

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
CURSO DE DIREITO

Emanuela Rodrigues dos Santos

**UNIVERSALIZAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO AOS  
PROCEDIMENTOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA  
ATRAVÉS DO PODER PÚBLICO**

Santa Maria, RS  
2016

**Emanuela Rodrigues dos Santos**

**UNIVERSALIZAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO AOS PROCEDIMENTOS DA  
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA ATRAVÉS DO PODER PÚBLICO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Prof. Dra. Rosane Leal da Silva

Santa Maria, RS  
2016

**Emanuela Rodrigues dos Santos**

**UNIVERSALIZAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO AOS PROCEDIMENTOS DA  
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA ATRAVÉS DO PODER PÚBLICO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito**.

**Aprovada em 06 de dezembro de 2016:**

---

**Rosane Leal da Silva, Dra. (UFSM)**  
(Presidenta/Orientadora)

---

**Valéria Ribas do Nascimento, Dra. (UFSM)**

---

**Anarita Araujo da Silveira, Ma. (UNIFRA)**

Santa Maria, RS  
2016

## DEDICATÓRIA

*À minha família, minha mãe Neiva por ter me fornecido todo suporte e afeto, meu pai Carlinhos que lá do céu me deu força para superar todas as minhas limitações, meu irmão Lucas e meu sobrinho Henrique que cuidaram da mãe para que eu pudesse estudar em outra cidade e à minha irmã Luiza por ter lutado por este sonho junto comigo. Dedico também ao meu namorado Elias, dono do meu amor, e às pessoas lindas que conheci ao longo desses cinco anos de faculdade, meus colegas e amigos.*

*Se tentares viver de amor, perceberás que, aqui na terra, convém fazeres a tua parte. A outra, não sabes nunca se virá, e não é necessário que venha. Por vezes, ficarás desiludido, porém jamais perderás a coragem, se te convenceres de que, no amor, o que vale é amar.*

*(Chiara Lubich)*

## RESUMO

### UNIVERSALIZAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO AOS PROCEDIMENTOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA ATRAVÉS DO PODER PÚBLICO

AUTORA: Emanuela Rodrigues dos Santos  
ORIENTADORA: Rosane Leal da Silva

Diante do crescimento do número de pessoas acometidas pela infertilidade e esterilidade humana, e do avanço tecnológico na área da ciência médica, a reprodução humana assistida tem sido objeto de reivindicação por parte da população diretamente afetada. Ocorre que, devido o alto custo, apenas parte da população, privilegiada financeiramente, tem acesso a tais procedimentos, causando graves desigualdades na concessão do direito à saúde. Deste modo, por meio do método de abordagem dialético e do procedimento monográfico, este trabalho intenta analisar a possibilidade da universalização do direito de acesso aos procedimentos de reprodução humana assistida, através do financiamento público. Assim, preliminarmente, foram abordadas considerações em torno dos direitos fundamentais, principalmente, o direito fundamental à saúde. Posteriormente, apresentaram-se as técnicas de reprodução humana assistida, como opção para a população portadora de infertilidade e esterilidade. Por fim, discorreu-se sobre os argumentos relacionados à possibilidade do Estado assumir as demandas das técnicas de reprodução humana assistida. Ademais, foram analisados dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de melhor expor os argumentos e atentar para como as demandas estão sendo solucionadas. Nesse sentido, concluiu-se que a infertilidade e a esterilidade são merecedoras de amparo pelo direito fundamental à saúde, através das técnicas de reprodução assistida, vez que são devidamente classificadas como doenças devendo seus tratamentos serem disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde para aqueles que não possuem condições de arcá-los, pois o Estado não pode deixar tais pessoas desamparadas, diante das consequências físicas, psicológicas e sociais que elas acarretam.

**Palavras-chave:** Direito Fundamental à Saúde. Infertilidade e Esterilidade Humana. Reprodução Humana Assistida. Sistema Único de Saúde.

## ABSTRACT

### UNIVERSALIZATION OF THE RIGHT TO ACCESSING THE PROCEDURES OF HUMAN REPRODUCTION ASSISTED THROUGH THE PUBLIC POWER

AUTHOR: Emanuela Rodrigues dos Santos  
ADVISOR: Rosane Leal da Silva

In the face of the increasing number of people affected by human infertility and sterility, as well as the technological advance in the area of medical science, assisted human reproduction has been the object of the affected population's claim. It happens that, due to the high expense, just a part of the population, that is financially privileged, has access to such procedures, causing serious inequalities in the assurance of the right to health. Thus, through the dialectic method of approach and the monographic as procedure, this research analyzes the possibility of universalizing the right of access to assisted human reproduction procedures, funded by public resources. Therefore, first, considerations of fundamental rights, especially the fundamental right to health, were made. Subsequently, assisted human reproduction techniques were presented as an option for the population affected by infertility and sterility. Finally, the arguments related to the possibility of the State assuming the demands about assisted human reproduction techniques were discussed. Two cases of the Rio Grande do Sul's Court of Justice were reviewed, in order to expose how the demands are being solved. In this respect, it was concluded that infertility and sterility are worthy of support by the fundamental right to health, through the assisted reproduction techniques, since they are classified as diseases and their treatments must be supported by the Health United System to those who can't afford them, because the State can't leave those people helpless, facing physical, psychological and social consequences.

**Keywords:** Fundamental Right To Health. Human Infertility And Sterility. Assisted Human Reproduction. Health United System.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>1 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	11
1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO REFLEXO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	11
1.2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA E DEVER DO ESTADO.....	16
<b>2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA: OS AVANÇOS DA TECNOLOGIA PARA COMBATE DAS DOENÇAS DE INFERTILIDADE E ESTERILIDADE HUMANAS</b> .....	26
2.1 AS DOENÇAS DE INFERTILIDADE E ESTERILIDADE HUMANA.....	26
2.2 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	34
<b>3 O CUSTEIO PÚBLICO DOS PROCEDIMENTOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA</b> .....	40
3.1 OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À CONCESSÃO DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PELO ESTADO.....	40
3.2 ANÁLISE DE CASOS: O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL A RESPEITO DO CUSTEIO PÚBLICO DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	51
<b>CONCLUSÃO</b> .....	59
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	63

## INTRODUÇÃO

A carta magna de 1988 emerge em um contexto de necessidade da implementação e defesa de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade. Assim, a dignidade da pessoa humana, construída ao longo da história, foi nela reconhecida como um atributo que todo ser humano possui independentemente de qualquer requisito ou condição. Visando, desse modo, proteger o ser humano contra tudo que possa diminuir-lhe a importância. Desta forma, enquanto princípio fundamental máximo do Ordenamento Jurídico, servindo como vetor para a irradiação de diversos outros princípios e direitos, o que conduz à compreensão de que os direitos à saúde e ao planejamento familiar refletem, por vezes, a concretização de tal princípio, uma vez que, a dignidade da pessoa humana tutela, sobretudo, a integridade física e moral do ser humano.

Nesse contexto, o direito à saúde, como direito social constitucionalmente garantido e dever do Estado, abrange um processo social e político que se realiza por meio da formulação de políticas públicas voltadas para a saúde. Portanto, como forma de concretização de tal direito, cria-se o Sistema Único de Saúde, objetivado na Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelas Leis N.º 8.080/90 e N.º 8.142/90, cujo princípio basilar é o acesso integral, universal e gratuito a toda população brasileira e estrangeira, residente ou não no Brasil.

Ocorre que, apesar do significativo progresso na efetivação do direito à saúde através da implementação do Sistema Único de Saúde, é notória a imprescindibilidade de um aporte financeiro capaz de satisfazer as infinitas demandas verificadas nessa área, sejam elas de altos ou baixos custos, reivindicados por pobres ou ricos, uma vez que, malgrado a saúde seja considerada um dos direitos humanos mais dispendiosos, não deve ser tratada como privilégio de alguns, mas direito de todos.

Partindo dessa compreensão e diante da evolução da ciência médica, a qual ampliou seu estudo trazendo soluções e esperanças àqueles que sofrem com a infertilidade e/ou a esterilidade, é natural que tais procedimentos sejam demandados pelos interessados. Entretanto, verifica-se que devido o alto custo, grande parte da população acometida por doenças que comprometem a fertilidade humana não

consegue ter esse acesso de forma particular, buscando, por conseguinte, amparo através do Sistema Único de Saúde.

Porém, a discussão sobre a efetivação de tal direito é extremamente complexa, uma vez que os recursos públicos são limitados e incompatíveis com as demandas populacionais. Ocorre que, a condição para o acesso à saúde não pode estar restrito às condições financeiras, isto porque trata-se de um direito fundamental universal e, principalmente, pelo fato da maioria da população brasileira não ter tal condição. Esse quadro demonstra, por vezes, a discrepância na concessão de determinados direitos, os quais são condicionados, muitas vezes, à capacidade econômica do cidadão.

Dessa forma, o presente trabalho busca fomentar a discussão e reflexão sobre tal problemática, indagando-se, sobretudo, se é viável afirmar a existência de um direito subjetivo ao tratamento custeado pelo Estado visando à reprodução assistida, a fim de torná-la acessível à população carente, para que essa também seja beneficiada pelos avanços tecnológicos. Ao enfrentar tal questionamento, ainda se perquire se tal direito estaria compreendido entre o direito maior à saúde ou esbarraria na alegada reserva do possível, usualmente alegada pelo Estado.

Para responder a esse problema de pesquisa elegeu-se o método dialético, uma vez que serão analisadas as oposições internas e dificuldades que envolvem o tema, utilizando-se os estudos de Ingo Sarlet, Luís Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Mariana Figueiredo, entre outros. Como método de procedimento, será empregado o método monográfico, que possibilitará a seleção e análise de casos para determinar como o Poder Judiciário vem enfrentando as demandas.

Para tanto, o trabalho será dividido em três partes. Na primeira parte enfrentar-se-á o tema dos direitos fundamentais, trazendo aspectos, sobretudo, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à saúde, tendo-se a infertilidade e a esterilidade como problemas de saúde. Na segunda parte, apresentar-se-á os avanços tecnológicos relacionados às técnicas de reprodução humana assistida, como opção para a população acometida pela infertilidade e/ou esterilidade. Por fim, na última parte expor-se-á as consequências econômicas, jurídicas e éticas, diante da possibilidade do Estado assumir as demandas altamente dispendiosas das técnicas de reprodução humana assistida, através do Sistema Único de Saúde. Ademais, serão analisados julgados, os quais

serão contrastados com a legislação vigente sobre o tema, o que será feito com o objetivo de estabelecer diálogo e análise crítica do tema.

## **1 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Por serem inerentes à pessoa humana e imprescindíveis para a obtenção de uma vida digna, os direitos fundamentais são direitos essenciais básicos a todos os cidadãos. Além disso, são, principalmente, nestes direitos que se encontram as linhas que guiam toda a base da atual sociedade constitucional e democrática de direito.

Outrossim, tamanha é a importância dos direitos fundamentais que, a princípio, devem prevalecer frente a quaisquer outros direitos, visto que ao ser negado pelo Estado o atendimento a um direito fundamental, conseqüentemente estar-se-á ferindo a dignidade da pessoa humana.

Cumprir referir que tais direitos não foram conquistados e reconhecidos em uma única vez, mas aos poucos, de acordo com a evolução da sociedade. Assim, os direitos fundamentais passaram do individual, ao coletivo e deste à categoria de direitos de solidariedade e fraternidade.

Desta forma, faz-se imperioso o estudo acerca destes direitos, os quais são tutelados pela Constituição Federal de 1988, principalmente no que se refere ao direito fundamental à saúde, por ser um dos direitos mais importantes e carecedor de maior atenção estatal.

### **1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO REFLEXO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A fim de impedir a desordem e injustiça, tornou-se indispensável o nascimento do Direito, resultado, portanto, da necessidade de regulamentação das relações entre os indivíduos em sociedade, por meio de um mínimo de ordem e direção das regras de conduta, propiciando, desta forma, a harmonia entre as relações humanas. É o que menciona Kelsen (2000, p. 215) ao dispor que “o direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens”.

No mesmo sentido, tornou-se imperioso estabelecer uma esfera de proteção entre os indivíduos e em face do próprio Estado. Assim, este último concretizou-se através do reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes ao seres humanos,

os quais devem ser respeitados pelo Estado, acarretando no dever deste de abster-se de determinadas condutas violadoras do mínimo garantido aos cidadãos.

Desta forma, os direitos fundamentais, num primeiro momento, serviram como um escudo da população em face dos abusos perpetrados pelos governantes, os quais não possuíam limites regulamentados.

Além disso, os direitos fundamentais procuram harmonizar as relações entre os cidadãos por meio da oportunização de fruição dos direitos e garantias individuais, assim pode-se conceber os direitos sociais, de forma objetiva, como “conjunto de normas através das quais o Estado leva a cabo sua função equilibradora das desigualdades sociais” (PEREZ LUÑO, 1993, p. 1019, tradução nossa).

Segundo Schmitt (1928, p. 163-173), referido por Bonavides (2004, p. 561), podem ser classificados como direitos fundamentais todos os direitos e garantias definidos de forma expressa na Constituição como tais, bem como aqueles que receberam maior grau de garantia e segurança. Desse modo, são imutáveis ou de mudança dificultada, ou seja, direitos alteráveis apenas mediante emenda à Constituição.

No Brasil, após mais de 20 anos de ditadura militar, na qual os direitos fundamentais foram gravemente violados, o país passou por um processo de reabertura e, conseqüente, redemocratização, resultando, sobretudo, na elaboração da Carta Magna de 1988, cuja principal preocupação foi a tutela dos direitos humanos fundamentais.

Por conseguinte, diante da relevância e magnitude, por serem considerados indispensáveis e necessários para assegurar uma existência digna, livre e igual, foi atribuída maior eficácia às normas de direitos fundamentais, as quais passaram a possuir aplicabilidade imediata, ou seja, não dependem da concretização do legislador infraconstitucional para serem plenamente eficazes.

A esse respeito, afirma Lobato (1999, p. 15-16) que o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, no qual está disposto a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, possui interpretação “no sentido da afirmação ou reconhecimento de verdadeiros direitos subjetivos, estando o poder público obrigada a atuar no sentido de sua realização, superando obstáculos, organizando serviços públicos, editando leis”, realizando, dessa forma, o que for necessário para a concreta efetivação dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, sustenta Sarlet (2002, p. 9) que a norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da Constituição, além de ser aplicável a todos os direitos fundamentais e sociais, apresenta caráter de norma-princípio, o que constitui uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível. Igualmente, ensina o autor (2002, p. 9) que:

das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador. Que tal postulado (o princípio que impõe a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais) não implica em desconsiderar as peculiaridades de determinadas normas de direitos fundamentais, admitindo, dadas as circunstâncias, alguma relativização.

Ocorre que, a tutela expressa dos direitos fundamentais não surgiu de uma única vez, mas aos poucos, em consonância com a realidade e demanda de cada época. Desta forma, a doutrina costuma dividi-los, conforme os seus implementos em cada constituição, em dimensões, quais sejam: dimensão dos direitos de liberdade, dimensão dos direitos de igualdade e dimensão dos direitos de fraternidade.

Assim, em que pese haja entendimento por outras dimensões, são os direitos fundamentais divididos em três principais, as quais, aduz Bonavides (2004, p. 563), passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo.

Depreende-se, portanto, que a primeira dimensão trata dos direitos das liberdades negativas, abrangendo os direitos civis e políticos, decorrentes de um período de revoluções liberais francesas e norte-americanas, nas quais reivindicava-se pelas liberdades individuais, com a conseqüente limitação dos poderes do Estado. São, portanto, direitos de resistência perante o Estado (BONAVIDES, 2004, 564).

Já a segunda dimensão, advinda, sobretudo, da classe operária na Revolução Industrial, abrange as liberdades positivas, como os direitos sociais,

culturais, econômicos e coletivos, vez que nasceram abraçadas ao princípio da igualdade. O que diferencia a segunda dimensão da primeira, conforme Sarlet (2010, p. 47), é sua dimensão positiva, pois não há mais a preocupação em evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim da conquista da liberdade por intermédio do Estado.

Por fim, os direitos de terceira dimensão, por terem surgido no período pós-guerra, com a criação dos organismos mundiais de proteção aos direitos humanos, possuem enfoque nos valores da solidariedade e fraternidade. Por sua vez, são direitos que não se destinam à proteção específica dos interesses dos indivíduos, de um grupo ou de um Estado, mas ao próprio gênero humano, como “valor supremo em termos de existencialidade concreta” (BONAVIDES, 2004, p. 569).

Vale mencionar que, a tutela dos direitos fundamentais é condição imprescindível ao reconhecimento de um Estado democrático de direito, pois constitui meio de garantir à população, além de existência digna, uma liberdade real, através do direito de igualdade perante a lei, bem como o ideal de justiça e a participação política. Dessa forma, não são classificados como direitos fundamentais apenas por possuírem extrema fundamentabilidade, mas por contribuírem, sobretudo, à manutenção e fortalecimento da democracia.

Consoante dispõe Silva (1995, p. 123), a tarefa fundamental de um Estado democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais, realizando a justiça social. Resta evidente, desta forma, a igualdade de funções entre a democracia e os direitos fundamentais, os quais buscam atenuar as desigualdades sociais.

Por tais razões, os direitos fundamentais são, via de regra, absolutos e, apenas de forma excepcional, poderão ser relativizados, dentro dos limites da lei, pois receberam maior proteção, segurança e garantia constitucional.

A esse respeito, lembra Bobbio (2004, p. 24) que na maioria das situações em que está em discussão um direito fundamental, ao protegê-lo estar-se-á tornando outro direito inoperante, fazendo com que ambos se enfrentem. Nestes casos, “deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente”.

Ao passo que trata-se de uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um direito termina e o outro começa, restando evidente que “a delimitação

do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p. 24).

Logo, sobre a tutela dos direitos fundamentais sempre deverá ser realizada uma ponderação e concordância prática, através da distribuição de benefícios e ônus, segundo a preferência dada pelo constituinte. Isto porque, a Constituição assegura além dos direitos sociais e prestações materiais, diversos outros direitos, princípios e valores igualmente relevantes (FIGUEIREDO, 2007, p. 104).

Nesse contexto, o núcleo central da maioria dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana, a qual, conforme Sarlet (2001, p. 30-31), há duas principais concepções teóricas, cuja primeira se daria no cristianismo, vez que este entende que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, sendo dotado, portanto, de valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser tratado como mero objeto. Já no pensamento da filosofia estoica, a dignidade é definida como qualidade que todo ser humano possui de forma igualitária, a qual o distingue das demais criaturas.

Ainda, aduz Sarlet (2001, p. 101-103) que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, pois serve como diretriz para a identificação de diversos direitos implícitos. Ademais, a relação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana possui natureza *sui generis*, pois a dignidade da pessoa humana assume simultaneamente a função de elemento e medida, visto que, em regra, uma violação a direito fundamental acarretará ofensa à dignidade humana.

Conforme Barroso (2010, p. 250), a dimensão mais nuclear deste princípio se sintetiza na máxima kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo. Buscando-se evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou individuais. Portanto, se verificado que determinada política pública representa a concretização de importante meta, mas implica em uma violação à dignidade humana, tal política deve ser preterida.

Desta forma, pode-se concluir que a dignidade, como qualidade intrínseca do ser humano, deve ser protegida amplamente, vez que ela é a principal causa do reconhecimento dos direitos fundamentais. Além de constituir encargo do Estado, o qual deve promover condições que possibilitem o pleno desenvolvimento da

população, por meio de prestações positivas, através de medidas de proteção, como a criação de políticas públicas, ou de forma defensiva ao repelir atos de violação.

Assim, para Glanz (2002, p. 1-2) ter a dignidade da pessoa humana como princípio da República significa o reconhecimento de que o ser humano constitui o limite e o fundamento do domínio político do Estado.

Por fim, importante fazer menção à Streck (2007, p. 310), o qual demonstra que a importância da tutela expressa dos direitos sociais reside, principalmente, no fato de a maioria da população não os possuir, senão veja-se:

Do mesmo modo, percebemos a Constituição “como” Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição “como” Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência histórica, nos damos conta da falta (ausência) de justiça social; percebemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente porque a imensa maioria da população não os tem [...].

Nesse sentido, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana está o direito fundamental à saúde, a qual reflete, sobretudo, na valorização da vida digna. Dessa forma, principalmente após o término da Segunda Guerra Mundial, passou o direito à saúde a ser reconhecido como direito humano fundamental e social, integrante da segunda dimensão de direitos fundamentais, pela Constituição Federal de 1988, sendo este o objeto do próximo subcapítulo.

## 1.2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA E DEVER DO ESTADO

Através do estudo da história, verifica-se que os povos primitivos consideravam a doença como um castigo divino, cujo tratamento não poderia ser realizado, pois “se deus quis assim, nada poderia ser feito”. Diante dessa concepção, a única medida tomada pelo Estado na época era o afastamento dos enfermos do convívio social para que as doenças não se proliferassem (FIGUEIREDO, 2007, p. 77-78).

No final do século XVIII e durante o século XIX, com o estabelecimento do Estado Liberal burguês, a assistência médica passou a constar nas atividades tipicamente estatais, inclusive com status legal-constitucional. Como bem colocado

por Schwartz (2003, p. 113), “o capitalismo, por mais paradoxal que pareça, fez nascer uma visão social da saúde”.

Finalmente no século XX, a proteção sanitária seria tratada como objeto social e política de governo. Assim, a partir da Segunda Guerra Mundial, essa condição foi ampliada, estabelecendo-se a responsabilização do Estado pela saúde da população (DALLARI, S., 1988, 327-334).

Posteriormente, a criação da Organização das Nações Unidas e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos incentivaram a criação de órgãos especiais dedicados à garantia de alguns direitos humanos essenciais. Assim, nos seus artigos 22 e 25, a Declaração dispõe que a segurança social e um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa humana são direitos humanos fundamentais (SARLET, 2002, p. 3-4).

Contudo, foi com o advento do conceito de saúde realizado pela Organização Mundial de Saúde em 1946, que ampliou-se significativamente a ideia da saúde pautar-se apenas na ausência de enfermidades, a qual vigorou durante décadas, vez que definiu-se ser a saúde o estado de completo bem-estar físico, mental e social e, de forma expressa, designou não mais consistir apenas na ausência de doenças ou enfermidades (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

Ademais, além de aduzir ser a saúde um dos principais direitos fundamentais de todo ser humano, colocou-a como principal meio de alcançar a paz e a segurança entre os povos, a qual depende da cooperação máxima entre a população e os Estados, vez que os governos são responsáveis pela saúde de seus povos, através do estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.

Importante mencionar, que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil, dispõe, no seu artigo 12, a respeito do direito de toda pessoa desfrutar do mais alto grau de saúde física e mental (BRASIL, 1992). Bem como, a Convenção dos Direitos da Criança (BRASIL, 1990a) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (COSTA RICA, 1969), ambas igualmente ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao nosso direito interno, encontra-se referência ao direito à saúde.

Da mesma forma, equipara Sarlet (2002, p. 2) a vida digna à vida saudável, aproximando os conceitos de qualidade de vida e dignidade da pessoa humana, além de mencionar como elementos essenciais da saúde, o completo bem-estar

físico, mental e social, pois não se imagina que condições de vida insalubres e, de modo geral, inadequadas, sejam aceitas como conteúdo de uma vida com dignidade.

Nessa toada, percebe-se que a saúde não é mais entendida apenas no sentido de ausência de doenças ou no seu aspecto individual de sobrevivência, mas em uma noção pluridimensional daquilo que torna a vida boa, como, além da saúde em si, amor, sucesso, conforto, alegrias, enfim, felicidade (FAGOT- LARGEAULT, 2001, p.87-88).

Outrossim, do direito à saúde, por ser intimamente ligado ao conceito de qualidade de vida, decorrem, de forma implícita diversos outros direitos, como o direito à alimentação, ao planejamento familiar, moradia, saneamento, proteção ao meio ambiente, direito à educação, trabalho, seguridade social, direito a assistência social, direito à saúde física e psíquica, ao lazer, entre outros, uma vez que, de forma ampla, estão todos amparados pelo direito maior à vida, e a dignidade da pessoa humana, como mencionado anteriormente. São, deste modo, direitos afins à qualidade de vida, os quais influirão no conceito de saúde (SCHWARTZ, 2001, p. 40-41).

Por tais razões, Gialdino (2001, p. 503) apresenta a ideia de o direito à saúde, por obter relação com diversos outros direitos, se encontra em um cruzamento de direitos, ou que constitui um caleidoscópio de direitos.

Em vista disso, Schwartz (2001, p. 43) conceitua a saúde como processo sistêmico que objetiva a prevenção de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e busca possibilitar o acesso aos meios indispensáveis ao seu bem-estar.

Logo, a primeira constituição brasileira a definir a saúde como um direito fundamental de forma expressa, além de um dever, foi a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, o qual dispõe:

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

Nesse sentido, dispõe Sarlet (2002, p. 2-3) que o direito à saúde não só possui amparo constitucional, como sua proteção recebeu tutela na ordem jurídico-constitucional diferenciada, vez que como direito fundamental, situa-se no ápice de

todo o Ordenamento Jurídico, por constituir norma de superior hierarquia; submetem-se aos limites formais, ou seja, seus preceitos constitucionais são de difícil modificação e, limites materiais (cláusula pétrea), da reforma constitucional. Por derradeiro, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.

Importante mencionar que, os direitos fundamentais, como direitos prestacionais, nasceram ligados ao princípio da igualdade material, vez que buscam atenuar desigualdades. São, portanto, “dependentes da existência de uma dada situação econômica favorável à sua efetivação. Os direitos, aqui, se submetem ao natural condicionante de que não se pode conceder o que não se possui” (BRANCO, 2002, p. 146).

Por tais razões, Gialdino (2001, p. 505-509) especifica características materiais de efetivação do direito à saúde, quais sejam: a disponibilidade dos bens e serviços de saúde, centros, estabelecimentos e programas realizados pelo Estado; acessibilidade econômica e à informação; aceitabilidade no sentido de respeito à ética médica e às condições culturais e particulares de cada indivíduo; e, por fim, a qualidade, a qual compreende o direito de acesso aos avanços científicos na área da saúde a todos.

Da mesma forma, argumenta Milanez (2004, p. 198-199) que o direito à saúde abarcaria três principais obrigações ao Estado, quais sejam a obrigação de respeitar, de proteger e a obrigação de implementar, de tal modo que:

Na primeira categoria, não se espera do Estado o fornecimento de bens ou serviços, mas a sua não intrusão na vida do indivíduo de qualquer forma que possa resultar na redução de sua saúde. Além disso, baseando-se no princípio da proibição do retrocesso social, uma vez promulgada lei estabelecendo determinadas garantias ao direito à saúde, não é permitido ao Estado suprimi-las sem fornecer uma justificativa razoável. [...] A segunda modalidade consiste na obrigação de proteger, que requer que o Estado iniba a ação de todo terceiro que possa violar ou desrespeitar o direito à saúde de um indivíduo. [...] Por fim, existe a obrigação de implementação que institui para o Estado o dever de facilitar ou fornecer diretamente bens e serviços para suprir as necessidades básicas da sociedade. Aplicado ao direito à saúde, isto significa que se espera do Estado a disponibilização de serviços ligados à saúde, assim como a implantação de uma política de saúde eficaz.

Ainda, sustenta a autora que esta última obrigação, ou seja, a obrigação de implementação é a que acarreta maior ônus ao Estado, pois através desta o Estado

deverá realizar ações que aumentem o nível de proteção, melhorando, desta forma, o sistema de saúde como um todo.

Importante considerar que, de acordo com Ingo Sarlet (2002, p. 5-6), o direito à saúde restaria fragilizado se não houvesse o dever jurídico do Estado e dos particulares em geral. Outrossim, é vedado aos particulares ofender a saúde de outrem, apesar de não haver previsão constitucional a respeito. Trata-se de conduta punível, além da esfera cível, penalmente. A exemplo de alguns procedimentos médicos, como a eutanásia e o aborto, os quais são vedados ainda que presente o consentimento inequívoco e consciente do paciente.

De outra parte, aduz o autor, que existe, de certa forma, um dever da própria pessoa para com sua própria saúde (vida, integridade física e dignidade pessoal), em homenagem ao caráter irrenunciável da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, o direito à saúde só se torna realmente eficaz se dispõe de todas as condições materiais necessárias para que a população total atinja o mais alto nível de saúde e, por conseguinte, de existência digna.

Como menciona Barcellos (2007, p. 12), o constituinte originário não deixou ao livre arbítrio do legislador o estabelecimento das prioridades dos direitos fundamentais, nem quanto deve ser investido, ao contrário, vinculou-os às prioridades previamente estabelecidas, como método para atribuição de maior efetividade à luz do princípio da eficiência imputado à Administração Pública.

Assim, na tentativa de efetivação do direito à saúde, instituído como dever do Estado na Constituição Federal de 1988, implementou-se o Sistema Único de Saúde (SUS). Resultado, portanto, das lutas de movimentos sociais, os quais reivindicavam a reforma sanitária, cujas propostas foram apresentadas durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1986/1987 na tentativa de modificar o sistema de saúde então vigente, o qual era inapto para lidar com os problemas sanitários da época (CARVALHO, 2003, p. 26).

Porém, a implementação do SUS se deu de forma gradual, pois primeiro foi criado o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS). Posteriormente, ocorreu a incorporação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) ao Ministério da Saúde, através do Decreto nº 99.060, de 7 de março de 1990 (BRASIL, 1990b). E, por fim, sobreveio a Lei Orgânica da Saúde nº

8.080, de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990c) , a qual fundou o Sistema Único de Saúde, de fato.

Ademais, em 28 de dezembro de 1990 foi promulgada a Lei nº 8.142 (BRASIL, 1990d) com o intuito de imprimir ao SUS o “controle social” através da participação da comunidade na gestão do serviço, a qual se tornou a principal característica do sistema. Logo, por meio do Sistema Único de Saúde passou-se a oferecer acesso integral aos serviços de saúde, desde procedimentos ambulatoriais simples à atendimentos de alta complexidade, como transplantes de órgãos, a todo cidadão brasileiro e estrangeiro, de forma universal e gratuita, sendo, portanto, público.

Não obstante constituído como sistema público, o SUS compreende as redes pública e privada de saúde, esta última utilizada por meio de contratação ou convênio firmado com o Poder Público. Ambas formam uma rede regional, para adequação às particularidades locais; e hierárquica, ou seja, que deve estrita observância ao conjunto de princípios que regem o sistema - integralidade, igualdade e participação da comunidade (FIGUEIREDO, 2007, p. 97).

A esse respeito, Carvalho (2003, p. 26) menciona que a formação do SUS em sistema impõe que ele subsista como “um conjunto de unidades, serviços e ações que interagem para um fim comum”, em que o adjetivo único determina que as diretrizes e princípios estabelecidos constitucionalmente devam ser seguidos de forma unívoca nos três níveis da federação.

Desde logo, pode-se compreender a grande evolução representada pela criação do SUS entre as políticas sociais instituídas pela Constituição Federal de 1988, vez que o antigo sistema, por alcançar somente os segurados e dependentes do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), não era universal, fazendo com que o restante da população tivesse “acesso bastante limitado à assistência à saúde – normalmente restrito às ações dos poucos hospitais públicos e às atividades filantrópicas de determinadas entidades assistenciais.” (BRASIL, 2003, p. 14 e 24). Representando, então, um sistema altamente democrático.

Com efeito, como apontado por Figueiredo (2007, p. 14-15):

A constitucionalização de um direito é apenas o primeiro passo na luta para que seja implementado; para que os direitos se tornem fato, também é necessário que a sociedade esteja disposta a assumir as responsabilidades por viabilizá-los, admitindo que a cada direito corresponde uma obrigação.

Contudo, notório é que apenas a constitucionalização de um direito não é suficiente, e este é uma das maiores dificuldades encontradas sobre o assunto, pois os direitos fundamentais, conforme expõe Canotilho (2000, p. 481), só existem se as leis e, principalmente, as políticas públicas os garantirem. Deste modo, menciona o autor que, trata-se de incumbência do legislador ordinário, o qual cria e determina o conteúdo de um direito social, assim:

os direitos sociais ficam dependentes, na sua exacta configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa concretizadora e conformadora e só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade. Uma tal construção e concepção de garantia jurídico-constitucional equivale praticamente a um 'grau zero de garantia' (Haverkate). Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos por todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sobre 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais (2000, p. 481).

Com efeito, percebe-se que a efetividade dos direitos fundamentais não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve no plano exclusivamente jurídico, transformando-se em um problema de política dos direitos fundamentais.

Infere-se, portanto, que apesar do êxito que representou para a época a regulamentação do SUS, este já revelava sinais de inoperância e ineficiência, diante da desproporcionalidade entre a demanda populacional e a oferta socioeconômica do Estado, acarretando na busca por serviços de saúde de melhor qualidade através do sistema privado.

Há ainda a dificuldade relacionada à abrangência do direito à saúde, vez que a Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, mas apenas o prevê de forma genérica. Assim, restam dúvidas se o direito à saúde, como direito a prestações, abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em

termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição (SARLET, 2002, p. 12).

Entende Sarlet (2002, p. 12) que, quem define o que é o direito à saúde é o legislador Federal, Estadual e/ou Municipal, dependendo da competência legislativa prevista na própria Constituição. Da mesma forma, será o Poder Judiciário, quando acionado, quem irá interpretar as normas da Constituição e as normas infraconstitucionais que a concretizarem. Porém, permanece, a indagação se o Poder Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva do Estado, compelindo o Estado ao fornecimento de medicamentos, leitos hospitalares, enfim, toda e qualquer prestação na área da saúde.

Desta forma, conforme já mencionado, passou a ser utilizada de maneira corriqueira a construção dogmática da “reserva do possível”, a qual consiste em uma limitação do Estado em atender as demandas populacionais frente às condições socioeconômicas, as quais, devido à escassez, devem ser utilizadas de maneira racional, fazendo com que algumas reivindicações na área da saúde tenham sido colocadas em segundo plano e, posteriormente, esquecidas.

Ademais, considerando que se cuida de recursos públicos, é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos. Trata-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes (SARLET, 2002, p. 13).

Nesse sentido, acolhendo a ideia de que a reserva do possível decorre realmente do Poder Democrático e está a ele vinculado, Schwartz (2001, p. 73) afirma que o objeto do direito à saúde não é uma mera prestação pecuniária, mas uma “prestação sanitária”, o que afastaria os argumentos quanto à necessidade de previa dotação orçamentária para satisfazê-la.

Defende também Figueiredo (2007, p. 104) que há limites aquém dos quais a restrição a um direito fundamental, mesmo se resultado da ponderação com outros direitos, princípios ou valores, jamais poderá ser considerada lícita ou válida.

Por tais razões, adverte o Ministro Celso de Mello, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45/DF, que, embora sejam as normas dos direitos fundamentais programáticas, não podem estas serem

convertidas em mera promessa constitucional, pois o Poder Público estaria burlando justas expectativas da coletividade, as quais foram nele depositadas. O que fomentaria em um gesto “irresponsável de infidelidade governamental”, ao descumprir o seu impostergável dever (BRASIL, 2004, p. 4-6).

Vale ressaltar que, os direitos fundamentais são de custos extremamente elevados, mas são financiados com os impostos arrecadados pela população, fazendo com que, a própria população possa decidir quanto quer direcionar ao financiamento de cada direito, estabelecendo-se, assim, suas prioridades.

Por outro lado, os direitos fundamentais, principalmente, o direito à saúde são extremamente subjetivos, devendo, de fato, possuir o Estado uma determinada limitação, não apenas em decorrência da escassez econômica, mas no sentido de não ser possível a tutela discricionária de tudo o que a população considere “fundamental”, bem como não pode o Estado negar tais direitos de forma discricionária.

Sendo assim, para que o Estado possa negar o atendimento de um direito fundamental utilizando-se da reserva do possível, deve haver motivação idônea. É o que dispõe Amaral (1999, p. 110 e ss.) ao afirmar que o Estado deve “demonstrar que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas”. Desse modo, ao ser demonstrada a “ponderabilidade dessas razões, não poderia o Judiciário substituir ao Administrador”.

Assim sendo, é inviável negar a existência de limitações jurídicas e de recursos para que o Sistema Único de Saúde e, conseqüentemente, o Estado possa satisfazer as demandas na área da saúde. O que faz com que o intérprete deva levá-las em consideração ao afirmar que algum direito deve ser concedido judicialmente, bem como o magistrado, ao determinar o fornecimento.

Outrossim, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, estes acabam conflitando entre si. Logo, entende-se que diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, em se tratando da saúde, a própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, há de ser reconhecido um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo (SARLET, 2002, p. 13).

Segundo Sarlet (2002, p. 13), ofenderia o princípio da razoabilidade e o próprio ideal de justiça, negar um direito relacionado à saúde, condenando a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento, com base na insuficiência de recursos.

Assim, cumpre advertir que a reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, aniquilando direitos fundamentais aos seres humanos, ressalvada a hipótese de justo motivo, como a predominância de um direito em relação a outro, ou a incoerência e a inconsistência de alguma tutela pleiteada.

Por conseguinte, é evidente que a saúde é um direito humano fundamental e, como argumenta Sarlet (2002, p. 3), tamanha é sua fundamentabilidade que mesmo nos países em que não há previsão expressa na Constituição, há o reconhecimento da saúde como um direito fundamental implícito, a exemplo da Alemanha. Além disso, afirma o autor que um país que assegura o direito a integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, “já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física”.

Ademais, indubitável a classificação do direito à saúde como um direito subjetivo, porém de prestação material a ser fornecida pelo Estado, no intuito de satisfazer o mínimo de necessidades das pessoas, a fim de preservar a essência de suas dignidades.

Por último, como será analisado no próximo capítulo, são problemas relacionados à saúde e, portanto, evidentes doenças a infertilidade e a esterilidade, as quais, de forma, objetiva, ao ser concluído o dever constitucional do Estado pela tutela da saúde, deveriam ser amparadas pelo SUS, através de medicamentos e das técnicas de reprodução humana assistida, porém não é o que ocorre na prática devido o alto custo destes procedimentos e, conseqüentemente, a mencionada reserva do possível.

O próximo capítulo, desta forma, se limitará a definir as doenças de infertilidade e esterilidade e os procedimentos de reprodução humana assistida, vez que diante do desenvolvimento da sociedade e dos conflitos decorrentes desta, tornou-se imprescindível aproximar as ciências jurídicas das ciências médicas.

## **2. REPRODUÇÃO ASSISTIDA: OS AVANÇOS DA TECNOLOGIA PARA COMBATE DAS DOENÇAS DE INFERTILIDADE E ESTERILIDADE HUMANAS.**

Evidencia-se hoje que, diante da necessidade humana de sentir-se parte de uma família, uma geração e, conseqüentemente, de um lugar no mundo, a maternidade e a paternidade constituem parte da própria identidade do sujeito. Assim, a sociedade define os filhos como desejo de continuidade do ser humano, o qual costuma ver neles a perpetuação da própria existência, bem como no processo natural integrante do relacionamento amoroso entre duas pessoas.

Porém, abalando com este projeto parental da maioria dos casais, a infertilidade e a esterilidade humana acabam, por vezes, por extinguir a possibilidade de realização de tal desejo, afetando diferentes dimensões na vida do casal, principalmente, o bem-estar psíquico.

Além disso, decorrente de uma concepção cultural, muitas mulheres veem na gravidez a representação da própria feminilidade, de forma que o impedimento de gerar um filho, venha a ferir a autoimagem feminina, causando grandes instabilidades emocionais.

Assim, por muito tempo, casais inférteis ficaram aprisionados a esta condição, vez que não havia na medicina nenhuma solução para que os mesmos tratassem as causas que os impediam de conceber um filho de forma natural.

Dessa forma, o peso da infertilidade e da esterilidade humana vem sendo objeto de estudos, o que acarretou no advento das técnicas de reprodução humana assistida, as quais motivaram casais inférteis a procurarem clínicas de fertilização na esperança de realizarem seus desejos pelo filho biológico.

### **2.1. AS DOENÇAS DE INFERTILIDADE E ESTERILIDADE HUMANA.**

A esterilidade e a infertilidade são doenças devidamente registradas na Classificação Internacional de Doenças – CID 10 – pela Organização Mundial de Saúde (MEDICINANET, 2016). E tamanha são suas gravidades que não se tratam de doenças meramente orgânicas mas, por vezes causam, além de impactos físicos, psicológicos e sociais.

Assim, conforme ensinam Santos e Ramos (2010, p. 9), a esterilidade é a ausência de gravidez após uma ano de relações sexuais sem práticas

contraceptivas. Desse modo, a esterilidade é a peculiaridade do casal que busca pela gravidez, mas esta, por fatores, sobretudo, biológicos não é alcançada. Sendo, portanto, uma condição clínica.

Da mesma forma, a infertilidade, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (WHO, 2001, p. 9, tradução nossa) é definida como: “a incapacidade de um casal para alcançar a concepção ou levar uma concepção a termo após um ano ou mais de relações sexuais regulares, sem proteção contraceptiva”.

Há ainda, segundo o Manual de Reprodução Humana da Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (1997, p. 1), uma classificação para a infertilidade, qual seja:

- a) Infertilidade primária: significa que a mulher nunca concebeu, apesar da prática de coitos regulares, sem anticoncepção, por um período de no mínimo dois anos.
- b) Infertilidade secundária: refere-se à mulher que já concebeu uma ou mais vezes e não volta a engravidar, apesar de manter coitos sem anticoncepção, por um período mínimo de dois anos.

Ocorre que, a infertilidade e a esterilidade são distintas, pois enquanto a esterilidade faz com que a capacidade do casal de gerar filhos seja nula, o que ocorre quando, por exemplo, a mulher tem obstrução das duas trompas ou o marido não possui espermatozoides na ejaculação, a infertilidade apenas reduz a chance de gravidez, como exemplo, a endometriose nas mulheres e a diminuição de número e motilidade dos espermatozoides do homem (FERRAZ, 2008, p. 37).

Dessa forma, em que pese a esterilidade ser uma incapacidade permanente e irreversível e a infertilidade indicar uma condição que pode ser tratada e revertida, sendo, portanto, temporária, na maioria das vezes os termos são usados indistintamente.

Outrossim, havia o entendimento de que a incapacidade de gerar filhos decorria de problemas relacionados à mulher, porém a evolução científica, por meio de pesquisas, e a mudança das relações humanas, pôs fim a esse entendimento. Assim, a noção de esterilidade do casal data do século XVII, pois antes disso, geralmente a “culpa” pela impossibilidade de se obter prole era da mulher (LEITE, 1995, p. 18).

Deste modo, evidencia-se que não se trata de um problema exclusivo da mulher, vez que aproximadamente 40% das causas estão relacionadas com

fatores femininos e 40% com fatores masculinos. Em 20% dos casos, ambos os fatores estão presentes (CLÍNICA FGO, 2016).

Importante mencionar que, segundo Dentillo (2012, p. 11), apesar de não existirem números oficiais indicativos do número de casais brasileiros com problemas reprodutivos, estima-se que, no mundo, de 15 a 20% dos casais têm dificuldade para gerar um filho em algum momento de sua idade reprodutiva.

Neste sentido, de acordo com o site Medipédia (2012), a concepção de um novo ser é extremamente complexa, pois depende da cooperação de inúmeros fatores anatômicos, fisiológicos, psicológicos e, inclusive, circunstanciais. No que se refere a infertilidade, esta é, na maioria dos casos, provocada por fatores anatômicos e/ou fisiológicos que afetam a mulher, o homem ou ambos.

Destarte, ensina o médico Ceschin (2004, p. 49), que para que ocorra a gravidez, uma série de eventos sincronizados deve acontecer. Dessa forma, os espermatozoides são depositados na vagina, aqueles que são ativos migram pelo muco cervical, atravessam a cavidade uterina e entram pela trompa até sua parte distal. O óvulo maduro, por sua vez, deve sair do ovário e entrar em uma das trompas, local onde o óvulo e o espermatozoide se encontram, ocorrendo à fertilização.

Assim, o embrião formado no interior das trompas sofre um processo de maturação e chega ao útero, onde se fixa e se desenvolve na cavidade uterina, ocorrendo então a nidação embrionária. Portanto, qualquer alteração que possa incidir sobre uma destas fases impedirá a gravidez (CESCHIN, 2004, p. 49).

Além disso, há de se considerar outros fatores os quais também contribuem para a dificuldade de engravidar, por causarem repercussões na função hormonal, desejo e na prática da sexualidade, como o estresse decorrente da preocupação gerada por não se conseguir obter a concepção desejada. Há, ainda, o fato do casal ter que se submeter aos diferentes exames necessários para se estabelecer o diagnóstico do problema ou em seguir as recomendações terapêuticas propostas, bem como a idade, nível socioeconômico, atividade profissional, utilização de métodos contraceptivos, qualidade de assistência de saúde, etc.

Nesse mesmo sentido, Scalquette (2009, p. 61) aduz que, muitas vezes, a causa da esterilidade é desconhecida, porém alguns estudos indicam o aspecto

emocional e ambiental, a exemplo do contato com produtos químicos, a exposição a agentes tóxicos, entre outros, como possíveis fatores de não gravidez.

Importante mencionar que, conforme os médicos Corleta e Franjndlich é essencial aguardar o período fértil da mulher para permitir que o casal engravide naturalmente, pois um casal jovem com menos de 30 anos possui cerca de 20% de chance de conceber por mês. Entretanto, mesmo aguardando o tempo adequado, 10 a 15% dos casais em idade reprodutiva apresentam dificuldades de gestar. E deste percentual, apenas 5 % não conseguirão engravidar definitivamente (ABC DA SAÚDE, 2016a).

Ainda, importante destacar Agostinho Almeida Santos e Tereza Almeida Santos, mencionados por Scalquette (2009, p.57) que ensinam que também é atribuída a designação infértil e/ou estéril ao casal que consegue realizar a fecundação, mas que a concepção não atinge viabilidade, ou seja, no casal em que grande parte dos mecanismos de fecundação são possíveis, porém a gravidez que é alcançada não acarreta o nascimento de um novo ser vivo e viável.

Então, percebe-se que a concepção é um evento extremamente complexo por si só, pois apresenta uma série de etapas delicadas, fazendo com que a superveniência de doenças como a infertilidade e a esterilidade, dificultem ainda mais ou, por vezes, impossibilitem por completo o processo de procriação.

Desta forma, são diversas as causas que podem causar infertilidade e esterilidade humana. As causas mais frequentes de infertilidade na mulher, conforme o Centro de Reprodução Humana Santa Joana, são a má ovulação, a endometriose e os problemas de trajeto de útero e de trompa. Já para o homem, as causas mais comuns são as alterações no sêmen, como a baixa contagem de espermatozoides e a incapacidade de fecundar o óvulo (SANTA JOANA, 2016).

Nesse sentido, menciona-se que através do estudo realizado pela Organização Mundial da Saúde (2004, p. 24-25, tradução nossa) com 47 países em desenvolvimento, incluindo o Brasil, porém com exceção da China, demonstram que, em 2002, um número estimado de 186 milhões de casais eram afetados pela infertilidade, sendo que destes, 18 milhões com infertilidade primária e os 168 milhões remanescentes, com infertilidade secundária. Este número representa mais de um quarto das mulheres nestes países. Ademais, verificou-se que os números foram mais elevados em países da África subsaariana (30%) comparados a países

do Centro-Sul da Ásia (28%), Sudeste da Ásia (24%) e países da América Latina e do Caribe (16%).

Sobre isso, o Centro de Reprodução Humana Embryo (EMBRYO, 2016) explica que “o fator cervical está relacionado às alterações localizadas no colo uterino que levam à dificuldade de passagem dos espermatozoides para o interior do útero”.

Assim, suas causas dividem-se em infecciosas, como os fungos, vírus ou bactérias que podem agredir o colo do útero e comprometer a produção do muco cervical; anatômicas no colo, as quais podem ser congênitas ou adquiridas, podendo comprometer a produção do muco ou alterar o caminho que será percorrido pelo espermatozoide; ou imunológicas, devido à formação no muco cervical, pelo organismo da mulher, de anticorpos contra os espermatozoides que, ao entrar em contato com os mesmos, levam à sua imobilização, impedindo desta forma a sua progressão através do aparelho reprodutor feminino e seu contato com o óvulo (EMBRYO, 2016).

Com incidência menor, mas de igual importância, há o fator uterino, o qual se caracteriza diante de qualquer situação que possa levar ao mau funcionamento do útero, prejudicando, desta forma, a passagem dos espermatozoides pelo seu interior ou a implantação do embrião no endométrio. As principais causas de fator uterino são as malformações, infecções, tumores e sinéquias (aderências no interior do útero causadas por traumatismos anteriores, como curetagens), além dos tumores, como miomas e pólipos (EMBRYO, 2016).

Explicitam Corleta e Franjndlich que, o fator tubo-peritoneal são os problemas anatômicos das trompas uterinas, as quais possuem a função de transportar os óvulos do ovário até o útero, além disso é dentro das trompas que ocorre a fecundação. Estes problemas anatômicos, costumam ser detectados em cerca de 20% dos casos de infertilidade e normalmente ocorrem por conta de problemas prévios, como a doença inflamatória pélvica, a apendicite aguda perfurada, determinados tipos de aborto, cirurgia prévia nas trompas e as doenças sexualmente transmissíveis (ABC DA SAÚDE, 2016b).

De acordo com o site Centro de Fertilidade, o ovário produz o óvulo e os hormônios que preparam o útero para uma gestação, assim a falta de ovulação, chamada de fator ovariano, é causa frequente de infertilidade. Dessa forma, mulheres com dificuldade de ovulação formam microcístos nos ovários, os quais

provocam um desequilíbrio hormonal, favorecendo a obesidade e aumentando os pelos do corpo e a acne. Há ainda a situação das mulheres que não possuem mais óvulos, portanto, neste caso só será possível à gestação através da doação dos mesmos.

Importante mencionar que, o endométrio é o revestimento interno do útero, assim a endometriose é a presença de endométrio fora do útero, a qual ocorre quando algumas células endometriais migram através das trompas para o interior do abdome podendo implantar-se em qualquer órgão pélvico. Desse modo, por provocar micro-menstruações nestes locais, prejudica-se a fertilidade, bem como cistos ovarianos, chamados endometriomas, podem comprometer a ovulação (CENTRO DE FERTILIDADE, 2016).

No que se refere ao fator masculino, geralmente este ocorre devido à produção deficiente de espermatozoides em quantidade ou qualidade, as quais ocorrem em consequência de anomalias congênitas, anomalias adquiridas, como infecções, estresse, exposição à poluição ou uso de drogas e anomalias secundárias, como as varizes peri-testiculares – varicocele (CENTRO DE FERTILIDADE, 2016).

Por fim, nos fatores relacionados ao coito, investiga-se a dinâmica do casal. Exige do homem um desenvolvimento normal do pênis, ereção adequada e ejaculação na vagina. Na mulher, são necessários um aparelho genital harmonicamente desenvolvido, relaxamento e capacidade de recepção durante o coito, ensina a Doutora Rueda (BOA SAÚDE, 2016).

Em consequência disso, como mencionado anteriormente, a infertilidade e a esterilidade podem causar impactos psicológicos no casal, isto ocorre em decorrência dos próprios projetos de vida construídos pelas pessoas, as quais planejam desde cedo crescer, encontrar um(a) companheiro(a) e com ele(a) constituir uma nova família e, neste contexto, diversas podem ser as motivações que podem dar origem ao desejo de ter um filho.

Importante fazer menção ao conceito apresentado por Ahmad (2009, p. 22), o qual define a paternidade com “status pessoal”, de maneira que, na esmagadora maioria das vezes, a formação do núcleo familiar humano é processo de formação identitária, assim como o nascimento ou a morte.

Dessa forma, a superveniência de algum empecilho a estes desejos e planos, principalmente por ser, sobretudo, uma doença, pode causar graves transtornos,

produzindo uma gama de sentimentos, conforme Farinati, Rigoni e Müller (2006, p. 434), tais como medo ansiedade, tristeza, frustração, desvalia, vergonha e, principalmente, o desencadeamento de quadros de estresse e depressão.

Apenas para ilustrar, segundo Coulanges (1993, p. 36-37) a esterilidade era tão repudiada que poderia causar a degradação familiar, por esse motivo na Grécia e em Roma a impossibilidade de procriar poderia dar causa à anulação do casamento de tão grave que era. Logo, enquanto a fecundidade estava relacionada à noção de alegria, fartura, dádiva divina, a mulher estéril era considerada amaldiçoada e merecia ser banida do convívio social.

Trata-se de um processo de transição de extrema delicadeza, pois os casais passam da fase de esperança com uma possível gravidez ao reconhecimento de seus próprios limites para alcançá-la. (FARINATI; RIGONI; MÜLLER, 2006, p. 435). Ademais, a pressão social e, principalmente, dos parentes coloca um grande peso sobre os casais inférteis.

Assim, conforme Farinati, Rigoni e Müller (2006, p. 434), esta situação é capaz de provocar efeitos devastadores tanto na esfera individual como conjugal e desestabilizar as relações do sujeito com seu entorno social, podendo ocasionar um decréscimo na qualidade de vida.

Explica Ribeiro (2004, p. 83) que, o desejo de ser pai da mesma forma que os próprios pais, floresce de trama identificatória, assim os sentidos possíveis de ser homem e de ser mulher perpassam as funções parentais. A capacidade de procriação parece ser um significativo referencial da identidade de gênero, o qual diante do diagnóstico de infertilidade exige um importante trabalho de elaboração psíquica para dar conta da possível alteração no projeto de parentalidade.

A esse respeito, a Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO, 2016) afirma que, dentro do campo da saúde reprodutiva, se encontram a esterilidade e a infertilidade, que representam uma situação carencial que, se não compromete a integridade física do indivíduo, pode incidir negativamente no desenvolvimento da pessoa, do casal e ter efeito desestabilizador sobre a personalidade.

McDaniel, Hepworth e Loherty (1992, p. 101-122), citados por Farinati, Rigoni e Müller (2006, p. 435), afirmam que, para os sujeitos que atravessam esta problemática, qual seja a esterilidade e infertilidade, é uma experiência médica ou física, devido aos inúmeros procedimentos e exames aos quais são submetidos,

psicológica, pela intensidade de dificuldades de ordem emocional desencadeadas e, social, uma vez que o convívio com a família, com casais com filhos e as relações laborais muitas vezes sofrem prejuízos. Essa experiência, por vezes, requer a definição das identidades dos sujeitos como indivíduos e como casal.

Nesse sentido, estudos reportam a ansiedade e a depressão como de grande prevalência no campo da infertilidade, principalmente feminina. Esses sintomas têm sido postulados como causa e ou como consequência da infertilidade e, tendo em vista o grande prejuízo que acarretam sobre a qualidade de vida, vêm merecendo muita atenção por parte dos pesquisadores da área (FARINATI; RIGONI; MÜLLER, 2006, p. 436).

Moreira (2004, p. 21-24) sistematiza os diferentes modelos psicológicos da infertilidade. Assim, há o modelo psicogênico, no qual compreende os conflitos psicológicos na base da infertilidade, sobretudo, feminina; o modelo das consequências psicológicas, o qual aponta que a infertilidade pode ser a origem de estresse psicológico importante; e o modelo da crise psicológica de acordo com o qual a crise é uma experiência paralisante no curso da vida e a abordagem do estresse e da ansiedade em casais inférteis.

Por último, conforme expõe Ferraz (2008, p. 35) a esterilidade, dentro do seio familiar, é comumente associada à frustração, inferioridade, culpa e angústia, sempre aliadas com o sentimento de fracasso na realização do projeto parental, uma vez que o biologismo era a única maneira de concretizar tal plano familiar de perpetuação dos membros familiares. Da mesma forma, as consequências para o homem e a mulher eram extremamente graves, vez que, do ponto de vista social, a esterilidade, seja masculina ou feminina, era associada à derrota e a um mal incomensurável.

Portanto, considerando o conceito atribuído à saúde pela Organização Mundial da Saúde, o qual define que “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, não se reduzindo a mera ausência de doença ou enfermidade” (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946, p. 1), podemos dizer que a infertilidade é um grave problema de saúde pública que acarreta um relevante sofrimento social.

Nesta toada, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução 1358, em 1992, na qual a infertilidade humana é considerada como um problema de saúde pública (SÃO PAULO, 1992).

Logo, resta claro o sofrimento inerente à dificuldade de realizar o desejo de constituir família, diante das doenças de infertilidade e esterilidade humanas, as quais suscitam diversos fatores prejudiciais ao casal, que ultrapassam a própria doença em si considerada.

Deste modo, como será exposto a seguir, sentiu-se a necessidade da intervenção do homem no processo de procriação natural, através da criação das técnicas de Reprodução Humana Assistida, com o objetivo principal de possibilitar que as pessoas portadoras de problemas de saúde relacionados com a infertilidade e esterilidade ultrapassem tais problemas e possam realizar seus projetos e desejos de alcançar a maternidade e a paternidade.

## 2.2 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.

Inconformados com as restrições à liberdade de procriar advindas das doenças de infertilidade e esterilidades humanas, cientistas passaram a desenvolver diferentes estudos para ultrapassar tais limitações. Desta forma, Lázaro Spallanzani, no final do século XVII, após coletar o sêmen de um cachorro, conseguiu fecundar uma cadela no cio (SAMRSLA et al., 2007, p. 47-48).

Posteriormente, como ensina Gama (2002, p. 672), a primeira experiência comprovada pela ciência de inseminação artificial com êxito em humanos, foi a de John Hunter, em 1791, que inseminou a esposa de um lorde inglês utilizando o esperma deste. Sendo, portanto, uma inseminação artificial homóloga.

A partir da experiência de Jean Rostand, em 1945, o qual percebeu que os espermatozoides submetidos ao frio, e com o emprego de glicerol, sem alterações de sua viabilidade, conservavam-se por muito tempo, foi possível a realização dos bancos de esperma (LEITE, 1995, p. 31).

Edwards e Steptoe, de acordo com Leite (1995, p. 42-43), conseguiram embriões in vitro em 1969, os quais tinham capacidade de reprodução. Porém, as experiências com fertilização in vitro apenas começaram a obter força na década de 1970 na Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos (GAMA, 2003, p. 673).

Importante mencionar que, até então o óvulo continuava a ser fecundando dentro do corpo. Fronteira esta que foi ultrapassada em 1978, na Inglaterra, com o nascimento de Louise Joy Brown, denominado de o primeiro “bebê de proveta” por ter sido concebido em laboratório, através da técnica da fertilização in vitro (FREITAS; SIQUEIRA; SEGRE, 2008, p. 94). Assim, explica Namba (2009, p. 125)

que, por meio da coleta dos espermatozoides do homem e dos óvulos da mulher, realizava-se uma fusão artificial em um tubo esterilizado e implantava-se o embrião no útero da mulher.

A partir de 1980, o nascimento dos bebês de proveta deixou de ser uma novidade e ganhou status de normalidade (LEITE, 1995, p. 20 e 42). Por conseguinte, no Brasil o primeiro bebê de proveta nasceu em outubro de 1984 (SAMRSLA et al., 2007, p. 47-48).

Importante mencionar que, diante do diagnóstico de problemas relacionados à própria impossibilidade da mulher levar adiante a gravidez, e não mais do encontro dos gametas, tentou-se realizar a gravidez desta em outra mulher. Assim, os primeiros casos clínicos relativos ao empréstimo de útero datam de 1963, no Japão, e 1975, nos Estados Unidos (LEITE, 1995, p. 66-67), cujo processo foi vulgarmente denominado de “barriga de aluguel”.

Dessa forma, os avanços nas técnicas de Reprodução Assistida trouxeram para casais inférteis novas perspectivas, fazendo com que o interesse pela técnica aumente, não só diante das doenças de infertilidade e esterilidade, mas à medida que cresce a participação da mulher no mercado de trabalho e o desejo de adiar a maternidade para depois dos 30 anos, época em que o aparelho reprodutivo já iniciou seu processo de envelhecimento (SAMRSLA et al., 2007, p. 47-48).

Ressalta-se ainda que, a Reprodução Humana Assistida, enquanto mecanismo auxiliar para casais que possuem dificuldades de reprodução, somente começou a tomar forma com o estudo genético, a partir da descoberta das leis de Mendel e dos estudos de Morgan (ALBANO, 2004, p. 1-4), despertando-se o interesse pelas pesquisas genéticas enquanto campo científico autônomo, cujo marco foi o trabalho apresentado por James Dewry e Francis Harry Compton Crick, descobridores da estrutura do DNA.

Assim, a Engenharia Genética, que é definida como conjunto de técnicas para leitura e manipulação do código genético, foi o que possibilitou o desenvolvimento e evolução da Reprodução Humana Assistida, dentro de todas as modalidades hoje existentes (FERRAZ, 2008, p. 36).

Neste sentido, a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM, 2015), definiu que as técnicas de Reprodução Assistida possuem o fim de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes. Em outras

palavras, trata-se de um conjunto de técnicas que tem como principal objetivo, através da assistência médica, tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar.

De toda sorte, Cornel et al., no Guideline de Reprodução Assistida ([20--], p. 1), a denominam como:

o conjunto de técnicas onde uma equipe multidisciplinar tem participação estreita no acompanhamento do desenvolvimento folicular, detecção e indução da postura ovular, facilitação ou mesmo realização do encontro dos gametas assim como na otimização da fase lútea.

Já Murcia-Lora e Esparza-Encina (2009, p. 89, tradução nossa) estabelecem que a Reprodução Humana Assistida é toda e qualquer modalidade de auxílio reprodutivo que ultrapasse do mero funcionamento fisiológico reprodutivo, qual seja o aparelho genital masculino e feminino em contato, sendo cabível a intervenção médica em qualquer etapa que anteceda, ocorra concomitantemente ou suceda a cópula.

Importante referir Dias e Reinheimer (2012, p. 2), pois estas destacam uma característica importantíssima relacionada à transformação familiar, através da superveniência das técnicas de Reprodução Humana Assistida, pois a existência desta nova modalidade de reprodução trouxe a modificação até mesmo das relações homoafetivas, de modo que minorias sexuais, até então estigmatizadas, passassem a ser incluídas no processo fundamental de formação familiar e pudessem, dessa forma, realizar seus anseios de procriação e distribuição afetiva dentro do núcleo familiar escolhido.

Dessa forma, as principais técnicas de reprodução assistida utilizadas pelos médicos são: a inseminação artificial, a qual se divide em homóloga e heteróloga, fertilização in vitro, reprodução humana assistida com gametas (GIFT), reprodução humana assistida com os zigotos (ZIFT) e a reprodução humana através da gestação substituta (FERRAZ, 2008, p. 38-48).

Em síntese, conforme Ferraz (2008, p. 40), a inseminação artificial, que foi a primeira técnica de reprodução humana, importa na substituição da relação sexual pela união do sêmen ao óvulo, através da introdução do material germinativo masculino no útero da mulher, sendo auxiliar do processo reprodutivo, deficiente em alguma de suas etapas. Neste caso, a gestação irá se desenvolver naturalmente, com a fecundação dentro do corpo da mulher.

Ensina ainda a autora (FERRAZ, 2008, p. 41) que a inseminação artificial pode ser homóloga, quando os espermatozoides introduzidos na mulher pertencem ao seu companheiro ou, heteróloga, quando tal material não pertence ao companheiro da mulher, mas de um doador do banco de sêmen. Há ainda, a inseminação bisseminal, quando o material fecundado masculino pertence a duas pessoas diversas (companheiro da mulher e doador desconhecido), situação que ocorrerá quando o material do companheiro for insuficiente para a fecundação.

A fertilização *in vitro* consiste, de acordo com Wider (2007, p. 8) referido por Ferraz (2008, p. 40), em “colher óvulos de uma mulher, fertilizando-os em uma placa de Petri, para que os mesmos, quando já transformados em zigotos, iniciando a divisão celular, serem colocados dentro do útero da receptora”. Posteriormente, um óvulo maduro será extraído do ovário feminino e misturado ao sêmen do companheiro ou doador, na proveta, a fim de que se processe a fecundação. Ao ser fecundado o óvulo, ele será transferido novamente para o útero da mulher para que possa se desenvolver (RAFFUL, 2000, p. 40).

Já a transferência intratubária de gametas (GIFT), segundo Ommati (1998, p. 1), através da laparoscopia, óvulos da mulher são captados, bem como o esperma, sendo depositados numa cânula especial, e devidamente preparados, introduzindo-os em cada uma das trompas uterinas, lugar onde naturalmente ocorre a fertilização. Conseqüentemente, os espermatozoides penetraram em um ou mais óvulos, formando o embrião, o qual descerá, por meio das trompas, até o útero.

A diferença entre esta técnica e a fertilização *in vitro* encontra-se na fecundação, pois enquanto esta ocorre fora do corpo da mulher, aquela ocorre nas trompas, ou seja, dentro do corpo da mulher.

Ao que se refere à reprodução humana assistida com os zigotos (ZIFT), os espermatozoides são postos em contato com os óvulos, fora do corpo da mulher, ocorrendo à fecundação e formando-se o zigoto. Sua diferença em relação à técnica GIFT, está no fato de que nesta última, a fecundação se dá dentro do corpo da receptora, enquanto na ZIFT, assim como na fertilização *in vitro*, a fecundação ocorrerá fora do corpo da receptora (FERRAZ, 2008, p. 44).

Por fim, a reprodução humana através da gestação substituta ocorre quando a mulher é impossibilitada de gerar o filho. A esse respeito, Leite (1995, p. 14-17), afirma que:

[...] Quer se trate de uma anomalia de nascença, ou a consequência de um problema grave detectado na idade adulta e provocador de uma necessária ablação do útero (histeretomia), a sanção para a mulher é severa: absoluta impossibilidade de levar a termo uma gravidez.

Assim, de acordo com Almeida (2000, p. 47), a gestação de substituição poderá ocorrer em três situações distintas, quais sejam: inseminação de uma mulher com sêmen e óvulo de pessoas estranhas; gestação de um óvulo fecundado in vitro, ou inseminação de uma mulher que recebe em seu óvulo sêmen de um homem estranho a ela e; situação extremamente rara, a qual ocorre quando a mulher emissora do óvulo só consegue gerar a criança durante certo período, assim a “mãe de aluguel carregará em seu ventre o embrião até o período em que a mãe biológica se torne capaz de concluir a gestação”.

Importante ressaltar que, conforme ensina Ferraz (2008, p. 48), quando não é utilizado o óvulo da mãe que carrega o feto, não é transmitido ao filho sua informação genética, pois esta se encontra nas células sexuais, no espermatozoide e no óvulo. Portanto, são pais e mães biológicos os respectivos donos do material genético.

Em que pese haja consideráveis críticas em torno de tal prática, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 2.121/2015, a permite, desde que seja gratuita, que a mãe de substituição seja parente em até segundo grau da mãe gestacional e, principalmente, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. Porém, o Brasil ainda não possui legislação específica sobre o assunto (CFM, 2015).

Estima-se que os custos com a reprodução assistida podem variar consideravelmente de acordo com a técnica escolhida, assim se o casal optar pela inseminação artificial, por exemplo, poderá arcar de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais), já se optar por um procedimento mais dispendioso como o diagnóstico pré-implantacional (PGD), os valores variam de R\$ 16.500,00 (dezesesseis mil e quinhentos reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) (GLOBO CIÊNCIA, 2014).

Por fim, importante mencionar que no Brasil, embora haja a mencionada Resolução nº 2.121/2015 editada pelo Conselho Federal de Medicina, cujo objetivo é regular eticamente a matéria, ainda não há lei para regulamentar a prática da reprodução humana assistida, gerando grande insegurança jurídica (CFM, 2015).

Portanto, apesar de existir inúmeros projetos de lei tramitando na Câmara dos Deputados, os quais buscam regular a aplicação e utilização das técnicas da Reprodução Assistida, instituindo inclusive um estatuto próprio, bem como portarias que procuram instituir, no âmbito do Sistema Único de Saúde, políticas nacionais de atenção integral em reprodução humana assistida, tal tema ainda não está legislado.

Assim, diante da devida classificação da esterilidade e infertilidade humana como doenças com consequências gravíssimas e do reconhecimento de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além do direito de procriação, através da reprodução assistida, ser uma das dimensões do direito ao planejamento familiar, indagar-se-á, no próximo item, se tais técnicas podem ser exigidas do Estado, através do Sistema Único de Saúde, e quais as consequências éticas e jurídicas deste encargo.

### **3 O CUSTEIO PÚBLICO DOS PROCEDIMENTOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.**

Durante décadas os casais inférteis e estéreis, na busca pelo filho biológico, ao depararem com esta condição, eram obrigados a se conformarem, pois não havia qualquer solução para remediar tais doenças. Desse modo, através do avanço tecnológico na área da ciência médica e, conseqüentemente, com a superveniência dos estudos relacionados à reprodução assistida, tais casais se viram novamente esperançosos.

Ocorre que, tais procedimentos são de custos elevadíssimos o que faz com que eles sejam acessíveis apenas à população privilegiada financeiramente, ocorrendo uma disparidade na concessão de saúde, uma vez que, como analisado anteriormente, a esterilidade e a infertilidade são doenças assim devidamente classificadas.

Naturalmente, dessa forma, a reprodução humana assistida passou a ser objeto de reivindicação por parte da população diretamente afetada, fazendo com que as pessoas que não possuam condições de obter acesso a tais procedimentos de forma particular, busquem o Poder Judiciário para obrigar o Estado a fornecer as técnicas de reprodução assistida através do Sistema Único de Saúde.

Neste último capítulo será abordada a possibilidade ou não do custeio público dos procedimentos de reprodução assistida, diante do seu enquadramento como direito à saúde e do princípio do planejamento familiar, bem como suas conseqüências jurídicas e éticas e, por fim, será analisado o posicionamento da jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul a respeito de tais demandas.

#### **3.1 OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À CONCESSÃO DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PELO ESTADO.**

Com a ascensão tecnológica, principalmente na área da saúde, a qual trouxe soluções para determinadas patologias como a infertilidade e a esterilidade humana, objetos desta pesquisa, é evidente o desejo social por tais soluções daqueles que são detentores de tais enfermidades.

Nesse sentido, dispõem Bucoski e Silveira (2008, p. 14-15) que o crescimento dos procedimentos que permitem avanços na área da reprodução assistida produz

mudanças sensíveis no comportamento da esfera íntima de muitos casais, fazendo com que o aparecimento de novas possibilidades para a realização da procriação descortine uma realidade até então desconhecida.

Ocorre que, como mencionam os próprios autores (BUCOSKI; SILVEIRA, 2008, p.14-15) por insuficiência de recursos, muitos casais, objetivando obter custeio público, por intermédio de verbas do Sistema Único de Saúde, estão ingressando com ações em face do Poder Público para a concessão dos procedimentos de reprodução assistida. Tais demandas estão obrigando o Poder Judiciário a dimensionar os reais impactos decorrentes de tal encargo.

Desse modo, ainda que se reconheça à via estatal como parte legítima a disponibilizar recursos é evidente que a efetivação dos direitos sociais requer necessariamente a existência de disponibilidade econômica, exigindo adequada aplicação e controle de recursos públicos.

Assim, diante da considerável proporção que o assunto adquiriu, no ano de 2005 foram editadas duas portarias, as quais visavam à regulamentação da matéria, quais sejam: Portaria Nº 426/GM (BRASIL, 2005a), a qual instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, e a Portaria Nº 388 (BRASIL, 2005b), que regulamentava as providências necessárias para organizar e implantar as redes estaduais, municipais e do Distrito Federal de Atenção em Reprodução Humana Assistida.

Ocorre que, tais portarias foram suspensas, no mesmo ano de suas criações, pela Portaria 1.187/GM (BRASIL, 2005c), para melhor análise dos impactos orçamentários e financeiros, bem como para as submeter à apreciação da Comissão Intergestores Tripartite e pactuação com os gestores estaduais e municipais. Posteriormente, em 2012, foi editada a Portaria Nº 3.149 (BRASIL, 2012), destinando recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizem os procedimentos de Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS. Assim, dispõe Lohn (2015, p. 1):

Em 28 de dezembro de 2012 foi expedida pelo Ministério da Saúde a Portaria 3.149, que, em consideração ao direito constitucional ao planejamento familiar; à responsabilidade do Estado em prestar assistência em planejamento familiar, devendo incluir a oferta de todos os métodos e técnicas para concepção e anticoncepção cientificamente aceitos; à necessidade dos casais para atendimento à infertilidade em serviços de referência de alta complexidade para reprodução humana assistida, entre outras considerações, instituiu a destinação de recursos financeiros, no montante de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) 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, conforme o Anexo desta Portaria.

Analisando as três portarias, verifica-se que todas são motivadas pelas mesmas causas, ou seja, todas fazem referência ao dever da assistência ao planejamento familiar incluir a oferta de todos os métodos e técnicas não só para a anticoncepção, como também para a concepção, consideram que, de acordo com a Organização Mundial da Saúde, aproximadamente, 8% a 15% dos casais têm algum problema de infertilidade durante sua vida fértil, bem como a contribuição das técnicas de reprodução assistida para a diminuição vertical e/ou horizontal de doenças infectocontagiosas, genéticas, em especial os portadores do HIV e das Hepatites virais, por meio do SUS.

Por fim, consideram a necessidade de definir ações de assistência à concepção por meio de técnicas de reprodução humana assistida nos três níveis de atenção, bem como a de determinar os respectivos papéis destes níveis e as qualidades técnicas necessárias ao bom desempenho de suas funções. Visam, portanto, incluir tais procedimentos nas Tabelas do Sistema Único de Saúde para contemplar a atenção em reprodução humana assistida.

Dessa forma, alguns hospitais privados, em tese, estariam recebendo uma verba limitada para custeamento dos procedimentos, porém apesar do avanço, segundo Samrsla et al. (2007, p. 51), especialistas e mulheres que tentaram fazer o tratamento pelo SUS afirmam que a realização dos procedimentos de forma gratuita é extremamente difícil, devendo ser revista a forma como o tratamento de RA está sendo oferecido por meio do SUS, pois não corresponde às expectativas das mulheres à espera desse tratamento.

Assim, segundo o estudo realizado por Pagan (VIX, 2016), há diversas dificuldades para se obter a reprodução assistida por meio do SUS, como as filas de espera as quais podem levar anos, fazendo com que muitas mulheres ultrapassem a idade saudável para uma concepção aguardando, alguns custos com o procedimento não são cobertos, como algumas medicações, e a limitação de idade, uma vez que alguns hospitais vem exigindo a idade inferior a 40 anos.

Para o ginecologista Antunes Jr. (VIX, 2016), presidente da Sociedade Paulista de Medicina Reprodutiva, a determinação da Portaria 3.149 não é suficiente para atender a demanda pelo procedimento no país, pois são atendidos cerca de

1.800 casos por ano e o recomendado é que sejam 1.000 casos para cada 1 milhão de habitantes. Este especialista ainda lembra que o Brasil tem cerca de 200 milhões de habitantes. Assim, quando foi divulgado que havia esse serviço na Santa Casa de São Paulo, em um dia formou-se uma fila de 4 anos.

Neste contexto, Hübner e Silveira (2011, p. 7), esclarecem que apesar da reprodução assistida fornecida pelo SUS ser de extrema importância, principalmente para o cidadão que sonha em gerar seus descendentes, sua efetivação, enquanto promessa constitucional, encontra diversos limites práticos fazendo com que ela continue a integrar a pauta de discussão de distribuição de recursos públicos.

Portanto, “os avanços nas técnicas de RA trouxeram para casais inférteis novas perspectivas e, sobretudo, esperanças de realizar o desejo de procriação. Ao mesmo tempo, a falta de recursos do Sistema Único de Saúde suscita uma série de dilemas, conflitos e ansiedades.” (SAMRSLA et al., 2007, p. 51).

Logo, resta evidente a importância de tal discussão, pois em que pese haja alguns importantes avanços favoráveis à concessão da reprodução assistida através do SUS, como qualquer outro tratamento médico concedido, no plano prático ainda não se evidencia eficácia, bem como há consideráveis críticas em torno desta questão.

Ensina Paludo (2001, p. 1) que ao Estado cabe conjugar princípios universais, sem com isso impedir a existência e a expressão de direitos individuais, ao mesmo tempo, deve ele também fornecer aos seus cidadãos os “benefícios advindos de áreas que ele mesmo dá especial proteção” e estímulo ao desenvolvimento.

Assim, diante da previsão constitucional, a qual assegura a saúde como um direito de todos e dever do Estado, sustentam Segala e Silveira (2009, p. 17) que:

[...] a Constituição garante o direito à saúde como dever estatal de atendimento integral, ela não excepciona pessoas nem por sua situação econômica, nem pelo grau, complexidade ou custo do seu tratamento. Se um tratamento é bom para saúde de alguns, certo é que ele deve estar acessível a todos os que dele necessitem, caso contrário, criam-se duas categorias de cidadãos e isso não está de acordo com um Estado Democrático de Direito.

Outrossim, os mesmos autores defendem que o Poder Judiciário tem o dever de fazer cumprir a Constituição Federal, concretizando a igualdade e tutelando os demais direitos fundamentais. Dessa forma, tendo em vista o direito à saúde e ao planejamento familiar amparados pela Constituição, reforçam que “não se pode negar o tratamento para reprodução assistida a quem não tenha acesso a ele por

vias particulares, sob pena de clara afronta à vontade constitucional e desrespeito à dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade.” (SEGALA; SILVEIRA, 2009, p. 17).

Como é sabido, a Constituição Federal reconhece, em seu artigo 226, caput, que por ser a família base da sociedade, merece proteção do Estado. Igualmente, nos parágrafos 1º ao 4º do artigo 226, a Constituição dispõe a respeito do direito de constituir família, reconhecendo, explícita ou implicitamente, as mais variadas formas de entidade familiar. Já o parágrafo 7º do mesmo artigo, baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, dispõe que 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.

Assim, no art. 2º da Lei N. 9.263/96 conceitua-se o planejamento familiar como sendo o “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Em seu artigo 3º, o referido diploma aduz que “o planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde” e que as instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em seus níveis, obrigam-se a garantir, em sua rede de serviços, programas de atenção integral à saúde, em seus ciclos vitais, que incluam, como atividades básicas, entre outras, a assistência à concepção e contracepção.

Conforme a mencionada lei, o planejamento familiar pretende fornecer não só a assistência à concepção, como também à contracepção, independente da classe social e condição financeira dos sujeitos, porém na prática o mesmo tem possuído um significado específico conforme a classe social da pessoa, desvinculando-se do seu fim e limitando o acesso. Desse modo, de acordo com Segalla e Silveira (2009, p. 20), para os ricos, os quais possuem condições de arcar com os procedimentos para concepção, o termo significa reprodução assistida, para os pobres, vez que carrega-se o preconceito de que eles têm uma quantidade de filhos de forma desregulada e não possuem condições de sustentá-los, controle de natalidade.

Além disso, a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso X, consagra o direito à vida privada e à intimidade, cujo conceito, conforme Resende e Meirelles (2015, p. 14), não se restringe apenas à privacidade, à reclusão, a não publicidade de fatos

relacionados ao cotidiano das relações humanas, mas engloba também aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito de estabelecer relações com outros seres humanos e com o mundo exterior.

Do mesmo modo, os autores (RESENDA; MEIRELLES, 2015, p. 14) explicitam que a decisão de ser ou não pai ou mãe é um corolário lógico do direito à vida privada, o que inclui, inclusive, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico. Ademais, do direito à vida privada decorre também os direitos à autonomia reprodutiva e à saúde reprodutiva, o que implica no direito de ter acesso às técnicas médicas de reprodução humana assistida.

Mori (2001, p. 57) destaca que a não consideração desse direito, qual seja, de acesso, público, aos procedimentos de reprodução assistida, como “tratamento” para as doenças de infertilidade e esterilidade e da própria procriação como direito fundamental, implica a não consideração da liberdade de escolha dos indivíduos. Assim, a liberdade, positiva, de procriar, compreende a ideia de o indivíduo ter seus filhos quando decide tê-los, o que se choca com a noção de controle médico como primordial para o direito de acessar uma das formas de se colocar essa liberdade positiva em prática.

Neste sentido, afirmam Guilherm e Prado (2001, p. 114) que ao ser restringido, no setor público, o acesso a casais com problemas medicamente comprovados de infertilidade e esterilidade, estaria sendo restringido nesse setor o direito de acesso, tornando, desta forma, o desejo por filhos um objeto de consumo, uma vez que disponível em suas mais variadas possibilidades somente aos que puderem por eles pagar.

Nessa toada, faz-se necessário que se reconheça a prevalência do direito à saúde em detrimento dos interesses financeiros do Estado. Ensinam Silveira e Segalla (2009, p. 17) que, enquanto o gasto com propaganda e publicidade do governo for tão maior do que com a Saúde, enquanto houver desvios e má administração do dinheiro da Saúde, ou seja, enquanto os governantes tiverem tantas outras prioridades, não há que se falar em reserva do possível e limitação do direito fundamental à saúde.

Sarlet (2012, p. 85) sustenta que a reserva do possível não pode ser considerada elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial, pois esta constitui, em verdade, espécie de limite jurídico e

fático dos direitos fundamentais. Porém, também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental, sempre observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos.

Ainda, questionam-se os autores (SILVEIRA; SEGALLA, 2009, p. 17), “como dizer que a reprodução assistida não deva ser acessível aos que dela necessitarem?”. Afirmam, por fim, que é muito cômoda a posição governamental, a qual promete a implementação de uma política pública mas não a efetiva. As políticas públicas de saúde deveriam ser o primeiro meio de efetivação desse direito e a atuação do Poder Judiciário ocorre posteriormente, onde se constata a inércia estatal na proteção do direito à saúde.

Importante fazer menção ao fato de que filósofos da antiguidade, preocupados com o tratamento igualitário entre as pessoas, já diferenciavam a justiça corretiva da distributiva, vez que enquanto aquela visa à correção das transações entre os indivíduos, esta consiste na distribuição ou repartição de bens segundo os méritos de cada um (SAMRSLA et al., 2007, p. 50).

Dessa forma, os resultados da pesquisa realizada por Samrsla et al. (2007, p. 50), a qual objetivou verificar a expectativa de mulheres que aguardam tratamento de reprodução assistida (RA) em um hospital da rede pública de saúde do Distrito Federal, demonstraram que as mulheres sem condições de arcar com as despesas de tratamento em clínicas de infertilidade estão cada vez mais longe de se beneficiar dos ideais de justiça. Explicitam, ainda, os autores que:

[...] o problema de saúde dessa população não passa por um processo de correção ou de distribuição de recursos. Pelo contrário, com o correr do tempo, os limites físicos impedem que o Estado, após impor anos de espera, desempenhe um papel corretivo ou distributivo.

Importante mencionar que, conforme Diniz, referido por Hüंबर e Silveira (2011, p. 5), outros países, além do Brasil, como a Holanda e o Egito, estão aderindo um serviço público dedicado ao tratamento de infertilidade, os quais costumam ter como requisitos para a inclusão do tratamento, por exemplo, um limite de idade para a mulher, exigência de relação estável com parceiro fixo, e incapacidade de engravidar num período de 12 meses.

Cumprir salientar que, ao ter-se garantido o direito à saúde ou, mais especificamente, às técnicas de reprodução humana assistida, mas este direito não puder ser efetivado, de nada adiantará, uma vez que o direito não existe simplesmente para ser reconhecido, mas para ser realizado. Neste contexto:

[...] em um Estado onde há liberdade de escolha mas os recursos são escassos para atender às necessidades e expectativas da população, uma atenção adequada à saúde deve levar em conta as dificuldades de acesso aos bens oferecidos no planejamento da alocação de recursos. Sendo assim, se o Estado disponibiliza ao cidadão o acesso à RA, mas esta tecnologia está longe de seu alcance; pela escassez da oferta, pode-se dizer que o princípio da equidade na saúde pública brasileira, neste caso, não está atingindo aqueles que precisam ser vistos na sua individualidade. A responsabilidade do Estado em fomentar a expectativa dessas mulheres de procriar estabelece uma relação de descaso quanto aos vulneráveis, pois, a esperança do casal existe e persiste; porém, o serviço oferecido não é capaz de suprir o desejo ou necessidade de engravidar, tornando os casais pobres ainda mais distanciados de benefícios supostamente garantidos constitucionalmente. (SAMRSLA et al., 2007, p. 51).

Na Constituição Federal de 1988 assegurou-se não apenas direitos sociais e prestações materiais, mas diversos outros direitos, princípios e valores de igual importância e imprescindibilidade. Dessa forma, para que os direitos fundamentais sejam devidamente tutelados é necessário que ocorra uma ponderação e concordância prática entre os mesmos, através de uma distribuição proporcional de ônus e benefícios, segundo a ordem estabelecida pelo constituinte.

Neste sentido, os estudos dos princípios como a reserva do possível, a razoabilidade<sup>1</sup> e proporcionalidade<sup>2</sup> são imprescindíveis para entendimento da

---

<sup>1</sup> Ensina Barroso (1997, p. 8) que "o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana, pretenderão extrair-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula. Ainda, explicita o autor que esta razoabilidade deve ser aferida, primeiramente, dentro da lei, se referindo à existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Outrossim, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente.

<sup>2</sup> O princípio da proporcionalidade, por sua vez, guarda relação com o conceito de justiça, expressando, assim, a ideia de moderação, equilíbrio e medida justa. À vista disso, como ensina Figueiredo (2007, p. 121), no que se refere aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade possui duplo sentido, pois funciona como forma de objeção e parâmetro mínimo de eficácia desses direitos. Logo, a fim de evitar excessos e absolutização dos direitos fundamentais, incide como fator de restrição dos mesmos. Contudo, também visa impedir abusos na restrição a esses mesmos direitos, operando como critério de aferição da razoabilidade das medidas restritivas.

problemática. Caliendo (2008, p. 204), ao comentar o princípio da reserva do possível salienta que o mesmo pode ser de ordem fática (falta de recursos) ou jurídica (orçamentária), fazendo com que “a ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social, pouco restando para questionamento.”

Assim, diante da inegável indisponibilidade de recursos públicos, os procedimentos de reprodução assistida esbarram com problemas de cunho jurídico e político. Conforme Bucoski e Silveira (2008, p. 8), no que se refere ao aspecto jurídico, além da escassez financeira e da dificuldade de promoção socioeconômica capaz de atenuar a imensa agonia social, a doutrina aponta a, já mencionada, reserva do possível, a qual funciona como verdadeira reserva financeira do possível.

Portanto, como já estudado no primeiro capítulo desse trabalho, através da reserva do possível entende-se que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos (BOTELHO, 2011, p. 113).

Os autores Bucoski e Silveira (2008, p. 16) apresentam a ideia de que a pretensão pelas técnicas de RA consiste em um direito de cunho individual que busca satisfazer uma necessidade momentânea ou visa simplesmente à satisfação pessoal. Porém, esta demanda gera um considerável custo e encontra obstáculos no direito público subjetivo atribuído à função jurisdicional, direito este que, conforme os autores:

[...] pode ser entendido como o poder-dever que consiste em, além de apreciar o caso concreto, apresentar solução conjugada aos desígnios sócio-coletivos mediante razoabilidade e ponderação – isto é, atentar para interesses maiores como sobreposição a aspirações meramente individuais.

Assim, os procedimentos de saúde devem ter tratamento compatível com o mínimo existencial à disposição de todos, pois deve suprir, ao menos, o mínimo necessário para uma vida digna, compreendendo esta a necessidade de vida física, como alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc., bem como a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, entre outros, a fim de evitar altos gastos e colocar como prioridade as verdadeiras necessidades da sociedade.

Neste sentido, de acordo com Bucoski e Silveira (2008, p. 13) através de dados fornecidos por uma pesquisa da Datafolha (2007 apud BUCOSKI; SILVEIRA,

2008, p. 13) e do IBGE (2006 apud BUCOSKI; SILVEIRA, 2008, p. 14), os gastos com saúde pública, em suas esferas federal, estadual e municipal, são inferiores aos gastos com o setor privado, concluindo-se assim que um menor volume de recursos está sendo direcionado para um maior número de beneficiários. O que demonstra a evidente defasagem dos recursos públicos em relação ao setor privado. Desse modo, a inserção dos custos decorrentes com a reprodução assistida agravaria ainda mais tal situação.

Os autores Bucoski e Silveira (2008, p. 14) também apresentam argumentos contrários à satisfação desse direito pelo sistema público, ao explicitarem que há outras necessidades igualmente decorrentes da concretização do mínimo existencial, as quais devem ser sopesadas, como a educação, segurança, saneamento, emprego e o próprio conceito básico de saúde. Portanto, antes de serem implantadas políticas de assistência a reprodução medicamente assistida, o que seria um grande avanço na área da saúde, faz-se necessário estruturar a base, o básico para a dignidade dos cidadãos.

Outrossim, não se deve ignorar o fato de haver a adoção como alternativa para os casais que sonham em ter filhos e não possuam condições de arcar os procedimentos de reprodução assistida. Porém, o desejo de gerar um filho geneticamente vinculado é extremamente dissociado do desejo de adotar uma criança, pois surgem de sentimentos pessoais diferentes do íntimo do casal, devendo ambos os desejos serem considerados igualmente legítimos e relevantes.

Desse modo, apesar de burocrática e cheia de obstáculos, a alternativa da adoção existe e deixa evidente que a reprodução assistida não é o único caminho para a superação de problemas que possam impedir o exercício da maternidade/paternidade (BUCOSKI; SILVEIRA, 2008, p. 13). Contudo, não é cabível o argumento de que a solução para tais casais, impedidos de ter filhos de forma natural, é a adoção, diante da grande quantidade de crianças procurando por uma família, e não a reprodução assistida por ser altamente dispendiosa, pois trata-se de decisão pessoal do casal.

Importante aludir que, por mais que se reconheça que os procedimentos de reprodução assistida estão abrangidos pelo direito subjetivo à saúde, estabelecendo assim o dever do Estado, não se pode olvidar que o Poder Judiciário, ao julgar, não deve pensar apenas naquele caso concreto, mas no todo, ou seja, nas consequências econômicas, éticas, entre outras, que a sua decisão pode causar na

esfera individual e coletiva. É evidente que a concessão de tal pretensão, gera consequências que ultrapassam os demandantes, pois são altamente dispendiosos podendo prejudicar outras pessoas que também buscam pela saúde, sendo necessário, portanto, que o julgador tenha esse olhar abrangente.

Além disso, não há garantia em nenhum dos procedimentos de que a gravidez realmente ocorrerá. As chances são das mais variadas, fazendo com que haja a possibilidade de o Poder Público dispor de uma considerável quantidade de dinheiro em algo que pode não ser eficaz. Desta forma, há consideráveis críticas em torno da questão, vez que não seria viável exigir que o Estado arque com um procedimento altamente dispendioso como estes se não há certeza quanto a sua eficácia.

Ao tratar do tema, Sarlet (2001, p. 12) questiona a respeito da área de atuação do Poder Judiciário:

Permanece, todavia a indagação se o Poder Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva do Estado, compelindo o Estado ao fornecimento de medicamentos, leitos hospitalares, enfim toda e qualquer prestação na área da saúde. Na medida em que o poder público não tem logrado atender (e aqui não se está adentrando o mérito das razões invocadas) o compromisso básico com o direito à saúde, contata-se a existência de inúmeras ações judiciais tramitando nos Foros e Tribunais brasileiros [...].

Sobre isso sustentam Resende e Meirelles (2015, p. 24) que a omissão do Estado aos deveres constitucionais de assegurar a plena fruição do direito à reprodução assistida submete-se ao controle judicial, sem que isso caracterize violação à separação e à independência dos Poderes, pois o Poder Judiciário não criará políticas públicas, nem usurpará a iniciativa do Poder Executivo, apenas determinará o cumprimento de deveres fundamentais constitucionalmente definidos, ainda que implicitamente.

Por fim, ressalta-se o princípio da proporcionalidade, o qual serve como parâmetro de valoração para o Poder Judiciário tomar suas decisões, visando equilibrar direitos individuais com os anseios da sociedade, evitando, assim, injustiças. Desse modo, como será analisado no próximo item, deve o Poder Judiciário, ao analisar as demandas referentes à reprodução assistida, aplicar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, pois muitas vezes tal postulação

pode ir além do próprio desejo pelo filho biológico, diante das graves consequências psicológicas que a infertilidade e a esterilidade podem causar.

### 3.2 ANÁLISE DE CASOS: O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL A RESPEITO DO CUSTEIO PÚBLICO DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.

Por se tratar de um tema de alta relevância e complexidade, o qual ainda não foi consolidado suscitando, desta forma, diversos julgados, cabe demonstrar tal controvérsia, através de trechos de alguns acórdãos. Para isto optou-se pela realização desta pesquisa no Tribunal do Rio Grande do Sul, através da utilização das palavras chaves “reprodução assistida SUS” no site do mesmo. Foram encontrados, desta forma, aproximadamente 16 julgados sendo que desses, 14 abordam especificamente o assunto, qual seja a concessão ou não de algum tipo de reprodução humana assistida através do Sistema Único de Saúde.

Em que pese, neste trabalho tenha sido optado por expor a mesma quantidade de julgados favoráveis e desfavoráveis ao custeamento dos procedimentos de reprodução humana assistida pelo Estado, por querer-se mostrar de forma igualitária os argumentos, ressalta-se que foi verificada maior facilidade em encontrar julgados favoráveis à concessão dos tratamentos, o que demonstra, em tese, que eles são mais corriqueiros. Porém, trata-se de peculiaridade do Tribunal do Rio Grande do Sul, pois ao pesquisar as mesmas palavras chaves nos sites de outros Tribunais, tais como o Tribunal de Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, entre outros, constatou-se que o indeferimento do pleito é mais recorrente.

Cumprir referir que a escolha pelo Tribunal do Rio Grande do Sul ocorreu a partir da constatação de que o mesmo possui um maior número de julgados com argumentos, tanto favoráveis quanto contrários à concessão de tal demanda, quando comparado com outros Tribunais do país, além disso verificou-se que o hospital Nossa Senhora da Conceição SA Fêmea localizado no referido Estado, na cidade de Porto Alegre, possui subsídios para realizar o procedimento de forma gratuita, nos termos da já estudada portaria de Nº 3.149 (BRASIL, 2012). Ademais, quis-se realizar a pesquisa neste Tribunal diante do interesse jurídico da autora, com vista a estudos posteriores, além de ser o Tribunal pertencente a sua região.

Percebeu-se que, de forma geral, todos sustentam para amparar suas pretensões o direito constitucional à saúde, disposto no artigo 196 da Constituição

Federal de 1988, o qual é definido como dever do Estado. Assim, tecidas as primeiras considerações em torno da problemática deste trabalho e delimitação do estudo dos julgados, serão apresentados e analisados os dois julgados escolhidos, sendo ambos do ano de 2012 por querer-se mostrar tamanha divergência dos argumentos no mesmo período de abrangência, quais sejam o Agravo de Instrumento nº 70047263785 e a Apelação Cível nº 70050554088.

O primeiro caso a ser analisado é o Agravo de Instrumento nº 70047263785, pertencente à Ação Ordinária nº 022/1.11.0016316-4, julgado pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 18 de Abril de 2012. Trata-se recurso interposto por Vagner Araújo dos Santos e Rosângela Cardozo Rodrigues em face de decisão que indeferiu medida antecipatória dos efeitos da tutela, contra o Estado do Rio Grande do Sul.

Na petição inicial os autores alegaram que Rosângela é portadora de infertilidade feminina (CID N.97) e endometriose (CID N.80), necessitando de tratamento de Fertilização In Vitro e dos medicamentos Estrofem 2mg, Menopur 75 UI, Orgalutran 0,25ml e Ovidrel 250mcg, para possibilitar sua gestação, vez que tenta há anos engravidar, tendo frustrada qualquer expectativa e não dispõe dos recursos financeiros necessários, além de ter sido encaminhada ao Sistema Único de Saúde, sem obter êxito. Ademais, requereu a antecipação dos efeitos da tutela por já possuir 45 anos, idade comprovada pela ciência que dificulta ainda mais a concepção.

Citado, o Estado apresentou contestação requerendo a improcedência do pedido, diante da sua ilegitimidade passiva, por ser o fornecimento do tratamento requerido competência do Município em que residem os autores. Narrou que cabe à Secretaria Municipal de Saúde encaminhar a autora ao Hospital de Clínicas para realização do tratamento postulado. No tocante ao pedido dos fármacos, alegou que não pertencem às listas de medicamentos dispensados pelo SUS, não sendo de competência do Estado seu fornecimento.

O juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente a demanda, pois entendeu que a pretensão de obter o tratamento para fertilização in vitro não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo Poder Público, contudo indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela diante da ausência de risco de vida e de dano à parte autora.

Inconformados com a decisão de indeferimento da liminar, os autores, em sede de Agravo de Instrumento, sustentaram que não se pode admitir que só haja merecimento da tutela antecipada quando a pessoa encontrar-se em risco absoluto e claro de morte. Referem que a infertilidade é uma patologia que acomete inúmeras pessoas e que na maioria dos casos acarreta transtornos e traumas. Por fim, discorrem sobre a urgência para a realização do procedimento médico diante da idade avançada da autora e acerca da obrigação do Estado, requerendo o provimento do recurso com a reforma da decisão com o intuito de antecipar os efeitos da tutela.

No julgamento o Desembargador Relator Francisco José Moesch, após o relatório, entendeu que o recurso merece prosperar, pois “não se pode privar um casal hipossuficiente de gerar um filho” (RIO GRANDE DO SUL, 2012a, p. 5), diante do dever constitucional do Estado de garantir o direito à saúde, não podendo a infertilidade humana ficar fora do âmbito dessa tutela. Ensina o relator que o argumento de que não implica risco à saúde o fato de não poder ter filhos não se sustenta, tendo em vista que a infertilidade é considerada uma patologia que pode ter consequências psicológicas e psiquiátricas, acarretando prejuízos à saúde física e emocional.

Referiu que apesar da medicina ter avançado, aumentando as chances de gravidez das mulheres com problemas de infertilidade, ainda há entraves sociais, burocráticos e, principalmente, financeiros que precisam ser analisados, tanto pela rede pública de saúde, quanto pela privada. Ainda, a proteção do direito à vida deve prevalecer em relação a qualquer outro interesse estatal, já que sem ela os demais interesses socialmente reconhecidos não possuem o menor significado ou proveito.

Para sustentar o dever do Estado na promoção e proteção à saúde, Sarlet (2012, p. 577) ensina que ao fazer a leitura do artigo 196 da Constituição Federal depreende-se:

[...] que nos encontramos, em verdade, no que diz com a forma de positivação, tanto em face de uma norma definidora de direito (direito à saúde como direito subjetivo, de todos, portanto de titularidade universal), quanto diante de normas de cunho impositivo de deveres e tarefas, pois o art. 196 enuncia que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera.”

Por fim, determinou que a obrigação é solidária entre União, Estados e Municípios, diante da comprovação, nos autos, de que a autora apresenta patologias que a impossibilitam de ter uma gravidez natural, necessitando da realização do tratamento, o mais breve possível, haja vista que já conta com 45 anos de idade, pois “a urgência do tratamento pleiteado não poderia aguardar uma solução demorada e burocrática sob pena de malferir o texto constitucional” (RIO GRANDE DO SUL, 2012a, p. 17). Por maioria, portanto, foi concedido provimento ao agravo, vencido o Desembargador Marco Aurélio Heinz, que negou provimento.

Importante mencionar que foram apresentadas contrarrazões e o Ministério Público opinou pelo provimento do recurso. Posteriormente, os autores requereram o bloqueio de valores, o qual foi deferido. Foram, então, os autos conclusos para sentença, tornando definitiva a decisão em 01 de março de 2015 que antecipou os efeitos da tutela e na qual entendeu o julgador, Mauro Peil Martins, pela manifesta procedência da demanda, competindo ao réu disponibilizar em favor dos autores o procedimento reclamado na inicial e o fornecimento dos medicamentos, por imposição constitucional.

Neste sentido, interessante referir questão semelhante que foi brilhantemente analisada pelo Desembargador Carlos Roberto Lofego Caníbal, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº. 70055274518/RS.

A Constituição Federal de 1988 enumera, dentre os direitos fundamentais de todo o cidadão, o direito à vida. O legislador constituinte, ao garantir o direito à vida, garante não apenas o direito a manter-se vivo, mas também ao direito de dar a vida, de gerar um ser humano. A própria Carta Republicana tem na família a base da sociedade (art. 226). Do que se percebe, há intenção por parte do Ministério da Saúde em garantir tratamento às mulheres inférteis, o que não há, no entanto, é agilidade, efetividade. E agilidade é tudo o que deve prevalecer em se tratando de infertilidade feminina, pois é cientificamente comprovado que quanto maior a idade da mulher, menores são as chances de uma gravidez, até mesmo em razão da diminuição, a cada ano, do número e também da qualidade dos óvulos. O tempo, nestes casos, passa a ser o maior inimigo. Não há falar, pois, em ausência de perigo de dano. E mais, há irreversibilidade negativa, na medida em que, quanto maior a idade da mulher infértil, menores as chances de sucesso da reprodução assistida. A temática é das mais atuais, silenciada de longa data, possivelmente por não ser interessante para o Governo, pelo alto custo dos tratamentos de reprodução assistida. Ocorre que para estas mulheres, cuja única alternativa são justamente as técnicas de reprodução assistida, a sociedade tem o dever de dar uma resposta. E esta resposta não pode ser outra senão garantir-lhes o direito de gerar uma vida, de constituir uma família, sem o argumento simplista de que para estes casos, de infertilidade, há a opção da adoção. Adotar, sem dúvida alguma, é um ato de amor, e deve receber todo o incentivo, mas não se pode entender seja esta a única resposta que se pode dar a quem tem todo o direito de gerar uma vida, sobretudo quando a

medicina avança a cada dia no sentido de tornar realidade o que antes era apenas um sonho. Ao se negar o direito à autora de se utilizar de todas as técnicas éticas e legais disponíveis para que venha a gerar um filho, se estará compactuando com um sistema que elege quem tem o direito e quem não tem o direito de ser mãe, cujo liame se encontra entre quem tem condições econômicas para suportar os altos custo, e quem não tem. Inteligência do disposto nos artigos 5º, *caput*, 196 e 226, *caput* e §7º, da Constituição Federal, Lei Federal nº 9.263/96 e Portarias 426/05 e 388/05, do Ministério da Saúde (BRASIL, 2013, p. 1-2).

Assim, a partir da análise desse primeiro acórdão, o qual se posicionou favoravelmente ao financiamento estatal do procedimento da reprodução humana assistida, pode-se perceber a consistência dos argumentos dispostos, vez que entendem os julgadores que ao abordar os tratamentos das doenças da infertilidade e esterilidade para aqueles que não possuem condições de realizá-los pela via particular, automaticamente estar-se-á abordando o direito fundamental à saúde.

Por sua vez, o segundo julgado a ser examinado é a Apelação Cível nº 70050554088, pertencente à Ação Ordinária nº 029/1.10.0005921-1, julgado pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 02 de outubro de 2012. Trata-se recurso interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação declaratória, cumulada com condenação em obrigação de fazer e pedido de tutela antecipada, promovida por Marlei Malokowski.

Na petição inicial a autora, portadora de patologia de infertilidade, requereu, juntamente com o seu companheiro, a realização do tratamento de reprodução assistida por meio da fertilização *in vitro* e os medicamentos necessários, quais sejam 06 (seis) canetas de Gonal F Pen 450, 21 (vinte e uma) ampolas de Gonapeptyl Daily e 01 (uma) ampola de Ovidrel, diante da sua impossibilidade de arcar com os procedimentos sem prejuízo da sua subsistência. Sustenta a autora que a Constituição Federal assegura o direito à saúde e que o Código de Processo Civil prevê a concessão da tutela específica, postulando, assim, a determinação do fornecimento dos medicamentos de forma antecipada, tornando-se, ao final, definitiva a medida, a qual foi deferida pelo magistrado.

Após ser citado, o demandado sustentou, entre outros argumentos, que tratamento para infertilidade não se enquadra como tutela específica do direito à saúde, inexistindo lei que ampare a pretensão deduzida na inicial, sobretudo considerando a escassez de recursos para o atendimento à saúde, fazendo-se necessária a racionalização da dispensação, sob pena de ofensa aos princípios de

legalidade, universalidade, isonomia e igualdade decorrentes da norma constitucional que confere o direito à saúde aos cidadãos.

Após a apresentação dos memoriais pelas partes, o Ministério Público, opinou pela procedência do pedido. Sucessivamente, na decisão de primeiro grau o julgador entendeu pela procedência do pleito, condenando o demandado a fornecer à autora, observada a antecipação de tutela acima deferida, os medicamentos e o procedimento, diante da comprovação da necessidade de tratamento específico relacionado ao direito à saúde – Infertilidade (CID N97) e da falta de recursos para induzir a ovulação. Em relação à procedência da tutela antecipada, esta ocorreu tendo em vista a idade já avançada da autora - 38 anos - havendo verossimilhança do pedido e perigo de demora da prestação jurisdicional.

Dessa forma, inconformado com tal decisão, o Estado interpôs recurso de apelação atestando que o julgamento de procedência da demanda implica em ofensa aos princípios da universalidade, isonomia e igualdade, bem como da reserva do possível. Além disso, insurgiu-se quanto à obrigação prevista no art. 196, da Constituição Federal, pois os medicamentos requeridos não são fornecidos pelo SUS, razão pela qual não há como responsabilizar o ente estatal, sendo responsabilidade da União o fornecimento de medicamentos ou tratamentos não arrolados nas Portarias do Ministério da Saúde no âmbito do SUS. Assim, a Procuradoria Geral de Justiça exarou parecer pelo desprovimento do agravo retido e parcial provimento ao recurso do Estado.

Os Desembargadores, em conformidade com o Desembargador Relator João Barcelos de Souza Júnior, decidiram por negar o provimento do agravo retido. Isto porque entendem que compete à União, aos Estados e aos Municípios o resguardo dos direitos fundamentais relativos à saúde e à vida dos cidadãos, consoante dispositivo do art. 196, da CF, bem como a Constituição Estadual, em seu artigo 241. Dessa forma, resta claro a solidariedade dos entes públicos, “e optando a parte autora em ajuizar a demanda apenas contra o ente estatal, é de ser indeferido o pedido de inclusão da União no polo passivo da ação, bem como de desconstituição do processo a partir dessa decisão” (RIO GRANDE DO SUL, 2012b, p. 5).

Destarte, em que pese tenham os desembargadores entendido pelo desacolhimento dos argumentos do apelante, inclusive quanto à afronta aos princípios da reserva do possível, bem como da igualdade, isonomia e universalidade, julgaram procedente a apelação interposta pelo Estado, pois “a

patologia em questão não traz risco à saúde da autora tampouco à sua vida, motivo ensejador e suficiente para o indeferimento da tutela e, por conseguinte à improcedência do pedido” (RIO GRANDE DO SUL, 2012b, p. 9).

Faz o relator referência ao Desembargador Almir Porto da Rocha Filho, quando do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 70046875720, razão pela qual, diante da relevância de seus argumentos, ressalto-os:

[...] não se pode considerar o desejo de engravidar como dano de difícil reparação, com obrigação do Estado a fornecer os meios para tal tentativa. Não há qualquer risco à saúde da autora. Não se está aqui desconsiderando o sonho da maternidade, tampouco colocando em dúvida a frustração e o sofrimento que a infertilidade certamente lhe acarretam. Todavia, o custo com esse tipo de tratamento é alto, não sendo adequado redirecionar parte da verba pública destinada à saúde para tal, sob pena de malferir o direito de outros pacientes que correm até mesmo risco de vida. Esta Câmara já consolidou o entendimento segundo o qual o fornecimento de tratamento para infertilidade não constitui dever do Estado, eis que não se trata de risco à vida ou à saúde, bens jurídicos protegidos prioritariamente pela Constituição Federal (BRASIL, 2011, p. 4-5).

Importante fazer menção ao aspecto trazido por Barroso (2009, p. 3), o qual explica que prover receitas suficientes para a área da saúde também representa uma obrigação do Estado:

[...] proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis [...] não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estado e Municípios – deve ser responsabilizado [...] diante disso os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos [...] tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

Nessa senda, Tavares, citada por Barroso (2009, p. 27), afirma que é comum que alguns magistrados determinem a concessão inclusive de remédios importados, muito dispendiosos, não se sensibilizando aos argumentos de inexistência dos mesmos ou de seu alto custo, pois acreditam que os recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo. Afirma ainda a autora que existe sim tal desperdício, o qual não é privilegio do Poder Executivo, mas não há dúvida que os recursos são escassos.

Observa-se, portanto, que apesar de terem sido ambos os acórdãos julgados no mesmo ano e pelo mesmo Tribunal, as posições são extremamente contrárias, pois enquanto no primeiro houve o entendimento de que pertencem os

procedimentos de reprodução assistida ao direito fundamental à saúde, sendo, portanto, devido o custeio público dos mesmos, no segundo os julgadores assim não entenderam, pois sustentam que a infertilidade e a esterilidade não causam danos à saúde dos portadores de tais enfermidades, vez que o planejamento familiar não se refere ao direito fundamental à saúde, dever do Estado. Além disso, afirmaram que tais demandas causam um custo elevadíssimo ao Estado, o qual não tem condições de arcar.

## CONCLUSÃO

Diante da necessidade de regulamentar as relações humanas em suas mais diversas áreas, faz-se imprescindível à aproximação das ciências jurídicas e das ciências médicas. Porém, conforme estudado neste trabalho, o Direito ainda não consegue acompanhar a Medicina, e a ciência em geral, de forma satisfatória, deixando de criar normas regulamentadoras sobre diversos assuntos, o que, por vezes, gera vários questionamentos que podem demandar do Poder Judiciário a resolução de tais conflitos.

É o que ocorre com as técnicas de reprodução humana assistida, vez que, além de não possuírem normas que regulem suas práticas, nada há na legislação a respeito da realização dos seus procedimentos no âmbito do Sistema Único de Saúde. Assim, evidente que a população que necessita de tais procedimentos e não possui condições de arcar com os mesmos vêm buscando a via judicial para a concretização de suas pretensões.

Desta forma, este trabalho buscou apresentar e discutir alguns argumentos jurídicos contrários e favoráveis ao custeamento público dos procedimentos da reprodução medicamente assistida. Nesse sentido, concluiu-se que a infertilidade e a esterilidade são doenças que merecem tratamento e amparo, sendo abrangidas, portanto, pelo direito subjetivo à saúde, uma vez que não se tratam apenas de problemas relacionados à fertilidade, mas muitas vezes acarretam doenças de cunho psicológico, além dos próprios danos físicos e biológicos.

Assim, ao serem negados tais procedimentos pela via estatal estar-se-á negando o direito fundamental à saúde. Além disso, verificou-se que o planejamento familiar não abrange apenas o controle de natalidade, mas também a assistência à concepção. Logo, não pode o Estado negar-se a fornecer os meios tecnológicos disponíveis, sob o risco de, assim o fazendo, violar o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, tais procedimentos demandam custos elevadíssimos e a infertilidade e a esterilidade, se comparadas com outras doenças que acometem a população carente, por vezes, podem não serem classificadas com tamanha urgência e prioridade. Deste modo, diante da dependência de disponibilidade financeira do Estado para que os direitos fundamentais sejam efetivados e da

inegável insuficiência de recursos públicos, tal direito resta, indevidamente, prejudicado.

Não obstante, ser a efetivação do direito à saúde, mediante a implementação de políticas públicas, competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo, essa problemática vem repercutindo no Poder Judiciário, o qual poderá determinar a implementação gradual de medidas concretas, vez que são necessárias à efetivação desse direito fundamental. Dessa forma, deve o Poder Judiciário fazer uso da racionalidade no modo como os recursos são alocados, além da utilização de critérios econômicos em suas decisões e da autocontenção, a fim de compelir o Estado a implementar políticas públicas.

Críticas há relacionadas a impossibilidade jurídica do controle judicial por, a princípio, ocasionar violação a separação de poderes, vez que o Poder Judiciário estaria decidindo de maneira a ter ingerência em questões reservadas ao Poder Executivo. Ocorre que, o inadimplemento das obrigações constitucionais por parte do Poder Público confere ao Poder Judiciário o dever de assegurar o cumprimento das normas constitucionais, sem que isso venha, evidentemente, a caracterizar violação ao princípio da separação dos Poderes.

Assim, acredita-se que cada caso deve ser particularmente analisado pelo Judiciário, diante das necessidades as quais são infinitamente distintas de acordo com cada ser humano, cada contexto e realidade social, aplicando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois se verificado que tais doenças, por impossibilitarem a gestação, geram danos que sobressaem os danos físicos e biológicos e que não se trata de mera vaidade ou capricho do casal, não há que se falar em reserva do possível.

Consequentemente, não pode ser alegada a reserva do possível frente a direitos fundamentais como a saúde e a dignidade humana, as quais devem ser consideradas valores maiores e bens primários, no sentido de que antecedem os demais e sem os quais não há sentido em obter outros valores e bens.

Por ser uma questão de saúde pública, devem as verbas ser providas da mesma forma que as outras, das mesmas receitas que garantem os demais tratamentos para a saúde. Não podendo ignorar que, ao ser estudado o caso e sendo verificado que não é necessária a imediatidade na realização do procedimento, pode-se conceder uma escala de urgência menor, diante da série de enfermidades que acometem a população carente.

Outrossim, é imprescindível a elaboração de uma regulamentação pelo Poder Legislativo para o uso das técnicas e que disponha sobre o custeamento público das mesmas, a fim atenuar a abundância de demandas judiciais e lacunas a respeito. Além disso, pode-se constatar a importância de um planejamento orçamentário por parte da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, bem como da consciência da distinção entre a regulamentação e reconhecimento de um direito e a eficácia prática do mesmo. Dentro desse contexto, o direito de acesso à reprodução assistida acarreta infinitas ponderações sem as quais jamais pode-se distanciar, sob pena de incidir em graves juízos destoados da realidade sócio-jurídica presente.

Ademais, ao serem analisados os acórdãos nos sites de vários Tribunais do país, tais como o Tribunal do Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná, Santa Catarina, entre outros, percebeu-se que, em sua maioria, se reconhece a reprodução assistida como inserta no direito fundamental à saúde. Contudo, os Tribunais também reconhecem a insuficiência e a má administração de recursos por parte do Estado, o qual é incapaz de tutelar tal direito no momento. Porém, como já mencionado, não pode o Poder Público, ao argumento da reserva do possível, se desvincular do cumprimento de suas obrigações, principalmente às obrigações relacionadas à efetivação dos direitos fundamentais para a tutela do mínimo existencial da população.

Em relação ao Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, o qual foi local de abrangência para análise mais específica dos julgados, percebeu-se que este possui a singularidade de estar, na maioria dos casos, concedendo o custeio público das técnicas de RA, o que demonstra que há legitimidade e respaldo para tal pretensão.

Assim, fica evidente a controvérsia existente em diversas obras e julgados acerca da possibilidade e efetivação da concessão dos procedimentos de reprodução humana assistida de forma universal, através do financiamento estatal, uma vez que trata-se de um direito constitucional, porém sem amparo financeiro para sua devida efetivação.

Diante de todo o estudo doutrinário e jurisprudencial realizado neste trabalho, conclui-se que é necessário que o Poder Judiciário determine a efetivação do direito à saúde quando houver demanda do interessado que não possua condições de arcar com as técnicas de reprodução humana medicamente assistida, vez que esse direito fundamental deve ser analisado e compreendido de forma ampla, abarcando

a saúde física e psíquica. Logo, a satisfação deve ter atendimento, não se sustentando simplesmente a alegação da reserva do possível por parte do Estado.

Portanto, acertadas as posições do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao conceder tal direito tendo em vista o valor humano dos demandantes, devendo este entendimento ser divulgado para difundir a cultura de respeito aos direitos fundamentais, especialmente quando referentes a questões existenciais tão importantes, como as que envolvem o mínimo existencial do ser humano, à saúde, a dignidade da pessoa humana e o planejamento familiar.

Desse modo, com este estudo quis-se contribuir para a ampliação das reflexões acerca do alcance e da garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, principalmente no que tange a abrangência do direito à saúde. Ainda, demonstrou-se a importância dos estudos das doenças de infertilidade e esterilidade humanas, com os seus respectivos tratamentos, quais sejam os procedimentos de reprodução humana assistida, os quais fazem parte do direito fundamental à saúde e devem ser incluídos na lista de tratamentos realizados pelo Sistema Único de Saúde.

## REFERÊNCIAS

- AHMAD, R. B. R. **Identidade Genética e Exame de DNA**. Curitiba: Juruá, 2009. Disponível em: <<https://www.jurua.com.br/bv/conteudo.asp?id=21430#primeira>>. Acesso em: 16 out. 2016.
- ALBANO, Lílian Maria Jose. **Biodireito: os avanços da genética e seus efeitos éticos jurídicos**. São Paulo: Editora Atheneu, 2004.
- ALMEIDA, Aline Mignon. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- AMARAL, Gustavo. **Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes**. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas**, in Revista Diálogo Jurídico, nº 15, janeiro/fevereiro/março de 2007, Salvador, Bahia, p. 12. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> . Acesso em: 09 nov. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 13, n. 3, 1997. Disponível em: <[http://dspace/xmlui/bitstream/item/17641/geicIC\\_FRM\\_0000\\_pdf.pdf?sequence=1](http://dspace/xmlui/bitstream/item/17641/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 07 nov. 2016.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL, Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Para entender a gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2003, p. 14 e 24. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para\\_entender\\_gestao.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990a. Brasil, Brasília, 21 de novembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 05 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 591, de julho de 1992. Atos Internacionais. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, Brasília, 06 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em 10 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 99.060, de 7 de Março de 1990. Vincula o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS ao Ministério da Saúde, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 de março de 1990b. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99060-7-marco-1990-328511-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 22 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 de setembro de 1990c. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 22 set. 2016

\_\_\_\_\_. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm)>. Acesso em: 28 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 8.142, 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 de dezembro de 1990d. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm)>. Acesso em: 22 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Portaria MS/GM n. 1.187, de 13 de julho de 2005. Suspende por até 30 dias, o efeito das Portarias para análise de impactos financeiros e apreciação da Comissão Intergestores Tripartite. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 jul. 2005c. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=6183>>

&tipo=PORTARIA&orgao=Minist%20E9rio%20da%20Sa%20FAd%20Gabinete%20do%20Ministro&numero=1187&situacao=VIGENTE&data=13-07-2005>. Acesso em: 24 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Portaria n. 426/GM de 22 de março de 2005. Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências. **Ministro de Estado da Saúde Humberto Costa**, 22 de março de 2005a. Disponível em: <[http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/portaria\\_426\\_ac.htm](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm)>. Acesso em: 24 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Portaria nº 3.149 de 28 de dezembro de 2012. Ficam destinados 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. **Diário Oficial da União**, Ministério da Saúde. Disponível em: <[http://bvsm.sau.gov.br/bvs/sauolegis/gm/2012/prt3149\\_28\\_12\\_2012.html](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/sauolegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Portaria SAS n. 388 de 06 de julho de 2005. Determina que as Secretarias de Saúde dos estados e do Distrito Federal adotem em conjunto com os municípios, as providências necessárias para organizar e implantar as redes estaduais, municipais e do Distrito Federal de Atenção em Reprodução Humana Assistida, sendo o Estado o responsável pela coordenação da rede. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jul. 2005b. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=192801>>. Acesso em: 24 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Resolução n. 2.121/2015, de 24 de setembro de 2015. **Conselho Federal de Medicina**. Brasília. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdfhtm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdfhtm)> Acesso em: 13 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-9**, de 29 de abril de 2004. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro Celso de Mello Relator. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2016.

BUCOSKI, Carolina Graciano; SILVEIRA, Rafael Alexandre. **Políticas públicas de reprodução assistida e seus desdobramentos jurídicos e bioéticos**. São Paulo, Anuário Da Reprodução De Iniciação Científica discente, vol. XI, Nº 12, 2008. Disponível em: <<http://sare.anhanguera.com/index.php/anuic/article/viewArticle/479>>. Acesso em: 20 out. 2016.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica**. São Paulo: Campus Jurídico, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, 7 ed. 2000.

CARVALHO, Mariana Siqueira de. **A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito Sanitário, v.4, n. 2, p. 15-31, jul. 2003. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/81181>>. Acesso em: 08 set. 2016

CENTRO DE FERTILIDADE. **Causas de infertilidade: fator ovariano**. Curitiba. Disponível em:< <http://www.centrodefertilidade.com.br/causas-da-infertilidade/fator-ovariano/>>. Acesso em: 10 out. 2016.

CESCHIN, Álvaro Pigatto. **Filhos! Invista neste sonho: a arte da reprodução humana**. Curitiba: Álvaro Pigatto Ceschin, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.358/1992**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016.

CORLETA, Helena Von Eye; FRANJNDLICH, Renato. **Infertilidade**. Portal ABC da Saúde, 2016a Disponível em: < <https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/infertilidade-introducao>>. Acesso em: 08 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Fator Tubo Peritoneal**. Portal ABC da Saúde, 2016b. Disponível em:<<https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/fator-tubo-peritoneal>>. Acesso em: 10 out. 2016.

CORNEL, César Augusto. et al. **Guideline de Reprodução Assistida**. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, [20-- ]. Disponível em: <[http://www.sbrh.org.br/sbrh\\_novo/guidelines/guideline\\_pdf/guideline\\_reproducao\\_%20assistida.pdf](http://www.sbrh.org.br/sbrh_novo/guidelines/guideline_pdf/guideline_reproducao_%20assistida.pdf)> Acesso em: 10 out. 2016.

COSTA RICA, Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 10 set. 2016.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Trad. Jonas Camargo Fonseca. São Paulo: Ediouro, 1993. Disponível em:<<http://lelivros.me/book/baixar-livro-a-cidade-antiga-fustel-de-coulanges-em-pdf-epub-e-mobi/>>. Acesso em: 15 out. 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito à saúde: rede brasileira de educação em direitos humanos**. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/dallari3.htm>>. Acesso em: 06 out. 2016.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. **Organização das Nações Unidas**, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> >. Acesso em: 10 set. 2016.

DEL CONT, Valdemir. **Francis Galton: eugenia e hereditariedade**. Sci. stud. vol.6 no.2, São Paulo Apr./June 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-31662008000200004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662008000200004)>. Acesso em: 07 nov. 2016.

DENTILLO, Daniel Blasioli. **Cresce demanda por tratamento de infertilidade, mas o acesso é ainda caro e seletivo**. Cienc. Cult., São Paulo, v. 64, n. 4, Dec. 2012. Disponível em <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S000967252012000400005&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000967252012000400005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 28 out. 2016.

DIAS, M. B.; REINHEIMER, T. L. **A reprodução assistida heteróloga nas uniões homoafetivas**. 2012. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a\\_reprodu%20assistida\\_heter%203loga\\_nas\\_uni%20es\\_\\_homoafetivas\\_-\\_thiele.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_reprodu%20assistida_heter%203loga_nas_uni%20es__homoafetivas_-_thiele.pdf)>. Acesso em 12 out. 2016.

EMBRYO Centro de Reprodução Humana. **Fator Cervical**. Curitiba. Disponível em: <<http://www.embryo.med.br/web/causas-de-infertilidade/fator-cervical/>>. Acesso em: 08 out. 2016.

FAGOT-LARGEAULT, Anne. **Reflexões sobre a noção de qualidade de vida**. Revista de Direito Sanitário, v.2, n. 2, p. 87-107, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/83468/86428>>. Acesso em: 09 set. 2016.

FARINATI, Débora Marcondes; RIGONI, Maisa dos Santos; MÜLLER, Marisa Campio. **Infertilidade: um novo campo da Psicologia da saúde**. Estudos de Psicologia, Campinas I 23(4) I 433-439 I outubro - dezembro 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v23n4/v23n4a11.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2016.

FEDERAÇÃO Internacional de Ginecologia e Obstetrícia. **Manual de Reprodução Humana**. 1997. Disponível em: <<http://www.itarget.com.br/newclients/sggo.com.br/2008/extra/download/manualINFERTILIDADE-CONJUGAL>>. Acesso em: 08 out. 2016.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Recife: O Autor, 2008. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito. Disponível em:<[http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/3830/arquivo2380\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/3830/arquivo2380_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 10 out. 2016.

FGO Clínica de Fertilização. **Fertilidade: infertilidade e esterilidade**. São Paulo. Disponível em:< <http://www.clinicafgo.com.br/fertilidade/infertilidade-e-esterilidade/> >. Acesso em: 08 out 2016.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2007.

FREITAS, Marcia de; SIQUEIRA, Arnaldo A.F.; SEGRE, Conceição A. M. **Avanços em Reprodução Assistida**. Revista Brasileira de Crescimento Desenvolvimento Humano. 2008; 18(1): 93-97. Disponível em: <[http://www.producao.usp.br/bitstream/handle/BDPI/14359/art\\_FREITAS\\_Avancos\\_e\\_m\\_reproducao\\_2008.pdf?sequence=1](http://www.producao.usp.br/bitstream/handle/BDPI/14359/art_FREITAS_Avancos_e_m_reproducao_2008.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 15 out. 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 672.

GIALDINO, Rolando E. “**El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud**”. Investigaciones, n.3, Buenos Aires, 2001, p. 503-509. Disponível em: <[http://www.csjn.gov.ar/dbei/ii/investigaciones/2001\\_3.pdf](http://www.csjn.gov.ar/dbei/ii/investigaciones/2001_3.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2016.

GLANZ, Aída. **Os direitos sociais e a moderna teoria da constituição**. Cidadania e Justiça, v. 5, n. 12, p. 109-114, jul./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14060-14061-1-PB.htm>>. Acesso em: 06 out. 2016.

GLOBO CIÊNCIA. **Quanto custa a reprodução assistida? Preço pode variar de acordo com a técnica utilizada e o local do tratamento**. 2013. Disponível em: <<http://glo.bo/17cVYJU>>. Acesso em: 20 set. 2016.

GUILHERM, Dirce; PRADO, Mauro Machado do. **Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas**. Revista Bioética, 2001. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/249/24](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/249/24)>. Acesso em: 19 out. 2016.

HÜBNER, Laura Cristiane; SILVEIRA, Aranita Araújo da. **A reprodução assistida e sua concessão através do sistema único de saúde (SUS)**. Santa Maria, XV Simpósio de ensino, pesquisa e extensão do Centro Universitário Franciscano, 2011. Disponível em: <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2011/Trabalhos/2206.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

LOBATO, Anderson Cavalcante. **Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais**. Estudos Jurídicos: Porto Alegre, v. 32, n. 86, p. 5-24, set./dez, 1999. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/3706/Os%20desafios%20da%20prote%C3%A7%C3%A3o%20jurisdicional%20dos%20direitos%20sociais,%20econ%C3%B4micos%20e%20culturais.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 07 set. 2016.

LOHN, Francielli Thiesen. **O direito à reprodução assistida pelos segurados de planos de saúde nos casos de infertilidade**. Revista Jus Navigandi, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43037/o-direito-a-reproducao-assistida>>

pelos-segurados-de-planos-de-saude-nos-casos-de-infertilidade>. Acesso em: 07 nov. 2016.

MEDICINANET. CID 10: **N97 – Infertilidade Feminina**. Disponível em: <[http://www.medicinanet.com.br/cid10/2160/n97\\_infertilidade\\_feminina.htm](http://www.medicinanet.com.br/cid10/2160/n97_infertilidade_feminina.htm)>. Acesso em 27, out. 2016.

MEDIPÉDIA. **Conteúdos e Serviços de Saúde**, 2012. Disponível em: <<http://www.medipedia.pt/home/home.php?module=artigoEnc&id=798>>. Acesso em: 08 out. 2016

MILANEZ, Daniela. **O Direito à Saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo. 237: 197-22. Jul./Set. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44372>>. Acesso em: 20 Set. 2016

MOREIRA, Simone da Nóbrega Tomaz. **Abordagem dos aspectos psicológicos da mulher infértil: um estudo quali-quantitativo**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2004. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/13423/1/SimoneNB.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2016.

MORI, Maurizio. **Fecundação assistida e liberdade de procriação**. Revista Bioética, 2001. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/245](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/245)>. Acesso em: 19 out. 2016.

MURCIA-LORA, J. M.; ESPARZA-ENCINA, M. L. **Ventajas de la Reproducción Humana Natural**. In: Persona y Bioética, Navarro, v. 13, n. 1, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/pebi/v13n1/v13n1a07.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. **As novas técnicas de reprodução à luz dos princípios constitucionais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1854/as-novas-tecnicas-de-reproducao-humana-a-luz-dos-principios-constitucionais/1>>. Acesso em: 10 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde, 1946**. Disponível em: <<http://www.who.int/governance/en/>>. Acesso em: 19 set. 2016.

PAGAN, Manuela. **Tratamento de infertilidade pelo SUS: como fazer reprodução assistida gratuitamente**. Vixcombrasil. Disponível em: <<http://www.vix.com/pt/bdm/saude/tratamento-de-infertilidade-pelo-sus-como-fazer-reproducao-assistida-gratuitamente>>. Acesso em: 19 out. 2016.

PALUDO, AC. **Bioética e direito: procriação artificial, dilemas ético-jurídicos.** Jus Navigandi, 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2333>>. Acesso em: 20 out. 2016.

PEREZ LUÑO, António E. **Los derechos fundamentales.** 5 ed. Madrid: Tecnos, 1993. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex120/BMD000012015.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2016.

RAFFUL, Ana Cristina. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade.** São Paulo: Saraiva, 2000.

RESENDE, Augusto César Leite de; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A Proteção do Direito Fundamental à Reprodução Assistida no Brasil.** Derecho y Cambio Social, 2015. Disponível em: [http://www.derechoycambiosocial.com/revista039/A\\_PROTECAO\\_DO\\_DIREITO\\_FUNDAMENTAL\\_A\\_REPRODUCAO\\_ASSISTIDA.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista039/A_PROTECAO_DO_DIREITO_FUNDAMENTAL_A_REPRODUCAO_ASSISTIDA.pdf)>. Acesso em: 28 out. 2016.

RIBEIRO, Marina. **Infertilidade e reprodução assistida: clínica psicanalítica.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=wLTSRKeTzwzQC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q=identificat%C3%B3ria&f=false](https://books.google.com.br/books?id=wLTSRKeTzwzQC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=identificat%C3%B3ria&f=false)>. Acesso em: 16 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº. 70047263785/RS.** Estado do Rio Grande do Sul, Vagner Araújo dos Santos e Rosângela Cardozo Rodrigues. Relator Desembargador Francisco José Moesch. 21ª Câmara Cível da Comarca de Pelotas, RS, 18 de abril de 2012a. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70047263785&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70047263785&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 08 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº. 70050554088.** Estado do Rio Grande do Sul e Marlei Malokowski. Relator Desembargador Barcelos de Souza Júnior. 2ª Câmara Cível da Comarca de Santo Ângelo, RS, 03 de outubro de 2012b. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70050554088&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as\\_qj=7005055408&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70050554088&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=7005055408&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 08 nov. 2016.

RUEDA, Patrícia Daza. **Causas da Esterilidade.** Portal Boa saúde: Belo Horizonte, Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.boasaude.com.br/artigos-de-saude/3906/-1/causas-da-esterilidade.html>>. Acesso em 09 out. 2016.

SAMRSLA, Mônica. et al. **Expectativas de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF – Estudo Bioético.** Brasília, DF, Cátedra

UNESCO de Bioética da Universidade de Brasília, 2007. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/%0D/ramb/v53n1/19.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

SANTA JOANA, Centro de Reprodução Humana. **Causas da Infertilidade**. São Paulo. Disponível em: < <http://www.hmsj.com.br/centroreproducaohumana/causas-infertilidade>>. Acesso em: 08 out. 2016.

SANTOS, Tereza Almeida; RAMOS, Mariana Moura. **Esterilidade e Procriação medicamente assistida**. Coimbra: Estado da Arte, 2010. Disponível em: < [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=2FN0Y8ygNRUC&oi=fnd&pg=PA5&dq=esterilidade+%C3%A9&ots=FlxGyTQFqR&sig=-09XMxYRJJkhlgEDx90Q\\_zM3Krk#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=2FN0Y8ygNRUC&oi=fnd&pg=PA5&dq=esterilidade+%C3%A9&ots=FlxGyTQFqR&sig=-09XMxYRJJkhlgEDx90Q_zM3Krk#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 16 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 10, jan. 2002, p. 8-9. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 set. 2016

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo, 2009. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/pt-br.php>>. Acesso em: 08 out. 2016.

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

\_\_\_\_\_. **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; SILVEIRA, Fernando Heitor Raphael. **Reprodução Assistida, planejamento familiar e saúde sob a constituição de 1988**. São Paulo, Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. Disponível em: < [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2752.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2752.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2016.

SILVA, Cláudio Barros. **Seguridade Social, Controle Social e o Ministério Público**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n. 3, jul/1995. Disponível em: < [http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1275673701.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275673701.pdf)>. Acesso em: 09 set. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WORLD, Health Organization. **Reproductive, Maternal and Child Health European Regional Office. Definitions and indicators in family planning maternal & child health and reproductive health** used in the Who regional office for Europe. 2001. Disponível em: <<https://extranet.who.int/iris/restricted/bitstream/10665/108284/1/E68459.pdf>>. Acesso em 16 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Infecundity, infertility, and childlessness in developing countries**. DHS Comparative Reports, No. 9. Calverton, MD, ORC Macro and the World Health Organization, 2004. Disponível em: <<http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/DHS-CR9.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.