

# O DIREITO A REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO DERIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E DO DIREITO DE FORMAR FAMÍLIA

Alessandra Mendes Spalding<sup>1</sup>

Francis Pignatti do Nascimento<sup>2</sup>

Vladimir Brega Filho<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa trazer reflexões sobre o direito ao planejamento familiar através da reprodução assistida como derivação do direito fundamental à saúde. Para tanto, pretende-se analisar a luz da legislação existente no Brasil, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para o oferecimento da reprodução assistida pelo Estado.

**Palavras-Chave:** Direito Fundamental – Direito à saúde – Direito ao planejamento familiar – Reprodução Assistida

**Abstract:** The purpose of this article is to bring reflections on the right to family planning through assisted reproduction as a derivation of the fundamental right to health. To do this, it is intended to analyze through the legislation in Brazil the possibility of intervention by the Judiciary to offer reproduction assisted by the State.

---

<sup>1</sup> Doutoranda pela Universidade do Norte do Paraná-UENP. Possui mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2003).

<sup>2</sup> Tabelião de Notas e Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais no Estado de São Paulo. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

<sup>3</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e estágio de pós-doutoramento na Universidade de Lisboa (2013).

Keywords: Fundamental Right – Health Rights – Right do Family planning – Assisted Reproduction

## 1. INTRODUÇÃO



presente trabalho tratará do direito ao planejamento familiar garantido na Constituição Federal Brasileira no § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, sob o enfoque de ser derivado do direito fundamental à saúde.

Isto porque para aqueles casais que são afetados por algum tipo de infertilidade, a reprodução humana assistida passa a ser a única opção para geração de filhos biológicos, pois apesar de constar do texto constitucional que o planejamento familiar é uma decisão do casal, compete ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

A título de contextualização, referida técnica médica já é viável há décadas, sendo que o primeiro bebê produto da Fertilização *in Vitro* nasceu na Inglaterra em 1978 e, na América Latina, o primeiro nascimento foi em 1984 na Argentina.

Diante do contexto jurídico e fático acima descrito, pretende-se verificar se caberia ao Estado oferecer o procedimento de reprodução assistida como forma de garantir o direito à saúde e o direito de formar família àqueles que não tem condições de suportar os seus custos, através do Sistema Único de Saúde, a fim de garantir a aplicabilidade de um direito fundamental constitucionalmente previsto.

Como forma de sistematizar os assuntos que serão abordados, o artigo será dividido da seguinte forma: primeiro, será feita uma breve conceituação do direito fundamental, trazendo o entendimento de juristas nacionais e estrangeiros. Em seguida, será contextualizado o direito à saúde e o direito à vida privada familiar como direito fundamental previsto na Constituição brasileira como em tratados internacionais. Dando continuidade, o

artigo tratará da normatização da reprodução assistida no Brasil. E, por fim, mostrará como tem sido a atuação do Poder Judiciário diante dos pleitos que exigem do Estado o acesso gratuito ao tratamento da reprodução assistida.

Ao final do trabalho, pretende-se que o leitor possa refletir sobre os tópicos abordados, bem como consiga, a partir das pesquisas citadas tanto do direito nacional como estrangeiro, formar sua própria conclusão sobre o tema, já que se trata de tema extremamente relevante em matéria de direitos fundamentais.

## 2. CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

No passado, os direitos fundamentais destinavam-se apenas a assegurar a esfera de liberdade dos indivíduos frente a intervenções do Poder Público, e por esta razão eram encarados como direitos de defesa do indivíduo.

Hodiernamente, diante da preocupação com a participação igualitária fática e não mais meramente formal dos direitos fundamentais, a discussão sobre o dever de promoção de direitos fundamentais diante de uma posição interventiva do Estado passou a ser recorrente na doutrina.

Para o jurista Jorge Reis Novaes “um direito fundamental significa que em Estado constitucional de Direito, ter uma importância, dignidade e força constitucional reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o bem, a posição por ele tutelada à qualidade de limite jurídico-constitucional à actuação dos poderes públicos.”<sup>4</sup>

O mesmo autor classifica os direitos fundamentais em: a) direito estatal de respeito dos direitos fundamentais; b) dever estatal de proteção dos direitos fundamentais; c) dever estatal de promoção dos direitos fundamentais. E ressalta que nunca há

---

<sup>4</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010, p.251.

apenas um único meio de proteger tais direitos, mas sim sempre várias possibilidades.

Já ROBERT ALEXY classifica o direito à prestação da seguinte forma: a) direitos à proteção, entendidos pelo autor como os direitos do titular de direito fundamental frente ao Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros<sup>5</sup>; b) direitos à organização e procedimento, que segundo ALEXY compreendem o direito ao estabelecimento de determinadas normas procedimentais, bem como o direito a uma determinada interpretação e aplicação concreta de tais normas;<sup>6</sup> c) direito à prestação em sentido estrito (prestação fática), que de acordo com o autor supracitado seria o direito do indivíduo frente ao Estado de algo que, se o indivíduo tivesse meios financeiros e suficientes de encontrá-lo no mercado, poderia obtê-lo também do particular.<sup>7</sup>

Assim sendo, o leque de ações do Estado que podem ser objeto de direitos à prestação vão desde a proteção do cidadão frente a outros cidadãos, por intermédio da edição de normas de direito penal – concepção clássica, até as normas de organização, procedimento e de prestação de bens e dinheiro.<sup>8</sup>

Outro jurista que se preocupou em classificar o direito à prestação foi INGO SARLET WOLFGANG<sup>9</sup>, conforme podemos verificar no seguinte esquema por ele formulado: Direitos à prestação em sentido amplo: 1.1. Direitos à proteção; 1.2. Direitos à participação na organização e procedimento; 1.3. Direitos à prestação em sentido estrito.

Segundo INGO SARLET WOLFGANG o direito à prestação em sentido estrito ainda pode ser subdividido em duas

---

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid, 2002, p. 430.

<sup>6</sup> Op.cit. p. 458.

<sup>7</sup> Op.cit. p. 482.

<sup>8</sup> Nesse sentido ver Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales. Madrid, 2002, p. 427.

<sup>9</sup> WOLFGANG, Ingo Sarlet. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 175

classes: direitos originários e direitos derivados à prestação.

Os direitos originários seriam aqueles reconhecidos a partir da própria norma constitucional e independentemente de qualquer mediação legislativa. Já os direitos derivados, como o próprio nome revela, seriam aqueles já concretizados pelo legislador infraconstitucional.

É importante destacar que já foi amplamente discutido na doutrina nacional e estrangeira se os direitos fundamentais teriam aplicabilidade imediata.

Nesse sentido SARLET afirma que as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, sendo que no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, parágrafo 1º, da nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.

No direito português, a Constituição da República Portuguesa traz em seu artigo 18, assim como a Constituição brasileira, regra constitucional disciplinando que os preceitos constitucionais referentes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis.<sup>10</sup>

Ao analisar o tema, o jurista português J.J. Gomes CANOTILHO (1984, p.164), aduz ser desnecessária a mediação legislativa para colmatação do direito fundamental, que deve ser aplicado mesmo na ausência da lei. Apesar de admitir que

---

<sup>10</sup> Constituição da República Portuguesa, artigo 18, 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

existam dificuldades decorrentes da expressa requisição constitucional de complemento e, principalmente, de matérias relativas a direitos a prestação, o supracitado jurista entende que é preciso reconhecer certa margem de opção e concretização ao Poder Judiciário perante a inércia dos demais Poderes.

Parece que esta mesma orientação deve ser seguida em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, que também prevê a aplicação imediata dos direitos fundamentais, em consonância com o princípio da máxima efetividade das regras constitucionais, conforme lição do Ministro Luís Roberto BARROSO (1996, p.147) no seguinte sentido: *“Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais, a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: ‘Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito’”*.

Feita essa concisa, porém, necessária distinção, ressalta-se que o presente estudo se reservará à análise do direito fundamental à prestação em sentido estrito, avaliando até que ponto pode-se reconhecer ao particular o direito de exigir judicialmente do Estado a prestação da reprodução assistida como forma de materializar o seu direito à saúde e do planejamento familiar.

### 3. DIREITO À SAÚDE E DO DIREITO À VIDA PRIVADA FAMILIAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O Brasil, desde 1948 é signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem que prevê, em seu art. 25, que: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto a alimentação, ao vestuário, ao alojamento, a assistência

médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito a segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”.

Se não bastasse, em 1969 aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos que em seu art. 4º expressa que “toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

E em 1988, constou da Constituição Federal que saúde é um direito de todos, garantindo por meio do poder estatal, o acesso igualitário e universal aos tratamentos de saúde, nos termos do artigo 194, I e II da CF/88, que estabeleceu a universalidade e a uniformidade e equivalência dos serviços e ações à toda população.

E para a execução das políticas de saúde pública no Brasil após sua previsão no bojo da Constituição, o legislador criou através da Lei 8080/90 o Sistema Único de Saúde (SUS), que em seu artigo 2º afirma que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” E ainda mais adiante, no artigo 7º dispõe que as ações e os serviços de saúde devem ser universais e em todos os níveis, devendo ser prestados tanto pela rede pública quanto pela rede privada conveniada ao Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX -

Portanto, se de um lado temos assegurado o direito à saúde na Constituição e a criação do Sistema Único de Saúde, do outro lado, a própria Constituição protege também a família e prevê no § 7º de seu artigo 226 que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o *planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.*”

Ou seja, temos no corpo da própria Constituição assegurado expressamente que o Estado irá propiciar os *recursos científicos* necessários ao exercício do direito de qualquer casal ao planejamento familiar.

No mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a decisão de ter filhos biológicos pertence à esfera íntima de cada indivíduo, sendo tal decisão desdobramento da autonomia da vontade da pessoa e do direito reprodutivo da mulher.

A referida corte definiu a infertilidade como a impossibilidade de alcançar uma gravidez clínica depois de haver mantido relações sexuais sem proteção durante 12 meses ou mais. Por sua vez a fertilização *in vitro* – FIV, foi definida como sendo um procedimento no qual os óvulos de uma mulher são

---

descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; eXIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017)



removidos de seus ovários, e são fertilizados com espermatozoides em procedimento de laboratório. Uma vez concluído esse procedimento, o óvulo fertilizado (embrião) é devolvido ao útero da mulher.

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), estima-se que cerca de 10% dos casais em idade fértil têm problemas para engravidar. Diversas são as causas entre mulheres e homens e apenas 10% desses motivos não são conhecidos.<sup>12</sup>

Portanto, a utilização da reprodução assistida para combater eventual infertilidade estaria amparada ao cumprimento do artigo 11.2 e 17.2 da Convenção, artigos com as seguintes redações:

11.2 - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

17.2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

Ao tratar do tema, Laura Davis Mattar, ensina que o termo "direitos reprodutivos" tornou-se público no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher realizado em Amsterdã, Holanda, em 1984. Na época, segundo a autora, houve um consenso global de que esta denominação traduzia um conceito mais completo e adequado do que "saúde da mulher" para a ampla pauta de autodeterminação reprodutiva das mulheres.<sup>13</sup>

Paradoxalmente, a formulação do conteúdo dos direitos reprodutivos teve início, na desconstrução da maternidade como

---

<sup>12</sup> <https://www.conjur.com.br/2019-dez-03/stj-colocar-ponto-final-discussao-fertilizacao-in-vitro>

<sup>13</sup> MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 60-83, June 2008. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-64452008000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004&lng=en&nrm=iso)>. access on 25 Mar. 2020. <https://doi.org/10.1590/S1806-64452008000100004>.

um dever, por meio da luta pelo direito ao aborto e anticoncepção em países desenvolvidos, sendo que mais tarde viria a ser usado justamente para garantir o devido tratamento a mulheres com dificuldade para engravidar.

Mas a nomenclatura “*direito reprodutivo*” consagrou-se mesmo foi na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), que aconteceu no Cairo, Egito, em 1994, tendo sido, posteriormente reafirmada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, China, no ano de 1995. Segundo o parágrafo 7.3 do Programa de Ação do Cairo:

*[O]s direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.*

Segundo artigo publicado pelo Centro de Direitos Reprodutivos situado em Nova York, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a infertilidade como uma incapacidade, a saber: “*la infertilidad es un limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad em Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decision de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva.*”<sup>14</sup>

No Brasil o referido conceito foi utilizado pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do HC nº 124.306/RJ, que

---

<sup>14</sup> [https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/FIV-EN-COSTA-RICA\\_SPN.pdf](https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/FIV-EN-COSTA-RICA_SPN.pdf), consultado em 25/03/2020.

teve como objeto a descriminalização da interrupção da gravidez até o terceiro mês. Em seu voto, o Ministro mencionou que o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direito fundamental percorreu uma longa trajetória, que teve como marco duas conferências internacionais, uma realizada em 1994, conhecida como Conferência de Cairo e outra realizada no ano seguinte em Pequim, IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Sendo que de acordo com relatório da conferência de Cairo restou definido como direito reprodutivo o direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e ter informação e os meios de assim fazer, e o direito gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também, seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

Neste contexto, se considerarmos o direito a saúde e o direito ao planejamento familiar, previstos expressamente no texto da Constituição brasileira, como sendo direitos fundamentais por excelência, o direito à reprodução assistida é uma derivação destes direitos, com aplicação imediata.

E tendo em vista que os meios de reprodução assistida são extremamente onerosos, a não disponibilização do serviço pelo Estado através do Sistema Único de Saúde produziria também uma enorme discriminação social, já que prejudicaria os casais pobres, que não teriam acesso a médicos e clínicas particulares e, por isso, não poderiam exercer o seu direito ao planejamento familiar.

Sem dúvida, a negação do Estado em realizar os procedimentos de reprodução assistida em hospitais públicos, implica de forma, ainda que indireta, na negação ao direito à saúde e do direito a formação de família aos casais pobres, pois a infertilidade não escolhe sexo nem classe social.

Não há como negar, portanto, que o impacto do não

oferecimento do serviço pelo Estado traz implicações às classes menos favorecida, eis que casais com condições econômicas privilegiada podem se valer das clínicas particulares.

E, portanto, quando o Estado não fornece os meios científicos disponíveis para que um casal possa ter filhos, estaria interferindo em seu direito de formar uma família e, via de consequência, infringindo um direito fundamental.

#### 4. DA NORMATIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

Somente em 1996, através da Lei 9263/1996, o § 7º do artigo 226 da Constituição veio a ser regulamentado, estabelecendo em seu artigo 1º que o planejamento familiar é direito de todo o cidadão. E mais adiante, no artigo 3º dispõe: “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. Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no *caput*, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras”

Deixou claro o legislador que é dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde garantir a implantação de ações voltadas para o planejamento familiar relacionadas à prevenção e educação para acesso a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade, podendo elas serem exercidas por instituições públicas e privadas.

No mesmo sentido a Portaria nº 426/2005 do Ministério da Saúde institui no âmbito do SUS a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida.

No preâmbulo da referida portaria, consta a necessidade

de se estruturar o Sistema Único de Saúde - SUS a fim de que permita atenção integral em reprodução humana assistida e melhoria do acesso a esse atendimento especializado.

A referida norma cita que a assistência em planejamento familiar deve incluir a oferta de todos os métodos e técnicas para a concepção e a anticoncepção, cientificamente aceitos, de acordo com a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamenta o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar.

No entanto, o artigo 4º da portaria delega a regulamentação suplementar e complementar de seu conteúdo aos estados, Distrito Federal e municípios, o que na prática não tem ocorrido.

Por fim, tem-se ainda a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2168/2017 que trata das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida que sofreu modificações pela Resolução nº 2.283/2020 apenas para incluir o uso da técnica também para para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros.

Vale ressaltar que no que se refere a saúde privada, a obrigatoriedade da cobertura de atendimento decorrente do planejamento familiar por parte das empresas que comercializam planos e seguros de saúde veio através do artigo 35-C, da Lei Federal 9.656/1998, conhecida como LPS, cabendo à Agência Nacional de Saúde Suplementar -ANS publicar normas que regulamentem o dispositivo.

Nesse passo, a ANS vem atualizando o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima para os planos de saúde. O rol contempla diversas coberturas obrigatórias de atendimentos, procedimentos e amplo acesso aos métodos e técnicas para concepção e contracepção correlatos ao planejamento familiar.

Quanto à inseminação artificial, é possível afirmar tratar-se de uma exceção à regra obrigacional (art. 10, III LPS) trazida pelo legislador para as operadoras de planos de saúde no que

tange ao planejamento familiar, passando a ser uma faculdade dos contratantes, cuja cobertura trará impacto no valor das contraprestações pagas por eles.

No entanto, o intuito do presente artigo é tratar do direito a reprodução assistida a população que se utiliza do Sistema Único de Saúde.

A despeito da normatização acima mencionada, na prática para conseguir o referido tratamento pode se levar anos, pois apenas alguns hospitais da rede pública oferecem o serviço. Para se ter um idéia, no Estado de São Paulo, estado mais rico da federação, apenas três hospitais possuem o tratamento disponível pelo SUS, são eles: Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, Hospital das Clínicas da UNIFESP e o Pérola Byington.

E tempo é geralmente o que a mulher ou casal infértil não tem, pois até que se descubra a infertilidade muitos anos de tentativa através de outros métodos já foram consumidos, sendo certo que com o avanço da idade biológica as chances de sucesso do procedimento vão ficando cada vez menores.

Diante desse contexto é que muitas pessoas buscam no Poder Judiciário a proteção aos seus direitos.

## 5. DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA INOBSERVÂNCIA DE UM DIREITO FUNDAMENTAL DE PRESTAÇÃO: REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A doutrina não é unânime quanto ao cabimento de intervenção do Poder Judiciário quando estamos diante da inobservância de um direito fundamental de prestação.

VIEIRA DE ANDRADE<sup>15</sup> explica que o entendimento dos direitos sociais à prestação varia consoante ordenamentos jurídicos, pois os mesmos poderão ser encarados como:

---

<sup>15</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2001, p. 373.

princípios políticos; normas programáticas; preceitos indicadores de fins dos Estado; princípios jurídicos; normas organizatórias; garantias institucionais; e direitos subjetivos públicos, esse último, muito raramente.

Segundo o autor, a Constituição portuguesa prevê os direitos à prestação como *normas impositivas de legislação* e, portanto, não confere a seus titulares verdadeiros, via de regra, poderes de exigir diretamente a sua prestação. Esses direitos de prestação, de acordo com a legislação portuguesa, indicariam ou imporiam ao Estado o dever de tomar as medidas para a sua realização concreta.

VIERA DE ANDRADE ainda acrescenta que tais normas não seriam meramente programáticas, pois vinculariam efetivamente o Estado, impondo-lhe o dever de legislar. Desta forma, apenas se tornariam *direitos subjetivos certos* na medida em que houvesse a atuação legislativa definindo o conteúdo concreto de tais prestações por intermédio de opções políticas.

Não obstante VIERA DE ANDRADE entenda que os direitos fundamentais sociais de prestação são *imposições legislativas*, deixa claro que o Estado tem o *dever de legislar!*

E caso o Estado não cumpra com o seu dever de legislar, aduz o autor que o artigo 283 da Constituição Portuguesa estabelece a possibilidade da fiscalização por intermédio da *“inconstitucionalidade por omissão”*. E em seguida explica: *“(…) há omissão legislativa sempre que o legislador não cumpre, ou cumpre insuficientemente, o dever constitucional de concretizar imposições constitucionais concretas.”*<sup>16</sup>

Nesse contexto, poderá existir omissão legislativa todas as vezes que o legislador simplesmente não editar normas (não agir - omissão total) ou quando as normas forem insuficientes ou incompletas (omissão parcial).

A solução dada pelo ordenamento jurídico português é a censura pelo Tribunal Constitucional ao órgão legislador

---

<sup>16</sup> VIERA DE ANDRADE, op. cit., p.381.

competente, dando-lhe conhecimento da situação de inconstitucionalidade.

Ao se referir à possibilidade de atuação do Poder Judiciário nos casos de omissão do legislador, VIERA DE ANDRADE mais uma vez afirma que: “*no caso de inexistência de legislação sobre a matéria, ou na parte em que esta se revelar insuficiente para permitir o cumprimento das normas constitucionais, estas não poderão, em regra, ser atualizadas e aplicadas pelo juiz ou pela Administração. É aqui indispensável o juízo autônomo do legislador e ele não pode ser substituído por outra entidade.*”<sup>17</sup>

Mas como toda regra, para que possa ser confirmada, tem sua exceção, VIEIRA DE ANDRADE vislumbra a possibilidade de interferência ao poder do legislador na hipótese em que esteja em jogo um *conteúdo mínimo* dos preceitos constitucionais, ou seja, diante de situações de flagrante necessidade ou injustiças extremas, de tal modo que a exceção sirva como *válvula de segurança* à ordem jurídica constitucional.

Assim sendo, o *poder de conformação* do legislador, ou seja, o poder de estabelecer autonomamente a forma, a medida e o grau em que concretizam as imposições constitucionais no caso dos direitos sociais de prestação, não é total.

Verificado o entendimento da doutrina, passamos a análise de como o Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando o tema da disponibilização da reprodução assistida pelo Sistema Único de Saúde, já que como ensina o José Ricardo Suter<sup>18</sup>, é notório que a relação entre os avanços biotecnológicos e o direito causam impactos na sociedade, fazendo com que o direito e os tribunais assumam um papel crucial, eis que o direito é por natureza uma ciência social.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3510, o

---

<sup>17</sup> VIERA DE ANDRADE, op. cit., p. 384.

<sup>18</sup> SUTER, José Ricardo. Direito à Identidade Genética mediante inseminação heteróloga e o princípio da dignidade humana. Revista BONIJURIS, Ano XXVI, Vol 26, 2014, p.40



então Ministro Ayres Brito ao tratar da Lei de Biossegurança, acabou por esbarrar no tema da reprodução assistida tendo ficado sedimentado naquele julgamento que a decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável".

Os Ministros entenderam que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana propicia base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de *reprodução assistida* que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". Constatou da ementa do julgamento que o planejamento familiar, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226).

No mesmo julgamento, foi dito que o Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social, é um "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), razão pela qual a Lei de Biossegurança iria de encontro ao direito à saúde.

No entanto, não obstante o Supremo Tribunal Federal ter entendido na ADI 3510 que a reprodução assistida seria um desdobramento tanto do direito da dignidade da pessoa humana como do direito à saúde, ao julgar pedido especificamente sobre a obrigação do Estado em fornecer o referido tratamento de forma gratuita, vem entendendo que não há violação aos preceitos constitucionais ou afronta aos arts. 1º, III, 4º, 5º, 6º, 196 e 226, § 7º, da Constituição da República, uma vez que não existiria legislação infraconstitucional a obrigar o fornecimento de forma integral pelo SUS<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> "DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO.

Em outra ação movida por um casal no Estado do Paraná, estado que não possui hospital credenciado para o procedimento pelo SUS, foi decidido, em primeiro grau, pela procedência do pedido, tendo sido determinado à UNIÃO que procedesse a

---

FERTILIZAÇÃO IN VITRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DEPENDENTE DA PRIMEIRA TURMA A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 859.311 RIO DE JANEIRO VOTO A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Preenchidos os pressupostos genéricos, conheço do agravo regimental e passo ao exame do mérito. Nada colhe o agravo. Negado seguimento ao recurso ao fundamento de que inexistente violação de preceito da Constituição Federal, bem como pela aplicação do óbice da Súmula 279/STF. Irrepreensível a decisão agravada. Consoante consignado, a suposta afronta aos postulados constitucionais invocados no apelo extremo somente poderia ser constatada a partir da análise da legislação infraconstitucional aplicável e do revolvimento do quadro fático delineado, procedimentos vedados em sede extraordinária, razão pela qual, consideradas as circunstâncias jurídico-normativas da decisão recorrida, reputo inócua a afronta aos arts. 1º, III, 4º, 5º, 6º, 196 e 226, § 7º, da Constituição da República. Nesse sentido: “SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO. DESLOCAMENTO E TRATAMENTO. CUSTEIO DO DESLOCAMENTO PELO ESTADO. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (RE 790771 AgR-AgR-segundo, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 03-10-2016)

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO TRATAMENTO MÉDICO. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. ANÁLISE DE EVENTUAL VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DEPENDENTE DE REELABORAÇÃO DA ESTRUTURA FÁTICA E DO REEXAME DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973. 1. A controvérsia, a teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões 2 Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 4456-525F-0D74-C5A3 e senha C1ED-5935-1C2F-CA41 RE 826981 / RS recursais. Compreensão diversa demandaria a análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão da Corte de origem, bem como o revolvimento do quadro fático delineado, procedimentos vedados em sede extraordinária. Desatendida a exigência do art. 102, III, ‘a’, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República. 3. Agravo regimental conhecido e não provido” (ARE 859.311-Agr/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma).

inclusão dos autores da ação no tratamento de reprodução humana assistida, se não possível no Estado do Paraná, nos Estados mais próximos como São Paulo ou Rio Grande do Sul, em uma das unidades credenciadas para a realização dos procedimentos ou, sucessivamente, havendo impossibilidade, foi determinado a realização do custeio do respectivo tratamento em clínica particular, efetuando o depósito judicial do valor necessário ao custeio do tratamento.

Mas em grau de recurso as Apelações da União e do Estado do Paraná foram providas para determinar que os autores fossem submetidos à lista de espera para atendimento, sem prioridade sobre os eventuais interessados que já estejam na fila.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>20</sup> ao se deparar com o tema decidiu que, consoante a legislação em vigor, não havendo o tratamento especializado no domicílio de abrangência dos pacientes, a fim de se preservar a universalidade do atendimento do SUS e evitar tratamento discriminatório, deveriam os pacientes ser encaminhados à unidade de atendimento do SUS mais próxima para o tratamento fora de domicílio - TFD (previsto inclusive pela Portaria 055/99 do Ministério da Saúde) e, alternativamente, sendo este mais oneroso que o tratamento em clínica privada, o SUS poderia recorrer aos serviços ofertados para o tratamento pela iniciativa privada, conforme previsto no art. 24 e seguintes da Lei 8.080/1990.

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, vem em sua maioria negando o acesso ao tratamento gratuito com fundamento ora no princípio da reserva do possível<sup>21</sup>, ora no fato

---

<sup>20</sup> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO DE REPRODUÇÃO HUMANA PELO SUS. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. INEXISTÊNCIA DE SERVIÇO PÚBLICO NA ÁREA DO DOMICÍLIO DO PACIENTE. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 6º, "D", 24, 25, 26 DA LEI 8.080/1990 E 1.022 DO CPC/2015. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE (REsp 1845015/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJE 12/05/2020)

<sup>21</sup> MEDICAMENTO. Disponibilização de tratamento gratuito para a reprodução assistida pela rede pública de saúde. Não fornecimento de medicamentos prescritos para

de entender que infertilidade, no caso concreto, a despeito do sofrimento inegável experimentado pelas partes, não oferece risco de morte<sup>22</sup>, não podendo por isso se subsumir ao conceito genérico ofensa ao direito à saúde previsto na constituição.

Importante mencionar que o princípio da reserva do possível, como adverte o professor Jorge Reis Novais<sup>23</sup>, por condicionar a realização de um direito a existência do correspondente recurso financeiro, apesar de não destruir a qualidade fundamental do direito acaba por atenuar significativamente o controle judicial, sobretudo nos casos de omissão do poder público, como vem ocorrendo no caso da reprodução assistida.

## 6. CONCLUSÕES

Realizada a análise doutrinária e jurisprudencial sobre o acesso ao tratamento da reprodução assistida, verificou-se que apesar de existir farta e robusta doutrina considerando que o seu

---

o tratamento. Dever de ponderação entre o direito ao planejamento familiar e o direito à vida. Aplicação, no presente caso, do princípio da reserva do possível. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1000918-68.2017.8.26.0526; Relator (a): Moacir Peres; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Salto - 2ª Vara; Data do Julgamento: 15/09/2020; Data de Registro: 15/09/2020)

<sup>22</sup> RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA – FECUNDAÇÃO "IN VITRO" – PRETENSÃO AO CUSTEIO DO TRATAMENTO PARA A INFERTILIDADE – TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA INDEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – PRETENSÃO RECURSAL AO DEFERIMENTO DA REFERIDA MEDIDA EXCEPCIONAL – IMPOSSIBILIDADE. 1. Requisitos previstos no artigo 300 do CPC/15, não preenchidos. 2. A pretensão deduzida pela parte autora na petição inicial não é destinada à preservação da vida. 3. Hipótese dos autos, não abrangida no artigo 196 da CF. 4. Precedentes da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça. 5. Tutela provisória de urgência, indeferida em Primeiro Grau de Jurisdição. 6. Decisão recorrida, ratificada. 7. Recurso de agravo de instrumento, apresentado pela parte autora, desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2090487-84.2020.8.26.0000; Relator (a): Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Espírito Santo do Pinhal - 2ª Vara; Data do Julgamento: 04/06/2020; Data de Registro: 04/06/2020)

<sup>23</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Ob. cit. pag. 278/279

acesso seria uma derivação do direito à saúde e do direito ao planejamento familiar, ambos previstos constitucionalmente na legislação brasileira, na prática apenas uma minoria quase inexpressiva da população menos favorecida economicamente vem tendo acesso a esse tipo de tratamento.

A falta de lei específica determinado a cobertura por todo o Sistema Único de Saúde, tem impedido o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, de se manifestar sobre o mérito da pretensão daqueles que se socorrem ao tribunal superior na esperança de ter seu direito fundamental de acesso ao direito à saúde e planejamento familiar garantidos, conforme previsto no texto constitucional.

Não obstante o entendimento da mais alta corte, não parece que no caso específico da legislação brasileira, por conta da redação do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal que estabelece “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” que tal barreira deveria prosperar.

E tendo em vista que tais tratamentos são extremamente onerosos, a não disponibilização do serviço pelo Estado vem produzindo enorme discriminação social, já que vem prejudicando pessoas pobres, que não tem acesso a médicos e clínicas particulares e, por isso, não podem exercer o seu direito de planejamento familiar.

Sem dúvida, a negação do Estado em realizar os procedimentos de reprodução assistida em hospitais públicos, implica de forma, ainda que indireta, na negação ao direitos fundamentais à saúde e da formação de família, garantidos nos artigos 6º e 226 da Constituição Federal, em especial aos casais pobres, pois a infertilidade não escolhe sexo nem classe social, no entanto, aqueles que tem recursos podem buscar nas clínicas privadas o acesso ao tratamento.

Não há como negar, portanto, que o impacto do não oferecimento do serviço pelo Estado de forma gratuita traz implicações às classes menos favorecida aumentando ainda mais a

desigualdade social.



## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa, 2º edição, Coimbra: Almedina, 2001.
- ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 3º edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, 3º edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988 – conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- CANOTILHO, J. J. GOMES. Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra, 1984, v.1.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional, Coimbra Editora, 3º edição, 2000.
- CANNARIS Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003.
- DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GEBRAN NETO, João Pedro. A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – a busca de uma exegese

- emancipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MAIA, Mônica Bara. Direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto. Belo Horizonte: autêntica Editora, 2008.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010.
- RIBEIRO, Maria de Fatima (coord). Direito Internacional dos direitos Humanos: estudos em homenagem à Profa. Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2004.
- SANTOS, Lília Nunes do. Aborto: a atual discussão sobre a descriminalização do aborto no contextyo de efetivação dos direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 3º edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SUTER, José Ricardo. Direito à Identidade Genética mediante inseminação heteróloga e o princípio da dignidade humana. Revista BONIJURIS, Ano XXVI, Vol 26, 2014.
- VIERA ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª edição, Coimbra: Editora Almedina.

PÁGINAS CONSULTADAS ENTRE OS DIAS 24/01/2020 A 24/02/2020:

- <https://www.conjur.com.br/2019-dez-03/stj-colocar-ponto-final-discussao-fertilizacao-in-vitro>
- <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>
- <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>
- <http://portal.stf.jus.br/>
- <https://www.gov.br/planalto/pt-br>