voltados ao empoderamento de meninas e mulheres no contexto dos direitos humanos.

Nessa direção, a utilização de técnicas de reprodução assistida como meio de promoção da saúde reprodutiva, tais quais a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, mostraram-se meios de promoção da saúde reprodutiva e de concretização do planejamento familiar expressamente esculpido na Constituição Federal, demandando, portanto, a implementação compulsória de políticas públicas focadas na necessária justiça sexual e reprodutiva.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.822.420, que tramitou na Segunda Seção, entendeu que os planos de saúde não são obrigados a arcar com os custos da fertilização *in vitro*, em desarmonia com o teor do art. 226, § 7º, e da Lei n. 9.263/96. Contudo, vale frisar que o julgamento não foi unânime, sendo vencido o voto do Ministro Moura Ribeiro, que entendeu legítimo o direito à fertilização *in vitro*, inserido no direito constitucional à saúde reprodutiva. Deve-se apontar, por fim, que a divergência do colegiado não encerra o entendimento, permitindo a futura revisão jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

AZEVÊDO, Maria Nazareth Farani. Mulheres, diplomacia e democracia: de Bertha Lutz aos Dias de Hoje. In: MENDONÇA, Grace (org). **De.mo.cra.cia substantivo feminino**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. rev. e atual. por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOZA, Heloísa Helena Barboza. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In: Sá, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira de. (Coord). **Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva; 2006. p. 1-49.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHAKIAN, Silvia. **A construção dos direitos das mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/5514b0debf866190c20610890849e10_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf. Acesso em: 8 mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria n. 15 de 8 de março de 2017**. Institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres no Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/03/48676a321d03656e5e3a4f0aa3519e62.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2022.

CURY, Camila Santos. Direito à reprodução é um direito social constitucionalmente garantido? In: MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; MACIEL, Renata Mota (coord.). **A Constituição por elas: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres**. São Paulo: Uninove, 2021, p. 1.274-1.285.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 15. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

HOSPITAL NOSSA SENHORA DAS GRAÇAS (HNSG). **Inseminação artificial ou fertilização in vitro?** Disponível em:

<https://www.hnsg.org.br/inseminacao-artificial-ou-fertilizacao-in-vitro-2/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **ODS-Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Brasília, 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180801_ods_metas_nac_dos_obj_de_desenv_susten_propos_de_adequa.pdf. Acesso em: 3 mai. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Cadernos ODS: ODS 5: alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas**. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34776. Acesso em: 30 mar. 2022.

LOPES, Cintia Barudi, A Constituição Federal de 1988, o livre planejamento familiar e os desafios para a construção da cidadania feminina. In: MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; MACIEL, Renata Mota (Coord.). **A Constituição por elas: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres**. São Paulo: Uninove, 2021. p. 1243-1254.

MACARENHAS, Igor de Lucena; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da. Fertilização in vitro e o direito ao planejamento familiar: a ilegalidade do Enunciado 20 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça e a teoria da captura aplicada à ANS. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 121, ano 28. São Paulo, jan.-fev. 2019.

MARQUES, Sílvia. Badim.; DALLARI, S. G. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107, 2007.

MENEZES, Rita de Cássia Barros; DE OLIVEIRA, Victor Fonseca. Políticas Públicas de acessibilidade de inseminação artificial: planejamento familiar como efetivação de dignidade humana. Salvador: **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, v. II, p. 257-274, jul-dez, 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Cadernos de atenção básica: saúde sexual e saúde reprodutiva**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <https://aps.saude.gov.br/biblioteca/visualizar/MTIwMg==>. Acesso em: 2 abr. 2022.

NUSSBAUM, Martha. **Las mujeres y el desarrollo humano el enfoque de las capacidades**. Barcelona: Herder, 2012.

NOGUEIRA, Maria Ribeiro; PIRES, Denise Elvira. Direito à saúde: um convite à reflexão. **Saúde Pública**, Rio de Janeiro, ano 20, n. 3, p.753-760, maio/jun, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvi-**

mento: Plataforma de Cairo, Egito, 5 a 13 set. 1994. NOVA YORK: ONU, 1995. Disponível em: <https://brasil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**, Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**, Campinas, v.10, n.1, p. 1-62, maio 2004.

SANTOS, Amanda Luize Nunes; DANTAS, Ana Carolina Lessa; COSTA, Bruna Santos. Direitos sexuais e reprodutivos: históricos, garantias e obstáculos no Brasil. In: MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; MACIEL, Renata Mota (Coord.). **A Constituição por elas: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres**. São Paulo: Uninove, 2021. p.1309- 1322.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, A igualdade entre homens e mulheres e as forças armadas. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 133-146, jul./set. 2014.

SOARES, Enmanuel Sousa. Os direitos humanos das mulheres: o empoderamento feminino no meio urbano e rural. **Jus.com.br**, 6 mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64589/os-direitos-humanos-das-mulheres-o-empoderamento-feminino-no-meio-urbano-e-rural>. Acesso em: 31 mar. 2022.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. **Site**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/embaixadores-da-juventude/conhea-mais/a-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentvel.html>. Acesso em: 5 abr. 2022.

VERNIER, Martha Elena. Por qué “apoderar”. **Boletín 67**, México, mayo-junio, 1996.

VILLELA, Wilza Vieira.; ARILHA, Margareth. Sexualidade, Gênero e Direitos Sexuais e Reprodutivos. In: BERQUÓ, E. (Org.). **Sexo & vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil**. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.

Karim Regina Nascimento Possato

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho. Advogada.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Nove de Julho. Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia. Advogada.