



POLÍTICAS PÚBLICAS E OS DIREITOS REPRODUTIVOS POR REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

PUBLIC POLICIES AND REPRODUCTIVE RIGHTS FOR ASSISTED HUMAN REPRODUCTION: BY EFFECTIVE PERSONALITY RIGHTS

<i>Recebido em:</i>	30/09/2019
<i>Aprovado em:</i>	27/11/2019

Carlos Alexandre Moraes¹

Mylene Manfrinato dos Reis Amaro²

RESUMO

A presente pesquisa trata da problemática relacionada a falta de assistência por parte do Estado aos procedimentos de reprodução humana assistida as pessoas inférteis. A Constituição Federal de 1988 instituiu de forma expressa alguns princípios, entre eles o

¹ Pós-doutor em Direito pela UniCesumar, bolsista CAPES. Doutor em Função Social do Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela UniCesumar. Professor permanente do programa de Mestrado da UniCesumar. Advogado. Editor da Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro - RECONTO. Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). E-mail: camoraes.adv@hotmail.com

²Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Maringá –Unicesumar – Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES). E-mail: mylenemanfrinato@gmail.com



princípio da dignidade da pessoa humana, do planejamento familiar, da parentalidade responsável, bem como, de forma implícita, o direito à procriação, todos com aplicação nas relações familiares e inerentes ao direito de personalidade. É direito de qualquer cidadão o livre planejamento familiar, contudo, existem muitos casais que não possuem condições de arcar com o procedimento de reprodução humana na esfera da rede privada. Na discussão das técnicas permitidas, expõe-se a elaborada pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.168/2017, pois, no Brasil não existe uma legislação específica. Com fundamento na dignidade humana e no direito à procriação, o Estado deve proporcionar meios para que todos tenham acesso às técnicas artificiais vez que a lei assegura à igualdade entre todos os cidadãos. Só assim, será respeitado os direitos de personalidade inerentes a todos os seres humanos.

Palavras-chave: Direitos da personalidade; políticas públicas; procriação.

ABSTRACT

This research deals with the problem related to the lack of assistance by the State to assisted human reproduction procedures for infertile people. The Federal Constitution of 1988 explicitly established some principles, including the principle of human dignity, family planning, responsible parenting, as well as, implicitly, the right to procreation, all with application to family and inherent relationships. to the right of personality. It is the right of any citizen to have free family planning, however, there are many couples who cannot afford the procedure of human reproduction in the sphere of the private network. In the discussion of the permitted techniques, the one elaborated by the Federal Council of Medicine, through Resolution no. 2.168 / 2017, because in Brazil there is no specific legislation. On the basis of human dignity and the right to procreation, the State must provide means for all to have access to artificial techniques since the law ensures equality among all citizens. Only in this way will the personality rights inherent in all human beings be respected.



Key-words: Rights of personality; public policy; procreation.

INTRODUÇÃO

As inovações na seara reprodutiva, na biociência e na medicina trouxeram benefícios para a humanidade, como a possibilidade de “cura” de uma enfermidade reprodutiva. Em detrimento das inúmeras causas de infertilidade, a utilização de técnicas de reprodução humana assistida tornou-se uma opção para as pessoas com dificuldades de procriar um filho. Apesar disso, essa possibilidade não está sendo exercida de forma eficaz pelo poder público, o detentor do poder de efetivar os direitos fundamentais e da personalidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as relações familiares passaram a sofrer influência das normas constitucionais. Por meio do § 7º do art. 226 da Constituição Federal, o livre direito ao planejamento familiar foi consagrado e deve, por isso, estar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da parentalidade responsável e, em especial, do direito à procriação. Assim, torna-se indispensável a análise do assunto a partir de uma revisão bibliográfica da legislação comparada.

As principais técnicas utilizadas são a inseminação artificial (homóloga e heteróloga), a fertilização *in vitro* (homóloga e heteróloga), a gestação de substituição, a inseminação *post mortem* e a doação de embriões excedentários. Nenhuma delas é regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas todas são normatizadas pela resolução do Conselho Federal de Medicina.

Ocorre que as técnicas de reprodução humana assistida não são disponibilizadas pelo Estado de forma efetiva, uma vez que apenas cinco estados possuem uma política que assegura as técnicas de forma gratuita aos indivíduos inférteis. A problemática em torno da situação apresentada refere-se à omissão do Estado em aplicar as normas constitucionais de igualdade. Este artigo estruturou a pesquisa desse tema em três capítulos.



O primeiro capítulo traz uma rápida abordagem sobre o direito ao livre planejamento familiar como direito da personalidade. Nele a importância do planejamento familiar é apresentada enquanto forma de efetivar os direitos de personalidade e os princípios constitucionais são reiterados pelo seu papel fundamental no Direito de Família.

No segundo capítulo o enfoque é na utilização das técnicas de reprodução humana assistida para a realização do projeto parental. As técnicas disponíveis pelo Estado, as mais utilizadas e as mais controvertidas, são apresentadas nesse capítulo. Discute-se sobre o direito à saúde como base do direito de procriação, como forma de garantir os direitos de personalidade dos cidadãos inférteis.

Já o terceiro capítulo versa sobre a necessidade de se criar políticas públicas para garantir de forma igualitária a reprodução humana assistida a todos os estados da federal, pois no momento apenas 5 (cinco) estados contam com os procedimentos de forma gratuita. O mesmo capítulo também trata resumidamente da urgente necessidade de se criar políticas públicas para efetivar os direitos reprodutivos, com foco principal em garantir o acesso de forma gratuita pelo SUS (Sistema Único de Saúde).

Por meio do método teórico de abordagem, os procedimentos e caminhos utilizados para a realização do presente trabalho foram: a separação e leitura de artigos, livros e trabalhos científicos relacionados ao tema a esquematização e a problematização com o objetivo de destacar as ideias principais; a síntese através de resumos, de fichamentos e da análise interpretativa; e, posteriormente, a comparação das ideias gerais entre os autores e com a temática da reprodução humana assistida, correlacionando também com a Legislação Brasileira.

1 DO DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR COMO DIREITO DA PERSONALIDADE



Os direitos de personalidade possuem fundamental posição ao se falar em direitos de reprodução, pois são direitos inerentes ao ser humano, em razão da sua própria pessoa. A salvaguarda dos direitos da personalidade também foi destaque no âmbito das normas constitucionais, de tal maneira que a proteção da dignidade humana corresponde ao pilar dos princípios fundamentais, o que proporciona a proteção do ser humano³ e a efetivação dos seus direitos.

Para Gustavo Tepedino (2001, p. 30), os direitos de personalidade são de suma importância para a existência da pessoa. Ele afirma

que os direitos da personalidade são os direitos supremos do homem, aqueles que garantem a ele a fruição de seus bens pessoais. Em confronto com os direitos a bens externos, os direitos da personalidade garantem a fruição de nós mesmos, asseguram ao indivíduo a senhoria da sua pessoa, a atuação das próprias forças físicas e espirituais.

Nessa concepção, os direitos de personalidade correspondem à aptidão das pessoas para exigirem os demais direitos consagrados na ordem constitucional, visto que os direitos de personalidade compreendem uma categoria de direitos que possui valoração ao exigir outros direitos, como exemplo o direito fundamental ao livre planejamento familiar, o direito de reprodução.

Os indivíduos são livres para se reproduzir, mesmo aqueles que possuem algum tipo de anomalia estéril/infértil que dificulte a concepção da prole, por meio “da personalidade

³ Art. 1º da CF: “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 (...)”.



que o ser humano se qualifica no plano da existência de relações, confirmando sua inegável vocação de ser que atua no complexo mundo das inter-relações” (REIS, 2010, p. 37), pois a personalidade engloba direitos que pertencem apenas aos seres humanos.

O direito ao livre planejamento familiar corresponde ao direito que as pessoas possuem de constituir suas estruturas familiares por meio de decisões coerentes e conscientes e bilaterais. O ordenamento jurídico brasileiro assegura a livre escolha do casal em constituir família nos parâmetros da lei, e sem interferência do Estado. Tal garantia é disciplinada na Constituição Feral, Código Civil e outras normas legais a exemplo do art. 226, §7º da CF/88⁴ e art. 1565, §2º do CC de 2002.⁵

A liberdade e a autonomia dos indivíduos no que concerne o livre planejamento familiar, prescrita pelo texto constitucional e, conseqüentemente, pela norma civil, corresponde ao direito personalíssimo. Por ser um direito inerente ao ser humano, ninguém, pessoa civil, jurídica ou o próprio Estado, poderá interferir na decisão do casal ou da pessoa solteira em constituir sua família, como prevê o art. 1.565, parte final do § 2º do Código Civil Brasileiro: “... vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”. O caráter personalíssimo é evidente, não possuindo qualquer tipo de indagação aos indivíduos, devendo eles obedecer literalmente ao que está contido no *mens legis*.

⁴ 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. (BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 17 de out. 2019).

⁵ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. [...] § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil*: Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 out. 2019).



Por meio da autonomia individual, o direito à constituição da prole é amplamente arraigado aos direitos de personalidade dos seres humanos. O dever do Estado é garantir meios que assegurem o surgimento e desenvolvimento das instituições familiares.

Eduardo de Oliveira Leite (2005, p. 127), ao dispor sobre a autonomia e a liberdade do casal em submeter-se ao livre planejamento familiar, dispõe: “[...] escapa do controle exterior e passa a ser matéria de foro íntimo, decidida segundo convicções e disponibilidade financeira do casal”. Nessa senda, surgem as responsabilidades dos pais com os futuros filhos. Por essa razão, o art. 229 da Constituição Federal regulamenta com clareza os deveres dos pais com os filhos: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Afinal como aponta Maria Helena Diniz (2007, p. 124):

[...] o casamento produz várias consequências que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges e nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres que são disciplinados por normas jurídicas.

De outra parte, a atuação do Estado é de necessária importância, pois, por meio de recursos disponibilizados, ele proporciona a escolha livre e consciente dos indivíduos, que podem redigir o caminho que sua família percorrerá.

A propósito, a Lei nº 9.263/1996, por meio do art. 4º, estabelece que “o planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade” (BRASIL, 1996).



Luciana Dadalto ensina que a autonomia privada deve ser exercida com base na dignidade humana e deve ser dirigida aos aspectos dos direitos de personalidade, consequentemente, aos direitos de família (DADALTO, 2010, p. 14).

Como estudado no decorrer do presente artigo, o planejamento familiar consiste em um direito fundamental que todos os indivíduos capazes possuem o direito de exercer. Diante da evolução na biociência que gerou avanços nas tecnologias de procriação, famílias inférteis passaram a ter a chance de concretizar o sonho de serem pais por meio das técnicas de reprodução humana assistida. Portanto, pode-se afirmar que a Constituição Federal também contempla o direito ao uso das técnicas artificiais de procriação.

Ao lecionar sobre o livre planejamento familiar, Ana Thereza Meirelles Araújo (2014, p. 63) dispõe:

A decisão pela procriação pressupõe, naturalmente, o elemento volitivo das partes e está, por óbvio, garantida pela livre manifestação da autonomia dos indivíduos, podendo ser concretizada de forma natural, por conjunção carnal, ou com auxílio das técnicas de reprodução humana artificial, através de métodos como inseminação e fertilização *in vitro*.

Assim, o direito ao uso das técnicas de reprodução humana assistida advém do livre planejamento familiar. O Estado deve proporcionar meios eficazes para que pessoas inférteis possam concretizar o desejo de constituir família com descendentes, para que possam de fato exercer seus direitos de personalidade.

2 DO DIREITO À PROCRIAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE



Na era passada a fecundidade era tida pelo meio social como uma benção dos céus, enquanto a infertilidade advinha de uma maldição. A impossibilidade de procriar sempre foi objeto de desconforto e de questionamentos, principalmente por parte das mulheres, que eram tidas como seres escassos de bênçãos⁶.

Conforme a autonomia dos indivíduos ao se reproduzirem, o direito reprodutivo foi reconhecido em esfera internacional (*reproductive rights*) ⁷, entendido como direitos fundamentais ou humanos.

Flávia Piovesan (2003, p. 238) destoa que os direitos reprodutivos correspondem

[...] ao conjunto dos direitos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana. Esse conceito compreende o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle da natalidade, quanto para a procriação sem riscos para a saúde.

Por sua vez, Maria de Fátima Freire de Sá (2005, p. 57) declara que o direito à reprodução é um direito fundamental, “visto que compõe a construção da personalidade da pessoa humana e de seu projeto parental”. Maria Claudia Crespo Brauner (2003, p. 52). Ela também afirma que o reconhecimento do direito a ter filhos deve ser visto como um direito personalíssimo, inalienável, com proteção do Estado.

⁶ Eduardo de Oliveira Leite é quem faz esse alerta: “Faz parte da mentalidade humana, desde suas mais distantes origens, contrapor as noções de fecundidade e esterilidade, atribuindo a cada uma delas valores que, necessariamente, se contrapõem, se excluem, se radicalizam em princípios maniqueístas. A fecundidade está vinculada a noção de bem; e à esterilidade, a noção de mal” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriação artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995. p. 18).

⁷ IAGULLI, Paolo, 2001, p. 3. Refere-se o autor à *International Conference on Population and Development*, realizada no Cairo de 5 a 13 de setembro de 1994, e à *The Beijing Declaration and the Platform for Action: Fourth World Conference on Women*, realizada em Beijing, China, de 4 a 15 de setembro de 1995.



Juliane Fernandes Queiroz e Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 311) afirmam que o direito de procriação deve ser assegurado por parte do Estado:

Por conseguinte, o direito de procriação existe e, como tal, deve ser assegurado pela ordem jurídica. Se a Constituição Federal protege a família e esta é constituída pelos genitores e seus descendentes, a proteção deve ser estendida à procriação, um dos recursos por meio do qual a família será constituída. Seria ilógico não reconhecer o direito de procriação, pois estaria tutelando a família sem tutelar sua origem.

O desejo de ter filhos é um fator de grande relevância para o desenvolvimento da personalidade e, por isso, está inserido nos direitos de personalidade. A Constituição Federal, ao proporcionar ao casal o direito à reprodução e garantir o livre planejamento familiar, estará garantindo o uso de métodos artificiais de reprodução às pessoas inférteis.

Em 1986 aconteceu a 8ª Conferência Nacional de Saúde. Nela foram criadas diretrizes para a Constituição Federal de 1988, que trouxe a saúde como um dos mais relevantes direitos sociais. A mencionada conferência apresentou o significado de saúde no seu item 3º: “saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis (...)” (BRASIL, 1986).

É claro que o direito à saúde não significa apenas tratar de doenças, mas sim cuidar do ser humano, para que o mesmo possa usufruir de uma vida com dignidade. E isso também se reflete no campo reprodutivo: o Estado, frente as pessoas que não conseguem procriar, deve viabilizar meios que efetivem o planejamento familiar.



Diante dos vários acontecimentos em que a sociedade moderna está inserida, os princípios fundamentais, a exemplo do livre planejamento familiar, tornam-se de grande valia para a concretização dos direitos, já que esses são os pilares do ordenamento jurídico pátrio.

Por estar relacionada ao direito de existência digna, a saúde faz parte dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. O art. 196 da norma constitucional é previsto como um direito fundamental, tal que garante saúde para todos os indivíduos, com caráter de universal e igualitário entre todas pessoas (SCHWARTZ, 2001). “Não há como recusar que um dos requisitos para a existência dessa dignidade de que trata a Constituição Federal, é a saúde pública” (PARANHOS, 2007, p. 155).

Logo, a saúde é “um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida” (SCHWARTZ, 2001, p. 52). Por sua vez, o art. 6º, caput, da Constituição Federal, trata da saúde como direito social:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Na mesma direção, o art. 2º da Lei 8.080/90 afirma que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Sob essa ótica, o sentido do direito à saúde e o direito à reprodução mostram-se como primordiais para se promover o bem-estar psíquico e físico das pessoas. A possibilidade de procriar, sem dúvidas, proporciona o desenvolvimento do indivíduo e concretiza o direito à saúde.



Com base nessa ideia, a Organização Mundial da Saúde afirma que:

Saúde reprodutiva é um estado de bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de enfermidades ou doenças, em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo e suas funções e processos. Em consequência, a saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência (PIOVESAN, 2003, p. 243).

O direito à saúde e o próprio direito de reprodução estão fundamentados na dignidade da pessoa humana, e é necessário também que ambos direitos se estendam ao uso das tecnologias e tratamentos contra a infertilidade humana. O Estado, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), deve viabilizar o acesso aos cidadãos que almejam se reproduzir.

Tratar do direito à procriação como um direito à saúde é também, em certa medida, buscar a igualdade social, pois todos possuem direitos iguais.

2.1 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA DISPONÍVEIS NA REDE PÚBLICA

Um problema que atormenta a sociedade há milhares de anos é a dificuldade que algumas pessoas têm para se reproduzir., seja por causa da esterilidade, que tira qualquer possibilidade de a pessoa procriar, como no caso, por exemplo, da mulher que nasce sem as trompas ou o homem que não produz espermatozoides; ou da infertilidade, que é a diminuição da capacidade de ter filhos, o que pode ocorrer em razão de vários motivos: idade avançada, mortalidade dos espermatozoides, exposição à poluição, uso de medicamentos,



entre outros. Independentemente de qual seja a impossibilidade, o desejo de procriar ainda é um sonho de muitas pessoas, casadas ou não.

Para vencer as barreiras da esterilidade e da infertilidade, a ciência, a medicina e a engenharia se uniram e criaram técnicas de reprodução humana assistida. Dessa forma, “o casal ou a pessoa solteira [que] deseja realizar o projeto parental, [mas] não consegue pelos meios normais da relação sexual (seja por impotência, escassez de espermatozoide, ovulação insuficiente, dificuldade de manter o embrião no útero ou falta de um parceiro)” (MORAES, p. 68, 2019), pode e deve buscar ajuda da ciência.

Entretanto, devido ao alto custo, esse tipo de serviço não está disponível a todas as pessoas, apesar da existência da Portaria n.º 3.149, de 28 de dezembro de 2012, que destina recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida no âmbito do SUS, incluindo fertilização *in vitro* e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides.

Entre as técnicas de reprodução humana assistida já desenvolvidas, destacam-se:

a) transferência de gametas (*Gamete Intrafallopian Transfer* – GIFT): consiste na “transferência intratubária de gametas femininos e masculinos. Como condição básica, requer a comprovação da permeabilidade tubária pelo menos unilateral” (SCARPARO, 1991, p. 13);

b) gestação de substituição ou “barriga de aluguel”: ocorre quando uma terceira pessoa realiza a gestação para um casal ou uma pessoa solteira que, por motivos alheios à vontade, não possa gerar uma criança. Carlos Alexandre Moraes (2019, p. 78) enumera várias situações: “o fato de não ter útero, anomalias uterinas, alterações morfológicas que impedem a gravidez, doenças graves com alto risco de morte da gestante durante a gestação (doenças cardíacas, pulmonares ou renais) ou situações que provocam o aborto natural”.

c) transferência de zigotos nas trompas de Falópio: cientificamente tratada como técnica ZIFT (*Zygote Intrafallopian Transfer*), “combina as vantagens da fertilização *in vitro*



com a transferência de gametas, e admite diversidades resultantes do momento em que é feita a transferência”. (SCARPARO, 1991, p. 15);

d) transferência intratubária de gametas: os óvulos são colhidos e introduzidos em um cateter que já conta com o material do cônjuge, sendo transferidos para as trompas. Essa técnica procura evitar a transferência transvaginal, uma vez que é prejudicial à saúde da mulher. Foi criada pelo argentino Ricardo Asch e busca a fecundação *in vitro* para os casos inexplicáveis de esterilidade. Com um percentual alto de sucesso e um risco baixo de gravidezes extrauterinas, ocorre *in vivo* e não *in vitro*, como a FIV. (LEITE, 1995, p. 48);

e) transferência de zigotos: “(...) ambos os tipos de gametas (óvulo e espermatozoide) são unidos artificialmente *in vitro*, e o resultado, zigoto ou zigotos, são transferidos para o interior das trompas uterinas” (CAMILLO, 2009, p. 1904);

f) inseminação *in vitro post mortem*: ocorre quando são utilizados gametas de pessoas já falecidas para a produção do embrião, sendo que o mais comum é a utilização do sêmen do marido ou companheiro já falecido.

g) fertilização *in vitro* ou bebê de proveta (homóloga e heteróloga): são retirados os gametas masculinos e femininos, os quais são fertilizados em laboratório. Na sequência, o embrião ou embriões são transferidos para o útero da receptora.

h) inseminação vaginal intratubária: “(...) consiste na categorização tubária por via transvaginal, orientada por ecografia, e na colocação, no terço proximal da trompa, de espermatozoides, de embriões, ou, ainda, de gametas”. (SCARPARO, 1991, p. 15);

i) inseminação intraperitoneal direta: ocorre através da “colocação de espermatozoides, previamente preparados, diretamente na cavidade peritoneal, através da punção do fundo do saco vaginal”. (SCARPARO, 1991, p. 15);

j) injeção de intracitoplasmática do espermatozoide: é um procedimento realizado em laboratório, por meio da fertilização *in vitro*, para o tratamento da infertilidade masculina, em razão de problemas com o espermatozoide. Quando eles não são encontrados no sêmen,



a retirada ocorre diretamente do testículo, com o uso de anestesia local. Após essa fase, a técnica segue praticamente as mesmas fases da inseminação *in vitro*, com a diferença de que é utilizado apenas um espermatozoide. Injeção intracitoplasmática do espermatozoide (ICSI)⁸;

k) transferência de óvulo e sêmen - conhecida como POST – *Peritoneal Oocyte and Sperm Transfer* –: “consiste na transferência de óvulos e sêmen preparados para a cavidade peritoneal” (SCARPARO, 1991, p. 16);

l) transferência intratubária de gametas: “trata-se de processo de reprodução artificial consistente na captação do óvulo da mulher por meio da laparoscopia. Uma vez obtido o óvulo, também se deverá colhido o sêmen do marido para, em seguida, juntar os gametas e inseri-los nas trompas de Falópio, induzindo-os a constituírem o embrião” (CAMILLO, 2009, p. 1904);

m) fertilização *in vitro* seguida da transferência de embrião excedentários: “trata-se da fertilização embrionária na proveta. Obedece aos mesmos critérios da transferência intratubária dos zigotos, mas, todavia, o zigoto ou zigotos continuam incubados *in vitro* até se convolarem no embrião ou embriões, uma nova fase, caracterizados pelo estágio de 2 a 8 células, quando, então, serão transferidos para o útero ou trompas da mãe” (CAMILLO, 2009, p. 1904);

n) inseminação artificial: é “(...) o processo de fecundação cuja operacionalidade é a transferência mecânica de espermatozoides, previamente recolhidos e tratados, para o interior do aparelho genital feminino” (CAMILLO, 2009, p. 1904). Sobre essa técnica, Carlos Alexandre Moraes (2019, p. 71) ensina a distinção entre a homóloga e heteróloga:

⁸ Disponível em: <<http://www.minhavidade.com.br/familia/tudo-sobre/16485-injecao-intracitoplasmatica-de-espermatozoides-icsi>>. Acesso em: 9 nov. 2019.



A técnica da inseminação artificial homóloga, também conhecida como autoinseminação, ocorre quando a mulher é inseminada com o esperma do próprio marido ou companheiro. Esse procedimento é realizado pelo médico no momento em que o óvulo está no período de ser fertilizado: o líquido seminal do marido é injetado na cavidade uterina ou no canal cervical da mulher. Nesse caso, o filho carrega o material genético dos pais, não existe a figura de terceiro, como ocorre na inseminação artificial heteróloga.

O procedimento médico para a realização da inseminação artificial heteróloga é o mesmo da técnica anterior, todavia, o líquido seminal a ser utilizado não é o do marido ou companheiro, mas de uma terceira pessoa, sendo aproveitado o esperma que se encontra armazenado em um banco de sêmen, previamente selecionado e supostamente identificado com as características do doador.

Todas essas técnicas de reprodução humana assistida - as principais encontradas no mundo - estão disponíveis no Brasil. Contudo, são restritas apenas à faixa da população que possui determinada condição financeira, pois a fertilização artificial não é considerada algo essencial e, desse modo, é comum ver o Poder Judiciário negar o pedido para que o Estado pague esse tipo de tratamento.

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO. FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. LEGITIMIDADE DO ESTADO. RECONHECIDA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE E ISONOMIA. AUSÊNCIA DE RISCO À VIDA. POSSIBILIDADES MATERIAIS DO



PODER PÚBLICO. 1. 1. Descabe reexame necessário, porquanto a sentença que determinou o fornecimento de medicamentos está fundada em decisão do plenário do STF. 2. Incumbe ao município, aos estados e à união, solidariamente, fornecer tratamento médico aos cidadãos, o que inclui o procedimento postulado. Portanto, é reconhecida a legitimidade passiva do estado. 3. A infertilidade, em que pese ser um problema de saúde, não traz risco de vida nem piora no estado de saúde da mulher, razão pela qual, numa interpretação da regra do art. 196 da Constituição Federal, o tratamento para ela apenas pode atrair a responsabilidade do poder público dentro de suas possibilidades materiais. Tratando-se de uma escolha da mulher, e não de uma necessidade para a vida, mister que seja observado o procedimento do SUS, não havendo justificativa para excepcioná-lo, até numa situação de carestia pública notória. Assim, o provimento do recurso com a improcedência do pedido é medida que se impõe. Reexame necessário não conhecido. Apelação do estado provida” (TJRS; AC 0086179-68.2016.8.21.7000; Venâncio Aires; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Ricardo Torres Hermann; j. 1º/06/2016; *DJeRS* 15/07/2016)⁹.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO. INFERTILIDADE. AUSÊNCIA DE RISCO À VIDA OU À SAÚDE DA PACIENTE. FALTA DE AMPARO LEGAL PARA O PROCEDIMENTO DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. 1. A proteção à maternidade figura como preceito constitucionalmente assegurado (art. 6º da carta magna), porém não há como ser individualmente assegurado, pelo poder judiciário, tratamento de fertilização in vitro, ante a ausência de dano iminente à vida da paciente, mormente

⁹ Disponível em: <[http://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f= templates&fn=main-hit-j.htm&2.0](http://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0)>. Acesso em: 08 nov. 2019.



em face da notória precariedade por que passa o sistema público de saúde. 2. Embora inquestionável o desejo das pessoas em ter filhos, essa questão não diz respeito primordialmente à preservação da vida e da saúde, valores maiores que merecem prioridade nas ações estatais, mas ao planejamento familiar, sendo certo que diante da escassez de recursos é necessário o direcionamento dos recursos públicos para as ações mais urgentes relativas à saúde pública. 3. Ausente demonstração suficiente da atual condição clínica da autora, bem como da necessidade de realização do tratamento vindicado para a preservação da sua vida ou da saúde, não se ostenta jurídica a imposição de custeio do tratamento pelo estado ou pelo município. Negaram provimento ao agravo interno. (TJRS; AG 0427155-78.2015.8.21.7000; Charqueadas; Terceira Câmara Cível; Rel^a Des^a Matilde Chabar Maia; j. 28/01/2016; DJeRS 24/02/2016)10.

Apesar de o Estado destinar recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos voltados a reprodução humana assistida no âmbito do SUS, esses valores não são suficientes e, pior do que isso, quando as pessoas carentes precisam utilizar dos serviços e buscam o Poder Judiciário para isso, têm seus pedidos negados.

A Portaria n.º 3.149, de 28 de dezembro de 2012, que prevê verba para os procedimentos de RHA, destina-a a apenas cinco cidades no país, Brasília, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife e São Paulo. Assim, percebe-se que, apesar de o Estado prever o tratamento pelo SUS, o mesmo torna-se sem efeito, pois não atende toda a população que precisa do tratamento.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PROCREAÇÃO POR MEIO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

10 Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>>. Acesso em: 08 nov. 2019.



Para efetivação do planejamento familiar e do direito à procriação, faz-se necessário que o Estado tome várias medidas, entre elas a criação de políticas públicas para efetivação de tais direitos.

O advento das novas tecnologias que solucionam a infertilidade tem sido alvo de intenso debate, no tocante à obrigação do Estado de disponibilizar de forma gratuita as técnicas de reprodução assistida, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). Essa eclosão das novas engenharias reprodutivas acende o desejo da realização do projeto parental (HOTTOIS, 2003).

A interpretação que a sociedade tem da máquina pública é de que o Estado apenas apresenta serviços em prol dos métodos contraceptivos para realização de um projeto familiar responsável. Entretanto, o Estado também detém o poder de proporcionar a reprodução, ou seja, assegurar os direitos de procriação às pessoas inférteis por meio da oferta de métodos de concepção artificial.

A oferta de meios para proporcionar a procriação artificial corresponde à efetivação da igualdade e consequentemente assegura os direitos de personalidade dos indivíduos.

Em meados dos anos 2000, a demanda pela reprodução humana assistida pelo SUS, cresceu consideravelmente (FONTANELE, 2010). Porém, a realidade não é benéfica, uma vez que o poder público não tem praticado a reprodução humana assistida pelo (SUS), ocasionando a inconstitucionalidade por omissão da igualdade e da própria dignidade humana. Haja vista que proporcionar meios para reprodução humana faz parte dos direitos fundamentais, e principalmente do direito ao planejamento familiar.

O Ministério da Saúde, por meio da política de Reprodução Humana Assistida, possui como objetivo o acesso às técnicas de reprodução humana assistida. Essa política é estabelecida por meio da Portaria GM nº 426, de 22/03/05, e regulamentada pela Portaria SAS nº 388, de 06/07/05.



Contudo, a portaria mencionada foi suspensa pela portaria GM nº 1.187 de 13 de julho de 2005 (BRASIL, 2005), o que gerou uma falta de disponibilidade do tratamento pelo SUS e, conseqüentemente, na não obrigatoriedade dos planos de saúde privados fornecerem o tratamento.

No momento, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida viabiliza o apoio do SUS para realização das técnicas de reprodução humana assistida por meio de hospitais conveniados ao SUS. O grande problema é que apenas cinco estados são beneficiados pelo tratamento da infertilidade: o Distrito Federal, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Pernambuco e São Paulo. (BRASIL, 2012).

Por essa razão, importa evocar o poder público para a criação de políticas públicas que possuam o escopo de viabilizar as técnicas de reprodução humana assistida com fundamento na dignidade humana e no próprio direito à saúde. Isso porque o Estado deve gerar programas que visem à saúde das pessoas bem como à incrementação do planejamento familiar e da paternidade responsável. Apenas por meio dessas atitudes, as quais são de extrema urgência, os direitos de personalidade serão respeitados, uma vez que a omissão por parte do governo gera a violação dos direitos inerentes da existência humana.

CONCLUSÃO

O planejamento familiar é um direito de qualquer cidadão, garantido pelo § 7º do art. 226 da Constituição Federal de 1988. Entretanto, o uso das técnicas de reprodução humana assistida deve estar em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável. É possível ir além: a utilização das técnicas deve estar atrelada a outros princípios também, em especial ao direito de liberdade e procriação.

Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio encontra-se ineficiente ao garantir o planejamento familiar, em virtude da falta de meios que viabilizem a efetivação da organização familiar de pessoas inférteis. Ou seja, o direito de igualdade e da própria



personalidade estão sendo violados, haja vista que o Estado disponibiliza a reprodução humana assistida, mas de forma limitada a uma mínima parcela da sociedade brasileira. A reprodução humana assistida pode ser considerada parte formadora do direito fundamental à saúde, uma vez que seu uso está atrelado a um problema de saúde reprodutiva.

As principais técnicas de reprodução humana existentes no mundo estão disponíveis no Brasil, ou seja, *Gamete Intrafallopian Transfer*, a gestação de substituição, ZIFT (*Zygote Intrafallopian Transfer*), a transferência intratubária de gametas, a transferência de zigotos, inseminação *in vitro post mortem*, a fertilização *in vitro*, a inseminação vaginal intratubária, intraperitoneal direta, a injeção de intracitoplasmática, a POST – *Peritoneal Oocyte and Sperm Transfer*, transferência de embrião excedentários e a inseminação artificial.

Apesar de a população ter acesso às inúmeras técnicas de reprodução humana assistida, mostra-se conflitante a lógica vigente, pois o Estado é violador do direito fundamental de procriação e da saúde, a partir do fato de que impede que todos recorram ao Sistema Único de Saúde para efetivar o desejo de constituir sua prole, apenas beneficiando o Distrito Federal, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Pernambuco e São Paulo.

Portanto, é urgente a criação de políticas públicas para disponibilizar as técnicas de procriação artificial nos demais estados da federação. Pois só assim serão respeitadas as normas constitucionais que se compreendem como fundamentais na proteção dos direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Thereza. *Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.



BRASIL, *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL, portal de saúde. *O Programa “Assistência Integral à saúde da Mulher: bases de ação programática”* (PAISM). Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=152. Acesso em 20 out. 2019.

BRASIL, portal de saúde. *Reprodução Humana Assistida*. PORTARIA Nº 426/GM Em 22 de março de 2005. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/sas/mac/area.cfm?id_area=832. Acesso em 20 out. 2019

BRASIL. *8ª Conferência Nacional de Saúde - Relatório Final*. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Relatorio%20Final.pdf. Acesso em 20 out. 2019.

BRASIL. *Código Civil (2002)*. Código Civil: Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Constituição 1998: texto constitucional de 5 de outubro de 1998, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de revisão nº. 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal; 2000.

BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Brasília, DF: Câmara do Deputados, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em: 15 out. 2019.



BRASIL. *Ministério da Saúde*. Planejamento familiar. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/saude-da-mulher/planejamento-familiar>>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. *PORTARIA Nº 3.149, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2012*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Organização Mundial da Saúde. *CID - 10*. Disponível em: <https://cid10.com.br/buscacode?query=N97>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CALDERÓN-VALENCIA, Felipe; ESCOBAR-SIERRA, Manuela. L'articulation de la juridiction spéciale pour la paix avec la justice ordinaire en matière d'extradition: les enjeux politiques du cas Jesus Santrich dans le contexte du post-conflit Colombien. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 1, 2019.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Da filiação. In: SCAVONE JR., Luiz Antônio; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu (Org.). **Comentários ao Código Civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

CIARLINI, Léa Martins Sales; CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. A estrutura das políticas públicas e os paradoxos da intervenção judicial por meio da ação civil pública: uma análise a partir dos cinco estágios do ciclo político-administrativo de Michael Howlett, Ramesh e Perl. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 1, 2019.

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.



DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 5. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2007.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LEHFELD, Lucas de Souza; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A imunidade parlamentar segundo o supremo tribunal: análise do precedente sobre a prisão do senador Delcídio Amaral frente aos direitos da personalidade. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 2, 2019.

FLORIANI, Lara Bonemer Rocha; SANTOS, Luccas Farias. A hierarquia dos tratados internacionais e seus reflexos jurídicos e extrajurídicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 1, 2019.

FONTENELE, C.V. "Quando nasce um bebê, nasce também uma mãe?": maternidade e reprodução humana assistida em mulheres laqueadas. 2010. 180p. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

HOTTOIS, Gilbert. *História da Filosofia: Da Renascença à pós-modernidade*. Lisboa: Instituto Piaget, Coleção Pensamento e Filosofia, v. 96, 2003.

LASCANO, Alfonso Jaime Martinez. Inconvencionalidad del amparo mexicano por la eficacia en la protección judicial de derechos humanos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 2, 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. v. 5: Direito de Família. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2005.



MABTUM, Matheus Massaro; GERRA FILHO, Willis Santiago. A importância do tempo e sentido para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 6, N. 2, 2018.

MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida. Coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

PARANHOS, Vinícius Lucas. ***Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde***: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. v.2. n.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos, 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2003.

QUEIROZ, Juliane Fernandes apud TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

REIS, Clayton. A dignidade no nascituro. In: *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Diálogo entre a Ciência e o Direito. Elídia Aparecida de Andrade Corrêa; Gilberto Giacoia; Marcelo Conrado (coord.)/ 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2010.

ROSSIGNOLI, Marisa; SOUZA, Francielle Calegari de. O princípio constitucional da livre concorrência frente a política do desenvolvimento sustentável. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 1, 2019.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Filiação e biotecnologia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.



SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida: questão aberta – aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

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

SOARES, Marcelo Negri; KAUFFMAN, Marcos Eduardo; MARTIN, Raphael Farias. Economy law and economic analysis of law and the impact on intellectual property in the common law system. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 2, 2019.

STURZA, Janaína Machado; RODRIGUES, Bruna dos Passos. Diálogos entre políticas públicas e direito à saúde: as audiências públicas enquanto instrumento de participação popular sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 2, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. Pensar as políticas públicas a partir do enfoque das capacidades: justiça social e respeito aos direitos humanos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 1, 2019.