

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA FACULDADE DE DIREITO

NATÁLIA RITA MARTINS PATRÍCIO

JUDICIALIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

**Juiz de
Fora
2018**

NATÁLIA RITA MARTINS PATRÍCIO

JUDICIALIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Administrativo sob orientação do Profa. Dra. Luciana Gaspar Melquíades Duarte

**Juiz de Fora
2018**

FOLHA DE APROVAÇÃO

NATÁLIA RITA MARTINS PATRÍCIO

JUDICIALIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Administrativo submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Profa. Dra. Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa. Dra. Elizabete Rosa de Mello
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.Msc. Ciro diBenatti Galvão.
Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz deFora,21 de junho de2018

RESUMO

O presente trabalho se propôs a analisar se o ente público pode ser compelido a custear tratamentos de reprodução humana assistida. A análise recaiu, em um primeiro momento, na investigação acerca da reprodução humana assistida é integrante do direito à saúde ou do planejamento familiar. Posteriormente, foi examinado se o direito ao planejamento familiar é um direito materialmente fundamental e as implicações que isso acarreta. Essa premissa foi desenvolvida por meio de uma metodologia dedutiva pautada em pesquisa qualitativa, descritiva, alicerçada em referências bibliográficas, legislação sobre o tema e decisões judiciais. Utilizou-se como marco teórico a obra de Robert Alexy. Em conclusão, foi demonstrado que diante de eventual conflito entre a concretização de direitos fundamentais sociais e o princípio da reserva do possível, a solução dependerá do sopesamento desses princípios a luz do caso concreto. Ademais, a resolução da lide deve ser pautada em uma argumentação jurídica coerente e no dever de fundamentar as decisões.

Palavras-chave: reprodução humana assistida. saúde. planejamento familiar. reserva do possível.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the possibility of the Public Entity being compelled to pay for assisted human reproduction treatments. Firstly, the analysis falls on the investigation whether assisted human reproduction is integrated with the right to health or family planning. Subsequently, it is examined whether the right to family planning is a materially fundamental right and the implications that this entails. This theme is developed through deductive methodology based on a qualitative and descriptive research, bibliographical references, legislation on the subject and judicial decisions. Was used as the theoretical framework the work of Robert Alexy. In conclusion, it has been demonstrated that in the event of a conflict between the concretion of fundamental social rights and the principle of the reserve of the possible, the solution will depend on the weighting of these principles in the light of the concrete case. In addition, the resolution of the conflict must be based on a coherent legal argumentation and on the duty to base the decisions.

Keywords: Assisted human reproduction. health. family planning. reserve of the possible.

Sumário

1	INTRODUÇÃO.....	5
2	O PÓS- POSITIVISMO JURÍDICO	6
3	DO CONCEITO DE PESSOA.....	9
3.1	Teoria Concepcionista	10
3.2	Teoria da nidção.....	11
3.3	Teoria da gastrulação	11
3.4	Teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central	11
3.5	Teoria natalista.....	12
3.6	Teoria da personalidade jurídica formal ou condicional	13
4	DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE SAÚDE	13
5	PLANEJAMENTO FAMILIAR	19
6	RESERVA DO POSSÍVEL.....	22
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	24
	REFERÊNCIAS.....	26

1 INTRODUÇÃO

A reprodução assistida é um conjunto de técnicas medicamente acompanhadas que auxiliam a reprodução humana, classificando-se em técnicas de baixa ou alta complexidade, sendo que a escolha do tipo de tratamento depende das peculiaridades clínicas de cada casal.

Muitas pessoas buscam as técnicas de reprodução assistida para dar concretude ao seu planejamento familiar. Essas técnicas possuem um alto custo, não acessíveis a grande parte da população e o Sistema Único de Saúde (SUS), embora se pretenda universal, não disponibiliza os tratamentos em todas as suas unidades. Quando os disponibilizam, fá-lo de forma insuficiente, gerando filas de espera que se prologam por anos.

Nessa seara, há uma demanda judicial crescente, a fim de que o poder executivo seja compelido a custear os tratamentos de reprodução assistida. O problema que motiva a pesquisa consiste na aferição da decisão correta a ser preferida em juízo em casos deste jaez.

Constatou-se, com a análise de julgados do Supremo Tribunal de Justiça, que o argumento jurídico recorrentemente invocado nas demandas judiciais a fim de exigir do ente público o custeio das técnicas de reprodução é o direito fundamental a saúde, previsto entre os artigos 196 a 200 da Constituição (BRASIL, 1988), que se traduz como um direito de todos e dever do Estado.

Este artigo teve como hipótese a concepção oposta à que vem sendo trazida como argumento jurídico nas demandas judiciais. Partiu-se do entendimento de que a reprodução assistida não se engloba no direito fundamental a saúde, pois sua finalidade é a gestação, a concepção de um filho. A ausência de uma gestação por si, não implica em ausência de saúde. Defende-se, porém, a ideia de que a superação de dificuldades para gestar insere-se na esfera do planejamento familiar.

O presente trabalho estrutura-se a partir da concepção de Alexy (2008) dos direitos fundamentais como direitos *prima facie*, ou seja, à primeira vista, e, portanto, passíveis de ponderação, entendimento este que coaduna com a concepção de Dworkin (2010) e Hesse (1991), de Direito como integridade, não como folha de papel sem expressão, mas como instrumento que deve ser lido de acordo com as situações fáticas do tempo em que se encontra. Os princípios balizadores da atividade jurisdicional não devem ser concebidos como fonte de um poder discricionário, mas como normas que outorgam aos seus destinatários direitos e deveres. Sua aplicação deve ser pautada em um discurso racional, orientado por uma argumentação jurídica coerente, como proposto por Alexy (2005).

Utilizou-se a metodologia dedutiva, uma vez que os pressupostos teóricos incidentes sobre a espécie foram primeiramente enfrentados de maneira à permitir a análise de casos posteriormente. Realizou-se uma pesquisa qualitativa, descritiva, alicerçada em referências bibliográficas, legislação sobre o tema e decisões judiciais.

A escolha do problema apresentado deu-se em virtude de, embora ser constitucionalmente positivado o direito ao planejamento familiar e existir norma regulamentadora do tema, bem como portaria destinando recurso financeiro para o oferecimento da reprodução assistida pelo SUS, trata-se de um direito promovido de forma insuficiente. Evidencia-se, assim, a importância do Judiciário para efetivação dos direitos.

O trabalho propõe-se a oferecer parâmetros para as decisões judiciais a serem preferidas nas demandas de judicialização. Portanto, será necessário verificar se a reprodução humana assistida se amolda a concepção de direito fundamental a saúde, demonstrar argumentos favoráveis e contrários a essa proposição. Propõe-se também a analisar a posição da jurisprudência e traçar um panorama da legislação sobre o tema. Ademais, compromete-se a averiguar, junto à doutrina, legislação e jurisprudência, se o custeio da reprodução assistida poderia ser invocado tendo como argumento jurídico um direito fundamental ao planejamento familiar, incluindo nesse conceito o direito à reprodução assistida.

Neste desiderato, foi importante demonstrar o conceito de pessoa adotado, harmonizando o que se pretende, custeio da reprodução humana assistida pelo Estado, com o princípio da proporcionalidade e da reserva do possível.

2 O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

O direito ao planejamento familiar, para sua concretização, exige do Estado uma prestação negativa, uma postura de abstenção. Lado outro, é necessário, cumulativamente, uma prestação positiva, de forma que o mesmo estabeleça políticas públicas que englobem tanto métodos contraceptivos, como conceptivos.

O SUS oferta, gratuitamente, os seguintes métodos contraceptivos: preservativo masculino e feminino, pílula combinada, anticoncepcional injetável mensal e trimestral, dispositivo intrauterino com cobre (DIU T Cu), diafragma, anticoncepção de emergência e minipílula (CZEZACKI, 2016). Porém, em relação a promoção de métodos conceptivos, a oferta é mitigada. A Portaria nº 3.149 (BRASIL, 2012), que destina recursos financeiros aos estabelecimentos que, no âmbito do SUS, realizam procedimentos de reprodução humana assistida, é insuficiente para atender as demandas da população.

Diante disso, para satisfazer o direito de acesso à métodos conceptivos, muitas pessoas têm recorrido ao Poder Judiciário, cuja decisões ora atendem as pretensões dos litigantes, outrora as negam, utilizando, entre outros, os seguintes argumentos: não se tratar de um direito à saúde, pois não se destina a manutenção da vida, uma vez que, a concessão do referido direito, em âmbito judicial, estaria atrelada a satisfação de um núcleo essencial. Argumentam também, que por se tratar de um procedimento de alto custo, a satisfação desse direito, para alguns, por questões orçamentárias, coloca em risco a satisfação do direito à saúde a uma massa bem mais ampla da população.

Frisa-se que, na aplicação da norma, é necessário levar em consideração a força normativa da constituição, elucidada por Hesse (1991) como elemento que coordena a relação dos cidadãos com o Estado. Para que isso seja possível, deve-se levar em consideração o condicionamento existente entre a constituição jurídica e a realidade político-social, bem como quais são os limites e as possibilidades de atuação.

Nesse diapasão, a aparente colisão dos direitos de uns frente aos direitos dos demais precisa ser solucionada através da ponderação dos princípios, pautada na argumentação jurídica que ofereça racionalidade, lógica ao discurso jurídico. Somente através de padrões lógicos, pretensiosamente universais, é possível diminuir o número de decisões conflitantes que colocam em cheque o princípio da segurança jurídica.

O conflito entre princípios na aplicação da lei é corriqueiro no dia a dia da administração pública e do Poder Judiciário. No presente caso, existe a indagação de como solucionar o conflito entre a promoção ao direito à saúde e/ou ao planejamento familiar e o equilíbrio financeiro e atuarial da administração pública. Qual lógica utilizar na solução de conflitos entre o direito de uns frente ao direito de outros?

Com intuito de solucionar os chamados *hard cases*, Alexy (2008) descreve caminhos a serem observados pelos juristas na aplicação da norma. Em primeiro momento, ele estabelece critérios para distinção entre regras e princípios, elucidando que tanto as regras como os princípios dizem o que deve ser, portanto, são normas (ALEXY, 2008).

Com relação aos princípios, segundo Alexy (2008), são caracterizados como mandados de otimização, e, como tais, devem ser realizados na maior medida possível, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas. Deste modo, não são absolutos. Lado outro, as regras devem ser satisfeitas ou não na sua integralidade.

Em sede de conflito entre regras, a solução adequada materializa-se mediante a adição de uma cláusula de exceção ou com a declaração de uma das regras como inválida. De modo diverso, com relação aos conflitos entre princípios, serão analisadas as condições

fáticas na qual um princípio terá precedência sobre outro (ALEXY, 2008).

Quando uma norma fundamental de caráter principiológico entra em conflito com outra norma desta espécie que se encontra no mesmo nível, é necessário um sopesamento, o qual terá efetividade com a aplicação da máxima da proporcionalidade que toma forma a partir de três máximas parciais, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008). A adequação consiste em saber se o meio utilizado para resolução do conflito é adequado, a necessidade, por sua vez, é analisar se é o meio menos gravoso e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito indica a análise da razoabilidade entre o mandamento de otimização e a possibilidade jurídica.

Toda a teoria supramencionada encontra validade no contexto do Positivismo Jurídico, escola que dominava o pensamento jurídico até meados do século XX, indicando que o direito subjetivo era decorrente apenas da positivação, bem como orientava a aplicação da norma jurídica através da subsunção.

Esse modo de aplicação do Direito tem suas falhas, principalmente com relação aos princípios, que exigem mecanismos diferenciados de efetivação.

Frente à insuficiência do Positivismo Jurídico, Alexy (2008) concebe a teoria da argumentação jurídica, com intuito de orientar os procedimentos a serem seguidos no momento da tomada de uma decisão, aplicando nas mesmas a lógica de um discurso prático racional, a partir das peculiaridades do discurso jurídico.

A teoria da argumentação jurídica reconhece que cada falante é influenciado por suas vivências, o que interfere no processo de pré-compreensão dos fatos. A partir disso, essa teoria oferece subsídios para superar as limitações do inconsciente e assegurar a imparcialidade nas decisões judiciais (DUARTE, 2011).

A segurança jurídica, entre outros fatores, enseja o dever de fundamentar as decisões. A fundamentação, pautada no princípio da proporcionalidade, evidencia a solução do conflito entre os princípios, e a depender do caso concreto, a preterição de um princípio frente a outro. Segundo Duarte (2011), a teoria da argumentação jurídica não cria procedimentos discursivos, mas reconhece os princípios como normas que por sua natureza entram em conflito. De tal modo, são demandadas técnicas de solução que não estejam pautadas no subjetivismo do aplicador do Direito, mas que possam ser justificadas no próprio

sistema.

De igual modo, Dworkin (2010) procurou combater a discricionariedade no processo. Segundo o mesmo, o juiz, em suas decisões, não pode criar direitos. Primeiro, porque, democraticamente falando, essa tarefa é de competência do poder legislativo. Segundo, porque se assim o fizesse, a parte perdedora seria punida por um direito criado por um juiz após o fato (DWORKIN, 2010).

Dworkin (2010) destaca que os juízes estão sujeitos a doutrina da reponsabilidade política. Segundo a mesma, o juiz só podem tomar decisões que, em circunstâncias iguais, poderiam ser tomadas novamente, condenando dessa forma, aquelas que apenas seriam consideradas corretas se analisadas isoladamente.

As regras da argumentação jurídica, elencadas na teoria da argumentação jurídica de Alexy (2005), juntamente com as diretrizes para solução dos *hard cases*, orientam a coerente aplicação do Direito, como proposto por Dworkin (2010).

Compreende-se que a Constituição não pode ser concebida como uma norma jurídica à parte da realidade social, pelo contrário, para não ser considerada uma norma sem eficácia, ela deve retratar os anseios e o espírito da sociedade que ela tem vigência. Dessa forma, para não correr o risco de constantes modificações é preciso interpretá-la a luz da realidade vigente.

3 DO CONCEITO DEPESSOA

A Constituição (BRASIL, 1988) estabelece, de modo expresso, o princípio da inviolabilidade da vida humana. Porém, não existe no ordenamento jurídico brasileiro, uma definição clara de quando começa a vida. Para evidenciar quando o individuo passa a ser reconhecido como sujeito de direitos e deveres, necessário se faz adentrar no discurso sobre o inicio da vida.

Para realização desse trabalho, foi necessário adotar uma teoria acerca do início da vida, tendo em vista a necessidade de coerência no processo argumentativo. De tal sorte, a teoria adotada foi à teoria de formação de rudimentos do sistema nervoso central, visto que, diante da ausência de formação do córtex central, não há possibilidade de desenvolvimento do feto comvida.

Portanto, para fins de reprodução humana assistida, em suas variadas técnicas, não há vida humana sendo manipulada em laboratório, e sim, um conjunto de

células, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da dignidade humana. Tendo em vista que os direitos da personalidade, desde a segunda guerra mundial, estão no centro do debate jurídico, uma vez que, durante esse período, houve violação da dignidade humana das mais variadas formas possíveis. Com intuito de evitar que houvesse novamente tamanha crueldade, foram positivadas várias normas de proteção à dignidade da pessoa humana, visando salvaguardar a integridade física e moral do indivíduo.

Dessa forma, o avanço científico também precisou estar vinculado ao princípio da dignidade humana, que preconiza que o ser humano, mesmo em seu estado celular, precisa ser protegido pelo Direito por ser fim em si mesmo. A reprodução humana assistida, fruto do desenvolvimento científico, também se encontra vinculada a esse valor. No contexto de perseguição da reprodução assistida, é necessário compreendê-la como um procedimento e não como um direito a um filho, de modo que se trata de um direito a algo e não a alguém. A ética que erradia sobre o Direito a partir da dignidade humana não comporta a existência de direito sobre o outro, apenas sobre coisas.

Salienta-se que o termo pessoa deriva do latim, *prosopon*, designava a máscara que o ator usava enquanto atuava. O cristianismo começou a desenvolver o conceito de pessoa como é entendido atualmente, a partir de São Tomás de Aquino, quem discorreu sobre a singularidade da pessoa humana, destacando sua completude e racionalidade conforme (CAMPOS[20-?])

Hodiernamente, não há uniformidade no entendimento de quando começa a vida. Várias teorias foram criadas, cada qual, pautada em estágios diferenciados para a formação da vida intra-uterina, com o escopo de trazer essa definição, as quais serão tratadas a seguir:

3.1 Teoria Conceptionista

Essa teoria defende que a vida tem início a partir da fecundação, isto é, quando o espermatozóide penetra o ovócito e ambos se fundem, formando assim, a primeira célula que contém todo o genoma do indivíduo. É uma teoria de raízes cristãs, segundo a qual a alma é incorporada na fecundação, uma vez que, a partir desse momento, através da sua escritura genética, o ser é individualizado e se torna único no universo. Ademais, a partir desse momento, o zigoto possui potencialidade de pessoa.

A Lei nº10.406 (BRASIL, 2002), em seu artigo 2º, mescla concepções tanto da teoria natalista, apresentada no subitem 6.5, quanto conceptionista e reconhece os direitos do nascituro desde a concepção. A teoria conceptionista apoia-se no conceito de

potencialidade de pessoa existente no zigoto. Porém, este conceito pode ser interpretado mais expansivamente, reconhecendo esta potencialidade também nos gametas (KUSHE; SINGER, 1982 apud MINAHIM, 2004). Portanto, essa possibilidade de elastização do conceito de potencialidade faz com que o mesmo não seja suficiente para definir quando começa a vida.

3.2 Teoria da nidação

De acordo com a teoria nidatória, a vida tem início quando o embrião se fixa no útero, pois esse é o único ambiente onde ele é capaz de se desenvolver (FERNANDES, 2005). Consigna-se que esse processo tem início após 5 ou 6 dias da fecundação.

O uso do DIU e da pílula do dia seguinte não são considerados métodos abortivos; desse modo expõe Mirabete (2001). Porém é possível a existência de gravidez extrauterina, a chamada gravidez ectópica. Em virtude de haver outros momentos essenciais para a formação do feto a nidação é um estágio obrigatório, mas não suficiente para o desenvolvimento do feto (COSTA; GIOLO JÚNIOR, 2015).

3.3 Teoria da gastrulação

Para essa teoria, a vida começa quando é desenvolvida a gástrula, que compreende a conversão das células do embrioblasto para a formação do ectoderme, mesoderme e endoderme (SILVA; CAMPOS, 2009). Essas camadas, quando se fixam na parede uterina, transformam-se em condutores de nutrientes entre a mãe e o feto. Esta teoria concebe que apenas a partir do momento em que o feto possui condições de alimentar-se, está preparado para vida humana.

Essa teoria não pode prosperar, pois embora com a formação da gástrula, o feto consiga se alimentar, esse estágio não é suficiente para que ele sobreviva fora do útero. Sendo assim, é a capacidade de sobreviver fora do útero que torna factível o nascimento com vida.

3.4 Teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central

Segundo essa teoria, a vida começa a partir da formação do tecido nervoso; é a partir desse momento que o feto é capaz de desenvolver sensações de dor e prazer. Quando o

córtex central não é formado, é possível ocorrer o aborto espontâneo, uma vez que, o organismo materno não reconhece o embrião, eliminando-o. Acrescente-se que a formação do sistema nervoso, e a conseqüente tomada de consciência do feto se dão a partir do quarto mês de gestação.

Essa foi a teoria adotada pelo STF, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (BRASIL, 2012), que desconfigurou a interrupção da gravidez, no caso de feto anencefálico, como aborto. Utilizou-se o argumento que a proibição do aborto tem por objetivo a proteção da vida em potencial, porém, não existe vida extrauterina compatível com a anencefalia.

Nesse sentido, a Resolução nº 1.752 (BRASIL, 2004) feita pelo Conselho Federal de Medicina consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais. No então julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54 (BRASIL, 2012), foi trazida a informação de que somente 25% dos anencéfalos possuem respiração e batimentos cardíacos nas primeiras horas ou semanas após o parto. Destacou-se o entendimento do Dr. Thomaz Rafael Gollop, no referido julgamento, que o fato de haver respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral.

O voto do Ministro Cezar Peluso foi pela improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (BRASIL, 2012), ao argumento de que para

o aborto ser considerado crime, basta que haja a eliminação da vida, abstraindo qualquer tipo de indagação sobre a viabilidade de uma vida extrauterina futura, seu voto foi vencido. Prevaleceu o entendimento de que os anencéfalos são natimortos cerebrais e, portanto, não existe vida extrauterina possível nesses casos.

Para o presente trabalho, esta foi a teoria adotada acerca de quando a vida tem início, haja vista que diante da não formação do córtex central não é possível desenvolvimento com vida do feto.

3.5 Teoria natalista

Para a teoria natalista, a personalidade inicia-se a partir do nascimento com vida. É nesse momento que o nascituro passa a ser detentor de direitos e deveres. Essa teoria encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 4º, Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002).

A teoria natalista, por si só, é incapaz de tutelar a vida intra-uterina. Ela gravita em torno da questão patrimonial e, portanto, não consegue proteger a dignidade em todos os momentos do desenvolvimento do ser humano. Esta teoria apresenta-se insuficiente diante da evolução científica, deixando de atentar a diversas questões éticas, como, por exemplo, as referentes a reprodução assistida, questões sobre utilização de embriões extrauterino, e todas as outras envolvendo manipulação do genoma humano.

3.6 Teoria da personalidade jurídica formal ou condicional

De acordo com essa teoria, o nascituro possui direitos em condições suspensivas, os quais se materializam com o nascimento com vida. Sendo assim, desde a concepção o feto já é detentor de proteção relativa aos seus direitos personalíssimos. Porém, com relação aos direitos patrimoniais, para sua efetivação é necessário o nascimento com vida, conforme elucidada Diniz (2006).

Frise-se que essa teoria pretende ser ponto de equilíbrio entre a teoria concepcionista e a teoria natalista. Porém o intuito dessa teoria e o que levou a sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro foi a tentativa de resguardar a esfera patrimonial do indivíduo, pouco se preocupando com a conceituação e proteção do feto em sua fase embrionária. Mais uma vez, o importante não era salvaguardar o feto, mas o patrimônio. Portanto, não é uma teoria que tem por escopo definir o início da vida, e sim o início da proteção do patrimônio.

4. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE SAÚDE

Superada a exposição de quando começa a vida para esse trabalho e evidenciado que esta em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro é imperiosa a análise se a reprodução humana assistida está inserida no direito à saúde, pois este é considerado um direito fundamental social, portanto um direito subjetivo. Para tanto, foi abordado como ponto de partida a evolução do conceito de saúde como implementação de um direito social.

A saúde sempre foi objeto de preocupação das sociedades e, em um primeiro momento foi entendida como ausência de doença. Segundo Rodrigues e Alves (1979), no período histórico, os patriarcas estabeleciam normas visando à higiene de seus povos. A assistência às populações era prestada por ambulantes, curandeiros e barbeiros, os quais recebiam donativos como contraprestação pelos seus serviços.

Com o advento da revolução industrial, datada do século XVIII, ocorreu profundas mudanças na estrutura das cidades industriais, culminando em grandes concentrações humanas. Nesse contexto, houve vários surtos de doenças epidêmicas, justamente pela falta de estrutura de saneamento básico nessas cidades.

Isso fez com que a Inglaterra se tornasse pioneira no planejamento de saúde pública. Conforme aduzem Rodrigues e Alves (1979), durante o reinado da Rainha Vitória, comissões foram organizadas com o escopo de investigar as condições de saúde da classe trabalhadora. O resultado de tais investigações fez com que, em 1848, fosse criado o primeiro conselho de saúde. Os autores acrescentam que esse foi o marco inicial da saúde reconhecida como função administrativa de Governo.

Hodiernamente, a Organização Mundial de Saúde (OMS), criada em um contexto de pós segunda guerra mundial e com o intuito de desenvolver a saúde dos povos em maior nível possível, define saúde como: “Um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doenças ou enfermidades” (SILVA, 2010, p. 76)

Esse conceito faz com que a saúde seja compreendida, como expõe Silva (2010), como o próprio processo de cidadania, uma vez que os direitos e deveres dos cidadãos, bem como as obrigações estatais, são postos de forma explícitas. Depreende-se, ainda, que essa concepção contempla a saúde de maneira solidária, posto que passa a ser vista como um compromisso social, resultado direto das ações do Estado em conjunto com a sociedade civil em diversas áreas, tais quais: meio ambiente; moradia; educação; alimentação; prevenção de doenças e assim por diante. Lado outro, é tecida crítica com relação a esse conceito, por visar, nas palavras de Segre e Ferraz (1997) uma perfeição inatingível. Questiona-se o que seria esse completo bem-estar mental e social, dado que as angústias, frustrações e decepções são inerentes a própria condição de ser humano.

No âmbito doméstico, a Constituição (BRASIL,1988) eleva o direito à saúde a categoria de direito fundamental social de modo expreso nos artigos 6 ° e 196. Com escopo de dar efetividade a à norma Constitucional, a Lei n°8080 (BRASIL,1990) institui o Sistema Único de Saúde.

A partir do momento em que a saúde foi positivada como um direito fundamental social, ela passou a ser entendida como um direito subjetivo e com isso, ganhou exigibilidade imediata. Ocorre que, como supramencionado, o conceito de saúde adotado pela OMS é muito amplo e, em virtude da possibilidade orçamentária do país é necessário delimitar o que, em âmbito de saúde pública, será custeado pelo ente público. Para que isso

fosse possível, foi incorporado o conceito de mínimo existencial proveniente da jurisprudência Alemã.

Frise-se que esse conceito é elástico, posto que o que é considerado essencial para viver com o mínimo de dignidade varia de acordo com as condições fáticas de cada país. Com intuito de delimitar o que venha ser conceituado como mínimo existencial, Alexy (1994, p 466 *apud* Toledo, 2017, p 104) o conceitua como o direito à “educação fundamental, média e profissionalizante; direito à moradia simples e direito a um patamar mínimo de assistência médica.”

Por sua vez, Toledo (2017) conceitua mínimo existencial como direitos fundamentais sociais mínimos que sejam suficientes para garantir “um patamar elementar de dignidade humana”. Clarifica o conceito de dignidade humana como conjunto de direitos que possibilita ao indivíduo ser considerado como pessoa e não como objeto, ou seja, a possibilidade do ser humano exercer sua autonomia, de determinar-se.

No que tange ao direito a saúde, Duarte (2011) compreende que, no interior do conteúdo do mínimo existencial, existe o núcleo essencial do direito a saúde, caracterizado pela preservação da vida e as demandas de alta essencialidade para a vida digna. Esse núcleo essencial se materializa como um direito definitivo. Não é um direito *prima facie*, posto que, não permite ponderação, uma vez que a vida é condição de fruição para qualquer outro direito.

Lado outro, o direito a saúde extrapola a definição de preservação da vida, ou seja, aquele que transcende a percepção de núcleo essencial, compreendido como um direito *prima facie*. Por conseguinte, admite ponderação, uma vez que, o direito a saúde de uns pode entrar em colisão com o direito a saúde de outros, com os outros direitos fundamentais, e com as possibilidades orçamentárias/ financeiras do Ente Público para efetivação desses direitos como explana Duarte(2011). Ressalte-se que a resolução de conflitos entre princípios é algo natural no dia a dia do Poder Judiciário, como se verá a seguir com a análise da jurisprudência sobre o tema.

4.1 Análise da jurisprudência

A judicialização de algumas demandas é o meio pelo qual questões sociais e políticas estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelos Poderes Executivo e Legislativo, instancias tradicionais de formulação e efetivação de políticas públicas (BARROSO, 2008). Nesse diapasão, demandas judiciais têm surgido, a fim de que o Ente

Público seja submetido a custear os tratamentos de reprodução humana assistida foi realizada a análise de jurisprudência sobre o referido assunto junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Estes órgãos foram escolhidos tendo em vista o alcance nacional da sua jurisdição.

Utilizando-se as palavras-chave: fertilização *in vitro* SUS; planejamento Familiar SUS; direito à saúde reprodução assistida. Não foi empregado filtro temporal na busca das jurisprudências. Foram encontradas 10 decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da oferta da reprodução humana assistida pelo ente público. Com relação a essa mesma pretensão arguida pela perspectiva do direito ao planejamento familiar, não foi possível a análise do mérito perante o Superior Tribunal de Justiça por tratar-se de um direito constitucional. Lado outro, a investigação sobre o tema na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça não logrou resultado.

Tendo em vista a necessidade de objetividade do trabalho científico, foi realizado um filtro dessas 10 decisões e eleitas 4 que merecem a explanação sobre os argumentos jurídicos utilizados, pois essas decisões abordaram o tema de forma mais profunda .

Analisou-se o Agravo em Recurso Especial nº 668336 (BRASIL, 2016), que teve como relatora a Ministra Assusete Magalhães. A parte autora pretendeu que o Estado do Rio de Janeiro arcasse com os custos da fertilização *in vitro* em hospital da redeSUS ou em outro Estado da Federação ou em hospital da rede particular. Foi realizada a reforma, em sede de acórdão, da decisão que denegou o pedido da autora, ao argumento de que ela é hipossuficiente, bem como que a fertilização *in vitro* foi indicada pelo setor de reprodução humana da Universidade Federal do Rio de Janeiro, instituição que acompanhava o casal. Ademais, no referido acórdão, foi defendido que a procriação é fundamental para sobrevivência humana e, que cabe ao ente público assegurar o direito à vida, à saúde, à dignidade humana, o direito de ser feliz e ao planejamento familiar. Porém, na análise do agravo em recurso especial em comento, pugnou a relatora pelo não reconhecimento do mesmo, pois o planejamento familiar é uma questão constitucional e a sua apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça configuraria usurpação de competência.

O agravo em recurso especial de nº 409498 (BRASIL, 2013), de relatoria da Ministra Eliana Calmon, diante da pretensão da autora, realização de fertilização *in vitro* custeada pelo Estado, admitiu o recurso e negou sua pretensão. Importante transportar a argumentação utilizada na apelação civil objeto do recurso especial. Em sede de apelação, o magistrado discorreu como sendo legítimo o interesse da autora em constituir a prole, mas ressaltou que a realização do procedimento não é indispensável à manutenção da saúde, bem

como alegou que dar provimento a demanda sobre o manto do direito à saúde seria elasticizar desmasiadamente o conceito jurídico-constitucional de saúde, o que inviabilizaria o exercício desse direito à uma parcela maior da população.

No mesmo sentido, o agravo em recurso especial nº 350421 (BRASIL, 2013), de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, manteve a decisão agravada. Tal decisão aludiu que não é razoável o Estado arcar com o custo altíssimo da reprodução assistida diante do quadro caótico da saúde justamente pela falta de verbas. Diante disso, sustentou que a utilização de recursos financeiros deve dar prevalência à satisfação de necessidades básicas.

Imperioso trazer o Agravo em Recurso Especial nº 263380 (BRASIL, 2012), do relator Ministro Mauro Campbell Marques, que conheceu o agravo interposto pelo Estado do Rio de Janeiro. Mesmo tendo negado seguimento ao recurso especial, importante evidenciar o posicionamento do magistrado em sede de apelação cível. Na referida oportunidade, foi destacado que o Estado tem a obrigação de garantir a efetividade ao princípio da dignidade humana, do direito à vida, à felicidade e ao planejamento familiar.

Insta realçar que o Superior Tribunal de Justiça, nas decisões analisadas, teve como posicionamento majoritário o não acolhimento da realização da reprodução assistida custeada pelo ente público, levantando como obstáculo que a utilização dessas técnicas não se enquadra no direito à saúde, bem como nos limites impostos pelo princípio da reserva do possível.

Diante da análise se a reprodução humana assistida se estende ou não como um direito a saúde. Foi importante trazer a concepção da OMS sobre a infertilidade com intuito de complementar o entendimento sobre o tema. Pois de acordo com a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, a infertilidade afeta em torno de 10% a 15 % dos casais de todo o mundo.

Diante disso, a OMS considera a infertilidade como uma doença. Essa mesma organização publica o Código Internacional de Doenças (CID), que é usado globalmente para classificar as doenças. O CID 10- N97 é utilizado para identificar a infertilidade feminina, sendo que as variações CID 10- N97.0 estão relacionadas à anovulação, CID 10- N97.1 à infertilidade feminina de origem tubária; CID 10- N97. 2 à infertilidade feminina de origem uterina; CID 10-N97.3 à infertilidade feminina de origem cervical; CID 10-97.4 à infertilidade feminina associada à fatores do parceiro; CID 10- N97.8 à infertilidade feminina de outra origem; CID 10-97.9 à infertilidade feminina não especificada e, por sua vez o CID 10- N46 à infertilidade masculina.

Lado outro, as técnicas de reprodução humana assistida se traduzem como um meio não natural de copulação, tendo por finalidade a gestação, por meio da substituição ou facilitação do processo reprodutivo normal (FERNANDES, 2005).

Segundo Fernandes (2005), a inseminação artificial pode ser homóloga, quando os gametas manuseados pertencem ao casal. O espermatozóide é colhido previamente e injetado quando o óvulo encontra-se em condições ideais para ser fertilizado. Esse procedimento é indicado no caso de incompatibilidade ou hostilização do muco cervical, oligospermia, hipofertilidade, entre outros. A inseminação artificial também pode ser heteróloga, hipótese em que o sêmen introduzido é proveniente de um doador. É indicada nos casos de impossibilidade de produção de espermatozóide. O procedimento é realizado quando o espermatozóide selecionado é introduzido na cavidade vaginal ou dentro do colo (intracervical) ou dentro do útero (intrauterina).

A fecundação *in vitro* reproduz, através de um tubo de ensaio o local da fertilização natural, qual seja: as trompas de Falópio (LEITE, 1995). Fernandes (2005) expõe que, para se obter êxito por meio dessa técnica, vários óvulos são extraídos da mulher, e posteriormente fecundados.

Scarparo (1991) elucida que a fertilização *in vitro* compõe-se de várias etapas. Em um primeiro momento, é realizada a estimulação hormonal com a finalidade de induzir a ovulação. Em sequência, esses óvulos são coletados e preparados para serem submetidos à fecundação. Realizada a fertilização, é feita a cultura dos embriões. Posteriormente, eles são transferidos para o útero materno.

A GIFT – GameteIntrafallopianTransfer -, apresenta-se como uma alternativa da fertilização *in vitro*, uma vez que oferece condições mais naturais para o desenvolvimento do embrião. Primeiramente, é efetuada a estimulação da ovulação por meio hormonal. Depois de cumprida essa etapa, os óvulos, juntamente com o espermatozóide, são introduzidos através de um cateter para uma ou duas trompas, local onde a fecundação ocorrerá (FERNANDES, 2005).

A ZIFT – ZygoteIntrafallopianTransfer-, une as vantagens da transferência de gametas com a fertilização *in vitro*. Em alguns casos, a transferência é feita em torno de 18 horas do momento que fora realizada a fecundação *in vitro*; em outros o intervalo de tempo é muito maior, existindo divisão celular ainda *in vitro*. Por intermédio dessa técnica, é possível constatar a qualidade da fertilização ainda *in vitro* (FERNANDES, 2005).

Depreende-se, que de acordo com a doença que gera a infertilidade, haverá um

tipo de tratamento. No entanto, o tipo de tratamento utilizado para pôr fim à infertilidade não pode ser confundido com a própria técnica de reprodução humana assistida, tendo em vista que a finalidade dessa não é sanar uma doença, mas sim, a concepção de um bebê. Portanto, a utilização das técnicas de reprodução humana assistida não é feita para pôr fim à infertilidade. Assim, mesmo depois de realização do tratamento, a infertilidade masculina ou feminina, independente da causa, permanece. Dessa forma, o emprego da reprodução humana assistida como tratamento da infertilidade não é meio adequado para tratamento da mesma, tendo em vista que sua finalidade é outra, a gestação.

Conclui-se, que as técnicas de reprodução humana assistida não são tratamentos para infertilidade, mas um caminho diverso do “natural” para atingir a gestação. De tal sorte, não podem ser concebidas como integrantes do direito à saúde.

5 PLANEJAMENTO FAMILIAR

No capítulo anterior restou demonstrado que a reprodução humana assistida não é integrante do direito à saúde. De tal sorte, analisar se o planejamento familiar é um direito fundamental é de suma importância para este trabalho, tendo em vista que a reprodução humana assistida é um método contraceptivo e o planejamento familiar manifesta-se como um conjunto de ações que possibilitam ao homem e a mulher terem acesso às informações, bem como à métodos contraceptivos e contraceptivos com o propósito de que eles possam decidir quando querem ter filhos, assim como quantos filhos desejam ter e em qual intervalo de tempo. Sendo assim, se o planejamento familiar for enquadrado como um direito fundamental nasce a possibilidade do indivíduo demandar a realização desse direito, que engloba o direito a reprodução humana assistida, frente ao Estado.

Realizando uma busca histórica sobre os direitos reprodutivos, constatou-se que a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, concebeu princípios éticos significativos no que diz respeito aos direitos reprodutivos. Com destaque ao princípio 8, que determina: “Todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer” (PATRIOTA, 200-?, p 43), o que corresponde à própria definição de planejamento familiar. A conferência de Beijing, em 1995, reafirma esse princípio.

De acordo com Piovesan (2003), os direitos reprodutivos de forma abrangente, correlacionado com reprodução e sexualidade humanas, são compreendidos como direitos

humanos. O direito ao planejamento familiar, em uma interpretação extensiva, está compreendido dentro dos direitos reprodutivos. Por consequência, também deve ser considerado como direitos humanos.

No plano doméstico, a Constituição (BRASIL, 1988), no § 7º do seu artigo 226 dispõe sobre o tema:

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.

A Constituição (BRASIL, 1988) alicerça o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. O princípio da dignidade humana, segundo a definição de Toledo (2017), retratada no capítulo quatro, equivale ao conjunto de direitos que possibilita ao indivíduo considerado e respeitado como pessoa e não como objeto. Não considerá-lo como objeto significa não instrumentalizá-lo, é respeitar sua autonomia, sua capacidade de auto gestão.

Concernente ao princípio da paternidade responsável, é definido como o encargo dos pais em prover a assistência afetiva, moral, intelectual e material aos filhos. Está correlacionado com o comprometimento dos pais na formação e manutenção da família. Encontra-se positivado igualmente nos artigos 3º e 4º da Lei nº 8.069 (BRASIL, 1990), bem como, no inciso IV do artigo 1566 da Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002).

O planejamento familiar localiza-se em normas infraconstitucionais, tais quais na Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002), artigo 1565, § 2º e igualmente na Lei nº 9.263 (BRASIL, 1996), que regulamenta o planejamento familiar. Merece destaque o artigo 9º da supracitada lei: “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.”

A Portaria nº 1.459/GM/MS (BRASIL,2011) instituiu na esfera do SUS a Rede Cegonha, cujos artigos. 2º e 4º no inciso V constam a garantia de acesso às ações do planejamento reprodutivo.

Por fim, com intuito de possibilitar a efetivação das portarias supramencionadas, a Portaria nº 3.149 (BRASIL,2012) destinou recursos financeiros aos estabelecimentos que, no domínio do SUS, realizam procedimentos de Reprodução Humana Assistida. Segundo o artigo 1º da referida portaria, ficou destinado o repasse de dez milhões de reais (10.000.000)

para os estabelecimentos nela mencionados, constando em seu bojo uma tabela com indicativo das quantias de repasses a serem feitas e das instituições beneficiadas com o recurso. Entretanto, essa quantia é insuficiente, visto que a demanda pelo tratamento é bem maior. De acordo com o presidente da Sociedade Paulista de Medicina Reprodutiva, o ginecologista Nelson Antunes Jr, até a data da entrevista realizada, eram atendidos cerca de 1.800 casos por ano, e o recomendado é que sejam 1.000 casos para cada 1 milhão de habitantes. Frise-se que o Brasil tem mais de 200 milhões de habitantes (PAGAN,2016).

A despeito da lei ter colocado no mesmo patamar a possibilidade de acesso aos métodos de concepção e contracepção, a realidade das políticas públicas sobre o tema parece privilegiar a oferta de métodos contraceptivos e preterir a oferta de métodos conceptivos, posto que, são poucos hospitais que fazem os tratamentos de concepção pelo SUS, além de a quantidade de verba destinada a esse fim ser pequena, o que acarreta em uma prestaçãoinsuficiente.

É imprescindível refletir se o planejamento familiar se amolda a noção de direito fundamental reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio. Segundo o § 2º do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988) “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Dessa forma, são considerados direitos e garantias fundamentais em sentido formal (SARLET, 2017) aqueles que se localizam expressamente positivados no artigo 5º do referido diploma normativo. De igual modo, são dotados de fundamentalidade aqueles direitos que não se posicionam dentro do rol desse artigo, mas que, em razão da matéria que abordam, da essência do seu conteúdo, são reconhecidos como tal.

Nessa perspectiva, a despeito da localização topográfica do direito ao planejamento familiar, normatizado no § 7º do artigo 226 da Constituição (BRASIL, 1988) consiste em um direito essencial para efetivação do princípio da dignidade humana, uma vez que esse está intrincado a concepção de autonomia, na possibilidade do ser humano determinar-se, de perseguir a própria felicidade. O contexto atual de avanço científico e tecnológico na esfera da reprodução humana assistida faz com que o indivíduo não esteja condicionado aos infortúnios criados pela impossibilidade de conceber um filho de forma natural. Frustrar essa possibilidade do indivíduo por falta de políticas públicas é tolher sua autonomia, obstruir o próprio exercício da dignidade, uma vez que homem que não é capaz de determinar-se converte-se em instrumento, em objeto de manipulação de alguém e/ou prisioneiro das circunstâncias.

De tal sorte, conclui-se que é imprescindível o reconhecimento do direito ao planejamento familiar como um direito fundamental o que implica ao direito de ter acesso as técnicas médicas de Reprodução Humana Assistida, posto que possibilitam a concepção. Pois o direito a reprodução humana assistida está contido no direito ao planejamento familiar, o que coaduna com os princípios estabelecidos na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, igualmente com o que determina o § 7º do artigo 226 da Constituição (BRASIL, 1988), bem como com a Lei nº 9.263 (BRASIL, 1996). Por conseguinte, a reprodução humana assistida integra, conforme classificação de Sarlet (2007), um rol de direito materialmente fundamental, esparsos na Constituição (BRASIL, 1988).

Acrescenta-se que o direito fundamental tem como característica sua imediatividade. Dessa maneira, ele é apreciado como um direito subjetivo, como uma posição de vantagem do indivíduo frente ao Estado, o que se materializa pela possibilidade de o indivíduo demandar juridicamente sua efetivação. Porém, trata-se de um direito *prima facie*, e como tal, deve ser ponderado à luz do caso concreto.

6 RESERVA DO POSSÍVEL

A despeito do enquadramento da reprodução humana assistida como um direito fundamental, é importante ressaltar que, para dar-lhe efetividade é primordial levar em consideração a disponibilidade financeira e a capacidade jurídica de quem tem o dever de assegurá-lo (SILVA, 2010).

Silva (2010) elucida que a reserva do possível é um princípio de origem alemã que está relacionado às decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha, decisões essas que possuem como fundamentação as limitações de aspecto econômico que prejudicam a integral efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Sarlet (2007) à luz do princípio da reserva do possível, enfatiza que a prestação positiva Estatal necessita de disponibilidade de recursos financeiros. Ademais, o equilíbrio das contas públicas é de suma importância para manutenção do Estado Democrático (SILVA, 2010). Consequentemente, a existência de recursos financeiros para implementação de políticas públicas necessita estar estabelecida em lei orçamentária, conforme dispõe o artigo 2º, da Lei Federal nº 4.320 (BRASIL, 1964).

Não obstante, percebe-se uma inação na organização e confecção de políticas

públicas por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. A descrença nesses poderes está fazendo com que as pessoas busquem a realização dos direitos sociais através do poder Judiciário. Ocorre que a função do judiciário não é remendar falhas dos poderes Executivo e Legislativo. São esses poderes que devem, por intermédio do diálogo com sociedade conceber políticas públicas que satisfaçam o interesse da coletividade.

Duarte (2011) explana que o Poder Judiciário permite a realização dos direitos sociais em alguma escala. Conseqüentemente, a recusa do acesso ao Judiciário para efetivação desses direitos simbolizaria um retrocesso político.

Valle (2009) expõe que a prestação jurisdicional, em vez de representar somente um mal funcionamento das instituições democráticas, podem ser a oportunidade para pressionar uma mudança na agenda política. Ou seja, as ações do Judiciário podem funcionar como um catalizador de mudanças, principalmente para introdução de direitos que não tenham alcançado voz na comunidade.

No que se refere aos parâmetros utilizados para resolução de conflitos entre princípios, frisa-se que a presença do conflito entre o núcleo essencial, vida, e da limitação orçamentária, a preservação da vida, como não admite ponderação, deve ser preservada a qualquer preço. A dúvida se posiciona quando, diante conflito entre o princípio da reserva do possível e a efetivação pela via judicial de outros direitos fundamentais, tal qual, o planejamento familiar. Qual é a melhor solução diante do exposto? Sedimentado em uma corrente pós- positivista, mais precisamente no pensamento de Alexy (2008), o método para resolução de conflitos entre princípios/direitos é a ponderação, que deve passar pelo filtro de suas máximas: adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito, o que é feito através da análise da demanda. Portanto, a decisão dependerá das peculiaridades da lide. Dessa forma, não é pertinente apresentar soluções genéricas para um problema que exige a investigação a luz do caso concreto.

Ademais, a resolução desses conflitos deve ser pautada em uma argumentação jurídica coerente, como proposto por Alexy (2005), e no dever de fundamentar as decisões. Logo, o magistrado precisa ter prudência ao proferir suas decisões para não utilizar conceitos vazios. A exemplo disso, não se pode negar a prestação de um direito fundamental social, como a reprodução humana assistida, somente citando o princípio da reserva do possível. É necessária realização de prova cabal de que a prestação jurisdicional pretendida, se admitida, é capaz de colocar em risco o equilíbrio financeiro atuarial do Ente Público.

Coaduna-se esse entendimento no pensamento de Sarlet (2007) de que a

efetivação de direitos fundamentais sem dúvidas possui um custo, mas esse fator, quando diante da imediata implementação pelo Poder Judiciário, não constitui um elemento impeditivo, exceto, diante da lesão direta e irreparável do orçamento público, desde que não se trate de questões sobre o núcleo essencial do direito à saúde.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos fundamentais são frutos do contexto histórico, político e econômico em que estão inseridos, e a sua positivação nos ordenamentos jurídicos se deu através das reivindicações da coletividade. A aquisição dos direitos reprodutivos como direitos humanos foi possível mediante as lutas das feministas em prol da liberdade reprodutiva.

Os direitos reprodutivos estão contidos na concepção do planejamento familiar e materializam-se na autonomia do indivíduo em decidir quando quer ter filhos, assim como, quantos filhos desejam ter e em qual intervalo de tempo. Com escopo de dar efetividade ao planejamento familiar, cabe o Estado a oferta de métodos contraceptivos e conceptivos.

No tocante aos métodos conceptivos, mais precisamente da reprodução humana assistida e sua oferta pelo Estado mediante o SUS, demandas foram feitas apresentando-o como um direito fundamental à saúde. Isso, principalmente, pelo fato da OMS adotar um conceito amplo de saúde, bem como de ter conceituado a infertilidade como doença.

Restou demonstrado, durante o trabalho, que o conceito de saúde adotado pela OMS visa uma perfeição inatingível e, a luz do princípio da reserva do possível, é inexecutável em larga escala. Com relação à conceituação da infertilidade como doença, foi evidenciado que reprodução humana assistida não é meio adequado para o seu tratamento.

Por sua vez, o planejamento familiar foi interpretado como um direito materialmente fundamental por sua relação intrínseca com o princípio da dignidade humana, sendo que a reprodução humana assistida amolda-se perfeitamente a um desdobramento desse direito, haja vista ser um método conceptivo.

Frisa-se que a judicialização não é a única forma de efetivação desse direito, pois o planejamento familiar não se materializa exclusivamente pela concepção de um filho biológico. Dessa forma, políticas públicas podem ser traçadas a fim de dar concretude a esse direito de outras maneiras.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais, por vezes, entra em conflito com

o princípio da reserva do possível. Salienta-se que a colisão entre princípios é algo natural. Caso isso ocorra, a solução será dada mediante aplicação do princípio da proporcionalidade. Salienta-se que, quanto mais bem fundamentada é uma decisão mais justa ela será

Conclui-se que a materialização do planejamento familiar eventualmente entrará em conflito com o princípio da reserva do possível. Por serem direitos *prima facie*, sua solução dependerá do sopesamento desses princípios a luz do caso concreto. Não obstante, feito o sopesamento, a resolução da lide deve ser fundamentada de forma clara e coerente. Assim, ao preterir a concretização de um direito fundamental pela observância do princípio da reserva do possível, deve ser realizada prova cabal do impacto da decisão no equilíbrio financeiro do Ente Público competente. Somente com uma fundamentação consistente é possível decisões justas, e, é mediante decisões justas que o Judiciário cumpre seu papel de zelador do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, P. D. **O Patrimônio Genético Humano e sua Proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ARAÚJO, L. A.; NUNES JUNIOR, V. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. **Modernidade e cidadania reprodutiva**. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo, BERQUÓ, Elza. **Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania**. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria – CFEMEA, 1994.

BARROSO, Luis Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**, 2008 . Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-dez-](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2)

[22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2). Acesso em: 23 de jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 out. 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 abr. 2018.

_____. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002., Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 12 abr. 2018.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 01 mai. 2018.

_____. Lei nº 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, DF, 19 set, 1990a. Seção 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em 23 abr.2018.

_____. Lei nº 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, 15 jan 1996. Seção 1, p. 1-3. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em: 07 abr.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.459, de 24 de junho de

2011. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a Rede Cegonha. **Diário Oficial da União**, 27 jun. 2011; seção 1: 109. Disponível em:

<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html>. Acesso em 07 abr. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012. Fica 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**. Disponível em:

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html. Acesso em: 05 abr.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial AREsp nº 668336. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravada: Jociane Alves, Cleiton José Correia de Paula. Relatora Ministra Assusete Magalhães, Brasília, 14, jun.2016. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=fertilizacao+in+vitro+sus&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC5>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial AREsp nº 409498.

Agravante: Rosineide Bezerra Chaves. Agravado: Estado do Rio de Janeiro. Relatora Ministra Eliana Calmon, Brasília, 03, out.2013. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=fertilizacao+in+vitro+sus&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC5>>. Acesso em: 10 abr.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial AREsp nº 263380.

Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Renata Oliveira Rodrigues. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 06, dez.2012. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=fertilizacao+in+vitro+sus&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC5>>. Acesso em: 10 abr.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial REsp nº 1471559. Recorrente:

Andre Luis Teixeira dos Santos. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relatora; Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 21, nov.2014. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=direito+a+saude+reproducao+assistida&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=20>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília. 12, abr.2012. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 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. **Diário Oficial da União**, 23 mar. 2005; seção 1. P.22. Disponível em:

<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm>. Acesso em: 07 abr.2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.752, 13 de setembro de 2004.

Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. **Diário Oficial da União**, 13 set. 2004; seção 1. P.140.

Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm>. Acesso em 18 abr. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.013, 9 de maio de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. **Diário Oficial da União**, 9 mai. 2013; seção I. p. 119. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em 08 abr. 2018.

CAMPOS, Diogo Leite. **Os Direitos da Personalidade: Gênese e Sentido**. [S.l.]: Revista Doutrinária, p. 27–48, [20-?].

COSTA, R. M; GIOLO JÚNIOR, C. Teorias Jurídicas a Cerca da Vida Humana. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Franca**, [S.l.], v 10, n 2, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291>>. 2017. Acesso em: 29 abr. 2018.

CZEZACKI, Aline. **Conheça os métodos contraceptivos oferecidos pelo SUS**, 2016. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/materias-especiais/51645-saiba-mais-sobre-os-metodos-contraceptivos-oferecidos-pelo-sus>>. Acesso em: 05 abr.2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso De Direito Civil**. 12. ed.V1. São Paulo: Saraiva,2006.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiádes. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: Um Contributo Para Dogmática do Direito À Saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERNADES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

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

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. Salvador, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed.V.2,São Paulo: Atlas,2001.

MORAES, A. D. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

PAGAN, Manuela. **Tratamento de infertilidade pelo SUS: como fazer a reprodução assistida gratuitamente**, [S.l.], 2016. Disponível em: <<https://www.vix.com/pt/bdm/saude/tratamento-de-infertilidade-pelo-sus-como-fazer-reproducao-assistida-gratuitamente>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

PATRIOTA, Tania. **Relatório da Conferência Internacional sobre população e Desenvolvimento**, Plataforma de Cairo, [S.l.], 200-?. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RODRIGUES, B. D; ALVES, A.L. **Evolução Institucional da Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde. 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização Assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O Conceito de Saúde. **Revista de Saúde Pública**, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89101997000600016&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 20 abr. 2018.

SILVA, Michel Clei Farias; CAMPOS, Bruna Christiane Dantas. Aspectos jurídicos da criopreservação extracorpórea de células embrionárias humanas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6605&revista_caderno=6>. Acesso em : 04 abr. 2018

SILVA, R.A. **Direito Fundamental à Saúde Pública**. Belo Horizonte: Fórum. 2010.

TOLEDO, Cláudia. **Mínimo Existencial – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã**. PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 01, p. 102 a 119 Fev/2017.

VALLE, V.R. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Social**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

