

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE  
TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP**

**CURSO DE DIREITO**

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A  
(DES)NECESSÁRIA JUDICIALIZAÇÃO PARA SUA CONCRETIZAÇÃO**

Maria Laura Bezerra Tiveron

Presidente Prudente/SP

2021

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE  
TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP**

**CURSO DE DIREITO**

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A  
(DES)NECESSÁRIA JUDICIALIZAÇÃO PARA SUA CONCRETIZAÇÃO**

Maria Laura Bezerra Tiveron

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Renato Tinti Herbella.

Presidente Prudente/SP

2021

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A  
(DES)NECESSÁRIA JUDICIALIZAÇÃO PARA SUA CONCRETIZAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial  
para obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

---

Prof. Renato Tinti Herbella  
Orientador do Trabalho

---

Prof. Pedro Augusto Brambilla  
Examinador

---

Prof. João Pedro Gindro Braz  
Examinador

“...tenha sempre como meta muita força, muita determinação. E sempre faça tudo com muito amor e com muita fé em Deus, que um dia você chega lá. De alguma maneira você chega lá”.

AYRTON SENNA

Dedico este trabalho aos meus pais e aos meus irmãos, por todo apoio durante minha formação.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus que me abençoa todos os dias da minha vida e me capacitou para este momento. Também a virgem Maria e ao meu Anjo da Guarda que passaram comigo por tribulações e me deram as bonanças.

Eternamente grata aos meus pais, Juliana e Reinaldo por me derem a oportunidade de realizar este curso e sempre me apoiaram em qualquer que fosse minhas ações e desejos, sempre com amor, educação e honestidade, aos meus irmãos Neto e Rafael por serem minhas alegrias nos momentos difíceis.

Também meus agradecimentos as minhas tias por sempre demonstrarem apoio aos meus feitos e meus avôs que ficam muitos felizes com minhas conquistas, sejam quais forem, e me ensinaram muito.

Minhas amigas de infância e da graduação por disponibilizarem seu tempo para me ajudar e escutar-me.

Agradeço ao coordenador do curso, Sergio Tibiriça, por ser um dos grandes responsáveis por eu estar realizando esta graduação no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

Ao meu caríssimo orientador, Renato Tinti Herbella, que desde a escolha do tema até o dia da apresentação, se mostrou solícito e aberto para acharmos um caminho que melhor desse certo para ambos, meu muito obrigada.

A banca examinadora, composta pelos professores Pedro Brambilla e João Pedro Gindro, obrigada por disponibilizarem seu tempo para meu trabalho e sempre compartilharem conhecimentos comigo.

Por fim, agradeço a todos que, direta ou indiretamente, me ajudaram nessa jornada acadêmica. Meu muito obrigada.

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo apresentar as técnicas de reprodução assistida e demonstrar os direitos que a circundam, conferindo-lhe seu caráter fundamental. Pontuando sobre sua relação com a Bioética e o Biodireito, os quais estão ganhando mais espaços em debates contemporâneos. E sobre o aumento do número de ações judiciais acerca do tema de reprodução assistida no Brasil, mostrando que cada vez mais pessoas são afetadas com a falta de políticas públicas efetivas para conseguir acesso aos tratamentos. E que portarias e resoluções de órgãos administrativos são as principais fontes de normatização sobre o tema. Ainda, faz um breve apontamento sobre o direito comparado em países como Itália, Portugal e Argentina. O trabalho utilizou-se do método indutivo para analisar como a carência de leis específicas e a falta do comprometimento do poder público afeta a população que é impossibilitada de ter acesso a esses métodos de reprodução.

**Palavras-chave:** Bioética. Biodireito. Reprodução Assistida. Judicialização. Direitos Fundamentais

## ABSTRACT

This study aims to present the assisted reproduction techniques and demonstrate the rights that surround it, giving it its fundamental character. Punctuating on its relationship with Bioethics and Biolaw, which are gaining more space in contemporary debates. And about the increase in the number of lawsuits on the subject of assisted reproduction in Brazil, showing that more people are affected by the lack of effective public policies to achieve access to treatments. And that ordinances and resolutions of administrative bodies are the main sources of normalization on the subject. Still makes a brief note about the comparative law in countries such as Italy, Portugal and Argentina. The work used the inductive method to analyze how the foul of specific laws and the lack of state commitment affected the population that is unable to access these methods of reproduction.

**Keywords:** Bioethics. Biolaw. Assisted Reproduction. Judicialization. Fundamental rights.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

SUS – Sistema Único de Saúde

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

ART – Artigo

DUBDH – Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos

SBB – Sociedade Brasileira de Bioética

CNS – Conselho Nacional de Saúde

CEP – Comitês de Ética e Pesquisa

CONEP – Comissão Nacional de Ética e Pesquisa

FIV – Fertilização in Vitro

ICSI – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides

GIFT – Transferência Intrafalopiana de Gametas

BCTG – Bancos de Células e Tecidos Germinativos

SisEmbrio – Sistema Nacional de Produção de Embriões

CFM – Conselho Federal de Medicina

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

RA – Reprodução Assistida

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

LPS – Lei dos Planos de Saúde

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

PMA – Procriação Medicamente Assistida

LPMA – Lei de Procriação Mediamente Assistida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

RDC – Resolução da Diretoria Colegiada

USA – Estados Unidos da América

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 O DIREITO E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA</b> .....	13
2.1 A Saúde Como Direito Fundamental .....	14
2.2 O Planejamento Familiar Como Direito Fundamental .....	16
2.3 A Reprodução Assistida Como Direito Fundamental .....	18
<b>3 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O DEBATE ÉTICO - POLÍTICO</b> .....	21
3.1 A Bioética .....	23
3.2 As Técnicas de Reprodução Assistida e Suas Aplicações .....	28
3.3 Peculiaridades Sobre Doações e Bancos de Células e Tecidos Germinativos .....	30
3.4 Gestação de Substituição e o Provimento 63/2017 .....	36
3.5 O Sigilo Médico na Reprodução Medicamente Assistida .....	39
<b>4 A NORMATIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL</b> .....	42
4.1 As Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) .....	42
4.1.1 Limite étario nas resoluções do CFM .....	46
4.2 A Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida .....	49
4.3 Projetos de Leis Sobre Reprodução Assistida .....	51
<b>5 TRATAMENTOS DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO ÀS AÇÕES RELACIONADAS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA</b> .....	53
5.1 Ativismo Judicial no Âmbito da Oferta da Reprodução Assistida Pelo Sistema Único de Saúde .....	57
5.2 Ativismo Judicial no Âmbito da Oferta da Reprodução Assistida Pelos Planos de Saúde .....	60
<b>6 BREVE CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO COMPARADO</b> .....	65
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	71

<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>74</b>
--------------------------	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

A reprodução humana medicamente assistida é uma série de processos adotados para auxiliar os tratamentos de reprodução, mas ainda não faz parte da realidade de toda sociedade brasileira, sobretudo por conta dos valores dos procedimentos, quanto da abrangência social dessa.

Apesar de já amplamente utilizados em clínicas especializadas, posto que gradualmente a procura por esses recursos vem aumentando com o passar dos anos, não somente pelas dificuldades que casais têm para terem filhos, como a infertilidade ou esterilidade, mas também em casos de famílias monoparentais, casais homoafetivos, gravidez mais tardiamente, entre outros casos.

Tais técnicas vão desde de procedimentos menos invasivos, até os mais complexos; sendo assim, devendo desenvolver-se em concordância com a bioética e o biodireito, que auxiliam até onde a ciência pode avançar para colaborar com o ser humano, sem cometer excessos.

Contudo o aumento dos estudos sobre o tema e sua maior procura, não significam que a totalidade da população detém conhecimento e acesso a isso, devido, principalmente, a falta de efetivação de políticas públicas no Brasil e o valor dos procedimentos no âmbito privado.

O que não deveria ser regra, pois a reprodução assistida esta interligada com direitos fundamentais, tais quais; direito a saúde, direito a reprodução, direito ao planejamento familiar e direito a dignidade humana, dentre outros.

Assim o direito, com o intuito de cumprir sua função social, não pode ficar omissos quanto as mudanças sociais trazidas por elas, tendo a necessidade de normalizá-las no ordenamento, o que no Brasil ocorre maioritariamente por meio de portarias e resoluções (como do CFM e CNJ), não existindo uma lei específica para tanto, somente referências em outras *legis*, como as seguidamente citadas leis de biossegurança, código civil e lei de planejamento familiar.

Mesmos presentes as normas reguladoras sobre o tema a falta de legislação específica e a carência de efetivação dos direitos supracitados traz um

problema para a esfera jurídica, onde a demanda de ações judiciais relacionadas a reprodução assistida cresceu nas últimas décadas.

Assim o judiciário não pode se eximir de solucionar aquilo que os outros poderes deveriam ter feito, mas não fizeram, restando a juízes garantir a execução desses direitos.

As ações, em sua maioria, aludem sobre os casos de consumação do direito, aos métodos de reprodução humana assistida, no âmbito do SUS e por seguradoras de saúde, e também, casos mais específicos como o sigilo médico nas situações de reprodução assistida heteróloga e a limitação etária trazida pelas resoluções do CFM.

Desta maneira o jurídico tenta uma solução para a falta de concretizações de políticas públicas, a garantia do direito fundamental e a reserva do possível, alegada pelo estado, sem ultrapassar seu limite de julgamento e sem abusar do ativismo judicial; que neste caso é amplamente explorado quando o governo se isenta de cumprir obrigações legislativas e sociais.

Por fim outros países também tratam da matéria, sendo os que tem leis sobre estas foram consumadas nas últimas décadas e em cada realidade o tema é tratado diferentemente.

O presente trabalho, por meio da análise de produções bibliográficas, decisões jurisprudências e normas correlatas, utilizou-se da metodologia exploratória e do método indutivo, para aprofundar sobre os mais relevantes princípios, técnicas, tratativas e julgamentos sobre o tema, principalmente no Brasil, como também breve apontamentos do direito internacional.

## 2 O DIREITO E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução assistida concerne de todos os métodos ou tratamentos, auxiliados pela medicina, que envolve a manipulação in vitro de oócitos, espermatozoides e embriões; com a finalidade de se conseguir uma gravidez.

Tais procedimentos ocorrem a partir da fertilização in vitro ou da inseminação artificial; dando oportunidade para pessoas inférteis ou com problemas para engravidar, indivíduos interessados na reprodução independente e casais homoafetivos, a constituírem sua família.

Consta que essas técnicas submergiram com a medicina contemporânea, visto que, conforme Andrade (2020, s.p.), o primeiro “bebê de proveta” do mundo nasceu em 1978 na Inglaterra, já no Brasil o nascimento pioneiro ocorreu 1984.

Contudo, desde então, as mudanças na medicina não pararam de ocorrer, fazendo com que o direito também se modernizasse para se adequar a uma sociedade em constante movimento, pois conforme a filosofia de Heráclito as coisas nunca são as mesmas, e isso se aplica as mudanças sociais e as ciências; como o direito e a medicina, que caminham em confluência para acompanhar tais mudanças.

Como a sociedade vem sendo surpreendida constantemente com novas técnicas e procedimentos de geração de vida, isso acaba causando um impacto não só na esfera individual, como também na coletiva.

Lembrando que, todo avanço na ciência deve ser tratado com a devida cautela e não pode ser feita de uma maneira desorientada, visto que terá efeitos na vida das pessoas, alcançando sua saúde e suas relações; por isso a bioética vem para resguardar e proteger a dignidade humana, afinal trata-se de uma filosofia proveniente da ética que zela pelo tratamento íntegro da vida.

Além do mais, o direito a reprodução assistida está ligado a infindáveis princípios e direitos, como por exemplo; o direito a saúde e ao direito ao planejamento familiar, ambos compreendidos na constituição federal de 1988, os quais se correlacionam com o princípio da dignidade humana e o estudo da bioética.

## 2.1 A Saúde Como Direito Fundamental

Em 1946 o Preâmbulo da Organização Mundial da Saúde já previa a proteção ao bem-estar físico da humanidade. Assim como, a Declaração Universal dos direitos Humanos da ONU, a qual fora assinada pelo Brasil, que também trazia essa proteção da saúde.

Acrescentando ainda que em 1969 o país adere a Convenção Americana de Direitos Humanos que disciplina em seu artigo 5º que: “toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

No Brasil só ocorreu uma positivação mais ampla dos direitos sociais com o advento da Constituição Cidadã de 1988, observando-se seu artigo 6º e, particularmente, o direito à saúde em seu artigo 196:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

A constituição não somente afirmou que a saúde é um direito de todos, como trouxe a prolação de serviços públicos de saúde, por meio do poder estatal, para promover o acesso igualitário aos tratamentos de saúde, posto que o SUS foi criado durante a Assembleia Constituinte.

Ou seja, desde 1988 qualquer indivíduo tem acesso aos serviços de saúde disponibilizados pelo estado para promover a seguridade social, com o objetivo de maior universalidade, uniformidade e equivalência.

Com a saúde garantida no texto constitucional o legislador implementa o artigo 198 e 200 que determina os meios de funcionamento do SUS e suas atribuições.

O sistema único de saúde é regulamentado também por lei própria, a 8.080/90 que corrobora com a ideia de saúde universal para todos.

Esse direito está amplamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que devem ser aplicados para garanti-la, e esta, por sua vez, existe para reconhecer e proteger os direitos fundamentais.

Conforme versa Sarlet (2012, p.91):

(...) a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado (...)

Bontempo (2005, p. 192). complementa que:

(...) são autênticos os direitos fundamentais, dotados de eficácia e plenamente exigíveis judicialmente (...). Partindo do pressuposto, portanto, que os direitos sociais são direitos fundamentais, submetem-se eles à principiologia e lógicas próprias dessa categoria de direitos. Vale dizer: devem ser interpretados de modo a garantir a dignidade da pessoa humana; seus efeitos devem ser maximizados ou otimizados, nos termos do princípio da aplicabilidade imediata e são intangíveis (...).

Assim sendo, a constituição Cidadã além de reconhecer o direito a saúde como direito fundamental ela apresenta o meio pelo qual a sociedade terá esse contato, o qual seja o sistema único de saúde, que faz parte da vida de todos que vivem no Brasil, e ainda assegura que o cidadão tenha seu direito preservado apoiando-se no princípio da dignidade humana. Sendo a saúde também o direito de todos e um dever de estado, segundo a própria carta magna.

Entretanto não é sempre que o estado cumpre a sua função quanto a isso, e então o poder judiciário acaba assumindo um papel significativo na execução desse princípio constitucional, chamando assim de “judicialização da saúde”; o qual

será tratado mais a fundo em tópicos seguintes, mas que reflete muito quando se versa sobre os casos de reprodução assistida.

## **2.2 O Planejamento Familiar Como Direito Fundamental**

O planejamento familiar conceitua-se como um conjunto de ações que auxilia o homem, a mulher ou o casal a como planejar, da melhor forma para eles, a chegada dos filhos.

Este princípio está consagrado tanto no Código Civil de 2002 quanto na Constituição Federal de 1988:

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (art. 1565, §2º do Código Civil de 2002)

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. (art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988)

Ora, conforme ambos os artigos acima citados o Planejamento Familiar é uma decisão livre do casal (ou de qualquer indivíduo com intuito de ter filhos), fundamentada na dignidade humana e na paternidade responsável. Além de que, em ambas as normas, o encargo de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar é do estado.

Também deve ser destaca a Lei 9.263/96, que regulamenta o planejamento familiar; contribuindo com o fortalecimento do direito à saúde sexual e reprodutiva, além de, conforme Lôbo (p.44, 2003); ter um papel fundamental na implementação de políticas públicas de controle de natalidade e nas ações do governo ,que garantem para todos acesso igualitário às informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

O artigo 2º da lei sobredita conceitua o planejamento familiar, e o artigo 3º em seu parágrafo único, da mesma *legis*, menciona as garantias dadas a população nesses casos:

Art. 3º 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.

Já o artigo 9º traz o dever do Estado em oferecer métodos de concepção e contracepção, cientificamente aceitos, que não tragam riscos à saúde das pessoas e garante a liberdade de opção; isso inclui os métodos de reprodução assistida:

Art. 9º 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.

Uma vez que o Planejamento Familiar é um direito constitucional ele será amparado por medidas públicas, desta forma deve ser garantido o acesso ao tratamento de esterilidade e reprodução assistida para qualquer um que tenham problemas para terem filho da forma biológica. Afinal os distúrbios da função reprodutora devem ser tratados como um problema de saúde pública e a negação do tratamento seria um empecilho na efetivação do direito ao planejamento familiar.

E como já citado anteriormente, o direito a saúde também é um direito constitucional; assim a esterilidade deve ser tratada para assegurar a eficácia de ambos os direitos.

Quando falamos em medidas públicas para se tratar o problema estamos relacionando desde as informações básicas, que o cidadão deve ter acesso, até aos tratamentos ambulatoriais. Mas para isso é necessário um esforço conjunto entre

governo e sociedade para que uma coletividade tenha maior conhecimento sobre seus direitos e sobre sua saúde.

Seguindo o mesmo viés Quaranta (s.p., 2010) afirma:

Nesse sentido, a igualdade de acesso das pessoas (e não só dos casais) às informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade torna-se não só um direito de todos, mas um dever do ente estatal, que deve pautar-se tanto por meio da necessária abstenção de ingerências indevidas na vida privada das pessoas, bem como por meio da implementação de políticas públicas que tornem viável a concretização dos projetos de vida dos indivíduos, mormente no que tange à perpetuação da espécie.

O princípio da parentalidade responsável não poderá servir como um reforço ao modelo conservador de família e filiação, baseado na moral heterossexual e matrimonial; visto que a orientação sexual e o estado civil não devem afastar o direito do planejamento familiar, pois conforme a quantidade de leis citadas acima e a evolução social todos têm esse assegurados.

Positivado como está o Planejamento Familiar é um direito fundamental, e seguindo a lei maior não deve ser restringindo, posto que preceitos referentes a engenharia genética e inseminação artificial são abrangidos nesse.

Assim, o Estado tem que cuidar dos casos que existe algum obstáculo, seja a esterilidade, criação independente ou união homoafetiva; tenha a melhor solução para que seja alcançado o teor social do direito.

### **2.3 A Reprodução Assistida Como Direito Fundamental**

Posto os últimos tópicos, ficou claro que tanto o direito a saúde quanto ao planejamento familiar são sim direitos fundamentais, então a reprodução assistida também seria um direito fundamental?

Quando citados os direitos fundamentais falamos também de direitos sociais que, conforme Sartori (2015, p.150), devem ser pensados e planejados por um quadro político baseado na democracia e no pluralismo, e que o Estado deverá assegurar que as pessoas possam usufruir desses direitos; então haveria sim um direito fundamental a saúde na reprodução humana assistida.

E neste caso não seria só a saúde reprodutiva, mas também a psíquica e o bem-estar físico mental, afinal o assunto é muito delicado.

Pois não apenas trata de uma falta de normas ou excessos de ações jurídicas, mas sim sentimentos de muitas pessoas, uma vez que o sonho de ter filhos é algo que se enquadra muito na maioria dos brasileiros e qualquer obstáculo para a realização deste, pode ferir gravemente o psicológico de um homem ou uma mulher.

A partir do momento que existe a vontade de constituir família, não pode ser encarada somente com um desejo de ter filhos, mas sim como um projeto parental que deve ser assegurado, uma vez que o planejamento familiar é um direito.

Fala-se em direito (também fundamental, neste caso) pois este já está assegurado na carta magna, então o estado deve dar os meios e a liberdade para cada indivíduo formar sua família da forma que melhor julgar, logicamente incluindo alguns limites.

Intrínsecos no direito ao planejamento familiar estão os direitos reprodutivos, que são amplamente ligados ao direito a saúde, principalmente à saúde reprodutiva, Piovesan (2003, p. 243) caracteriza esse direito como:

(...) saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência”, encontrando-se implícito (...) o direito de homens e mulheres à obtenção de informação e a ter acesso a métodos de planejamento familiar de sua escolha que sejam seguros, efetivos, disponíveis e aceitáveis, bem como a outros métodos de regulação da fertilidade de sua escolha não contrários à lei.

Mesmo sem características de normas sobre, a constituição em seu artigo 226, §7º complementado pela lei 9.263/96 dispõe que o direito ao planejamento familiar está fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade

responsável, o que fortalece o reconhecimento da autonomia reprodutiva e por conseguinte traz à baila uma admissão do direito a reprodução (natural ou não) como fundamental; visto que ambos seguem os princípios da liberdade e da igualdade, não permitem a restrição, com base em gênero ou formas de conjugalidade, assim não havendo qualquer restrição do uso das técnicas quando se á legitima vontade de constituir familiar.

Sem falar que a própria resolução 2.294/2021 do CFM, que trata sobre reprodução assistida, afirmando em seu anexo I.1 que “As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”, ou seja, deve ser oferecido para as pessoas com alguma dificuldade de ter filhos da forma natural um caminho para ter o direito efetivado.

Dado que a reprodução assistida vem amparada em vários direitos e princípios, mas sobretudo sobre dois fundamentais os quais sejam o á saúde e o planejamento familiar, fazendo uma interpretação extensiva se conclui que ela é um direito fundamental, que têm um enorme teor coletivo, tendo sem absoluta dúvida que ser assegurado pelo estado democrático nas bases de suas normas e limites.

### 3 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O DEBATE ÉTICO-POLÍTICO

A reprodução assistida, como já tratado anteriormente é algo moderno e abrangente, que graças ao mundo globalizado já atinge muitos países. Fazendo com que suas técnicas caminhem de uma forma cada vez mais rápida, se modernizando a todo momento com o intuito de auxiliar milhares de pessoas a alcançar seus sonhos de serem pais ou mães; porém a rapidez da ciência tem que ser observada para nunca extrapolar limites, como por exemplo o da dignidade humana; assim a bioética e o biodireito ascendem para ajudar nesse “controle”, dando uma maior segurança para médicos, cientistas, pacientes e a sociedade em geral.

Contudo, sobre a prática da reprodução assistida é necessário cautela para não a transformar em cientificismo e comercialização, assim a bioética chega para zelar com os direitos fundamentais do indivíduo, e o biodireito para uma observação dos possíveis empecilhos do tratamento.

O biodireito e a bioética estão interligados, porém são conceitos diferentes, a segunda seria um ramo da ética que auxilia na investigação e na imposição de limites, aos novos avanços da medicina; se preocupando de como as novas técnicas serão implantadas e dando uma solução adequada aos dilemas morais presentes na sociedade, sempre visando a proteção dos direitos humanos e da moral da comunidade.

O biodireito, por sua vez, seria um termo que abrange o conjunto de regras jurídicas e jurisprudências que ajudam a regular a conduta humana em relação aos avanços da medicina e da biotecnologia, com a finalidade de garantir a proteção de direitos fundamentais do indivíduo.

Sobre isso leciona Naves (2002, p.131/132):

Ainda é comum o uso indistinto dos termos Bioética e Biodireito para designar o mesmo objeto. Mas serão perspectivas idênticas do mesmo fenômeno? Se não são idênticas, será que a utilização indistinta dos termos, deve-se a não haver ainda direito que trate das interferências biológicas no ser humano, mas tão-somente ordem normativa ética? O Biodireito, conforme exposto acima, teve seu nascedouro na preocupação ética dos operadores das Ciências Biológicas. Assim, a ética biológica ou Bioética é parte da ética geral e, portanto, objeto de estudo e questionamento

da filosofia. Trata-se, na verdade, de duas ordens normativas diferentes: direito e moral. O direito, enquanto ordem pragmática de solução de conflitos, pode ser investigado por uma perspectiva dogmática e seus estudiosos são técnicos do direito. Já a moral é ordem normativa auxiliar, fornece subsídios para formulação e aplicação do direito, sem, no entanto, com ele se confundir. A Bioética, dessa forma, tem relevância para o direito, pois faz parte da zetéica jurídica. Vejamos primeiro, de forma rápida, a relação entre direito e moral, passando, depois à análise do (bio)direito, enquanto, dogmática, e da moral bioética, enquanto zetéica jurídica."

Obviamente ambos os termos são contemporâneos, e estão diretamente relacionados ao progresso de técnicas científicas, então os estudos destes, atualmente, é mais comum, mas anteriormente esses termos causaram muita confusão e discordância entre os doutrinadores.

Por fim o que prevaleceu sobre a relação desses é que a estreita relação entre ética e o direito é caracterizada, segundo Garcia (1989, p. 576), como coisas distintas, porém vinculadas, sendo a emancipação entre ambas aceita, todavia a ética analisa o direito e aquele a execução da ética.

Toda relação entre bioética e direito deve ter a interferência do poder estatal; assim sendo o poder legislativo deverá elaborar leis e limites para tais práticas, irrefutavelmente não as fazendo de forma arbitrária, seguindo sempre os ditames da lei maior, e o poder judiciário deverá cuidar para que a lei seja observada e cumprida; ou seja não tem como negar a influência do direito constitucional nas questões envolvendo bioética pois é através dela que se preservará o direito da dignidade humana.

O direito então será um instrumento de transformação, e o objeto de ação do estado para chegar à finalidade, a qual seja, alcançar a função social do estado. Essas transformações são necessárias para o desenvolvimento do país, conseqüentemente, indispensável a relação do direito nas questões bioéticas

Também é primordial uma comutação entre a bioética e o direito, pois não se deve preterir por completo uma formalização dos procedimentos, e nem desejar uma exagerada legalização; deverá realizar uma ponderação e reverência entre eles, para que não ocorra uma discricionariedade em relação a tomada de decisões; desta forma buscando a tutela de direitos fundamentais e um tratamento democrático.

Como já citado o judiciário tem importante papel nas relações envolvendo bioética e biodireito, devido a alguns casos o direito fica vagaroso em relação a moral e avanços da sociedade; dado que esses avançam em uma velocidade muito grande, o que traz como consequência um maior ativismo judicial, onde o judiciário, as vezes, vai ser tratado como um mecanismo de “correção destes atrasos”, dando a sociedade um lugar para discussão de certos temas.

Porém tais atos devem ser observados com certa cautela, afinal, para a ideia de os três poderes ser harmoniosa, o judiciário deve enxergar seu limite de atuação, mas sem permitir que a população fique desampara, o que acaba gerando um imbróglio nessas ações relacionadas a bioética e biodireito; tais como as de reprodução assistida.

### 3.1 A Bioética

A Bioética é um tema da ética que trata das questões da vida animal (incluindo, obviamente, os seres humanos), sendo assim um ramo de estudo interdisciplinar que envolve a biologia, o direito e a ética.

Leciona Porfírio (sd,sp); a palavra bioética é formada pela junção de *Bios* (vida, em grego) e *ethos* que diz respeito à conduta moral. Surge no século XX sobre um desenvolvimento da medicina e ciências, onde se viu a necessidade de um ramo que observasse a velocidade desses avanços sobre a vida humana, posto que existia uma preocupação histórica com experimentos científicos e médicos em cobaias humanas, tais quais os que ocorreram nos campos de concentração nazistas; ou seja a bioética está associada a questões de prevenções a qualidade de vida e de uma filosofia moral.

Sobre os estudos do médico Van Renssealaer Potter, na década de 70, relacionados ao tema, versa Junqueira (2012, p.02):

Van Potter estava preocupado com a dimensão que os avanços da ciência, principalmente no âmbito da biotecnologia, estavam adquirindo. Assim, propôs um novo ramo do conhecimento que ajudasse as pessoas a pensar nas possíveis implicações (positivas ou negativas) dos avanços da ciência

sobre a vida (humana ou, de maneira mais ampla, de todos os seres vivos). Ele sugeriu que se estabelecesse uma “ponte” entre duas culturas, a científica e a humanística, guiado pela seguinte frase: “Nem tudo que é cientificamente possível é eticamente aceitável”.

Junqueira (2012, p.07) também pontua que; em 1979 Beauchamp e Childress publicam os “Princípios de Ética Biomédica”, designando alguns princípios norteadores para as técnicas médicas; os quais sejam:

O princípio da não maleficência; é a vedação de causar qualquer prejuízo intencional ao paciente ou cobaia de testes científicos, é baseado no juramento de Hipócrates.

Segundamente, princípio da beneficência; tanto médicos quanto cientistas devem visar o maior benefício ao maior número de pessoas, também arrimado no juramento hipocrático.

Prosseguindo, princípio da autonomia; seguindo a filosofia de Immanuel Kant, defende que como toda pessoa busca por sua autonomia, então é o paciente que decide se aceita ou não tratamento médico oferecido.

Por fim, o princípio da justiça afirma que, toda ação médica devera submeter-se a justiça, para assim se respeitar a ética; seguindo os estudos de John Rawls.

Então Vázquez (2002, p. 64) conclui sobre os direitos da bioética:

El primer dato que llama la atención a quien se aproxima por primera vez a esta problemática es la existencia de un importante consenso en torno a los llamados 'principios de la bioética'. Estos principios constituyen el punto de partida obligado en cualquier discusión que uno emprenda con médicos, sanitarios, biólogos, bioeticistas, etcétera, a propósito de la eutanasia, los trasplantes de órganos, el genoma humano, la optimización de recursos en medicina intensiva, la asistencia a enfermos de sida o la experimentación con algún nuevo fármaco.

A ordenação desses princípios demonstra o interesse da sociedade em estudar sua própria condição em relação aos estudos médicos-científicos.

Como já tratado acima, a bioética surge relacionada com o dilema de como as novas técnicas médicas interferiram na vida humana, sobretudo pós a ditadura nazista; já no Brasil a Bioética foi realmente recepcionada com o fim do regime militar, ou seja, no período de redemocratização pacífica do país; onde o grande ápice seria a promulgação da constituição cidadã de 1988, a qual dá ênfase aos direitos e garantias individuais e sociais (bem diferente da constituição anterior).

Esses direitos, chamados de fundamentais, os quais sejam o: direito à vida, a igualdade e integridade física, integridade moral e psíquica, estão amplamente ligados a bioética. Pessini e Barchifontaine (2014, p. 7) dão mais clareza a abordagem:

Nas décadas de 1980 e 1990, o Brasil, apesar das muitas turbulências, dos chamados “anos de chumbo” da ditadura, conquistou a democracia. Essa democratização do país trouxe a discussão política e ética que determinou a revisão da Constituição (Constituição da República Federativa do Brasil), que ficou conhecida como a “constituição cidadã”, da qual um dos pontos altos foi a questão dos direitos humanos, após um período negro marcado por torturas pelo governo militar. Como consequência, outras mudanças se seguiram, como a elaboração de um novo Código de Ética Médica (1988), que introduzia em seu bojo, questões éticas inovadoras para a sociedade de então, entre outras a questão dos direitos humanos, a dos transplantes e da pesquisa com humanos.

Esses fundamentos constitucionais respaldam a bioética, pois já tem em seu teor uma essência moral, como por exemplo a inviolabilidade da vida no “caput” do artigo 5º, como cláusula pétrea; sendo assim, todo corpo normativo está relacionado com esses fundamentos, não podendo se dar preferência ao estado quando se trata da vida humana.

Destarte, a bioética é escorada pelos direitos fundamentais da constituição federal, logo está implícita em todas normas e sempre devendo ser seguida.

Apoiada por direitos fundamentais no âmbito interno e amparada nos direitos humanos no âmbito universal, ela existe justamente para resguardar os direitos humanos, sobretudo o da dignidade humana, e desta forma ficou explícito com a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), que deu enfoque a

importância social das questões éticas relacionadas a medicina, sendo dirigida aos estados para estes saberem o caminhos a tomar e como orientar sua população.

A declaração é um grande avanço para a proteção de direitos individuais e sociais, pois mostra o interesse em estudos do tema e conseqüentemente leva a uma maior conscientização.

Além do mais a DUBDH (Declaração Universal de Bioética e Direitos Humano) evidência o caráter educativo, inserindo a necessidade de todo o mundo observar os limites e o respeito aos direitos humanos a frente do desenvolvimento de técnicas medica-científicas, sendo inclusive matéria acadêmica e debatida em diversos círculos de estudioso, como ocorre no Brasil.

Conforme Salvador, Sampaio e Palhares (2008, p. 525); a declaração edifica a liberdade de ciência e pesquisa, mas também o bem-estar individual e da humanidade como um todo, e traz a necessidade grande proteção dos mais vulneráveis.

Não é sem fundamento que os princípios refletidos no documento, mais especificamente do artigo 3º até o 17º sejam, entre vários outros; o da dignidade humana, da autonomia individual, do benefício e dano, do consentimento, da capacidade, da confidencialidade, da igualdade, da responsabilidade social e de saúde, da proteção as gerações futuras e logicamente os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Ademais, os casos contendo demandas éticas relacionadas à vida conseguem gerar o clamor público, pois é algo que poderá ocorrer com qualquer outra pessoa; e assim tornando-se interessante para mídia divulgá-los, o que auxilia em manter a população informada de seus direitos.

No âmbito nacional não apenas a constituição tratou o tema, mas também houve a criação da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB) em 1995, com a finalidade e reunir profissionais com diversas formações interessados em progredir o estudo e a produção acadêmica sobre a bioética, e auxiliar projetos deste meio; como ainda a edição da resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde (CNS), que regula pesquisa envolvendo seres humanos e designa a execução do sistema CEP/CONEP.

A Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) averigua os protocolos de estudos de áreas como reprodução assistida e genética humana, com um olhar bioético. E os Comitês de Ética e Pesquisa (CEPs) são instâncias regionais logradas em todo território nacional, que são responsáveis pela regulamentação das pesquisas de baixa e média complexidade.

Todos os projetos de pesquisas em seres humanos têm que passar primeiro pelo CEP e depois, se for o caso, enviados para o CONEP; afinal todas as inquirições desse tipo devem seguir as diretrizes da bioética.

Outra importante norma que coordena os estudos sobre as ciências humanas, é a resolução 510/2016, que estipula procedimentos éticos próprios para investigações com seres humanos.

O que ambas as resoluções deixam claro é que os princípios da bioética, já citados acima, devem ser seguidos rigorosamente; supervalorizando o direito a autonomia, e ao tratamento médico-paciente mais claro possível, além de indiscutivelmente, o respeito a dignidade humana e preservação da vida.

Mais um ponto sobre o tema é que, em alguns casos, a medicina avançou rapidamente chegando tratamentos, graças a globalização, em todo o mundo, não sendo diferente no Brasil; porém, os insumos e tecnologias são semelhantes aos de países desenvolvidos, mas o acesso não será tão igualitário no âmbito interno. Pois quando tratamos de algo que o SUS não cobre em sua totalidade, uma significativa parcela da população não vai conseguir arcar com seus custos, assim dizendo, apesar do tratamento existir, ele não é efetivado para todos; um grande exemplo disso, em território nacional, são os casos de reprodução assistida.

Essa é produto do desenvolvimento tecnológico da área da saúde, contudo resultou em conflitos morais que estão interligados com questões religiosas, pessoais, questões de gênero e entraves conexos ao campo de conhecimento, dentre outras.

Além da falta de normatização sobre reprodução assistida há também um desconhecimento relacionado ao tema, é nesse momento que a bioética tem um papel enorme, uma vez que auxilia em como a sociedade incorpora as mudanças tecnocientíficas, e na relação médico-paciente; dando um maior apoio para que os

profissionais consigam ter uma competência moral e instrutiva para identificar e agir de modo autônomo diante de conflitos deontológicos com os quais irão se deparar.

Acerca da prática de reprodução assistida, a bioética contribui para a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo, ademais é crucial para a guarda dos valores humanos fundamentais; todavia, o obstáculo maior é estimular a desenvolvimento da ciência, sem deixar de atentar-se ao respeito à dignidade da pessoa humana.

### **3.2 As Técnicas de Reprodução Assistida e Suas Aplicações**

Para discorrer sobre as técnicas de reprodução assistida é necessário explicar o que são e quando estas são necessárias; visto que são originárias de muitos estudos, assim sendo um tratamento da saúde reprodutiva muito reverenciado pela ciência e pela sociedade.

Há várias técnicas utilizadas para a reprodução assistida, sendo diferentes quanto suas peculiaridades e quanto à possibilidade maior ou menor de êxito, mas todas tem como mesmo objetivo fazer valer o sonho e o direito das pessoas; o qual seja, o de ter filhos. Assim sendo, os procedimentos que irão contribuir para que os pacientes formem sua família podem ser realizados de diversas formas.

Tais como, as maneiras menos complexas; igual o coito programado, que consiste em utilizar vitaminas e medicamentos que irão dar mais forças aos gametas reprodutores, e ao momento da ovulação o casal deverá manter relações sexuais.

Outro método de baixa complexidade, e conseqüentemente valor menor, utilizado pelos pacientes que se enquadram nos parâmetros, é a inseminação artificial, que pode ser intracervical, intratubária, intraperitoneal, intrafolicular e intrauterina. A última sendo a mais utilizada; compreende na inserção de espermatozoides aptos na cavidade uterina quando a mulher estiver ovulando, podendo ser homóloga (sêmen do parceiro) ou heteróloga (sêmen do doador).

A FIV, fertilização *in vitro*, é outra técnica bastante difundida neste meio, começa com a aplicação de hormônios para aumentar o número de óvulos e sua posterior coleta, para que fora do corpo, serem fertilizados com espermatozoides que também foram selecionados, e assim o embrião é subseqüentemente colocado no útero. A fertilização *in vitro* é um procedimento mais complicado e dessa forma mais caro, tendo que ser usado quando os dois processos, citados anteriormente, não derem certo ou for constatado uma situação mais complexa do quadro dos pacientes.

Outro método rotineiramente utilizado por especialistas, especialmente nos casos com disfunções nos gametas masculinos, é a Injeção Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), é uma técnica de micromanipulação de gametas, que especificamente, nada mais é que a implementação de um único espermatozoide no interior do óvulo, também feita em laboratório como a FIV.

Distinto procedimento utilizado, mas em menor escala, por ser mais invasivo é a Transferência Intrafalopiana de gametas, a GIFT, onde o óvulo e espermatozoide são selecionados, mas não são fertilizados em laboratório, são transferidos para as trompas de Falópio da mulher, por meio de um diminuto corte no abdômen ou através da vagina, de maneira que possa ocorrer a fertilização na trompa de Falópio.

O surgimento dessas técnicas está ligado a um desejo de ter filhos, mas que algumas pessoas não conseguiam exercer de modo natural, tendo como principal problema a infertilidade.

Conforme pesquisa de Ortiz, Brum, Nakamura e Fontanive (s.p.,2019) pelo menos 15% da população passe pela infertilidade em idade fértil, e a dificuldade aumenta com o envelhecimento; isso em ambos os sexos. E continua os autores:

Segundo levantamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), as clínicas de reprodução assistida por aqui realizaram 43 098 ciclos de fertilização *in vitro* ao longo de 2018, um aumento de 18,7% em relação ao ano anterior e mais que o dobro do total de 21 074 ciclos registrados apenas seis anos antes, em 2012.

Perspectivo é o aumento da procura desses métodos nos últimos anos, tanto quanto em relação ao seu avanço científico, contudo é preocupante que muitos

desses casos o imbróglio envolve a infertilidade, que passa a ser um problema de saúde pública, não só aqui no Brasil, mas em todo o mundo; segundo a própria OMS, sendo assim um problema sério que têm por resultado obstar que os indivíduos disponham do ato da reprodução.

As ocorrências de infertilidade podem ser tanto um problema masculino, ou feminino ou de ambos; sendo que o caráter psicológico pode agir negativamente em alguns casos. Sem falar que alguns casais ao receberem o diagnóstico tentam esconder de toda forma, inclusive passando por um período de negação, a fase do “por que comigo” e posteriormente “como resolver esse problema”, faz essa caminhada ser ainda mais árdua.

Assim é necessário que a sociedade, por meio de profissionais especializados acolham essas pessoas e logicamente ofereçam a solução deste problema.

É esperado que existem políticas públicas que preservem o direito a reprodução, porque para muitos o sonho não é apenas ter um filho, é gerar uma vida ou conceber um filho biológico, e conforme o direito fundamental ao planejamento familiar, os cidadãos são livres para construir sua família na forma que melhor lhe convir.

Obviamente a sociedade não está 100% preparada para lidar com esses acontecimentos, por isso a importância de as pessoas aprenderem sobre. Além de tudo as políticas públicas não apoiam, em sua totalidade, esses casais; afinal preços de procedimentos de reprodução assistidas podem variar de 3 mil a 50 mil reais, por média e por ciclo, um valor que claramente não é toda população que pode arcar e infelizmente não é oferecido amplamente na rede pública. Posto isso o direito, exercendo sua função de ciência social, deve auxiliar no asseguramento do direito a reprodução dessas pessoas.

### **3.3 Peculiaridades Sobre Doações e Bancos de Células e Tecidos Germinativos**

Outro método bastante utilizado para auxiliar na reprodução Humana é a criopreservação de óvulos, espermatozoides e embriões; visto que com o envelhecimento tanto do homem quanto da mulher, as dificuldades da reprodução por meios naturais aumentam. Porém fazendo uso do seu direito ao planejamento familiar a pessoa pode escolher o melhor momento para se ter os filhos, então o congelamento tem sido um recurso muito eficaz para postergar o envelhecimento de tecidos germinativos.

Também quando se aborda as consequências negativas, que a quimio e a radioterapia trazem para a fertilidade, conclui-se que a criopreservação é de grande auxílio para aqueles que estão em tratamento do câncer.

Essas células não têm limite de tempo para ficarem na geladeira, mas sua eficácia pode diminuir com o tempo. Nos casos de espermatozoides e óvulos quanto mais nova a pessoa optar pelo congelamento, mais eficiente será a célula quando for utilizada no processo de gravidez.

Contudo, a resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina alude no artigo IV sobre as doações de gametas ou embriões; trazendo como regras que a doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, não poderá se conhecer a identidade dos doadores (ao menos nos casos de parentesco de até 4º grau e em situações excepcionais), a idade limite para doações e a forma que este material, doado, poderá ser utilizado nos procedimentos.

Tal resolução também trouxe no artigo V especificações para esses procedimentos; as quais sejam, que o número total de embriões gerados não poderá exceder oito, e aqueles que não forem transferidos devem ser criopreservados e sua destinação deve ser manifestada por escrito pelos pacientes.

Os especialistas apontam que o embrião é o melhor tecido para a criopreservação; contudo há muitas peculiaridades em torno desse recurso, que está se popularizando entre as clínicas de reprodução assistida.

A fiscalização dessas práticas fica por conta da Agência Nacional de Vigilância Sanitária; por meio dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTGs), normatizado pelas resoluções RDC Nº 23, de 27 de maio de 2011 e alterada

pela RDC Nº 72, de 30 de março de 2016, dando assim mais seguridade para a realização desses procedimentos.

Um importante mecanismo criado nas resoluções, é o Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), originado e dirigido pela Anvisa que atualiza sobre a quantidade de embriões humanos produzidos pelas técnicas, também a quantidade destes que foram doados para pesquisas, indica a qualidade dos bancos, entre outras coisas.

A resolução nº 23/2011 traz em seu artigo 9º as atribuições do BCTG, dando devido atenção ao inciso oitavo que trata sobre o SisEmbrio:

Art. 9º São atribuições do BCTG:

I- efetuar e garantir a qualidade do processo de seleção do paciente e/ou doador de células e tecidos germinativos;

II- obter Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, conforme modelo padronizado pelo BCTG, de acordo com a legislação vigente;

III-orientar, viabilizar e proceder à coleta, quando necessário;

IV-avaliar, processar, armazenar e liberar as células ou tecidos recebidos ou coletados;

V- providenciar a realização dos exames laboratoriais para identificação de possíveis contraindicações e condições especiais necessárias ao uso das amostras;

VI-fornecer todas as informações necessárias a respeito da amostra a ser utilizada, respeitando o sigilo, cabendo ao médico do paciente a responsabilidade pela sua utilização, quando couber, segundo legislação vigente;

VII-manter arquivo próprio com dados sobre coleta, processamento, armazenamento, avaliação, transporte e liberação do material;

VIII-enviar relatório anual com os dados quantitativos de produção do BCTG por meio do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio) informando:

a) o número de ciclos realizados com pelo menos um oócito captado;

b) o número de oócitos produzidos;

c) o número de oócitos inseminados;

d) o número de oócitos com 2 pró-núcleos (2PN) formados;

e) o número de embriões clivados;

f) o número de embriões transferidos a fresco;

g) o número de embriões transferidos após descongelamento;

h) o número de embriões desprezados por ausência de clivagem em período superior a 48h (quarenta e oito horas). (grifo nosso)

Ademais o artigo 12º inclui sobre o manual técnico operacional dos BCTG. Em suma este é um serviço de saúde da Anvisa que seleciona, coleta, registra, armazena, descarta, entre outras coisas; as células, tecidos germinativos e embriões no âmbito público e privado.

Por sua vez, o SisEmbrio fornece relatórios para que sejam conhecidos os números referentes aos ciclos de fertilizações, os embriões congelados, doados etc.; outrossim fornece indicadores de qualidade dos bancos. O último relatório fora publicado em janeiro de 2021, mas com dados referentes a 2019, traz seguintes informações (2021, p.13):

Os dados enviados no ano de 2019 demonstram que o número de ciclos de fertilizações in vitro vem crescendo Brasil. Em 2019, foram realizados 44.705 ciclos de fertilização in vitro, resultando no crescimento de 1.607 ciclos em relação ao ano anterior.

[...]

O estado de São Paulo foi o que mais realizou ciclos, chegando a 21.204 (47% do total do país). Em segundo e terceiro lugares, respectivamente, ficaram os Minas Gerais (4.312) e Rio de Janeiro (4.095).

No ano de 2019, foram congelados 100.380 embriões para uso em técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA), 13% a mais do que em 2018 (88.776). Os estados que mais congelaram embriões foram São Paulo (52.201), Minas Gerais (8.463) e Rio de Janeiro (7.823). Nesse cenário, foram registradas 25.949 "transferências" por meio de ocorridas no ano anterior (70.908).

O relatório informa, ainda, que 22 embriões congelados foram doados para pesquisas com células-tronco em 2019.

Conclui-se pelo relatório que a utilização dessas técnicas ainda é muito concentrada na região sudeste, principalmente. Essas informações ainda auxiliam os

inspetores sanitários nas fiscalizações desses procedimentos, e ajuda a demonstrar a necessidade de expansão destes para o resto do país.

Como já aludido, os BCTG não tratam apenas da criopreservação de gametas, mas também da doação desses, que é um método que está se popularizando no âmbito das clínicas de reprodução humana. Esses bancos existem para auxiliar aqueles com dificuldades para engravidar e com problemas nas suas células reprodutivas ou casais homoafetivos.

A doação é obrigatoriamente anônima em relação a identidade das partes envolvidas, contudo é fornecida algumas características físicas dos doadores aos receptores, podendo assim, estes últimos escolher alguém com semelhança física parecidas com eles.

Nos casos de doação de óvulos a paciente doadora deverá ter até 37 anos posto que ainda é capaz de produzir e coletar uma quantidade muito grande de óvulos. Já no caso de doação de material espermático a idade limite do doador é de 45 anos.

A doação é na sua maioria voluntária, não tendo, portanto, caráter lucrativo ou comercial; todavia existe a doação compartilhada de oócitos, onde concessora e destinatária participam de algum tratamento por reprodução assistida e irão compartilhar tanto material biológico como despesas. Em outros termos, a doadora, que produz grande quantidade de óvulos, doará metade para a receptora e estas dividem o valor deste processo.

Quanto aos embriões excedentários é necessário fazer alguns apontamentos; se forem saudáveis podem ser criopreservados, se apresentada essa vontade por escrito e ainda informar no momento do congelamento o que acontecerá com esses embriões no caso de divórcio ou falecimento; existem também a opção de doar esses excedentes se tiver a certeza de que não serão mais usados, ou podem, depois de 03 anos armazenados, serem descartados ou destinados para pesquisas de células tronco, conforme o artigo 5º da lei de biossegurança.

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por

fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Todos os possíveis procedimentos após o terceiro ano, no entanto, só são feitos com o consentimento dos doadores, devidamente registrado em cartório.

Importante salientar também, que deverá ser evitado duas gestações de crianças de sexos opostos com o mesmo material genético, fruto de doação, em uma área com um milhão de habitantes.

As doações devem seguir os preceitos de sigilo, gratuidade e a assinatura do termo de consentimento e esclarecido; que deve ser assinado pelo médico e doador antes das coletas, e se o ou um dos doadores for incapaz de entender o ato, não poderá esta ocorrer; as demais condições para serem candidatos a doação de células e tecidos estão no artigo 19º da resolução nº 23 de 2011:

Art. 19 É candidato à doação de células e tecidos germinativos e embriões indivíduo que satisfaça pelo menos as seguintes condições:

I- maioridade civil;

II- concordar em realizar uma avaliação médico-laboratorial;

III- concordar em assinar o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido;

IV- se doador de sêmen, concordar em realizar os testes para marcadores de doenças infectocontagiosas, conforme artigos 21 e 22;

V- se doadora de oócito, concordar em realizar os testes para marcadores de doenças infectocontagiosas, conforme artigos 21 e 22;

VI- se doador de embriões, concordar em realizar os testes para marcadores de doenças infectocontagiosas, conforme artigos 21 e 22.

Há duras críticas sociais sobre o fato de se ter mais embriões fecundados do que serão implantados, visto que fecundar somente a quantidade de embriões que serão aproveitados acabaria com os excedentários, que as vezes são descartados. Ainda assim do ponto de vista técnico-médico é necessário que se produzem embriões “extras”, visto que poderão ser implantados numa futura tentativa de gravidez, não se tendo a necessidade de passar por todos os procedimentos anteriores novamente.

Outra alternativa aceita, como já tratada, seria a doação dos embriões criopreservados por outras pessoas em processo de reprodução assistida, ou até doação para pesquisas com células-tronco, por exemplo.

França (2014, p.366) faz importante apontamentos sobre o tema:

A questão do descarte de embriões congelados continua sendo uma questão muito delicada na reprodução humana assistida quando da fertilização in vitro. Há países, como a Espanha, que permitem o congelamento de embriões durante cinco anos e depois deste prazo obriga sua destruição. Na Dinamarca os que sobram são destruídos logo após a fertilização, sem necessidade de criopreservação. Outros defendem a ideia da doação de embriões para fins de pesquisa, como ocorre nos Estados Unidos e Bélgica. Na Alemanha não se permite gerar mais embriões do que o que se necessita implantar. E, enfim, aqueles que em face de legislação ou sentenças judiciais vêm decidindo em favor da manutenção ou da adoção.

Conclui-se que o tema ainda é muito discutido, mas dentro do que é permitido por normas, como por exemplo a resolução nº 23/2011 da ANVISA, é que a doação dos embriões excedentários é a melhor solução presente.

### **3.4 Gestação de Substituição e o Provimento 63/2017 do CNJ**

Dentre as atuais técnicas de reprodução assistida tem-se a gestação por substituição, ou conhecida também por doação temporária de útero. Tal método aborda a cessão temporário do útero de outra pessoa para a geração de uma criança; alertando que o termo barriga de aluguel é inapropriado para a realidade brasileira, pois o CFM proíbe que este método de reprodução assistida tenha fins lucrativos ou comerciais, também porque não pode utilizar desse procedimento para simplesmente preservar-se dos incômodos da gravidez ou as inconveniências do pós-parto, por exemplo

Sobre isso, declara o CFM na resolução 2.094/2021:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

Algumas mudanças sobre o tema advieram com a nova resolução do CFM. Anteriormente a cedente deveria ser parente de até 4º grau de algum dos parceiros, mas com a norma mais recente essa também deverá, ao menos, ter um filho vivo, ainda assim tais peculiaridades serão observadas mais afundo em tópicos subsequentes. O Conselho Federal de Medicina tem a necessidade da relação de parentesco para que a prática não vire um ato lucrativo.

O Conselho Federal de Medicina designa todo o anexo VII para tratar sobre esses casos, além de fazer demais apontamentos tais quais; os termos de consentimento devem ser assinados pelos pacientes e pela mulher que gestará a criança, a questão de filiação da criança, o ou os pacientes do serviço de reprodução assistida deverão fornecer acompanhamento médico para a cedente do útero até o puerpério e deverão providenciar documentação para o registro civil da criança durante a gravidez. Se a mulher que gestará a criança for casada ou viver em união estável esta deverá apresentar por escrito a aprovação do seu companheiro (a).

O provimento 63/2017 do CNJ interfere nesta matéria, ao tratar de como deve ocorrer os registros de nascimentos e emissão de certidão das crianças nascidas pelas técnicas de reprodução assistida.

Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.

§ 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Nota-se que o conselho nacional de justiça buscou eliminar qualquer tipo de objeção quanto ao registro da criança que possui pais do mesmo sexo; pois historicamente os casais homoafetivos tinham grandes problemas durante o registro dos seus filhos, agravado ainda mais nos casos de gravidez por substituição.

Já o artigo 17 em seu parágrafo primeiro da mesma *legis* aduz que:

§1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

Tal parágrafo visa a desburocratização, fazendo com que os filhos de casais homossexuais, gerados por meio da gestação de substituição, sejam diretamente registrados pelo oficial registrador; sem necessidade de parecer do poder judiciário, somente do termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero.

A questão da doação temporária do útero causa muita contestação ainda, seja elas motivadas por caráter ideológicos, sociais, religiosos. Visto que muitos

acreditam que a maternidade seria determinada somente pelo nascimento, não podendo ser feita outra ressalva.

Enquanto hodiernamente aumentou a questão de defender a possibilidade desta cessão temporária do útero alheio, com os devidos cuidados e requisitos, para que se atinja o amplo direito de planejamento familiar e direito reprodutivo do ou dos pacientes.

Como já explicado o termo “barriga de aluguel” é inutilizado no Brasil, pois essa cessão do útero deve ser voluntária sendo melhor substituído por, popularmente, barriga solidária. Contudo os encargos que as normas brasileiras trazem sobre o tema fazem com que muitos casais busquem o mercado de “barriga de aluguel” fora do país.

Por exemplo o Estados Unidos é uma alternativa bastante utilizada para casais ou famílias monoparentais brasileiras realizarem o desejo de ter filhos, utilizando o próprio tecido germinativo, quando as demais técnicas de reprodução assistida não deram certo, ou não querem seguir requisitos das normas brasileiras ou até mulheres que simplesmente não querem engravidar, mas querem filhos.

### **3.5 O Sigilo Médico na Reprodução Medicamente Assistida**

A resolução 2.294/ 2021 do CFM, no anexo IV discorre sobre a doação de gametas embriões. Todavia a peculiaridade a ser tratada em tal tópico seria sobre o sigilo do doador e como o médico deveria se comportar sobre tal temática.

Na norma, receptores e doadores não devem conhecer a identidade um do outro, salvo nos casos de parentesco até 4<sup>o</sup> grau, conforme anexo IV.2; mas em cenários excepcionais, como de doença da prole, a equipe médica, e somente ela, poderá ter acesso a algumas informações dos doadores, conforme anexo IV.4:

4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, com ressalva do item 2 do Capítulo IV. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para os médicos, resguardando a identidade civil do(a) doador(a).

Este sigilo existe justamente para resguardar todos que estão incluídos nessa prática médica.

Entretanto há aqueles que versam contra esse sigilo, posto que, supostamente, infringiria o direito a personalidade (o direito de conhecer sobre sua origem biológica) e ao direito a identidade genética (fundamentado no princípio da dignidade humana, o direito de conhecer sua carga genética) do indivíduo fruto da reprodução assistida com doação.

Existe um projeto de lei bem específico sobre o tema; o 120/2003, de autoria do deputado Roberto Pessoa, que trata sobre a investigação de paternidade das pessoas nascidas pelas técnicas de reprodução assistida, a qual teriam o direito de investigar a identidade do “pai e mãe biológicos”, mas sem gerar direitos sucessórios.

O que poderia ser um grande risco para os bancos de doações no Brasil, visto que o anonimato é uma das razões de sucesso desses.

Mas o enunciado 103 da I jornada de direito civil, citado a seguir, já deixou claro que existe o vínculo parental entre o filho nascido de reprodução assistida heteróloga e o pai ou mãe que não contribuiu com seu material fecundante. Assim não há o que se discutir em investigação de pais ou mães biológicos:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Não obstante existem, mínimos, casos na jurisprudência sobre a permissiva do filho por inseminação heteróloga investigar sua descendência, sobre isso versa França (2014, p.371):

Mesmo que a adoção seja irrevogável, há casos na nossa jurisprudência em que se admitiu a possibilidade de o adotado investigar sua filiação biológica, ainda que a confirmação da paternidade biológica não lhe gere efeitos registrares nem lhe traga benefícios de caráter econômico e financeiro. Para muitos, ao se negar o conhecimento da identidade genética numa prática de reprodução assistida, está se negando a própria dignidade desta pessoa.

Posto que a criança adotada teria o direito de saber “da onde veio” a criança fruto da técnica de reprodução assistida heteróloga também teria, uma das maiores hipóteses de defesas seria que nos casos de algum risco de se casar com outro indivíduo com possível vínculo sanguíneo que o seu e não saber.

Porém a maioria doutrinária e jurisprudencial defendem que o sigilo deve ser mantido em todas as situações, salvo aquelas especiais tratadas acima, visto que se a pessoa cede seu material genético para um banco de adoção ela não está interessada em nenhuma espécie de vinculação.

Tal reserva ainda contribui com harmonização do ambiente familiar e evitaria conflitos judiciais sobre filiação, além de ser um dos maiores asseguradores da permanência desse tipo de doação, a qual é facilitadora para se alcançar os direitos reprodutivos e familiares garantidos na constituição. Desta forma auxiliando o direito a cumprir a sua função social, a qual seja propiciar a paz coletiva.

## **4 A NORMATIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL**

Considerando a infertilidade humana como um caso de saúde e um problema social coletivo, tendo em vista que as mulheres estão adiando a maternidade e com a idade há diminuições nas possibilidades de engravidar pelos meios naturais. Atentando para o aumento da procura por tratamentos de reprodução assistida por famílias homoafetivas e que o avanço técnico de conhecimento da ciência já permite solucionar vários problemas relativos à infertilidade e, conseqüentemente, a reprodução humana assistida e a necessidade de conformizar a aplicação dessas técnicas com os princípios da ética médica; o debate sobre o tema aumentou significadamente no país.

Contudo a falta de legislação específica sobre o tema pode trazer, em alguns casos, riscos jurídicos à reprodução assistida.

Porém a sessão plenária do Conselho federal de medicina resolveu em 21 de setembro de 2017 pela criação da resolução 2.168/2017, que até o corrente ano era a resolução mais recente acerca do tema; mas em 15 de junho de 2021 foi publicada, no diário oficial da união, a resolução nº 2.294/2021 do CFM.

Devemos ressaltar que ambas tratam de uma resolução de feitos internos que não possui força normativa de lei, já que seu poder está restrito ao âmbito administrativo. Desta forma não vai e não pode criar direitos e impor obrigações, mas tem um importante papel para regulamentar questões de matéria específica, pois, normalmente, são criadas por especialistas no assunto.

E ainda desde 2009 o Brasil conta com a portaria 2.048 que aprova o regulamento do SUS, criada pelo Ministério da Saúde, que tentava, já naquela época, implantar políticas de reprodução assistida em toda a federação para atingir os milhões de brasileiros que tenham algum tipo de dificuldade para terem filhos.

### **4.1 As Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM)**

As resoluções do CFM que tratavam sobre a Reprodução Assistida tiveram um contexto social muito interessante.

A primeira delas ocorreu após oito anos do nascimento do primeiro “bebê de proveta” no Brasil, em 1992. A partir de então foram editadas novas resoluções,

das quais as mais novas sempre eram mais modernas ou conferenciavam de mais temas que as anteriores, até as resoluções mais recentes.

A resolução 2.168 de 21 de setembro de 2017 seria fruto de pedidos feitos pela sociedade pós a resolução de 2015, desta forma viria para atender essa demanda; passando agora a citar as mudanças mais relevantes socialmente da penúltima resolução:

As técnicas de RA começaram a alcançar as pacientes oncológicas, algo não presente anteriormente, desta forma ampliando as oportunidades de ocorrer um melhor planejamento reprodutivo, conforme anexo I.2 de tal norma: “2. As técnicas de RA podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos.”

Assim como, a partir de então o oócitos, os gametas femininos, também poderiam ser congelados, desta forma permitindo sua utilização mais tardiamente e preservando a vitalidade do material genético:

#### V- CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1.As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonádicos.

Algo que não era permitido ocorrer antes, segundo as diretrizes do CFM, o que passou a ser um grande avanço para as mulheres que pretendem fazer usos desse quando se sentirem mais preparadas ou seguras para serem mães:

Outro destaque, é a possibilidade de cessão temporária do útero por parentes consanguíneos descendentes (como filha e sobrinha) e não só as ascendentes, como era feito previamente (avó, mãe, irmã e prima), segundo o anexo VII da resolução nº 2.168/2017 do CFM:

#### VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

1.A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau tia/sobrinha; quarto grau - prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

Além destas, a resolução 2.168/2017 traz uma novidade em seu anexo V, é o descarte de embriões congelados que passou de cinco anos para três anos; sendo o hodierno critério utilizável tanto em casos de expressa vontade dos pacientes, como igualmente no de abandono.

Tal normativa também define os casos de abandono como o descumprimento do contrato pré-estabelecido entre paciente e as clínicas que ofereceu o serviço, as quais costumam relatar dificuldades para localizar os responsáveis por tal material.

#### V- CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes.

5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados.

Parágrafo único: Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica.

Por fim, uma atualização é que a norma passa a definir o conceito de gestação compartilhada que, apesar de já estar presente em normativas anteriores, ainda não havia sido definida;

#### II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1. É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira. (grifo nosso).

Desde logo, a resolução de 2021 vêm para modernizar alguns pontos referentes a esse tema que só cresce no país, tais quais a modificação etária para cessão de gametas e transmissão de embriões, e a limitação na quantidade de embriões produzidos.

Inicialmente, seu artigo IV continua a tratar sobre doações de gametas ou embriões, mas com mudanças sobre a idade limite para a doação de gametas, que

passou de 35 anos para 37, para as mulheres e de 50 anos para 45 anos, para os homens.

#### IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

3. A idade limite para a doação de gametas é de 37 (trinta e sete) anos para a mulher e de 45 (quarenta e cinco) anos para o homem.

Segundo, em seu anexo V, versa sobre a criopreservação de gametas ou embriões, sendo necessário fazer um apontamento quanto o número total dos gerados em laboratórios, que a partir de agora não poderão exceder 08 (oito) e sobre qual será o destino desses embriões criopreservados:

#### V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

(...)

2. O número total de embriões gerados em laboratório não poderá exceder a 8 (oito). Será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes viáveis serão criopreservados. Como não há previsão de embriões viáveis ou quanto a sua qualidade, a decisão deverá ser tomada posteriormente a essa etapa.

3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los.

Outra mudança foi quanto a relação de idade da receptora e a quantidade de embriões que esta poderá implantar; posto que a partir de agora mulheres com até 37 anos podem transferir até dois embriões e mulheres com mais de 37 até três.

Isto porque, segundo especialistas, os progressos tecnológicos e a majoração dos índices de gravidez causaram a moderação na quantia de embriões transferidos, tendo assim uma contenção no potencial risco de gestação múltipla.

Já em seu anexo VII trata sobre a gestação de substituição, a qual já era tratada desde a resolução de 2017, que agora além do requisito de parentesco consanguíneo até quarto grau tem também, a necessidade de a cedente ter pelo menos um filho vivo:

#### VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

(...)

1. A cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina.

A gestação de substituição é uma possibilidade para mulheres que tenham algum impedimento, envolvendo a saúde, que impossibilite ou restrinja a gravidez, para pessoas solteiras ou em uniões homoafetivas.

Os pacientes que fizerem uso desta técnica devem garantir o acompanhamento médico à "barriga solidária" até o puerpério, valendo tanto para setor público ou o privado.

Posto tais destaques da resolução mais moderna, fica mais claro que a principal necessidade das resoluções do CFM é a falta de leis específicas sobre o tema, sendo assim cabe a esse órgão assegurar não só o direito, mas também as técnicas de como esses procedimentos devem ocorrer, visto que são muito importantes dentro de toda uma coletividade.

Apesar das grandes atualizações das citadas resoluções, ainda há várias lacunas referente a esse estudo; desse modo o judiciário ainda dá várias decisões referentes a temática. A norma, até então, não está totalmente em conformidade com os avanços sociais que vem ocorrendo, esses cada vez mais rápidos no mundo contemporâneo, como por exemplo limite etário.

#### **4.1.1 Limite etário nas resoluções do CFM**

O anexo I.3, §1º da resolução 2.168/2017 versava que a idade máxima para as mulheres se submeterem as técnicas de reprodução assistida era de 50 anos, pois foi considerado de modo genérico, que a gravidez após essa idade poderia trazer riscos para a criança e a gestante, conforme consta *in verbis*:

3. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente.

§ 1º A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos.

Mesmo com uma necessária modernização neste anexo, conforme será fundamentado a seguir, o Conselho Federal de Medicina, em sua resolução mais recente, a qual seja a resolução 2.294/2021, manteve no anexo 3.1, o limite etário de 50 anos para as candidatas de gestação por técnicas de RA.

Porém tal norma contraria o direito de planejamento familiar, uma vez que a futura genitora tendo mais de 50 anos não conseguiria fazer usos das técnicas de reprodução assistida e também retira do estado a obrigação de fornecer recursos científicos e econômicos necessários para o pleno exercício desse direito garantido pela constituição federal em seu artigo 226, parágrafo 7º.

Tal proibição se baseia somente na idade da mulher, deixando de lado condições físicas e mentais, além de significar ofensa a autonomia privada, por tirar a liberdade de escolher o melhor momento para se ter filhos.

Ainda mais, tal “impedimento” no direito de procriação pode gerar verdadeiro quadro de frustração emocional, causando, desta forma, reflexos psíquicos na pessoa ou na família.

Conforme Cordeiro (2019, s.p.):

Por decorrência, é sim de responsabilidade do Conselho Federal de Medicina traçar as diretrizes para o perfeito desempenho ético da medicina no que tange à saúde reprodutiva (art. 2º, da Lei 3.268/1957), buscando a sua efetiva concretização. Todavia, definir um marco etário como sendo o limite para o exercício do direito à procriação, impedindo, assim, a realização de um sonho de constituição familiar, representa a negação da previsão constitucional e legal, retrocesso social este que impõe o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Corroborando com o entendimento, versa Almeida Júnior (2013, p. 279-313):

Em uma sociedade plural e democrática, em que a dignidade assume posição central, descartar que, cada vez mais, as pessoas deixam para mais tarde o projeto reprodutivo é desrespeitar a autonomia e reforçar um modelo de família tradicional. Em uma época em que os ‘jovens’ avós são recorrentemente convocados a desempenhar um papel mais efetivo na criação, sustento, educação e cuidado com seus netos, seria desarrazoado, por outro lado, banir que exercitem as mesmas funções, mas com filhos biologicamente vinculados e através das técnicas de reprodução assistida.

Um exercício responsável da parentalidade prescinde de origem, raça, sexo, cor e idade, e, por isso, deve-se garantir que os direitos ligados à reprodução e, portanto, de constituição familiar possam ser exercidos sem preconceitos e livre de discriminações.

Ora se a lei 3.268/1957, em seu art. 2º, prevê que o CFM é o órgão que somente faz o papel de supervisionar a ética profissional e o perfeito desempenho da medicina, e não disciplinar sobre limitações dos direitos fundamentais reconhecidos a todas as pessoas, fica notório a necessidade de leis exclusivas que tratem sobre a reprodução assistida; não sobre como deve ser realizada, mas suas normativas sociais.

Contudo a própria resolução versa, em seu anexo 3.2, que:

3.2 As exceções a esse limite serão aceitas com base em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando a autonomia da paciente e do médico.

Logo não é a idade da mulher que define se a possível gestação trará riscos, mas sim seu atual estado de saúde; desta forma o anexo 3.1 não deveria mais fazer parte da resolução, pois o aludido Conselho manifesta o seu poder regulamentador, desconsidera as individualidades do caso efetivo, subestima o propósito norteador dos procedimentos de reprodução artificial e, sobretudo, impede o exercício do direito fundamental ao livre planejamento familiar.

Tal direito é assegurado pela constituição e pela Lei 9.263/96, que deixa explícito que o estado deve exercer papel de garantidor do livre planejamento familiar, e não criar empecilhos para tais atos.

Afinal as resoluções são atos administrativos de conteúdo concreto e efeito interno. Não tem força de lei, somente regulamenta fatos reais; ou seja, as resoluções são emitidas por autoridades superiores para regular uma matéria específica, sem entrar em choque com outros dispositivos legais.

Seguindo o pensamento de Streck, Sarlet, Cléve (2006, s.p.):

Uma resolução não pode estar na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do poder legislativo, essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos à matérias com menor amplitude normativa.

Concluindo; se a saúde física e mental da mulher permite que ela seja mãe, gerando uma criança ou por outro meio permitido, não se deve aceitar que exista nenhum obstáculo para que isto ocorra, do ponto de vista normativo.

#### **4.2 A Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida**

As portarias também são atos administrativos de efeitos interno, tal como as resoluções; são expedidas por autoridades públicas, tratam de recomendações gerais ou especiais aos seus subordinados, assim sendo, também não têm força de lei.

Em 2005 foi editada, por meio do ministério da saúde, a portaria Nº 426 instituindo no âmbito do SUS a política nacional de atenção integral em reprodução humana assistida; com a finalidade de oferecer acesso às técnicas que permitam ter filhos para pessoas ou casais sem condições econômicas de bancar o processo no setor particular.

Posteriormente, foi editado a portaria 2.048/2009 que revoga a portaria 426/05, porém incluindo na subseção IV as diversas políticas públicas para atenção integral a saúde, entre elas os casos de infertilidade e reprodução assistida presentes naquela.

A ideia inicial da integralização é que seria instituída em todas as unidades federadas do país, sobre a coordenação do Ministério da Saúde, mas a execução seria de responsabilidade dos gestores locais, nos estados e municípios, consoante artigo 306 da portaria 2.048/2009.

Art. 306. A Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida será implantada de forma articulada entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Estado de Saúde e as Secretarias Municipais de Saúde, permitindo:

I - organizar uma linha de cuidados integrais (promoção, prevenção, tratamento e reabilitação) que perpassse todos os níveis de atenção, promovendo, dessa forma, a atenção por intermédio de equipe multiprofissional, com atuação interdisciplinar;

II - identificar os determinantes e os condicionantes dos principais problemas de infertilidade em casais em sua vida fértil, e desenvolver ações transitórias de responsabilidade pública, sem excluir as responsabilidades de toda a sociedade;

III - definir critérios técnicos mínimos para o funcionamento, o monitoramento e a avaliação dos serviços que realizam os procedimentos e as técnicas de reprodução humana assistida, necessários à viabilização da concepção tanto para casais com infertilidade como para aqueles que se beneficiem desses recursos para o controle da transmissão vertical e/ou horizontal de doenças;

IV - fomentar, coordenar e executar projetos estratégicos que visem ao estudo do custo-efetividade, eficácia e qualidade, bem como a incorporação tecnológica na área da reprodução humana assistida no Brasil;

V - promover intercâmbio com outros subsistemas de informações setoriais, implementando e aperfeiçoando permanentemente a produção de dados e garantindo a democratização das informações;

VI - qualificar a assistência e promover a educação permanente dos profissionais de saúde envolvidos com a implantação e a implementação da Política de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, em conformidade com os princípios da integralidade e da Política Nacional de Humanização - PNH.

O artigo citado acima, seus incisos e o artigo 307 da mesma portaria tratam de como hospitais que atenderão esses tipos de técnicas devem operar e como equipes médicas devem proceder diante dos casos de infertilidade.

Não obstante, percebe-se que se não houver uma ponderação organizada, com o Ministério da Saúde a frente, o acesso dessas pessoas a esses recursos não irá progredir da forma esperada, pois, mesmo depois de tantos anos da implementação da norma, não são todos os estados que têm acesso aos meios de reprodução assistida pelo SUS.

Um dos principais entraves para uma maior cobertura desses procedimentos, em hospitais particulares, são que esses têm altos custos, fazendo com que quem necessite desses cuidados fique à mercê de poucos hospitais públicos que disponibilizam os tratamentos com tudo pago ou de alguns hospitais universitários que oferecem tratamento tendo os pacientes que arcar “somente” com os preços dos medicamentos.

Porém a falta de hospitais, que fazem esse tipo de serviços sem custos ou com custos baixos, faz com que exista uma fila muito grande para acesso aos tratamentos; o que causa uma demora, muitas vezes, de anos.

Lembrando que o artigo 226 §7º da Constituição Federal prevê que o planejamento familiar é um direito garantido pelo estado e deve ser cumprido, ou

seja, todos tem o direito de ter sua família como e quando desejarem, e o estado tem o dever de assegurar que isto aconteça da melhor forma possível e na forma que mais adeque as necessidades do cidadão em questão.

Posto isso, conclui-se que a gestão pública sabe como deve agir, para consolidar as políticas de integralização de reprodução assistida, e sabe das benesses que traria para a população, principalmente aquela que depende integralmente do SUS.

Entretanto, também se percebe que tais políticas não foram aplicadas em suas totalidades e ainda não abrangem todos que delas necessitam; todavia uma vez mais acontecimentos no campo político-governamental deixa a população desassistida em um dos direitos fundamentais mais pertinentes, a saúde, pelo não cumprimento satisfatório da supracitada portaria.

### **4.3 Projetos de Leis sobre Reprodução Assistida**

Diante do que foi exposto é notado a falta de uma lei específica que trata o tema, no entanto já existem uma grande gama de projetos de leis no debate legislativo.

Os projetos são inúmeros e divergentes entre si; por exemplo no caso do projeto número 1184/03, que preocupa especialista, pois tira o direito ao sigilo do doador (pessoa nascida através dessas técnicas poderá ter acesso a identidade deste) e inclui somente mulheres e casais heteroafetivos; ou seja, os casais homossexuais e homens que desejam paternidade solo não teriam como exercer seu direito, fundamental, ao planejamento familiar.

Além de que em seu capítulo VII tornaria muitas práticas relacionadas a reprodução assistidas crime; como implantar mais de 02 embriões na mulher receptora, criopreservar embriões (somente permitindo a transferência frescas dos dois embriões), e a “gestação de substituição” estaria vedada, cerceando o direito reprodutivo de milhares de pessoas no país.

Obviamente seria um enorme retrocesso social, afinal essas práticas já estão inseridas no contexto de reprodução assistida do Brasil. O tal projeto de lei é o que se encontra mais avançado, atualmente, aguardando parecer na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania na câmara dos deputados, correndo grande risco de ser aprovado.

Como já tratado, caso se torne lei será insubsistente a prática de tratamentos de reprodução assistida, já que poderá diminuir as taxas de sucessos e impossibilitar milhares de pessoas de alcançar o sonho de ter filhos; tanto em relação ao aumento dos custos quanto a restrição de pessoas a este direito.

Conclui-se que este projeto não faz com que a reprodução assistida atinja sua finalidade de ser um meio que permite os cidadãos a chegar ao seu direito de planejamento familiar e reprodutivo, além de ser fundada por uma ótica ideológica e não por um alicerce técnico-científico.

Por outro lado, vários outros projetos que regulamentariam, com força de lei, o atendimento de reprodução assistida no SUS, o que já foi tratado por atos normativos, mas que tem sua efetivação ineficaz em alguns pontos; e quanto a possibilidade de pacientes acometidos por câncer poderem criopreservar seus gametas, o que a resolução do conselho federal de medicina já trata também, além de outras várias contribuições, seguem distantes de se tornarem leis efetivas, como o caso do 1135/03 que autoriza e regulamente a “barriga solidária”.

Sobre os projetos de leis divergentes escreve sobre; Simplicio (2019, p. 8):

Os principais pontos divergentes entre eles referem-se a quem pode fazer uso das técnicas de reprodução humana assistida; à possibilidade de conhecimento da origem biológica, à possibilidade ou não de criopreservação dos embriões, e em consequência, da pesquisa com células-tronco; a permissão ou vedação acerca da gestação de substituição e reprodução humana assistida post mortem.

Em suma, deve ser observado que mesmo com múltiplos projetos, por causa da morosidade do legislativo para discutir leis no Brasil, estes não atingirão seus propósitos enquanto não se tornarem leis.

## 5 TRATAMENTO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO ÀS AÇÕES RELACIONADAS À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Ao se falar sobre os direitos a saúde, ao planejamento familiar e a dignidade humana, que são garantidos pela Constituição Federal, já tratados anteriormente; espera-se que o Estado os tutele e cumpra suas obrigações; disponibilizando bens e serviços para que todos consigam usufruir destes.

Todavia, não é sempre isso ocorre, quando tratamos da reprodução humana assistida, além de existir uma carência de leis específicas sobre o tema, regulamentadas somente por normas administrativas, ainda hoje não são todos os estados que têm como fornecer tais técnicas, fazendo com que aqueles com problemas de infertilidade recorrem ou a iniciativa privada ou ficam à mercê de grandes filas existentes no Sistema Único de Saúde (SUS).

Isso faz com que alguns acabem por recorrer ao judiciário para ter a efetivação de seus direitos assegurados, causando os chamados judicialização ou ativismo judicial, contudo tais termos estão ligados ao princípio da separação dos poderes, seguindo o pensamento de Castro (2012, p.26) *apud* Garapon (1999, p.48-49):

A judicialização surge pelo enfraquecimento dos poderes legislativo e executivo e torna o judiciário um crescente ator político, que diretamente interfere nas decisões de políticas públicas e sendo visto como último refúgio para uma democracia idealizada, e na mesma medida que cresce o crédito na justiça, diminui a confiança e o interesse na política. (...) a cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. justiça tornou-se em um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei.

Uma vez que a função de concretizar esses direitos é do Poder Executivo, o Poder Legislativo de tutelá-los, o poder Judiciário será o fiscalizador da implementação dos direitos; ou seja o princípio da separação de poderes teria por finalidade evitar que algum poder tenha maior parte do poder estatal do que os outros, desta forma evitando algum tipo de abuso em prol das liberdades individuais.

Mas é observado, atualmente, uma expansão dos trabalhos do poder judiciário alcançando matérias políticas e sociais, desta forma conclui Rudolfo (2018, p.98):

O que se percebe é que o desenho tradicional da separação dos poderes tem se mostrado ineficiente para atender o dinamismo e a evolução de todos os aspectos da vida cotidiana, bem como aos anseios e clamores da sociedade. Ou seja, hoje exige-se uma postura mais ativa do Poder Judiciário, justamente na missão de garantir a observação dos direitos fundamentais e sociais protegidos pela constituição, utilizando-se, inclusive, do Ativismo Judicial para isto.

Essa grande demanda do ativismo do judiciário ocorre sobretudo porque os poderes legislativos e executivos não estão atendendo os anseios populares, então o litígio passou a ser o caminho para se satisfazer essas necessidades.

Contudo deve se ter atenção de até onde pode ser aceita essas inércias dos outros dois poderes e uma judicialização de tema relacionados a reprodução assistida cada vez mais crescente, o que pode gerar uma crise institucional; visto que os magistrados não são eleitos pelo povo e não tem que exercer atividades sociais, apenas as asseguram, podendo desta forma, ocorrer uma politização da justiça.

As inúmeras decisões dadas por juízes relativas a esse tipo de sentença acabam gerando opiniões conflitantes dentro do direito, pois uma parcela defende que o judiciário não está criando políticas públicas, apenas efetivando seu cumprimento.

Já a outra parte acredita que está sim sendo criado políticas públicas levando em conta opiniões dos julgadores e que estes têm que tomar decisões sobre casos em que, às vezes, eles sequer tenham a conhecimento técnico para definir.

Assim surge a reflexão de até que ponto o poder judiciário tem capacidade de resolver sobre questões relacionadas ao direito de saúde, principalmente sobre os casos de reprodução assistidas.

Além de que o aumento da procura pelos litígios sobrecarregou a justiça com intenso números de processos, assim contribuindo para sua morosidade e a não economia orçamentária e processual.

Afinal por vezes o principal argumento que surge sobre as faltas do cumprimento das políticas públicas de reprodução assistida é a falta de verbas para essa implementação, em todo o território do país, e para atender todos que não tem capacidade de arcar com os altíssimos custos dos tratamentos, conforme leciona Sarlet (2007, p.13):

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos.

Desta forma, abre-se os seguintes debates referentes aos casos de reprodução assistida; quem pode realizar esses tratamentos e o dever de o estado e até dos planos e seguradoras de saúde de arcar com os custos.

Também de que forma o judiciário deve proceder em tais demandas, visto que, esse só seguirá diretrizes normativas administrativas e ainda terá que lidar com o binômio direito a dignidade humana (dignidade a planejamento familiar e a saúde) daqueles que desejam a realização das técnicas.

E ainda, a questão orçamentária e de pouca concretização de direitos pelo estado, por fim, até que onde o judiciário deve e pode avançar para não cometer um abuso.

Mas a participação do judiciário nos litígios envolvendo RAs não é algo inédito, como na ADI nº 3.510 de 2005, onde o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a constitucionalidade do artigo 5º da já citada lei de biossegurança, que permitia a utilizações de células tronco embrionárias, oriundas de Inseminação Artificial que estivessem criopreservadas e fossem rumo ao descarte, para fins de pesquisa.

A ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) seria uma forma de se efetivar o controle de constitucionalidade, por onde o STF decide se certo ato normativo ou lei seriam constitucionais.

Neste julgamento a corte entendeu que o artigo não feria a constituição, adotando a teoria natalista, dizendo que so tutelaria a vida humana para quem nasceu, conforme o citado voto da ministra Carmén Lúcia na obra de Moraes (2019, p.101):

A ministra Cármen Lúcia, que votou com o relator, entende que as pesquisas não violam o direito à vida, mas na verdade estão a favor dela, com o fim de garantir a dignidade da vida humana. Ela afirmou que “a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde, não agredem a dignidade humana constitucionalmente assegurada”, e se posicionou no sentido de que os embriões que não foram implantados geram “lixo genético”.

Alguns ministros que votaram a favor da constitucionalidade, mas adicionaram ressalvas em seus votos, tal qual Ricardo Levandowski e Eros Grau.

Também eram bastantes comuns os casos de judicialização alusivas a quebra de sigilo relacionada a doações; os casos mais comuns eram aqueles pertinentes aos pedidos de cessação de reserva por necessidade médica e em circunstâncias em que familiares queriam proceder doações aos outros, desta última maneira não teria do que se falar em confidência.

Esses tipos de casos se tornaram menos relevantes no judiciário posto que, como visto acima, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina normatizaram os entendimentos, para que quando ocorresse a necessidade, a quebra fosse feita somente para a equipe médica, respeitando todos os direitos de doadores e receptores. Nesse sentido versa Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas, Vice-presidente da Comissão de Biodireito e Bioética do IBDFAM:

É importante que essas normas se mantenham sempre atualizadas, como o CFM vem fazendo periodicamente, acompanhando a evolução da ciência e das novas descobertas dentro da reprodução humana assistida. Assim, permite decisões judiciais mais bem fundamentadas e com embasamento médico, técnico e científico.

Nos casos relacionados com doações de familiares, além da jurisprudência majoritária decidir pela concordância dessa doação, a resolução passou a permitir também.

Recentemente o STJ decidiu sobre a fertilização *post mortem* de implantação de embriões do casal após a morte de um dos cônjuges, conforme versou o site Schiefler Advocacia (2021, s.p.), onde em tal julgamento foi negada a implantação pois não se tinha à vontade expressa e por escrito do cônjuge falecido, como é requisitado nas resoluções do CFM de 2017 e 2021.

É perceptível a quantidade de casos diferentes que chegam aos tribunais, devendo estes decidirem sobre qualquer divergência pois não pode deixar a parte sem a resposta digna, tendo então que resolver sobre algo que alguém já deveria ter feito, mas não o fez.

E não somente os fatos narrados acima são observados pelo judiciário, visto que um julgamento que chama muita atenção seria o do dever do estado ou seguradoras de saúdes tutelar este direito ao seus, e de que forma pode ser feito.

## 5.1 Ativismo Judicial no Âmbito da Oferta da Reprodução Assistida Pelo Sistema Único de Saúde

O direito fundamental a saúde é para todos, e um dever do estado, conforme ressalta o artigo 196 da constituição:

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

No mesmo viés artigo 226 em seu §7º ressalta na carta magna que o planejamento familiar é uma decisão livre e fundamentada nos princípios da dignidade humana e parentalidade, e o estado é o responsável para propiciar os meios a este direito.

A lei nº 9263/1996 regula o planejamento familiar, na forma que seu artigo 3º menciona o atendimento global e integral a saúde incluindo a assistência à concepção e contracepção.

Art. 3º 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:

I - a assistência à concepção e contracepção;

E ainda o artigo 9 da mesma *legis* destaca que é o estado que deve oferecer esses métodos e técnicas de concepção e contracepção, o que inclui a reprodução humana assistida.

Art. 9º 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.

Percebe-se que a norma garante que todos devem ter o direito de acesso as técnicas de reprodução assistidas, no entanto, atualmente no Brasil somente quem tem conseguido arcar com os custos desses procedimentos na iniciativa privada tem acesso a esses direitos, posto que o governo simplesmente não cumpre com o papel que lhe foi estabelecido no texto constitucional.

Isso está ligado diretamente com a quantidade de decisões judiciais proferidas para assegurar os direitos sobreditos. Porém existem diversas discussões acerca destas decisões.

O principal argumento do Estado, em não fornecer os tratamentos e medicações para todos, é a limitação orçamentária; pois o orçamento estatal tem que cobrir as demandas da população, não só nos setores da saúde.

Percebe-se também que muitos lugares da federação acabam utilizando parte significativa da sua receita para atender judicializações de políticas públicas, relacionadas a saúde, as quais muitas vezes poderiam ser evitados se houvesse a efetivação desses direitos em sua concretude.

Contudo não se pode dizer que a judicialização da saúde é a grande vilã da falta de dinheiro do estado quando se sabe dos desvios de recursos feito pela própria classe política do país, onde se percebe que o poder legislativo e executivo além de serem inerte na implementação das políticas públicas, também contribuem para que haja uma continência orçamentária que conseqüentemente não irá conseguir atender grande parte dos interesses e necessidades da população brasileira.

Concluindo-se que o ativismo judicial seria um meio para que os administradores públicos, de alguma forma, garantissem os devidos serviços da área da saúde para a população.

Conforme versa Martin e Lessa (2017, p.14):

alegando não possuírem meios de fornecer o serviço, forem obrigados, posteriormente, pelo Judiciário a executar a medida denotará, à população, a ausência de interesse político em resolver as questões sociais, sobretudo se

a decisão judicial não causar graves prejuízos ao orçamento do ente em questão.

Posto isso não se pode aceitar que as limitações orçamentárias impeçam a implementação das políticas públicas; principalmente quando está em risco o direito a saúde e de dignidade humana, como nos casos relacionados a reprodução assistida.

Tal pesquisa mostrou que a maioria das litigâncias se tratam não sobre permissões ou proibições para que aquela pessoa tenha o direito as técnicas de reprodução humana assistida, pois como já explanado anteriormente isso é um direito fundamental presente na constituição, ou seja todos podem realizar a reprodução humana assistida e os problemas relacionados a possíveis proibições já foram sanados em sua maioria.

Todavia o direito assegurado a todos tem uma “discriminação”, a qual não se trata de gênero, cor ou idade; trata-se do dinheiro.

As ações judiciais movidas contra o estado relacionadas a reprodução assistida afirmam que o direito fundamental só estaria sendo colocado à disposição daqueles que podem pagar os tratamentos. Porém os pedidos para que o governo cubra os gastos com estas técnicas, em alguns casos, são negados com base no princípio da reserva do possível e na falta de indício que a não realização deste tipo de tratamento cause danos à vida ou a saúde dos requerentes.

O princípio da reserva do possível observa a viabilidade e a amplitude do poder estatal na concretização de certos direitos fundamentais e sociais; deve-se observar, portanto, que nem sempre o país terá condições econômicas para garantir todos estes; e nestes casos a judicialização em alto número podem onerar, mais ainda, os cofres públicos.

E também já ficou claro que, a falta desse tipo de tratamento acarreta lesões psicológicas, que afetam diretamente a vida e a saúde de quem tem esse direito preterido; afinal o planejamento familiar está relacionado ao princípio da dignidade humana, como já citado anteriormente.

Por fim, se é um dever assegurar todos os direitos acima citados, e custaria menos aos cofres estatais ampliar as políticas públicas para que cheguem à maioria da população, tanto territorialmente quanto numericamente, do que fiquem valendo-se de litígios na esfera judiciária, onde o gasto de dinheiro e tempo é bem maior para ambos os lados. Em conclusão não se pode negar que a situação chegou

a esse ponto porque o estado é mal organizado, mal gerido, não aplica o dinheiro e as políticas corretamente, ainda mais, as pessoas por trás deles estão corrompidas, salvo exceções, e quem pagará por tudo será novamente a população, seja com o dinheiro ou com desassossego.

Em síntese, as decisões que são dadas para que o estado arque com o pagamento de técnicas de reprodução assistida estão baseadas na ideia de que a infertilidade é um problema de saúde e o planejamento familiar é um direito do cidadão; enquanto as decisões que rejeitam tais pedidos se embasam na reserva do possível acima explicada.

## **5.2 Ativismo Judicial no Âmbito da Oferta da Reprodução Assistida Pelos Planos de Saúde**

Outra relevante discussão acerca da reprodução assistida no judiciário envolve os planos de saúde; visto que muitas ações tratam se estes são ou não obrigados a custear esse tipo de tratamento.

Devido a negativa de cobertura dessas técnicas por parte do seguro; assegurados, com problemas de infertilidade, recorrem ao Judiciário para conseguir que o tratamento seja custeado pelo plano de saúde; assim o número de processos sobre isso vem em uma crescente constata.

Porém, existem uma divergência quanto aos julgados para esse tipo de causas, visto que existem duas correntes diferentes que são usadas nos julgamentos; uma que afirma que as operadoras não são obrigadas a custearem esse tipo de tratamento e outra que diz que é um direito dos assegurados ter esse tratamento custeado pelo plano.

Aqueles que defendem que esses tipos de cobertura não são obrigatórios, afirmam que há ausência de previsão expressa e que a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), estabelece que os planos devem cobrir procedimentos de diagnóstico e tratamentos para infertilidade, feminina ou masculina, quando estes estiverem listados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, na segmentação contratada. E conforme o artigo 10, inciso III da lei 9.656/98, os planos de saúde não são obrigados a oferecer cobertura ao processo de fertilização "in vitro"(inseminação artificial).

**Art. 10.** É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

III - inseminação artificial;

Seguindo o artigo supracitado o STJ já deu diversos entendimentos que a operadora de plano de saúde não é obrigada a realizar a inseminação artificial, como por exemplo a fertilização *in vitro*. Desde 2017 o STJ vem construindo esse entendimento jurisprudencial fundamentado, principalmente, na LPS, seguindo Wei (s.p.,2020), a interpretação do STJ está fundamentada nos seguintes tópicos:

a fertilização *in vitro* constitui técnica que leva à inseminação artificial, sendo este tratamento médico expressamente excluído da cobertura obrigatória dos planos de saúde;

mesmo que se entenda que a fertilização *in vitro* seja técnica diversa da inseminação artificial, no regulamento da ANS, todo e qualquer método de reprodução assistida está excluído da cobertura obrigatória;

o regulamento da ANS detalhou o conceito da técnica da inseminação artificial e neste sentido, cumpriu-se a função legislativa prevista na CF/1988, atinente à atividade de regulação pela Agência Reguladora;

os métodos de reprodução assistidas não estão inseridos no rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS.

Ainda mais existem aqueles que defendem que não se deveria ser discutido a questão dos custos obrigatório, pois não há evidências baseadas em estudos médicos que provem que esses métodos trazem resultados extremamente eficazes; o que deveria ser considerado um ponto de vista problemático, pois esse tratamento é amplamente utilizado e se mostrou sim, funcional para aquilo que lhe é esperado.

Além do mais, o planejamento familiar, é um direito, portanto a forma consegui-lo também deveriam ser asseguradas e não criticadas, como o que se faz em presente argumento.

Por outro lado, há aqueles que defendem que as operadoras de saúde devem sim cobrir as técnicas de inseminação artificial para prestigiar o direito ao planejamento familiar garantido na constituição. Na mesma vertente o artigo 35-C Lei n. 9.656/98, que foi modificado em 2009 pela Lei 11.935, o qual garante que é obrigatória o atendimento nos casos de planejamento familiar, entendem que a fertilização *in vitro* faz parte disso e não pode ser excluída, e que uma possível cláusula contratual, onde o seguro excluísse a cobertura de tratamentos de infertilidade, seria abusiva:

Art. 10 O art. 35-C da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

[...]

III - de planejamento familiar.

Desta mesma forma, Menko (2015, s.p.) afirma que:

Assim, é de fácil compreensão que cerca de dez anos após sua publicação, uma nova lei (11.935/09) modificou a redação original do Art. 35C, incluindo no rol de coberturas obrigatórias dos planos de saúde os procedimentos necessários para o planejamento familiar, entendido este como o conjunto de ações destinado à "regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal", de acordo com o artigo 2º, da lei nº 9.263/96, abrangendo medidas de concepção e contracepção, que passaram a ser oferecidas pelo SUS.

Considerando um possível conflito entre o artigo 35-C e o 10, III da mesma lei, já supracitados, o TJSP já entendeu que se tratava de uma antinomia jurídica (conflito entre normas válidas e sem hierarquia entre si).

Posto isso Silveira (s.p.,2009) afirma que levando em conta a lei 11.935/09 espera que os planos de saúde passem a cobrir as técnicas de reprodução assistida, pois são procedimentos referentes ao planejamento familiar. E também que a ANS

passa a incluir periodicamente o rol de procedimentos obrigatórios na medida que se desenvolve a medicina.

Por fim percebeu-se no contexto dos tribunais brasileiros que nos anos de 2015 e 2016 a maioria dos processos desse tipo foram favoráveis ao assegurados, contudo a partir de 2017 o STJ passa a ter o entendimento mais recorrente de que os planos de saúde não têm que arcar com tais procedimentos, conforme fundamentação acima discorrida.

O que não deveria ser repensado, posto que os planos de saúde servem justamente para prestar toda a assistência necessária aos seus assegurados. Assim a reprodução assistida, naqueles casos que existem alguma complicação médica para se realizar a gravidez, servirá justamente para efetivar o direito a saúde.

Nessa situação, a saúde reprodutiva, que já foi explanada anteriormente e integra o direito a saúde também, o qual é fundamental, garantido até pela carta magna. Segue o artigo 1º. Inciso I, da lei 9.656/98 que traz a finalidade dos planos e seguros de saúde:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

Assim, como ao artigo supracitado, se as seguradoras não pagarem por completo o tratamento, que paguem uma parte, mas não podem alegar um “limite financeiro” para tanto.

Esses métodos são igualmente importantes para a efetivação do direito ao planejamento familiar, também garantido na constituição. Desse modo os planos não podem ausentar-se que cobrir estes gastos por questões orçamentárias ou contratuais (ao menos que o paciente não estejam cumprindo com seus deveres nessa relação), pois como vista acima, a disposição na lei sobre isso existe. E seguindo o artigo 3º da lei 9.263/96 o SUS deverá suprir as demandas referentes as assistências de concepção e contracepção; então os planos de saúde, onde os assegurados pagam valores para ter acesso aos tipos de tratamentos, também deveria.

Ou seja, se mesmo com leis (ainda que não específica sobre) fazendo alusão que os episódios referentes ao direito reprodutivo devem ser custeados pelos planos, nada obstante existem divergência sobre sua forma de cumprimento, resta aos pacientes e contratantes recorrerem ao judiciário e esperarem que este versarem em seu favor, porque o ser humano não pode ser enxergado como uma fonte de dinheiro, que apenas contrata os planos por redundância, mas sim alguém que procurou esses serviços porque necessita e quer seus direitos cumpridos.

## 6 BREVE CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO COMPARADO

É de conhecimento geral que cada país tem suas peculiaridades, contudo é interessante conhecer sobre a legislação estrangeira, pois isso pode auxiliar no desenvolvimento e conhecimento sobre tantas mudanças sociais das quais o direito deve versar.

Sobre leis ou entendimentos jurídicos acerca do tema, reprodução assistida, em nível global, algumas serão destacadas; tal qual a “*Legge 19 febbraio 2004, n. 40*”, que legisla sobre a procriação medicamente assistida na Itália.

O artigo 1º da dita lei versa sobre a permissão dos usos dessas técnicas nos casos de esterilidade e infertilidade, para que haja uma resolução dos problemas reprodutivos, que não puderam ser solucionados por outros métodos:

ART.1 (Finalità).

1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.

Por conseguinte, em seu artigo 2º, trata sobre as políticas públicas e a destinação orçamentária para tal fim. O qual, por exemplo, não ocorre no Brasil onde políticas públicas não são efetivadas e o orçamento não é repassado.

Seguindo o entendimento de Sartori (2015, p.204); o artigo 10º da lei italiana afirma que é destinado que tanto instituições públicas como privadas podem atuar em tais procedimentos, mas ambas somente intervirão nos casos de esterilidade e infertilidade e se estiverem autorizadas pelo Instituto Nacional de Saúde.

ART.10. (*Strutture autorizzate*).

1. Gli interventi di procreazione medicalmente assistita sono realizzati nelle strutture pubbliche e private autorizzate dalle regioni e iscritte al registro di cui all'articolo 11.

2. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano definiscono con proprio atto, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge:

a) i requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture;

b) le caratteristiche del personale delle strutture;

c) i criteri per la determinazione della durata delle autorizzazioni e dei casi di revoca delle stesse;

d) i criteri per lo svolgimento dei controlli sul rispetto delle disposizioni della presente legge e sul permanere dei requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture.

A *legge* n.40 dá efetivação para que os procedimentos cheguem ao maior número de pessoas possíveis, no entanto só abarca cidadãos que tenham problemas de infertilidade ou esterilidade, sem maiores tratativas em demais casos.

Ademais, como também versa Sartori (2015, p. 171-173); a constituição italiana comprova o interesse social com a saúde e coletividade, devendo desta forma o estado garantir a efetivação desta, e remover os obstáculos econômicos e sociais.

Demostra-se então a semelhança entre a constituição italiana e brasileira referente ao direito a saúde, a dignidade humana e a coletividade; posto que mesmo diferentes prezam pelo melhor ao indivíduo neste caso, mesmo que sua efetivação seja amplamente diferente.

Porém a influência da Igreja Católica na Itália é muito grande, fazendo com que as leis sobre reprodução assistida sejam muito restritivas, como por exemplo a vedação do uso de embriões para pesquisa, proibição de doações de óvulos e esperma, da inseminação heteróloga e da gestação de substituição.

Tratando ainda de países na Europa, contudo o que tenha idioma igual do Brasil, a legislação Portuguesa conta com sua lei sobre o tema, a Lei n. 32 de 26

de julho de 2006, a qual já passou por modificações sendo a mais recente a Lei n. 58 de 25 de julho de 2017.

A LPMA (Lei de Procriação Mediamente Assistida), permite o uso de tais técnicas para toda mulher, independente de família monoparental ou quadro de infertilidade, mas ainda é permitindo seu uso apenas por casais heterossexuais ou casais de mulheres.

Quanto a reprodução assistida *post mortem*, não é lícito a inseminação com sêmen do falecido, mas é permitida transferência do embrião criopreservado, se feita essa permissão por escrito anteriormente, conforme artigo 22º que entrou em vigência com a modificação de 2017 da sobredita lei.

Anteriormente não era permitido nenhum método *post mortem*, sobretudo por conta da grande influência de Igreja Católica no país, porém as modificações estão tornando a lei menos restritivas aos poucos.

Tal *legis*, ainda, não versa somente quanto os requisitos de admissibilidades das técnicas, mas também sobre criopreservação, doações de embriões e células, consentimento, sigilo de dados, gestação de substituição e ainda cria, conforme artigo 30º, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) e alude sobre suas responsabilidades:

#### Artigo 30.º

##### Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

3 - O CNPMA apresenta à Assembleia da República e ministérios responsáveis pelas áreas da saúde e da ciência e tecnologia um relatório anual sobre as suas atividades e sobre as atividades dos serviços públicos e privados, descrevendo o estado da utilização das técnicas de PMA, formulando as recomendações que entender pertinentes, nomeadamente sobre as alterações legislativas necessárias para adequar a prática da PMA à evolução científica, tecnológica, cultural e social.

Em contrapartida o Estado Unidos da América difere, nas suas normas com os demais países já citados; visto que segue o *common law*, ou seja, o direito

baseia-se principalmente nas jurisprudências. Diferente do Brasil, por exemplo, que utiliza do *civil law*, onde os litígios são resolvidos amparados por normas, majoritariamente.

Assim os estados têm mais autonomia de como versarem sobre normas e regulamentações, fazendo com que a normalização se ocasione dos julgamentos de casos, que estão aumentando cada vez mais, por exemplo, foi por meio de uma deliberação jurisprudencial que a gestação de substituição começou a ser aceita.

Outra diferença relacionada com o Brasil seria os bancos de sêmen, visto que os de lá trazem uma maior variedade de informações sobre os doadores, do que os daqui; como por exemplo graduação, fotos de infância e histórico médico. Conforme Moraes (2019, p.110), Apud Oliveira (2000, p.17):

Desde 1980 existe um comitê para a Sociedade Americana de Fertilização, através do qual foi elaborado um guia para os comitês legislativos para os Estados, prevendo proteção a médicos, pais, filhos e doadores. Na escolha de doadores, a preferência recai sobre estudantes de cursos superiores ou, por motivo de profissão, saúde ou inteligência, preferencialmente menores de 35 anos, e são excluídos os doadores com histórico na família de anomalias, diabéticos, hipertensos, entre outros. O comitê definiu que é possível a fecundação com sêmen de terceiro; se o marido autorizou a utilização de sêmen de doador, a criança é considerada seu filho legítimo e o marido não poderá alegar a prática de adultério

Mais uma distinção seria quanto a onerosidade, enquanto no Brasil a doação deve ser totalmente gratuita, nos USA podem ser feita mediante pagamentos; o que faz as vezes pensar em “um comércio de bancos de sêmen e óvulos”.

É observado que os países acima citados têm uma realidade, governamental e social muito distante da do Brasil, mas fazendo referência a países da América do Sul (não necessariamente idêntica a Brasileira), a Argentina é um bom exemplo sobre, posto que regulamentou, em 2013, a lei nº26.862 que ordena sobre a RA em nível federal. De início existia somente uma lei provincial de Buenos aires que tratava sobre tal tema, a qual era muito restritiva.

Assim a nova lei vem para garantir integralmente o acesso aos procedimentos, não discriminando idade ou sexo, e ainda dando a homossexuais ou heterossexuais, estando esses em um relacionamento ou não, o direito a reprodução assistida. Podendo estas serem heterólogas ou não e diante do primeiro caso garantindo o anonimato, tal qual ocorre no Brasil.

Além de que, a lei assegura que o sistema público de saúde irá cobrir esse tratamento a todos os habitantes do território argentino que tenham residência fixa. Tratando ainda sobre outros pontos, tais quais versa Coxir, Lopes, Silva e Penna (2014, s.p.):

Acesso gratuito aos procedimentos médicos para todos os cidadãos, sejam eles casais heterossexuais ou homossexuais, ou ainda pessoas solteiras, que tenham ou não algum problema de saúde. O sistema de saúde pública cobrirá todo argentino e todo habitante que tenha residência definitiva. Não há menção de limites de idade.

Em situação de reprodução medicamente assistida que requeira gametas ou embriões doados, esses deverão ser oriundos dos bancos de gametas ou embriões devidamente inscritos no Registro Federal de Estabelecimentos de Saúde do Ministério da Saúde. A doação nunca poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Estão incluídos na cobertura prevista nesse artigo os serviços de preservação de gametas ou tecidos reprodutivos destinados àquelas pessoas, incluindo menores de 18 anos, que em caso de não poder concluir uma gestação por problemas de saúde ou tratamentos médicos, ou ainda intervenções cirúrgicas, possam evitar o comprometimento da capacidade de procriar.

Por outro lado, a Argentina ainda sofre influência da Igreja Católica, até citando Deus no preâmbulo de sua constituição, fazendo com que por exemplo, a técnica de gravidez de substituição não seja amplamente aceita e a legislação não versa sobre.

Conclui-se, desta forma, que a reprodução assistida é vista como um direito, não apenas no Brasil, como em outros países. Logicamente os estados têm diferenças significativas em relação a suas realidades e culturas, pois estas influenciam o direito.

Como apresentado os países que têm normas mais restritivas têm maior influência da igreja católica, quanto os USA, por exemplo, seria “mais liberal” seguindo os ditames do *Common Law*, porém as modificações são feitas, por vezes, para melhor atender os anseios da sociedade.

Todavia em qualquer deles as políticas públicas sobre tais técnicas devem ser efetivadas, levando em conta o direito a saúde e a reprodução, principalmente.

Apesar das diferenças acerca dos países e da forma de aplicação do direito, no caso do Brasil não se pode falar em falta de estudos e resoluções sobre. Porque a norma (mesmo não sendo a lei específica), existe e o tema é tratado, seja por órgãos especializados ou pelo judiciário. Por fim é esperado que o Brasil consiga, cada vez mais, concretizar isso para sua efetivação geral.

## 7 CONCLUSÃO

Ao estudar sobre a reprodução humana assistida conclui-se que ela não se refere somente a técnicas médicas, advindas de muitas pesquisas, para auxiliar as pessoas que não conseguem ter filhos, como também um instrumento que objetiva direitos.

Posto isso a RA seria sim um direito fundamental, dado que é um dos principais mecanismo de acesso a direitos como planejamento familiar, saúde, reprodução e dignidade humana.

A ciência, em nível global, vem para auxiliar a sociedade; especialmente em casos como este. Todavia, não se pode permitir que ela transcorra e usufruem sem um limite, uma vez que que isso pode ser um risco para a própria como para indivíduos e sociedade em um geral.

Para tanto existe a área da ética; a bioética que contempla a interposição de limites nos progressos da medicina, para que os direitos fundamentais do indivíduo sejam sempre zelados. E o biodireito observa como a soma de regras e jurisprudências podem ajudar na regulamentação dos avanços da tecnologia.

Como já exposto, e incansavelmente citado, a falta de leis específicas sobre o assunto leva uma certa insegurança; então o CFM, com o intuito de normatizar como os procedimentos devem ocorrer, perfaz as resoluções sobre o tema. As quais são atualizadas com o passar dos anos para acompanhar uma sociedade globalizada em constante mudanças.

Essas providências do conselho são as principais normativas sobre reprodução assistida, atualmente, no Brasil. Versam sobre muitos tópicos relevantes ao tema; tais quais os métodos de RA, criopreservação, cessão temporária do útero, gestação compartilhada, doação de gametas e embriões; entre demais pontos.

Um breve apenso sobre um dos poucos pontos criticados da resolução seria sobre o limite etário para realização desses procedimentos, pois seria uma forma de bridar a mulher que já ultrapassou a idade estipulada a não poder gerar uma criança. Mas a própria resolução cita que se o médico, após realizações de exames e

afins, constatar que medicamente a possível genitora terá a capacidade de gerar uma criança, sem trazer risco para ela ou futuro nascituro ela pode realizá-la. Assim tal crítica não deve ser sobrepesada, e o anexo que trata sobre o limite etário deveria sequer existir, deixando que o corpo médico responsável pelo o procedimento ateste sobre isso.

Ademais, não apenas a resolução do Conselho Federal de Medicina alude a respeito disso, como também resoluções da CNS e da ANVISA, portarias, provimento do CNJ, leis que regem, maioritariamente, de outros assuntos, porém acabam fazendo alusões a RAs e até alguns projetos de leis tramitam no legislativo, mas de forma lenta.

Desta forma, mesmo não existindo lei específica sobre, há grande quantidade de normas alusivas a esta. Ou seja, o Brasil, como outros países, trata o tema, no entanto, o que não ocorre é a aplicação em sua totalidade.

Destarte não falta uma normatização para disciplinar quem pode ter acesso as técnicas ou como estas devem ser conduzidas; mas sim a falta de efetividade destas, o que vai ter como consequência o ativismo judicial.

O judiciário avança conforme é provocado, se ele precisou lidar com julgamentos de RA foi porque alguém não lhe fez. Se o direito é igual para todos os cidadãos, e como citado em presente trabalho a reprodução assistida é sim um direito relacionado a dignidade humana, saúde reprodutora, planejamento familiar, porque não é dado a todos como usufruir disso?

Resta somente ao judiciário responder essa pergunta, com as tantas demandas ajuizadas ele vem não para regular quem possui o direito (pois todos os cidadãos têm) ao acesso a essas técnicas, mas sim quem conseguirá consolidá-las na rede pública ou com coberturas de planos de saúde. Infelizmente, não são todos que conseguem e não há como o judiciário, sozinho resolver todos os eventos.

O legislativo não cria as leis e o executivo não age para efetivar os direitos, neste caso, assim não resolvem o problema; restando ao judiciário fazê-lo. Amparados por leis ou normas não específicas a darem algum alento para a população que necessita desse tipo de tratamento, mas não detém acesso.

Obviamente tendo que ser observados um certo limite, pois os juízes não vão poder criar leis, apenas fazer com que o direito cumpra com sua função social, consumando à aquelas pessoas que o que já lhe é assegurado.

Pode ser observado, como é o tratamento da Reprodução (ou Procriação) assistida fora do país, por exemplo os países abordados nesta pesquisa têm leis próprias sobre, sendo todas diferentes entre si pois o que funciona para um estado pode não funcionar para outro; posto diferenças culturais, ideais e realidades.

Contudo alguns lugares já designam a questão orçamentária acerca disso, de uma forma bem transparente, o que não acontece no Brasil.

Por fim, as técnicas de reprodução assistidas devem parar de serem enxergadas como um mero luxo, ou só para aquelas pessoas que têm como pagar, pois estamos tratando de sonhos e dignidade humana, sendo ela um meio de concretização de direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. **Parentalidade tardia e reprodução assistida: os limites do direito ao planejamento familiar no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Direito Privado. 2013, p. 279-313.

ANDRADE, Sofia. O primeiro bebê de proveta do mundo. 2020. Disponível em: <https://drasofiaandrade.com.br/o-primeiro-bebe-de-proveta-do-mundo/>. Acesso em 13 de setembro de 2021.

ANVISA-Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **13º relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões- SisEmbio**. 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojOTVjMDYxOGMtMmNIYy00MjQ3LTg3Y2ItYTAXYTQ4NTkxYjFkIiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWMzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVIZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030>. Acesso em 03 de setembro de 2021.

ARGENTINA. **Ley nº 26.862**. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Buenos Aires. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Civil**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, 2002.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Federal de Justiça. **Enunciado nº 103. I Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2003. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1043>. Acesso em 28 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.935, de 11 de maio de 2009**. Dispõe sobre alteração da lei 9.656/98. Brasília, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/L11935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11935.htm). Acesso em: 29 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, 2009. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm). Acesso em 29 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1957. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm). Acesso em 26 de março de 2021.

BRASIL. **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. Brasília, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm). Acesso em: 20 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança**. Brasília. 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm). Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990**. Brasília. 1990. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em 07 de outubro de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 120/2003**. Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida. Brasília. 2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104774>. Acesso em 07 de outubro de 2021.

BRASIL. Senado. **Projeto de Lei 1.184/2003**. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Brasília. 2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>. Acesso em: 18 de agosto de 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.168, de 21 de setembro de 2017**. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026)- acesso em 20 de março de 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.294, DE 27 DE MAIO DE 2021**. Disponível em [in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317). Acesso em 17 de setembro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969**. Brasília, 1992.

BRASIL. Ministério da Saúde-Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução - RDC Nº 23, de 27 de maio de 2011**. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2011/res0023\\_27\\_05\\_2011\\_rep.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2011/res0023_27_05_2011_rep.html). Acesso em 03 de setembro de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 63/2017**. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento\\_63\\_14112017\\_19032018150944.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf). Acesso em 27 de março de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.048, de 3 de setembro de 2009 Aprova o Regulamento do Sistema Único de Saúde (SUS)**. Brasília, DF. 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/mlaur/Downloads/regulamento\\_do\\_sus.pdf](file:///C:/Users/mlaur/Downloads/regulamento_do_sus.pdf). Acesso em: 12 de maio de 2021.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.

CASTRO, Katia Regina Tinoco Ribeiro de. **Os juízes diante da judicialização da saúde: o NAT como instrumento de aperfeiçoamento das decisões judiciais na área da saúde**. Tese de Mestrado, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012. Apud - GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 48-49 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9769>. Acesso em 14 de maio de 2021.

CORDEIRO, Carlos José. **Liberdade de Planejamento Familiar x Resolução CFM 2.168/2017: Previsão de Idade Máxima para Submissão às Técnicas de Reprodução Assistida**. Revista Internacional Consinter de Direito, 2019. Disponível em <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-v-numero-ix/direito-publico/liberdade-de-planejamento-familiar-x-resolucao-cfm-2-168-2017-previsao-de-idade-maxima-para-submissao-as-tecnicas-de-reproducao-assistida/>. Acesso em 26 de março de 2021.

COXIR, Sarah Abreu. LOPES, Ana Cristina dos Santos. SILVA, Maria Dias. PENNA, Lectícia Firpe. **Estudo das Regulamentações de Reprodução Humana Assistida no Brasil, Chile, Uruguai e na Argentina**. ScienceDirect. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Fundação Mineira de Educação e Cultura. Brasil. 2014. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S141320871400021>. Acesso em 18 de outubro de 2021.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas. **CFM publica normas éticas para reprodução assistida, com atenção a pessoas trans e fertilização post mortem**. Fonte: Assessoria de Comunicação do IBDFAM (com informações da Agência Brasil). IBDFAM. Disponível em <https://ibdfam.org.br/noticias/8588/CFM+publica+normas+%C3%A9ticas+para+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida%2C+com+aten%C3%A7%C3%A3o+a+pe%C3%A7as+trans+e+fertiliza%C3%A7%C3%A3o+post+mortem>. Acesso em 06 de outubro de 2021.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12 edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014.

GARCIA, Diego. **Fundamentos da Bioética**. Madrid: Eudema. 1989.

ITÁLIA. **Legge 19 Febbraio 2004, n. 40**. Procreazione Assistida. 2004. Disponível em: <https://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

JUNQUEIRA, Cilene Rennó. **Bioética**. UMA-SUS/UNIFESP. São Paulo. 2012. Disponível em: [https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca\\_virtual/esf/2/unidades\\_conteudos/unidade18/unidade18.pdf](https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/2/unidades_conteudos/unidade18/unidade18.pdf). Acesso em 04 de agosto de 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. 1ª ed, São Paulo, Editora Atlas, 2003.

MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. **O ativismo judicial e a intervenção do poder judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde**. Revista Jurídica-FURB. Blumenau: 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/mlaur/Downloads/6713-21857-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

MENKO, Arthur Werner. **Fertilização "in vitro": cobertura obrigatória pelos planos de saúde**. Jus Brasil, 2015. Disponível em: <https://arthurmenko.jusbrasil.com.br/artigos/183157407/fertilizacao-in-vitro-cobertura-obrigatoria-pelos-planos-de-saude>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. 1. ed.:Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. 1. ed.:Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p.111. Apud - OLIVEIRA, Neiva Flávia de. **A evolução da pesquisa genética e o novo conceito de família: limites bioéticos**. Revista dos Tribunais, v. 777. 2000. p. 17.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Neves. **Introdução ao biodireito: da zetética à dogmática**. p. 131/132. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

ORTIZ, Juan; BRUM, Maurício; NAKAMURA, Pedro; FONTANIVE, Stéfanie. **O que você precisa saber sobre reprodução assistida**. Revista Veja Saúde. 15 de novembro de 2019. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/o-que-voce-precisa-saber-sobre-reproducao-assistida/>. Acesso em: 24 de agosto de 2021.

PESSINI, Leo, BARCHIFONTAINE, Christian de P. de. **Problemas atuais de Bioética**. 11. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2014

PIOVEZAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PORFÍRIO, Francisco. "**Bioética**". Brasil Escola. S.d. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/bioetica.htm>. Acesso em 13 de setembro de 2021.

PORTUGAL. **Lei nº 32/2006 de 26 de julho**. Diário da República, 1.ª série, N.º 143. 2006. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/539174>. Acesso em 18 de outubro de 2021.

PORTUGAL. **Lei nº 58/2017 de 25 de julho**. Diário da República, 1.ª série, N.º 142. 2017. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/107745639>. Acesso em 18 de outubro de 2021.

QUARANTA, Roberta Madeira. **O direito fundamental ao planejamento familiar**. Âmbito Jurídico, 2010. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-74/o-direito-fundamental-ao-planejamento-familiar/#\\_ftn1](https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-74/o-direito-fundamental-ao-planejamento-familiar/#_ftn1). Acesso em 16 de julho de 2021.

RUDOLFO, Rafael Nunes Pires. **Ativismo Judicial e a Garantia do Direito à Saúde**. Tese de Mestrado. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí. 2018. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2414/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Rafael%20Nunes%20Pires%20Rudolfo.pdf>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

SALVADOR, Thais; SAMPAIO, Hebert; Palhares, Dario. **Análise Textual da Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos**. Revista Bioética, volume.26. Brasília: 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/NbnPCrvcfGKfrCCK37gKrFF/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 07 de agosto de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n.11. Salvador. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução Humana Assistida: Um Direito Fundamental?** 1 ed: Curitiba: Editora Appris. 2015.

SCHIEFLER, Advocacia. **Em uma votação apertada (3x2), os ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) concluíram nesta terça-feira (8/6) o julgamento sobre a possibilidade da implantação de embriões do casal após a morte de um dos cônjuges.** 11 jun. 2021. Disponível em: <https://schiefler.adv.br/implantacao-de-embrioes/>. Acesso em 29 de outubro de 2021.

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. **Planos de saúde: ampliada cobertura obrigatória de planejamento familiar.** MIGALHAS,2009. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/86250/planos-de-saude--ampliada-cobertura-obrigatoria-de-planejamento-familiar>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

SIMPLICIO, Fernanda de Paula Cananosque. **OS PROJETOS DE LEI SOBRE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS PRINCIPAIS ASPECTOS JURÍDICOS E NORMATIVOS.** Conic Semesp- 19º Congresso Nacional de Iniciação Científica. 2019. Disponível em <http://conic-semesp.org.br/anais/files/2019/trabalho-1000004219.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2021.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÉVE, Clémerson Merlin. **Os limites Constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).** MIGALHAS, 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/20381/os-limites-constitucionais-das-resolucoes-do-conselho-nacional-de-justica--cnj--e-conselho-nacional-do-ministerio-publico--cnmp>. Acesso em 26 de março de 2021.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.** Conferência geral da UNESCO. Paris. 2005. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por). Acesso em: 07 de outubro de 2021

VAZQUEZ, Rodolfo. **Bioética y derecho: fundamentos y problemas actuales.** 2.ed. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México – ITAM, 2002.

WEI, Eliezer Queiroz de Souto. **Legislativo optou por excluir a fertilização in vitro dos contratos de plano de saúde.** Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/lei-optou-excluir-fertilizacao-in-vitro-plano-saude>. Acesso em 29 de maio de 2021.