



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

EVITA MARIA DE MIRANDA DOS SANTOS

**DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: direito à saúde ou direito ao
planejamento familiar?**

Recife

2022

EVITA MARIA DE MIRANDA DOS SANTOS

DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: direito à saúde ou direito ao planejamento familiar?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharela em Direito.

Área de Concentração: Direito Médico

Orientador: Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão

Recife

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através
do programa de geração automática do SIB/UFPE

Santos, Evita Maria de Miranda dos.

Direito à reprodução humana assistida: direito à saúde ou direito ao planejamento familiar? / Evita Maria de Miranda dos Santos. - Recife, 2022.

71 f.

Orientador(a): Silvio Romero Beltrão

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2022.

1. Reprodução humana assistida. 2. Direito à saúde. 3. Direito ao planejamento familiar. 4. Dignidade da pessoa humana. 5. Biodireito. I. Beltrão, Silvio Romero. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

EVITA MARIA DE MIRANDA DOS SANTOS

DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: direito à saúde ou direito ao planejamento familiar?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharela em Direito.

Aprovado em: 01/11/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^ª. Dra. Fabíola de Albuquerque Lôbo (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Paulo Bandeira (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, que comigo esteve, em todos os momentos, abençoando-me com força, saúde, serenidade, segurança e sabedoria para conseguir concluir este trabalho.

À minha mãe, cujos esforços e apoio foram essenciais para a conclusão do curso.

Ao meu pai, cujo incentivo me levou a pesquisar temas relacionados ao Biodireito.

À Venusa Sá Leitão, minha eterna professora, pela inspiração para cursar Direito na saudosa Faculdade de Direito do Recife, casa de muitos poetas.

Ao Professor José Luiz Delgado, pelas lições de Direito Constitucional, que levarei em minha lembrança.

À Professora Dra. Fabíola Lôbo, pelas válidas lições de Direito de Família, as quais foram de suma importância para este trabalho.

Ao meu orientador, Professor Dr. Silvio Romero Beltrão, com quem tive a honra de aprender e de refletir sobre os instigantes temas do Biodireito, sempre com o devido senso crítico e a necessária diligência que os desafios da área requerem.

Por último, porém não menos importante, aos críticos e aos leitores deste trabalho, dos quais espero contribuições valiosas e oportunas para o avanço dos estudos e da legislação sobre o direito à reprodução humana assistida.

“O homem será feito em laboratório, muito mais perfeito do que no antigório. Dispensa-se amor, ternura ou desejo”.

Carlos Drummond de Andrade, 1967.

RESUMO

Dos avanços da medicina, destaca-se a reprodução humana assistida, conjunto de técnicas que possibilitam não só a concepção para casais inférteis e pessoas do mesmo sexo, mas também uma série de edições genéticas capazes de prevenir doenças. Em contrapartida, a legislação brasileira não evoluiu no mesmo ritmo da ciência médica, de modo que não existe uma regulamentação legal da matéria nem uma delimitação do direito à reprodução humana assistida. O presente trabalho tem por objetivo central a análise do âmbito normativo do direito à reprodução humana assistida à luz da Constituição da República Federativa do Brasil. A investigação visa à construção de um arcabouço jurídico-axiológico para o direito epigrafado, desenvolvendo-se, por meio do método dedutivo, mediante o exame de duas premissas centrais e de suas respectivas consequências jurídico-econômicas: o direito à reprodução humana assistida como derivado do direito à saúde e a incidência desse direito na saúde suplementar e no Sistema Único de Saúde; o direito à reprodução humana assistida como decorrência do direito ao planejamento familiar e a necessidade de imposição de limites à liberdade reprodutiva, em atenção à parentalidade responsável e ao melhor interesse do filho artificialmente concebido. Sob essa perspectiva, o direito à reprodução humana assistida se demonstra uma espécie de direito fundamental da personalidade, sujeito a limitações, diante da necessidade de garantia dos direitos dos indivíduos e da comunidade e diante da premência da adequada gestão de recursos pelo Estado.

Palavras-chave: reprodução humana assistida; direito à saúde; direito ao planejamento familiar; dignidade da pessoa humana; biodireito.

ABSTRACT

Among the advances in medical science, assisted reproduction stands out a set of techniques that allow not only the conception for infertile couples and people of the same sex but also a series of genetic editions that can prevent diseases. Despite the evolution of medicine, Brazilian legislation has not evolved at the same pace as medical science. There is no legal regulation of the matter or a delimitation of the right to human assisted reproduction. The main objective of this work is to analyse the normative scope of the right to assisted reproduction in the light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. The research aims to build a legal-axiological framework of the right to human assisted reproduction and is developed through the deductive method by examining two central premises and their respective legal and economic consequences: the right to human assisted reproduction as a right to health and the incidence of that right on supplementary health and on the Brazilian Unified Health System; the right to human assisted reproduction as a result of the right to family planning and the need to impose limits on reproductive freedom in attention to responsible parenthood and in the best interest of the artificially conceived child. From this perspective, the right to human assisted reproduction is a kind of fundamental right of the personality, which must be object of restriction in favour of the guarantee of the rights of the individuals and of the community and due to the urgency of adequate management of resources by the State.

Keywords: human assisted reproduction; right to health; right to family planning; dignity of the human person; biolaw.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
- ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
- CFM – Conselho Federal de Medicina
- CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- OMS – Organização Mundial da Saúde
- PL – Projeto de Lei
- PMA – Procriação Medicamente Assistida
- RHA – Reprodução Humana Assistida
- SisEmbryo – Sistema Nacional de Produção de Embriões
- SUS – Sistema Único de Saúde
- TRHA – Técnicas de Reprodução Humana Assistida

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DA NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À RHA	14
2.1	Da relação entre dignidade da pessoa humana e reprodução humana assistida	15
2.2	Da abertura material do rol de direitos fundamentais da Constituição Federal e da impossibilidade de um fundamento último do direito à RHA	20
2.3	Da reprodução humana assistida e do desejo de ter filhos: uma análise à luz dos direitos da personalidade	25
2.4	Do direito fundamental à RHA e da sua relação com o Biodireito: colisão de direitos fundamentais e limitações à RHA	27
3	RHA E DIREITO À SAÚDE	31
3.1	Do direito à saúde	32
3.2	Do enquadramento do direito à reprodução humana assistida no direito à saúde ...	36
3.3	Da cobertura da reprodução humana assistida pelos planos de saúde.....	39
3.4	Da relação entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e o direito à RHA.....	43
4	RHA E DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR	48
4.1	Do direito ao planejamento familiar	48
4.2	Do enquadramento da RHA como direito ao planejamento familiar	52
4.3	Da relação entre RHA e planejamento familiar: responsabilidade parental, manipulação do embrião, desejo de ter filhos e melhor interesse da criança	56
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

Os avanços da medicina do último século possibilitaram à humanidade a solução desta grande perplexidade: a impossibilidade de gerar filhos. Em 1978, veio ao mundo Louise Brown, primeiro bebê nascido da fertilização *in vitro*¹. Verificou-se, então, que era possível realizar, com sucesso, intervenção médica no processo de reprodução humana, com o fito de conceber, pela via técnica e artificial, um ser humano.

A experiência pioneira causou um grande entusiasmo quanto à possibilidade de concretização do projeto de parentalidade. Paulatinamente, as técnicas de reprodução humana assistida passaram a ser aplicadas e desenvolvidas ao redor do mundo. Em 1981, nasceu o primeiro bebê norte-americano concebido artificialmente². Pouco tempo depois, vinha ao mundo a primeira criança havida da fertilização *in vitro* do Brasil e da América Latina³.

Ao longo das décadas, as técnicas de reprodução humana assistida avançaram. Há, hodiernamente, várias formas de RHA, além da fertilização *in vitro*: inseminação artificial; gestação de substituição; inseminação *post mortem*; a modificação genética de embriões, entre outras técnicas⁴. Essas formas de intervenção médica no processo de reprodução humana têm em comum o objetivo de propiciar, por meio da manipulação de gametas e embriões, a cura de doenças, a fecundação, a geração de uma nova vida humana e, finalmente, a consecução de um projeto familiar.

Na contemporaneidade, não é incomum a opção da via da reprodução assistida para a realização do projeto parental. Ao contrário, a cada ano, crescem os números de ciclos de

¹ELEY, Adam. How has IVF developed since the first ‘test-tube baby’? **BBC Victoria Derbyshire programme**, 23 de julho de 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/health-33599353>. Acesso em: 12 set. 2022.

²HISTORY.COM EDITORS. **First American ‘baby-tube’ is born**. History, 08 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.history.com/this-day-in-history/first-american-test-tube-baby-is-born-ivf>. Acesso em: 07 out. 2022.

³MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. Coordenação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 01.

⁴MAZZA, Malu. Primeiro bebê de proveta do Brasil e da América Latina completa 30 anos. **Jornal Hoje**, Curitiba, 07 de outubro de 2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/10/primeiro-bebe-proveta-do-brasil-e-da-america-latina-completa-30-anos.html>. Acesso em: 07 out. 2022.

fertilização *in vitro* (estimulação ovariana e retirada de oócitos para RHA). De acordo com dados do SisEmbryo, foram realizados, no ano de 2018, 43.098 ciclos, e, em 2019, 44.705⁵.

A despeito do crescimento da RHA no Brasil, não há contornos bem delimitados sobre o direito à reprodução humana assistida. Não há, ainda, um disciplinamento legal das técnicas de reprodução assistida nem de aspectos a essa relacionados como, por exemplo, a filiação do indivíduo concebido, por meio da fertilização *in vitro*, com material genético de doador, e gestado por mãe de substituição.

O Código Civil faz, em seu artigo 1.597, incisos III, IV e V, uma sucinta menção à presunção de filiação relativa àqueles indivíduos concebidos, na constância do casamento, por reprodução humana assistida⁶. O referido diploma legal não regulamenta, contudo, outras situações tais qual a filiação do nascituro, em caso de divórcio e consequente desistência da gestação de substituição já em curso.

Ademais, não obstante a existência da Lei de Biossegurança, que disciplina o manuseio de embriões nos procedimentos médicos e científicos⁷, a regulamentação da reprodução humana assistida se resume à Resolução nº. 2.320/2022 do CFM⁸, via que se demonstra inadequada e insuficiente para a regulação de inúmeras questões correlatas à matéria, a exemplo da guarda do embrião em caso de divórcio do casal paciente das técnicas de RHA.

Além da ausência de legislação específica sobre as técnicas de RHA, o direito ao acesso à referida intervenção médica não encontra, no ordenamento jurídico, definição

⁵BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões**, 2019, p. 03-04.

⁶BRASIL. **Lei nº. 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

⁷BRASIL. **Lei nº. 11.105/2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

⁸BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº. 2.320/2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº. 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 07 out. 2022.

expressa de sua natureza jurídica. Ademais, não há consignação quanto ao(s) fundamento(s) do direito à RHA, ou seja, há pouca discussão doutrinária e nenhuma opção legislativa sobre o enquadramento do direito à reprodução humana assistida nos escopos dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais à saúde ou ao planejamento familiar.

Outrossim, não se abordam os aspectos práticos, isto é, as consequências e os efeitos jurídicos de se classificar o direito à RHA como direito da personalidade ou direito fundamental (à saúde ou ao planejamento familiar).

Se o direito à RHA for direito fundamental à saúde, todas as pessoas terão acesso a essa intervenção médica por meio do Sistema Único de Saúde (SUS)? Será que a autodeterminação do indivíduo não deve ser limitada pelos princípios atinentes ao planejamento familiar tais qual a parentalidade responsável? Os planos de saúde devem cobrir as técnicas de RHA? Como se verá, há inúmeras questões de ordem prática que são pertinentes e necessárias à adequada definição da natureza jurídica do direito ao acesso às técnicas de reprodução humana assistida.

Embora o enquadramento desse direito como um derivado do direito à saúde ou do direito ao planejamento familiar possa parecer, ante a impossibilidade de se encontrar o fundamento último de um direito, filosoficamente, prescindível, há de se considerar os problemas concretos que a indefinição do direito à RHA causa. A não democratização dos métodos de RHA, o desregramento da prática médica e a insegurança jurídica que permeia a temática são alguns dos exemplos de consequências geradas pela ausência de delimitação jurídica do acesso às TRHA.

O delineamento de um direito permite a construção de seu arcabouço jurídico-normativo. Ao se definir, por exemplo, que o direito à vida é não só fundamental, mas também direito imprescindível aos demais direitos fundamentais, conferiu-se o maior nível de égide a esse bem jurídico – a tutela penal⁹.

Desse modo, é importante realizar a delimitação da natureza jurídica (direito da personalidade ou direito fundamental) e do(s) fundamento(s) (direito à saúde ou direito ao planejamento familiar) do direito à reprodução humana assistida, a fim de que se possa erigir a sistemática jurídica desse direito.

Como não há a delimitação do direito à reprodução humana assistida, faz-se necessário realizar um estudo aprofundado sobre esse direito, com a finalidade de se examinar sua natureza jurídica, seu(s) fundamento(s) e seu enquadramento como direito à saúde ou

⁹BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2021, p. 269-270.

como direito ao planejamento familiar. Destarte, pretende-se contribuir para a construção de um arcabouço jurídico e teleológico para a elaboração de uma futura e necessária legislação sobre a RHA.

Parte-se da hipótese de que o enquadramento do direito à reprodução assistida como direito à saúde ou direito ao planejamento familiar tem repercussões práticas, jurídicas e econômicas que precisam ser analisadas, de modo a permitir a construção das bases de uma sistemática legal do direito à RHA.

O objetivo central do presente trabalho é examinar, por meio do método dedutivo, as hipóteses do enquadramento do direito à reprodução humana assistida – direito à saúde ou ao planejamento familiar - e suas respectivas consequências. A partir do exame das premissas de classificação do acesso à reprodução humana assistida, o que se fará, com pesquisa doutrinária, análise normativa e breves apontamentos de Direito Comparado, far-se-ão as considerações do presente trabalho, cuja pretensão é encontrar a melhor definição do direito à RHA, à luz da Constituição da República.

Este trabalho tem, ainda, como objetivos específicos analisar as consequências jurídico-econômicas de cada possibilidade de enquadramento do direito à RHA, especialmente, no que se refere aos planos de saúde e ao Sistema Único de Saúde. Ademais, esta pesquisa pretende averiguar, sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana e da proteção constitucional da família e da criança, qual seria a melhor alternativa de classificação do direito à reprodução humana assistida.

Assim, visando ao teste da hipótese epigrafada e ao atingimento dos objetivos fixados, far-se-ão, inicialmente, as análises da natureza jurídica do direito à reprodução humana assistida e da relação desse direito com o Biodireito e com os direitos da personalidade. Em seguida, passar-se-á ao enfrentamento das hipóteses de enquadramento do direito à RHA, isto é, das premissas da dedução – direito à saúde ou direito ao planejamento familiar – e de seus respectivos efeitos. Por fim, será tecida a análise final do enquadramento do direito à RHA, conforme os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil.

2 DA NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À RHA

Os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pela ordem jurídica constitucional, gozando da proteção jurídico-estatal. Esses direitos representam a visão de um Estado, no tempo e no espaço, acerca dos direitos essenciais à dignidade humana.

Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais se organizam, comumente, em um rol constitucional. Nada obsta, contudo, a elasticidade desses direitos, ou seja, a dilatação da série de direitos fundamentais contidas na Constituição, conforme haja a modificação do entendimento estatal sobre o que é essencial ao ser humano.

Nem sempre houve o entendimento de que esses direitos deveriam ser positivados pela ordem jurídica. De acordo com Gilmar Mendes, a lei fundamental alemã de 1949 marcou o lançamento da tendência de positivação da dignidade da pessoa humana¹⁰.

Nos termos do art. 1º, III, da CRFB/88, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, forma assumida pela República Federativa do Brasil¹¹. Ao conferir à dignidade da pessoa humana tal *status*, a ordem constitucional denota que o ser humano é o fim e o fundamento do Estado e da sociedade¹². A razão de ser do Estado é, pois, o bem-estar e a dignidade da pessoa humana.

As técnicas de reprodução humana assistida têm o condão de possibilitar a pessoas inférteis e biologicamente incapazes de gerar um filho a concretização de um projeto de vida, de família e de parentalidade. Para muitos indivíduos, a impossibilidade de conceber é motivo para frustrações, problemas psicológicos e confrontos familiares, o que abala a dignidade dessas pessoas, muitas vezes, em seus níveis mais profundos.

Outrossim, a reprodução humana assistida, no atual estado da prática médica, apresenta outra contribuição, que, apesar de científica e eticamente controversa, pode ser positiva para a sociedade, à medida que se demonstrar como meio seguro e eficaz para a prevenção de doenças genéticas¹³.

¹⁰MENDES, Gilmar Ferreira. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 6, nº. 2, jul./dez. 2013, p. 85.

¹¹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

¹²SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 77.

¹³GORVETT, Zaria. As perigosas mutações genéticas acidentais que podem mudar o futuro da humanidade. **BBC Future**, 05 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-56903276>. Acesso em: 30 set. 2022.

Nesse contexto, a RHA se demonstra como uma via alternativa para prevenir doenças e para pôr fim ao desconforto gerado pela não consecução do projeto familiar. Verifica-se, pois, a existência de um liame entre a reprodução humana assistida, a saúde, o bem-estar e o planejamento familiar – direitos afetos à dignidade da pessoa humana.

Não obstante isso, há aplicações negativas das TRHA, a exemplo da modificação genética de embriões para fins eugênicos de supremacia racial ou de prevalência de características físicas socialmente "privilegiadas"¹⁴.

Constatam-se, também, na prática, possibilidades complexas de colisão de direitos dos sujeitos envolvidos na dinâmica da RHA, o que requer a limitação do direito à RHA, de modo a resguardar a dignidade dos sujeitos envolvidos.

Por essas razões, vale questionar a relação do direito à RHA com a dignidade da pessoa humana, pergunta que perpassa, ainda, pela natureza jurídica desse direito e pela relação desse direito com o campo do Biodireito, mais especificamente no que se refere às limitações do emprego das TRHA.

2.1 Da relação entre dignidade da pessoa humana e reprodução humana assistida

Inicialmente, impende-se observar que não se pretende, neste trabalho, realizar análises aprofundadas e específicas a respeito das origens e do conteúdo da dignidade da pessoa humana, embora se reconheça a importância e a necessidade de realização de um estudo crítico acerca desse valor jurídico-constitucional, muitas vezes, utilizado de forma deturpada, na *práxis* constitucional.

Não obstante isso, é imprescindível tecer breves considerações sobre a relação entre dignidade da pessoa humana e reprodução humana assistida especialmente porque, diferentemente de outras situações em que se evoca tal princípio constitucional, a RHA, por se relacionar às unidades básicas de vida humana, gera perplexidades jurídico-filosóficas. Destarte, não se faz inoportuno aduzir um tópico sobre o assunto.

A reprodução humana assistida consiste na manipulação das unidades mais básicas de vida humana, a exemplo de células germinativas, de modo a possibilitar a união dos gametas

¹⁴UNITED NATIONS. UN panel warns against 'designer babies' and eugenics in 'editing' of human DNA. **News UN**, 05 october 2015. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2015/10/511732-un-panel-warns-against-designer-babies-and-eugenics-editing-human-dna>. Acesso em: 05 out. 2022.

masculino e feminino e, por conseguinte, a gestação e o surgimento de uma nova vida humana¹⁵.

Hodiernamente, a reprodução humana assistida não se resume, contudo, à procriação. Os avanços da medicina e da engenharia genética tornaram possível a edição genética de embriões, a redução embrionária, o bebê-medicamento e as pesquisas com embriões¹⁶.

Embora a RHA possa gerar muitas benesses à humanidade, dentre as quais, destaca-se a concretização do projeto familiar de pessoas inférteis e de pessoas biologicamente impossibilitadas de gerar filhos, diante do estado atual da ciência, há riscos inerentes à aplicação das TRHA.

A edição genética de embriões ainda é vista com desconfiança pela comunidade científica, haja vista o fato de não serem plenamente conhecidas as consequências das alterações genômicas artificiais¹⁷. Diz-se, inclusive, que as alterações genéticas artificialmente elaboradas podem vir a ter consequências não só individuais, mas também para as futuras gerações¹⁸.

A despeito de a promessa da edição de embriões ser interessante, especialmente para aqueles que têm doenças genéticas, não se pode desconsiderar os possíveis prejuízos que esse tipo de procedimento pode causar aos filhos artificialmente concebidos.

No caso da reprodução humana assistida, não se pode restringir, no atual estado da arte médica, a análise da dignidade da pessoa humana apenas ao casal infértil ou aos casais homoafetivos.

Conforme já explicado, as alterações genéticas dos embriões podem colocar em xeque a qualidade de vida dos filhos artificialmente gerados, na medida em que não se conhecem as repercussões dessa prática. Nesse sentido, seria justo permitir a edição genética de embriões para evitar doenças, apesar de se saber que podem sobrevir consequências desconhecidas e potencialmente prejudiciais à humanidade e aos filhos artificialmente concebidos?

¹⁵DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 711.

¹⁶MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. Coordenação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 01.

¹⁷BBC News. **Gene-edited babies: Current techniques not safe, say experts**. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/health-54014969>. Acesso em: 18 set. 2022.

¹⁸*Ibidem*.

Ademais, diante da possibilidade de práticas eugenistas negativas, isto é, da seleção de genes que garantam características socialmente desejáveis, é válido questionar se essas seleções não ferem a dignidade humana, isto é, a dignidade de toda a humanidade.

Outrossim, não se pode olvidar que, quanto às técnicas de RHA, a qualidade de vida da pessoa artificialmente concebida, tem sido, muitas vezes, colocada em segundo plano, quando há promessas de *saviour siblings*, indivíduos concebidos, mediante exames de compatibilidade, com o fito de se realizar, após a gestação e o desenvolvimento físico, transplante, em favor de irmão com doença curável por substituição de órgãos¹⁹. Seria ético ter um filho apenas para salvar outro? A ausência de consentimento do "irmão salvador" quanto à doação de seus órgãos respeita a dignidade da pessoa humana?

Sobre dignidade da pessoa humana, Jorge Miranda oferece uma lição fascinante: esse valor jurídico-constitucional não tem conexão histórica necessária com os direitos fundamentais²⁰. Na verdade, a conexão jurídico-positiva entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais se dá, após a Segunda Guerra Mundial e as suas atrocidades, com as Constituições e os instrumentos internacionais²¹.

Não por acaso, a referência à dignidade da pessoa humana foi inserida nas Constituições e, em especial, na Lei Fundamental Alemã de 1949²². Muitas das barbáries nazistas se davam em relação a pesquisas com seres humanos²³. Desse modo, a positivação da dignidade da pessoa humana foi um movimento natural para se reforçar o valor da humanidade, coletiva e individualmente, considerada.

Sarlet chama atenção para a diferença entre a dignidade da pessoa humana, dimensão individual, e a dignidade humana, dimensão coletiva, que abrange toda a humanidade²⁴. Enquanto, no primeiro caso, a referência é à pessoa individualmente considerada e à sua

¹⁹BBC News. **India's first 'saviour sibling' cures brother of fatal illness**. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-54658007>. Acesso em: 18 set. 2022.

²⁰MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**: MPRJ, n. 52, abr./jun. 2014, p. 72.

²¹*Ibidem*.

²²MENDES, Gilmar Ferreira. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 6, n.º. 2, jul./dez. 2013, p. 85.

²³SWAIN, Frank. É certo usar a ciência nazista para salvar vidas? **BBC Future**, 28 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-49122992>. Acesso em: 18 set. 2022.

²⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 52.

autodeterminação; no segundo caso, o termo designa a humanidade considerada como um todo²⁵. A característica comum a todos os humanos, a razão e a consciência, é o que justifica, segundo Jorge Miranda, o reconhecimento, a garantia e a proteção dos direitos fundamentais a todos²⁶.

Habermas, por sua vez, ao lecionar sobre as fronteiras morais da medicina de reprodução, propõe uma questão intrigante sobre a clonagem, a qual pode ser aplicada aos exemplos já aduzidos: as interferências genéticas da medicina colocam face a face "quem somos" e "quem gostaríamos de ser"²⁷. Segundo o autor, a problemática da medicina reprodutiva é justamente a instância decisória que se estabelece, a partir das possibilidades de intervenção genética²⁸.

Sob esse ponto de vista, a sociedade deve decidir o que deve ser permitido quanto às pesquisas científicas, pois as ciências biológicas não fornecem as respostas cabais, e Habermas vê, com certa desconfiança, as intervenções genéticas, matéria cuja preocupação ele resume em "evitação do mal"²⁹. O autor reconhece, todavia, a inexistência de um consenso e de uma palavra final sobre o assunto, justificando que há aspectos morais e culturais adjacentes à questão³⁰.

Jorge Miranda aduz alguns pontos importantes da dignidade da pessoa humana, os quais parecem adequados à presente reflexão. De acordo com o constitucionalista português, a dignidade da pessoa humana é inerente a todas as pessoas, representando a dignidade individual e concreta, que deve ser reconhecida desde a concepção³¹. Ademais, o autor estabelece que apenas a dignidade justifica a busca pela qualidade de vida, e a convivência comunitária implica o reconhecimento recíproco da dignidade dos sujeitos³².

²⁵*Ibidem*.

²⁶MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**: MPRJ, n. 52, abr./jun. 2014, p. 72.

²⁷HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução: Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 209-210.

²⁸*Ibidem*.

²⁹*Ibidem*, p. 216.

³⁰*Ibidem*, p. 216.

³¹MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**: MPRJ, n. 52, abr./jun. 2014, p. 73-74.

³²*Ibidem*.

Apesar de não ser possível determinar, com precisão, o que é a dignidade da pessoa humana, valor que pode ter conteúdo variável, de acordo com a cultura e o tempo, não se pode admitir a submissão do ser humano a condições de vida degradantes decorrentes dos egoísmos e das negligências científicas e familiares. Daí, falar-se na importância da segurança do método de edição genética para a sua admissão, o que implica considerar os impactos dessa técnica na saúde do indivíduo artificialmente concebido, de modo a respeitar a dignidade da pessoa humana gerada por meio das TRHA.

Além disso, consigna-se que não se deve permitir a edição eugênica de embriões, em detrimento de características físicas socialmente indesejadas e, por conseguinte, da diversidade genética e fenotípica, sob pena de lesão à dignidade humana. Inclusive, como há possibilidade de eliminação de traços étnicos, por meio da edição genética embrionária, deve-se considerar a referida prática como análoga ao genocídio, na medida em que pode implicar a destruição total ou parcial de um grupo étnico ou racial³³.

Outrossim, em relação ao *saviour sibling*, é preciso pensar nas implicações que a geração de uma nova vida apenas para beneficiar outra pode gerar, sobretudo no que se refere à saúde e à qualidade de vida do indivíduo doador artificialmente concebido.

Observa-se que, com o advento da reprodução humana assistida, questões concernentes à condição humana e à sua relação com a ciência voltaram a assombrar a sociedade. Não parece que se encontrará uma resposta fácil para as perplexidades mencionadas. Mas, isso não pode obstar a discussão sobre a dignidade da pessoa humana e a dignidade humana, sobre as pesquisas científicas que manipulam unidades básicas de vida e sobre até que ponto o direito pode tolerar a prática médica, sem ocasionar lesões aos próprios direitos e valores jurídicos já sedimentados. Assim, ao se reconhecer o direito à reprodução humana assistida dos pais, sob a justificativa da dignidade da pessoa humana, não se pode obliterar a dignidade dos filhos e da humanidade.

Diante do exposto, verifica-se que existe uma relação conflituosa entre a reprodução humana assistida e suas consequências e a dignidade da pessoa humana e a dignidade da

³³BRASIL. **Decreto nº. 30.822/1952**. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html#:~:text=CONVEN%C3%87%C3%83O%20PARA%20A%20PREVEN%C3%87%C3%83O%20E%20A%20REPRESS%C3%83O%20DO%20CRIME%20DE%20GENOC%C3%8DDIO&text=As%20Partes%20Contratantes%20confirmam%20que,a%20prevenir%20e%20a%20punir.. Acesso em: 21 set. 2022.

humanidade como um todo. Essa breve discussão tem importância para os tópicos seguintes, principalmente quando se tratar de colisão de direitos fundamentais.

2.2 Da abertura material do rol de direitos fundamentais da Constituição Federal e da impossibilidade de um fundamento último do direito à RHA

Os direitos fundamentais são fruto de um processo histórico de construção, significação e evolução³⁴. A variabilidade dos direitos fundamentais, de acordo com o momento histórico e com a cultura, impede a positividade explícita da totalidade desses direitos. Há, portanto, direitos que passam a se demonstrar essenciais aos seres humanos, à medida que a sociedade progride.

Nesse sentido, o surgimento de novas formas de reprodução humana assistida abre espaço para uma evolução não só técnica e científica, mas também jurídica. Das novas possibilidades de intervenção na vida humana, nascem os chamados direitos de quarta geração³⁵. Trata-se de um novo grupo de direitos relacionados aos desafios da contemporaneidade e ao equilíbrio entre a dignidade da pessoa humana e o progresso das ciências. O direito ao acesso à reprodução humana assistida pode ser considerado um integrante desse instigante e desafiador conjunto de direitos.

A Constituição Federal não aduz, expressamente, o direito à reprodução humana assistida. A ordem constitucional reconhece, todavia, o direito à expressão e à fruição da ciência, nos termos dos arts. 5º, IX; 216, III; 218, *caput*, todos da CRFB/88³⁶. Além disso, a Carta da República protege os direitos à saúde e ao planejamento familiar, conforme os arts. 196 e 226, §7º, ambos da CRFB/88³⁷.

Segundo Sarlet, os direitos fundamentais são aqueles que têm, por meio da positividade, ou melhor, por meio da constitucionalização, o reconhecimento por parte de

³⁴BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho; apresentação: Celso Lafer. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 9ª reimpressão, p. 18-19.

³⁵*Ibidem*, p. 05-06.

³⁶BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

³⁷*Ibidem*.

determinado Estado³⁸. Os direitos fundamentais têm um aspecto elástico, modificando-se, conforme o tempo, a concepção do Estado e a cultura de cada povo. Ademais, os direitos fundamentais se diferem dos direitos humanos, na medida em que estes últimos se relacionam à ordem jurídica internacional³⁹.

A Constituição Federal traz, em seu bojo, um extenso rol de direitos fundamentais. Existem, contudo, direitos fundamentais que não estão expressos no texto constitucional, mas, são reconhecidos pela ordem constitucional⁴⁰. A Constituição Federal aduz, no §2º de seu art. 5º, referência à existência dos direitos fundamentais não inscritos na Carta Política, porém decorrentes dos princípios e do regime por ela adotados⁴¹. Nesse sentido, há direitos fundamentais formalmente consagrados, no texto da Constituição, e há direitos fundamentais que, apesar de não estarem epigrafados na Carta Política, podem ser materialmente integrados à ordem constitucional⁴².

Esses direitos fundamentais materialmente integrantes da Constituição têm seu reconhecimento em razão de sua substância, ou seja, pelo fato de serem essenciais, em alguma medida, aos seres humanos, equiparando-se aos direitos fundamentais formalmente consagrados⁴³.

Sarlet tece algumas considerações importantes sobre a abertura material do rol de direitos fundamentais da Constituição. Primeiramente, o autor aponta que não há consenso doutrinário sobre a consagração de direitos fundamentais apenas em sentido material⁴⁴. Além disso, o autor adverte que o reconhecimento de tais direitos pode ser um tanto problemático, na medida em que pode ser complexo identificar, na prática, quais direitos seriam equiparáveis aos direitos fundamentais formalmente consagrados, de modo a merecer a

³⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 32.

³⁹*Ibidem*, p.32-33.

⁴⁰*Ibidem*, p. 78-79.

⁴¹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 78.

⁴³*Ibidem*, p. 80.

⁴⁴*Ibidem*, p. 81.

elevação ao *status* de materialmente constitucionais⁴⁵. Outra questão apontada pelo autor se refere às fontes dos direitos fundamentais, já que esses poderiam ter assento em outras partes do texto constitucional ou, ainda, em outros títulos legais ou internacionais⁴⁶. Por fim, Sarlet se preocupa com a abrangência dessa abertura material e com a adequada definição da categoria de direitos fundamentais⁴⁷.

Quanto à abrangência, Ingo Wolfgang Sarlet aduz que se enquadram, na cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, os direitos individuais, os direitos fundamentais negativos e os direitos sociais⁴⁸. O autor propugna, ainda, que o Brasil é um Estado Social Democrático, e que a posição topográfica de determinados direitos, em título diverso do destinado aos direitos fundamentais na Constituição, não impede o reconhecimento da fundamentalidade desses direitos⁴⁹. Assim, os direitos situados, no título "Da Ordem Social", seriam, sob esse ponto de vista, materialmente fundamentais⁵⁰.

De fato, não se pode incluir todos os direitos na cláusula de abertura material do rol de direitos fundamentais. Como parâmetro para se atribuir a um direito a condição de “direito materialmente fundamental”, além do assento em princípios constitucionais, é necessário que o direito a ser reconhecido como fundamental possa se equiparar, em substância, a direitos fundamentais formalmente consagrados. Sem esse critério, torna-se ainda mais difícil identificar quais direitos merecem o reconhecimento da “fundamentalidade”, especialmente, quando a justificativa se baseia incisivamente em princípios constitucionais, os quais são dotados de amplo conteúdo.

Ademais, quanto ao uso do princípio da dignidade da pessoa humana como única base de justificação para a elevação de um direito ao *status* de materialmente constitucional há de se fazer um breve comentário crítico. Assiste razão a Marcelo Neves quando critica, em sua obra *Hidra e Hércules*, a hiperinflação dos princípios constitucionais, na *práxis* jurídica

⁴⁵*Ibidem*, p. 81.

⁴⁶*Ibidem*, p. 81.

⁴⁷*Ibidem*, p. 81.

⁴⁸*Ibidem*, p. 82.

⁴⁹*Ibidem*, p. 82.

⁵⁰*Ibidem*, p. 82-83.

brasileira, o que provoca, na opinião do autor, um processo de desdiferenciação dos direitos fundamentais⁵¹.

A observação supracitada é válida para o presente caso, pois, se a “fundamentalidade” de um direito se basear, única e exclusivamente, na dignidade da pessoa humana, estar-se-á hiperinflacionando esse princípio, e a consequência disso é que todos os direitos que tenham uma conexão, ainda que ínfima, com a dignidade da pessoa humana, serão considerados fundamentais. Haverá, dessa maneira, uma hipertrofia dos direitos fundamentais, o que causará um processo de não se saber mais a diferença entre um direito e um direito fundamental, ou seja, ocorrerá uma desdiferenciação.

O direito à reprodução humana assistida não padece de uma base de justificação fraca para se considerar a sua fundamentalidade, merecendo a elevação à categoria de direito fundamental. Primeiramente, o direito à reprodução humana assistida tem, sim, base em princípios constitucionais, inclusive, na dignidade da pessoa humana. A relação do direito epigrafado com o princípio fundamental da ordem constitucional é, todavia, conforme demonstrado no tópico anterior, no mínimo, dúplice, pois se relaciona tanto à realização do projeto familiar e à liberdade dos indivíduos quanto à saúde dos filhos concebidos.

Ademais, o direito à reprodução humana assistida guarda sensível relação com outros direitos fundamentais, a exemplo dos direitos à saúde, ao planejamento familiar, à autodeterminação e à vida. Justifica-se, portanto, a elevação do referido direito à categoria de fundamental pela equiparação de seu conteúdo a outros direitos fundamentais.

Desse modo, pode-se compreender que o direito à reprodução humana assistida é um direito fundamental que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88), do princípio da proteção da família (art. 226, *caput*, da CRFB/88) e do melhor interesse da criança (art. 227 da CRFB/88), além da equiparação, em substância, do direito à reprodução humana assistida aos direitos à saúde e ao planejamento familiar⁵².

Olga Krell aduz, em seu trabalho, as bases constitucionais para um direito à reprodução humana assistida, apresentando a liberdade, a proteção constitucional à entidade

⁵¹NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 143 a 148.

⁵²BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

familiar, o direito à saúde e os direitos da personalidade como alicerces desse direito materialmente fundamental⁵³.

Apesar do arcabouço jurídico-axiológico aduzido tanto no trabalho da autora acima epigrafada quanto no presente trabalho, chama-se atenção para o apontamento de Norberto Bobbio: a impossibilidade de se encontrar um fundamento último para um direito fundamental⁵⁴. Alerta o filósofo italiano que o problema do fundamento de um direito varia, conforme se analise um direito positivado ou um direito ainda não reconhecido, porém desejável⁵⁵. De acordo com o autor, no primeiro caso, investiga-se, no ordenamento jurídico, se há norma válida que embase o direito; no segundo caso, buscam-se razões que possam sustentar o direito cujo reconhecimento é almejado⁵⁶.

Adverte Bobbio que a busca pelo fundamento absoluto de um direito é, contudo, filosoficamente, impossível⁵⁷. O autor dá várias razões para se considerar a persecução das bases de determinado direito uma ilusão, e, nesse sentido, citam-se como exemplos a heterogeneidade dos direitos, o caráter histórico dos direitos e a impossibilidade de direitos opostos terem o mesmo fundamento⁵⁸. Conclui, então, Bobbio, após detalhada explanação, que os desafios contemporâneos dos direitos são a busca pelos vários fundamentos possíveis e a concretização dos direitos⁵⁹.

Considerando a impossibilidade de se encontrar o fundamento absoluto de um direito, observação bem realizada por Bobbio, e o próprio embasamento do direito fundamental à reprodução humana assistida, o qual foi objeto de exame neste mesmo tópico, deve-se fazer uma pequena ressalva sobre a hipótese e os objetivos do presente trabalho. Sim, de fato, filosoficamente, é prescindível enquadrar o direito à reprodução humana no direito à saúde ou no direito ao planejamento familiar, porquanto é certo que ambos os direitos são seus fundamentos.

⁵³KRELL, Olga. **O direito fundamental à reprodução humana assistida no Brasil e suas repercussões na filiação civil: uma abordagem de *lege ferenda***, p. 98-100. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3945/1/arquivo5205_1.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

⁵⁴BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho; apresentação: Celso Lafer. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 9ª reimpressão, p. 16.

⁵⁵*Ibidem*.

⁵⁶*Ibidem*.

⁵⁷*Ibidem*, p. 17.

⁵⁸*Ibidem*, p. 17-21.

⁵⁹*Ibidem*, p. 23-24.

Não obstante isso, é necessário pensar não só quais são as faces, ou melhor, os fundamentos do direito à RHA, mas também qual deve prevalecer, ou, ainda, se as diversas arestas desse direito não são, na verdade, complementares. Essa investigação é necessária, inclusive para a construção de um arcabouço jurídico-normativo, sobre o qual se possa erguer uma sistemática legal do direito à reprodução humana assistida. Ademais, faz-se mister tecer reflexões sobre as repercussões de ordem prática que a prevalência de uma ou de outra face do direito à RHA pode gerar.

Feitas as devidas considerações sobre a hipótese do presente trabalho, torna-se oportuno aduzir os dois tópicos finais deste capítulo: um trata sobre a face de direito da personalidade que é comportada pelo direito à RHA, e o outro, sobre as colisões de direitos fundamentais inerentes à dinâmica das TRHA.

2.3 Da reprodução humana assistida e do desejo de ter filhos: uma análise à luz dos direitos da personalidade

A singularidade de cada ser humano se manifesta em diversos elementos caracterizadores de sua pessoa tais quais o corpo, o intelecto, o nome e a própria codificação genética. A ordem jurídica garante, reconhece e protege a individualidade de cada pessoa, por meio do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual comporta diversos desdobramentos denominados de direitos da personalidade - direito à imagem, direito à voz, direito ao nome, direito à privacidade, entre outros.

Em consonância com Gustavo Tepedino, a personalidade pode ser entendida "como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico"⁶⁰.

Silvio Romero Beltrão adota uma posição naturalista sobre os direitos da personalidade, considerando-os inatos e atribuindo ao Estado o papel de reconhecê-los e de sancioná-los, a fim de os salvaguardar contra o poder público e contra os próprios

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/52048906/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil-constitucional_brasileiro-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1663629196&Signature=DL3U~drrEWXVvr7UQVYXwgUZchVtTWu9UQtaveJknykOtK1rSkIRToAwiba2FuXvTgUgUIEqN-u3Disojjcegb3kVluEpG3wn2~5QsyqkG5HUHeKo4Uu2Is-ZF5fpAOWa~cQVVzi96jouof78bzZ-aLceUZ-z3g~u-4XWoJzbitFBHQm2JTnOXZRPngmEIPzkiJprhYPpfGMujuKuTRghP1z2RIOTWKSswfJWZaZXIZ8wRL6vrVRziMuq7NPnaVIN5pp3dUfOAewGtEyfpCWmpzbqFh-Lc7j8Bg~VHnLZOdzfUzELYct3GoS0ttgi0i-TcJi7~HriBPm8etvDO5adg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 19 set. 2022.

particulares⁶¹. De acordo com o professor, a posição naturalista reconhece a existência de direitos da personalidade não tipificados pelo ordenamento jurídico, e, nesse sentido, apesar de não haver a tipificação, deve-se proteger tais direitos, haja vista o fato de derivarem da dignidade da pessoa humana⁶².

Miguel Reale atribui aos direitos da personalidade caráter histórico e cultural, argumentando que cada sociedade protege um rol de atributos da pessoa humana, conforme os avanços das ciências naturais e humanas, ao longo da história. A partir de sua perspectiva histórico-cultural, o autor admite a possibilidade de incremento do quadro de direitos da personalidade⁶³.

O desejo de ter (ou de não ter) filhos é um aspecto inerente à existência humana, e a reprodução humana, natural ou assistida, é o meio que torna possível a perpetuação de um indivíduo. Quem deseja procriar espera, ainda que minimamente, a sucessão de suas características e de seus atributos ao seu filho, buscando não só o perpetuamento da própria espécie, mas também o de si mesmo. Sob essa perspectiva, a decisão sobre a reprodução deriva da autodeterminação de cada sujeito, sendo, pois, algo que deriva da própria personalidade de uma pessoa.

O direito à reprodução seria, no sentido acima exposto, um direito da personalidade não tipificado no ordenamento jurídico. Já, o direito à reprodução humana assistida, o qual deriva de uma evolução técnico-científica, passaria a integrar o rol de direitos da personalidade, incrementando-o, haja vista a possibilidade de fruição dos recursos científicos pelos seres humanos. Destarte, a reprodução humana assistida seria apenas mais um caminho para a realização da personalidade de um indivíduo e do seu desejo de ter filhos.

Silvio Romero Beltrão, assumindo a sua posição naturalista, já descrita, reconhece a reprodução humana, natural ou assistida, como um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, direito esse que decorre, na opinião do autor, da autonomia de que cada ser humano é detentor⁶⁴.

⁶¹BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11.

⁶²*Ibidem*.

⁶³REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/>. Acesso em: 20 set. 2022.

⁶⁴BELTRÃO, Silvio Romero. Limites ao livre desenvolvimento da personalidade e o estudo de um caso concreto. *In: Direito civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*, 1ª. ed., 2º. v. São Paulo: Atlas, 2015, p. 63-103.

Olga Krell, por sua vez, reconhece o direito à reprodução como um derivado da própria autodeterminação do indivíduo sobre o seu corpo, ressaltando, contudo, a possibilidade de limitação da liberdade reprodutiva, ante a proteção dos direitos dos quais outros sujeitos, inclusive, o filho concebido, são titulares⁶⁵.

Frisa-se, ainda, que as categorias "direitos fundamentais" e "direitos da personalidade" não são incompatíveis, de forma que é possível se falar em direito fundamental da personalidade, quando os direitos da personalidade são também fundamentais em razão de suas bases constitucionais e de sua equiparação aos direitos fundamentais expressos no texto constitucional.

Nesse diapasão, adverte Silvio Romero que "muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade"⁶⁶. Enquanto os direitos fundamentais se caracterizam, em razão de suas próprias origens históricas, por serem situações jurídicas do cidadão em face do Estado, os direitos da personalidade são reconhecidos pela sua imanência em relação à própria personalidade humana⁶⁷.

Diante do exposto, constata-se que o direito à reprodução humana assistida é um direito fundamental da personalidade, na medida em que expressa um aspecto inerente à existência de cada pessoa humana - o desejo de ter filhos. Esse direito, o qual decorre da autodeterminação do indivíduo, não é, entretanto, ilimitado, e, diante da colisão do direito à RHA com os direitos de outros sujeitos envolvidos no processo de reprodução humana assistida, deve haver limitações, de modo que a dignidade da pessoa humana seja respeitada não só em favor dos partícipes da reprodução, mas também, dos sujeitos concebidos.

2.4 Do direito fundamental à RHA e da sua relação com o Biodireito: colisão de direitos fundamentais e limitações à RHA

Segundo Sarlet, os direitos fundamentais são aqueles que têm, por meio da positivação, ou melhor, da constitucionalização, o reconhecimento por parte de determinado

⁶⁵KRELL, Olga. **O direito fundamental à reprodução humana assistida no Brasil e suas repercussões na filiação civil: uma abordagem de *lege ferenda***, p. 98-100. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3945/1/arquivo5205_1.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

⁶⁶BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51.

⁶⁷*Ibidem*.

Estado⁶⁸. Os direitos fundamentais têm um aspecto elástico, modificando-se, conforme o tempo, a concepção do Estado e a cultura de cada povo⁶⁹. Nesse sentido, os direitos fundamentais se diferem dos direitos humanos, na medida em que estes últimos se relacionam à ordem jurídica internacional⁷⁰.

A reprodução humana assistida consiste na manipulação das unidades mais básicas de vida humana, a exemplo de células germinativas, gametas, zigotos e embriões, de modo a possibilitar a união dos gametas masculino e feminino e, por conseguinte, a gestação e o surgimento de uma nova vida humana.

Justamente, por lidar com o manuseio das potencialidades mais elementares de vida, a RHA se relaciona com o campo do Biodireito, o qual tem por objetivos principais a regulamentação de procedimentos médico-científicos e a preservação da dignidade da pessoa humana⁷¹.

Outrossim, a dinâmica da reprodução humana assistida, por se relacionar aos bens essenciais da existência humana, a exemplo da vida e da dignidade, gera a colisão entre os direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos no processo reprodutivo.

Maria Helena Diniz, em referência à Resolução RDC nº. 23/2011 da ANVISA, observa que "a reprodução humana assistida, conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano, poderá dar-se pelos métodos ZIFT e GIFT"⁷².

Nesse ponto, a autora cita as duas técnicas mais comuns de RHA: a fertilização *in vitro* (*zygote intrafallopian transfer* - ZIFT), que ocorre, mediante a união dos gametas masculino e feminino, em proveta, e a posterior implantação do zigoto no útero; a

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 33-35.

⁶⁹BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2021, p. 151.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 33-35.

⁷¹DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31-33.

⁷²*Ibidem*, p. 711.

inseminação artificial, ou seja, a introdução artificial do sêmen no interior do útero (*gamete intrafallopian transfer* - GIFT), sem o manuseio zigótico⁷³.

Ambas as técnicas de RHA podem ser realizadas com o material genético de terceiros (reprodução humana assistida heteróloga) ou com o material genético do próprio casal (reprodução humana assistida homóloga)⁷⁴. Naquele caso, há a figura do(a) doador(a) de material genético, um dos sujeitos envolvidos no processo de RHA e, por consequência, um dos indivíduos a ter a sua dignidade da pessoa humana considerada.

Discute-se, na doutrina, sobre o anonimato do(a) doador(a) de material genético e sobre a possibilidade de reconhecimento de sua paternidade ou maternidade⁷⁵. Aqui, não se tem por objetivo aduzir uma reflexão muito detalhada sobre esses temas.

Não obstante isso, não se pode deixar de questionar qual é a extensão da proteção à pessoa doadora de material, pois a sua participação, na RHA, não se dá com o objetivo de exercer o papel de parentalidade, mas, sim, com o fito de ceder os elementos biológicos necessários à concepção. Assim, vislumbra-se a possível colisão de direitos fundamentais entre o direito à identidade genética do filho concebido artificialmente e o direito à privacidade e ao anonimato do doador.

Outra possível colisão de direitos fundamentais se dá, nos casos que envolvem a gestação de substituição, popularmente conhecida como "barriga de aluguel". Em Roma, havia a presunção de maternidade, consagrada na máxima "*mater semper certa est, etiam si valgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*"⁷⁶. Presumia-se que a mãe era sempre certa, uma vez que se um indivíduo saísse do ventre de uma mulher aquela era, de fato, a sua mãe.

Hodiernamente, para os concebidos por RHA, mais especificamente, por meio da RHA heteróloga e/ou da gestação de substituição, a maternidade não é presumida. Em face da ausência de lei regulamentando a "barriga de aluguel", torna-se complexo definir o direito de filiação. Sob essa perspectiva, desponta-se a possível colisão entre o direito ao planejamento

⁷³*Ibidem*, p. 711.

⁷⁴*Ibidem*, p. 711.

⁷⁵ARAÚJO, Luciana Alessandra Nunes de; NETO, Henrique Batista de Araújo. Reprodução humana assistida heteróloga: o anonimato do doador de gametas e o direito à identidade genética. **IBDFAM**, 23 de jun. 2016. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1046/Reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+heter%C3%B3loga%3A+o+anonimato+do+doador+de+gametas+e+o+direito+a+identidade+gen%C3%A9tica#_ftn2. Acesso em: 07 out. 2022.

⁷⁶D. 2, 4, 5.

familiar dos ensejadores da RHA e o direito da mãe de substituição ao reconhecimento da filiação do indivíduo gerado.

Dentre as colisões entre direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos na RHA, destaca-se, contudo, como a mais importante para o presente trabalho, especialmente diante da possibilidade de edição genética de embriões, a colisão entre o direito fundamental à saúde do filho havido da RHA e o direito ao planejamento familiar dos pais, que será objeto do tópico final do presente trabalho.

Este trabalho não tem o objetivo de esgotar a análise da matéria das colisões de direitos fundamentais no âmbito da RHA, a qual seria, por sua importância, digna de um estudo específico. Não se pretende, ainda, ser um manual de Direito Constitucional. Visa-se apenas a apresentar alguns dos conflitos entre os direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos na RHA, a fim de se demonstrar que, embora exista um direito fundamental à RHA, esse não é absoluto, e deve haver limitações, a fim de que seja assegurada a dignidade da pessoa humana não só dos ensejadores da RHA, mas também dos doadores, da mãe de substituição e do filho.

Diante da necessária explanação sobre a relação do Biodireito com a RHA e sobre a colisão de direitos fundamentais no processo da RHA, fixa-se como cerne da hipótese do presente estudo a definição do âmbito de proteção do direito fundamental à RHA, o que deve ser enfrentado, por meio das tentativas de enquadramento desse direito nos âmbitos do direito à saúde e do direito ao planejamento familiar.

A análise do âmbito de proteção de um direito fundamental alberga os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos da norma jurídica examinada e, por consequência, a proteção fundamental, perpassando pela identificação dos bens jurídicos protegidos, pela análise da amplitude da proteção e pelo exame das restrições constitucionais e legais⁷⁷.

Sob essa perspectiva, não podem ser preteridos pressupostos fáticos do direito fundamental à reprodução humana assistida tais quais os aspectos econômicos do direito à RHA, especialmente no que se refere à sua relação com o direito à saúde, objeto de judicialização e de discussões.

Outrossim, faz-se necessário o exame de aspectos jurídicos do direito à reprodução humana assistida, ou seja, deve-se analisar as previsões normativas do direito à RHA e as possíveis restrições impostas pela lógica do ordenamento jurídico ao direito epigrafado.

⁷⁷BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2021, p. 196-198.

3 RHA E DIREITO À SAÚDE

A compreensão do âmbito de proteção do direito fundamental à reprodução humana assistida não poderia deixar de englobar a análise da relação entre RHA e direito à saúde especialmente porque a saúde é um direito social cuja extensão protetiva vem sendo amplamente discutida na doutrina.

Outrossim, o direito à saúde tem suscitado reflexões de ordem jurídico-econômica, haja vista o fato de que, diante da escassez de recursos, Estados com escopo social amplo, a exemplo do Brasil, não conseguem prover os direitos sociais da forma ideal.

Além disso, muito embora a RHA não se limite aos casos de esterilidade, não se pode olvidar que, em geral, a busca pelas TRHA se dá, a partir do diagnóstico de doenças ou de condições biológicas que afetam a fertilidade.

Como a RHA abrange, hodiernamente, técnicas de edição genética de embriões com a finalidade de prevenir doenças e de concepção do "bebê-medicamento", as TRHA também se relacionam com o direito à saúde dos indivíduos concebidos artificialmente e com o direito à saúde dos sujeitos que necessitam de transplante de órgãos ou de células-tronco.

O enquadramento do direito à reprodução humana assistida como direito à saúde pode ter repercussões nos âmbitos econômico e jurídico, de modo que se faz necessário analisar os pressupostos fáticos e jurídicos da relação entre RHA e saúde.

Ademais, a reprodução humana assistida é uma técnica médica, sendo, inclusive, regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina⁷⁸, de modo que não se pode preterir a hipótese do enquadramento do direito à RHA no âmbito do direito à saúde.

O exame da relação entre RHA e direito à saúde tangencia algumas questões básicas, ora aduzidas em tópicos. Inicialmente, apresentar-se-á uma breve reflexão sobre o próprio direito à saúde e sobre a sua extensão protetiva. Em seguida, analisar-se-á o enquadramento do direito à RHA no direito à saúde. Por fim, serão feitos alguns apontamentos sobre a RHA, os planos de saúde e o Sistema Único de Saúde (SUS).

⁷⁸BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº. 2.320/2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº. 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 07 out. 2022.

3.1 Do direito à saúde

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS)," a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de uma doença ou de uma enfermidade"⁷⁹.

Ademais, a OMS estabelece que é direito fundamental de todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, de opinião política, de condição econômica ou social, gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir⁸⁰.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aduz, no *caput* de seu art. 6º, o direito à saúde como um dos direitos sociais protegidos pela ordem constitucional⁸¹. Além disso, a Constituição dispõe, no *caput* de seu art. 196, que⁸²:

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

Em relação à figuração dos direitos sociais no título constitucional dos direitos e garantias fundamentais, Sarlet observa que o albergamento dos direitos sociais, em capítulo próprio dos direitos fundamentais, faz ser incontestável a autêntica fundamentalidade desses direitos⁸³. Além disso, o autor aponta que, em textos constitucionais anteriores, a previsão dos direitos sociais, no capítulo destinado ao tratamento da matéria relativa à ordem econômica e social, ensejava a interpretação de que esses direitos tinham caráter meramente programático, com algumas exceções⁸⁴. Nesse sentido, a saúde é não só um direito social, mas também um direito fundamental.

⁷⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 set. 2022.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 66.

⁸⁴ *Ibidem*.

Os direitos sociais têm sido compreendidos como aqueles direitos que exigem uma série de prestações positivas tanto de outrem quanto do Estado. Como o direito à saúde se enquadra na categoria dos direitos sociais, infere-se que tal direito exige ações positivas do Estado⁸⁵. A Constituição fixou quais são as prestações positivas a serem realizadas pelo Brasil, conforme o art. 196 da CRFB/88 (acima transcrito)⁸⁶.

Na contemporaneidade, a definição do âmbito de proteção e a concretização do direito à saúde tem sido um verdadeiro desafio para os juristas. A conjunção da amplitude do dispositivo constitucional com as circunstâncias fáticas, sobretudo de ordem econômica e social, torna dificultoso o delineamento da proteção do direito à saúde. Nesse contexto, a judicialização da saúde não aparenta ser impertinente, pois, de fato, a norma constitucional parece determinar um direito à saúde maior do que se pode oferecer na prática.

Pode-se dizer, inclusive, que o direito ora analisado põe à prova a força normativa da Constituição, pois, se existe, de um lado, a previsão de que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado, há, de outro, fatores reais (sociais, econômicos e políticos) que impedem a concretização da disposição constitucional.

Quanto à tensão entre o dever-ser constitucional e a realidade, na atividade interpretativa, Konrad Hesse propõe que "a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação"⁸⁷.

Aplicando-se o pensamento de Hesse à previsão constitucional do direito à saúde, verifica-se que o melhor delineamento do âmbito protetivo do direito à saúde é aquele que realiza a melhor equalização entre a proposição normativa constitucional e as condições fáticas da questão da saúde.

José Afonso da Silva classifica o direito à saúde como um direito social relativo à seguridade, observando que tal direito é de suma relevância para a vida⁸⁸. Explica, ainda, o autor, em citação a Gomes Canotilho e a Vital Moreira, que o direito à saúde tem "duas

⁸⁵BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho; apresentação: Celso Lafer. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 9ª reimpressão, p. 18-19.

⁸⁶BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

⁸⁷HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (*Die normative Kraft der Verfassung*)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabbris Editor, 1991, p. 20-23.

⁸⁸SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 307-308.

vertentes": uma tem natureza negativa, ou seja, o Estado deve se abster de praticar atos que prejudiquem a saúde; a outra tem natureza positiva, isto é, o Estado deve agir para prevenir e tratar doenças⁸⁹. A classificação aduzida por esse autor é interessante, pois, como se verá, mais à frente, o financiamento do direito à saúde guarda relação com o trabalho.

Em tentativa de identificar o âmbito de proteção do direito à saúde, Mendes e Gonet Branco explanam que o direito à saúde é um direito que se realiza, por meio de políticas sociais e econômicas, tendo uma faceta individual e outra coletiva⁹⁰. Os autores observam, ainda, que não há um direito absoluto a todo e qualquer ato para a proteção, promoção e recuperação da saúde, mas, sim, um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde, e, em contrapartida, o Estado tem o dever de elaborar tais políticas públicas⁹¹.

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein criticam a dicotomia "direitos negativos" (direitos que exigem a mera abstenção do Estado) e "direitos positivos" (direitos que requerem prestações do Estado)⁹². Segundo os autores, todos os direitos são positivos, necessitando de ações do Estado⁹³. O próprio direito à liberdade depende de uma série de ações estatais para que possa ser garantido⁹⁴.

Além disso, Holmes e Sunstein propõem a reflexão sobre a garantia dos direitos em um mundo imperfeito, em que não há recursos ilimitados para custear os direitos. Segundo os autores, "para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez"⁹⁵. Como os recursos financeiros do Estado não são ilimitados e precisam ser distribuídos entre vários direitos protegidos pelo ordenamento jurídico, não há direitos absolutos⁹⁶.

Casalta Nabais propõe reflexão semelhante acerca dos custos dos direitos. De acordo com o jurista português, existe uma face oculta dos direitos fundamentais, uma parte passiva de cada um desses direitos, qual seja: os deveres fundamentais correlatos aos direitos

⁸⁹*Ibidem*, p. 308-309.

⁹⁰BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2021, p. 768.

⁹¹*Ibidem*.

⁹²HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 23-44.

⁹³*Ibidem*.

⁹⁴*Ibidem*.

⁹⁵*Ibidem*, p. 75.

⁹⁶*Ibidem*, p. 69-78.

fundamentais⁹⁷. O autor explica que esses deveres são constitucionalmente previstos nas normas que consagram os direitos⁹⁸.

Leciona Casalta Nabais que o primeiro vinculado aos deveres fundamentais é o Estado, na figura do legislador⁹⁹. Os cidadãos e os operadores do direito têm deveres fundamentais, de forma indireta, nos termos das leis que vêm a dar eficácia às disposições sobre os direitos fundamentais¹⁰⁰. O jurista português apresenta a ideia de cidadania fiscal, segundo a qual, como não há direitos sem custos, e o Estado é financiado pelos impostos dos contribuintes, há um dever fundamental correlato aos direitos fundamentais - o dever de pagar impostos¹⁰¹.

No Brasil, a saúde, mais especificamente, a saúde pública, provida por meio do Sistema Único de Saúde, tem seu custeio pelas contribuições sociais de empregadores, de empresas, de entidades a esta última equiparadas e de trabalhadores, nos termos dos art. 195 da CRFB/88¹⁰².

Sob a perspectiva dos custos dos direitos, o direito à saúde, direito fundamental reconhecido pela ordem constitucional brasileira, exige uma série de prestações do Estado e, por consequência, gera custos. Em um Estado cujo escopo social é extenso, como é o caso do Brasil, faz-se necessário trazer às reflexões sobre o direito à saúde a ideia de custos, de escassez de recursos financeiros, de limitação ao direito à saúde e de delimitação de prioridades para a concretização desse direito.

Embora o direito à saúde seja, nos termos da Constituição, um direito de todos e um dever do Estado, deve-se observar que o âmbito protetivo desse direito, justamente em razão dos pressupostos fáticos dos custos e dos recursos financeiros do Estado, não é absoluto, comportando limitações.

Não há direito à prestação estatal para todos os tipos de procedimento de promoção, proteção e recuperação da saúde, e as ações do próprio Estado estão adstritas aos limites das

⁹⁷NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *In: Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 739-742.

⁹⁸*Ibidem*, p. 739-742.

⁹⁹*Ibidem*, p. 746-748.

¹⁰⁰*Ibidem*, p. 746-748.

¹⁰¹*Ibidem*, p. 761-764.

¹⁰²BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

leis, sobretudo nas esferas executiva e judiciária, em que se concretizam os programas constitucionais. Além disso, no que se refere ao direito à saúde, o Estado deve identificar quais são as prestações necessárias, estabelecendo critérios de prioridade para a instituição de políticas públicas distributivas que garantam o maior grau de efetivação do direito fundamental à saúde.

Realizadas as considerações sobre o âmbito protetivo genérico do direito à saúde, deve-se enfrentar a primeira premissa de enquadramento do direito fundamental à reprodução humana assistida: o direito à RHA como um direito à saúde.

3.2 Do enquadramento do direito à reprodução humana assistida no direito à saúde

Na contemporaneidade, as técnicas de reprodução humana assistida, além de possibilitarem a fecundação artificial e a formação de uma nova vida, podem ser aplicadas em processos viabilizadores da cura de doenças, a exemplo da edição genética de embriões e do bebê-medicamento. A medicina reprodutiva tem se mostrado muito promissora, e, a cada dia, surgem técnicas que ampliam as possibilidades de aplicação das TRHA.

Não obstante o sucesso da utilização das TRHA, em processos terapêuticos, a sua aplicação original é o tratamento da infertilidade. De acordo com a OMS, a infertilidade é uma doença que afeta o sistema reprodutivo masculino ou feminino, sendo definida pelo fracasso em se atingir a gravidez, após doze meses ou mais de relações sexuais regulares desprotegidas¹⁰³.

Há várias causas de infertilidade feminina: endometriose, anovulação crônica hiperandrogênica (síndrome dos ovários micropolicísticos), obstrução tubária, desequilíbrios hormonais, entre outras¹⁰⁴. Já, entre os homens, as causas mais comuns de infertilidade são a obstrução do trato reprodutivo, desordens hormonais, falha na produção de sêmen e azoospermia¹⁰⁵.

¹⁰³ WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Infertility**. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>. Acesso em: 30 set. 2022.

¹⁰⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Biblioteca Virtual em Saúde**. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/infertilidade-feminina/>. Acesso em: 30 set. 2022.

¹⁰⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Infertility**. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>. Acesso em: 30 set. 2022.

A OMS reconhece que a saúde abrange o bem-estar social, mental e físico e a ausência de doenças ou enfermidades¹⁰⁶. A infertilidade é uma doença que afeta aspectos físicos, psicológicos e sociais, ferindo, muitas vezes, a dignidade da pessoa humana em seu âmago. Por seu turno, as doenças genéticas interferem no bem-estar físico, mental e social dos indivíduos.

Diante da possibilidade científica de as TRHA promoverem a reversão de problemas de saúde dos indivíduos, verifica-se que a RHA pode ser enquadrada como um direito social à saúde. Inclusive, no início da presente discussão, quando se tratou da abertura material da CRFB/88, verificou-se que o direito à saúde fazia parte do arcabouço jurídico do direito fundamental à RHA.

Gilmar Mendes e Gonet Branco apontam que a evolução a ciência médica impõe ao direito à saúde um caráter programático, na medida em que sempre há novas descobertas científicas, novos tratamentos, novos procedimentos e novas doenças¹⁰⁷. Se considerada a inovação da ciência médica do último século, a RHA se enquadra, em razão do mencionado viés programático, no direito à saúde.

Giana Lisa Zanardo Sartori defende que o direito à reprodução humana assistida é um direito de saúde coletiva. A autora explica que a RHA se relaciona não só ao "desejo de ter filhos" e ao acesso à saúde reprodutiva, mas também à vida e à saúde dos indivíduos artificialmente concebidos¹⁰⁸. Ademais, a jurista aponta que, como o direito à RHA é um direito de saúde coletiva, inerente a todos os seres humanos, exige-se a prestação estatal¹⁰⁹.

Na França, a reprodução humana assistida, antes limitada aos casos de infertilidade, foi estendida às mulheres solteiras e aos casais de mulheres homossexuais, ou seja, houve a ampliação do conceito de saúde reprodutiva, naquele país. Ademais, na França, o sistema de seguridade social (*L'Assurance Maladie*), cobre os custos de até seis inseminações artificiais e

¹⁰⁶ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 set. 2022.

¹⁰⁷BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2021, p. 768.

¹⁰⁸SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução humana assistida: um direito fundamental?** 2ª. ed. Curitiba: Appris, 2021, p. 182-183.

¹⁰⁹*Ibidem*, p. 205.

quatro fertilizações *in vitro*, depois de prévia aprovação do fundo, com a limitação de idade da mãe ectogenética até os 43 anos¹¹⁰.

Na Espanha, a RHA é reconhecida como um método para a cura de doenças genéticas, sendo regulamentada pela Lei nº. 14/2006, exigindo que, para fins de tratamento de enfermidades de origem genética, haja garantias diagnósticas e terapêuticas¹¹¹.

Em Portugal, a Lei de Procriação Medicamente Assistida (Lei nº. 32/2006) prevê que "as técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação"¹¹². A lei portuguesa compreende a reprodução humana assistida muito mais como um direito à saúde do que como um direito ao planejamento familiar, dispondo que a aplicação das técnicas de RHA só pode ocorrer nos casos de diagnóstico de infertilidade, de tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras¹¹³.

No Brasil, país em que o direito à saúde é um direito constitucionalmente atribuído a todos os indivíduos, sem distinções, o direito à RHA pode ser enquadrado no direito à saúde, porquanto o *caput* do art. 196 da CRFB/88 prevê que incumbe ao Estado garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde¹¹⁴.

A abrangência do direito à RHA como direito à saúde não se encontra, contudo, delimitada, no Brasil, haja vista a ausência de lei que venha a conferir eficácia específica ao direito à RHA. Sob essa perspectiva, não é possível dizer quais seriam as TRHA admitidas pelo legislador brasileiro nem se a RHA estaria limitada aos casos de infertilidade.

Nesse sentido, considerando que os direitos exigem do Estado algum tipo de prestação, verifica-se que a primeira prestação requerida pelo direito à RHA é a sua regulamentação, pela via legislativa, o que viabilizaria não só a formulação de políticas públicas de acesso à RHA, mas também as devidas limitações bioéticas ao direito à RHA, em respeito à dignidade da pessoa humana.

¹¹⁰RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Procréation médicalement assistée (PMA)**. Disponível em: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F31462>. Acesso em: 30 set. 2022.

¹¹¹GOBIERNO DE ESPAÑA. **Agência Estatal Boletín Oficial del Estado**. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>. Acesso em: 05 out. 2022.

¹¹²PORTUGAL. **Diário da República Eletrônico**. Lei nº. 32/2006, de 26 de julho. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/32-2006-539239>. Acesso em: 05 out. 2022.

¹¹³*Ibidem*.

¹¹⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

A redação do Projeto de Lei nº. 1.184/2003, em trâmite na Câmara dos Deputados, restringe a aplicação das técnicas de reprodução humana assistida aos casos de diagnóstico de infertilidade e à prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo¹¹⁵.

O conceito de saúde da OMS, já aduzido no presente tópico, prevê que a saúde vai muito além da ausência de doenças e do bem-estar físico. Sob essa visão e à luz do conceito de direito à saúde esposado pela CRFB/88, entende-se que a permissão restritiva da RHA aos casos de infertilidade não é oportuna à esfera e ao custeio privados.

Em contrapartida, o acesso à RHA, por intermédio do Sistema Único de Saúde, comporta algumas restrições, sobretudo, em razão das questões orçamentárias e da consequente necessidade de estabelecimento de prioridades no âmbito da saúde pública.

Feita a análise do enquadramento do direito à RHA como um direito à saúde, faz-se necessário examinar, de forma crítica, como as TRHA são atualmente aplicadas, no âmbito dos planos de saúde e do SUS.

3.3 Da cobertura da reprodução humana assistida pelos planos de saúde

No Brasil, a saúde não só é prestada pelo Estado, como também é livre à iniciativa privada. As empresas privadas podem participar, de forma complementar, do Sistema Único de Saúde, segundo as diretrizes deste, mediante contrato público ou convênio, conforme o art. 199, §1º, da CRFB/88¹¹⁶.

Ainda, no contexto da prestação de assistência à saúde pela iniciativa privada, há a saúde suplementar, representada pelos planos de saúde, os quais, sob o ponto de vista do direito privado, consistem em uma relação contratual, que obedece, contudo, à regulamentação do poder público. A Lei nº. 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde) define o plano privado de assistência à saúde da seguinte maneira¹¹⁷:

[...] Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo

¹¹⁵BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 1.184/2003**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003. Acesso em: 21 set. 2022.

¹¹⁶BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

¹¹⁷BRASIL. **Lei nº. 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

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 [...]

Com a alta demanda e a precarização do Sistema Único de Saúde, os brasileiros têm recorrido aos planos de saúde para acessar a assistência à saúde, obtendo coberturas parciais ou integrais de seus tratamentos, mediante contraprestação do contratante, conforme a regulamentação jurídico-normativa da prestação privada da saúde.

Além da Lei nº. 9.656/1998, regulamentam os planos de saúde as resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), as quais definem os tratamentos e os procedimentos a serem oferecidos pelos planos de saúde, conforme o tipo de plano de saúde contratado.

Em junho de 2022, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, estabelecido pela ANS, é, em regra, taxativo, sob a justificativa de que a taxatividade do rol protege os beneficiários dos planos contra aumentos sucessivos¹¹⁸.

A decisão foi acertada, pois, apesar da aparente pujança financeira das operadoras dos planos de saúde, essas são empresas, tendo por fim maior a lucratividade de seus serviços, de modo que os contratantes são aqueles que suportam o incremento dos custos da atividade de prestação de assistência suplementar à saúde.

De fato, quando o Poder Judiciário ignora a natureza das operadoras de saúde e concede, a partir de fundamentos meramente principiológicos, procedimentos não previstos no rol da ANS, além de contribuir para a insegurança jurídica, o Estado-juiz colabora para a elevação dos custos dos planos de saúde e para o aumento dos preços. Isso tem por consequência a evasão dos consumidores dos planos de saúde e, possivelmente, uma sobrecarga do já abarrotado Sistema Único de Saúde.

Em recurso repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que os planos de saúde não são obrigados a custear fertilização *in vitro*. Segundo o Ministro Relator Marcos Buzzi, a

¹¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Rol da ANS é taxativo, com possibilidades de cobertura de procedimentos não previstos na lista. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08062022-Rol-da-ANS-e-taxativo--com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx>. Acesso em: 21 set. 2022.

Lei nº. 9.656/1998 e as resoluções da ANS não conferem cobertura obrigatória ao procedimento¹¹⁹.

Ademais, o Ministro Relator apontou que a Lei dos Planos de Saúde estabelece como obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar, e que incumbe à ANS a regulamentação do que seria "planejamento familiar", no âmbito da saúde suplementar¹²⁰.

Embora a decisão supramencionada se refira, especificamente, à cobertura da técnica da fertilização *in vitro* pelos planos de saúde, o decisório se aplicava, por extensão, a todas as técnicas de reprodução humana assistida.

Ambas as decisões citadas, no presente tópico, estão em consonância com este entendimento que vem se solidificando na jurisprudência do STJ: em se tratando de saúde suplementar, faz-se necessário pensar nos custos dos planos de saúde e nos preços que serão suportados pelos consumidores.

Posteriormente, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº. 14.454, de 21 de setembro de 2022, a qual derrubou o entendimento do rol taxativo do STJ, estabelecendo que a Lei dos Planos de Saúde e as resoluções da ANS consistem em referência básica para a cobertura de procedimentos¹²¹.

Ademais, a Lei nº. 14.454/2022 estabeleceu critérios para a cobertura de procedimentos não previstos no rol da ANS, incluindo o §13 ao art. 10 da Lei nº. 9.656/1998¹²²:

[...] § 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

¹¹⁹BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**. Em repetitivo, STJ decide que planos de saúde não são obrigados a custear fertilização *in vitro*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15102021-Em-repetitivo--STJ-decide-que-planos-de-saude-nao-sao-obrigados-a-custear-fertilizacao-in-vitro.aspx>. Acesso em: 20 set. 2022.

¹²⁰*Ibidem*.

¹²¹BRASIL. **Lei nº. 14.454, de 21 de setembro de 2022**. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.454-de-21-de-setembro-de-2022-431275000>. Acesso em: 30 set. 2022.

¹²²*Ibidem*.

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.

Sopesando as disposições da nova lei, não havendo previsão contratual nem normativa da cobertura dos procedimentos de RHA, não pode o Poder Judiciário impor o custeio aos planos de saúde, sob justificativas meramente principiológicas. Nesse caso, faz-se necessário demonstrar o preenchimento dos requisitos do dispositivo do art. 10, §13, da Lei nº. 9.656/1998, para que haja o deferimento de cobertura das TRHA.

A nova disposição legal sobre a concessão de procedimentos alheios ao rol da ANS pode provocar o incremento das prestações dos planos de saúde, gerando o aumento dos preços para os contratantes e prejudicando o acesso à saúde.

Como os planos de saúde se inserem no contexto da saúde suplementar, tendo caráter contratual, não há, até o presente momento, obrigatoriedade legal expressa de cobertura pelas operadoras. Apesar disso, a nova lei abre o leque de possibilidades para que o Poder Judiciário possa deferir a cobertura de TRHA, desde que demonstrados, caso a caso, os requisitos do supracitado dispositivo legal.

Nada impede, ainda, que a ANS venha a regulamentar o "planejamento familiar", insculpido no art. 35-C, III, da Lei dos Planos de Saúde¹²³, passando a incluir as TRHA como procedimentos de cobertura obrigatória pelas operadoras. Sob o ponto de vista econômico, considera-se que essa medida gerará, contudo, prejuízos ao acesso à saúde, haja vista os custos elevados da reprodução humana assistida.

Outrossim, como o setor privado, mais especificamente, a saúde suplementar goza de uma liberdade maior de escolha de prestações positivas, não se considera adequado realizar imposições excessivas aos planos de saúde. Não convém forçar as operadoras a custearem todo e qualquer procedimento de saúde.

Nada obsta, entretanto, que o contratante negocie com a sua operadora condições para o custeio de sua reprodução medicamente assistida, realizando, se for o caso, o pagamento equivalente de uma cobertura mais abrangente. O que não se pode pretender é que a coletividade arque com o elevado custo do tratamento alheio.

Ademais, caso sobrevenha dispositivo regulamentador da ANS que inclua a RHA como método de planejamento familiar, nas situações em que as TRHA sejam aplicadas como

¹²³BRASIL. Lei nº. 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

meios de garantia do direito à saúde do embrião ou de filho compatível com bebê-medicamento, diante da ausência de inclusão das TRHA, no rol da ANS, deve-se aplicar o art. 10, §13, da Lei nº. 9.656/1998¹²⁴.

Realizadas as devidas considerações sobre o acesso às técnicas de RHA, mediante a cobertura da procriação medicamente assistida pelos planos de saúde, faz-se oportuna a análise da RHA, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

3.4 Da relação entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e o direito à RHA

O Sistema Único de Saúde (SUS) tem previsão no art. 198 da CRFB/88, o qual dispõe que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, que tem por diretrizes: a descentralização; o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; a participação da comunidade¹²⁵.

Dentre as atribuições do SUS, destacam-se o controle e a fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde; a participação da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico e da inovação¹²⁶.

Em termos gerais, o Sistema Único de Saúde consiste no meio pelo qual o Estado desempenha atribuições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, o que abrange desde a pesquisa e o incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico da saúde até a colaboração para a proteção do meio ambiente.

O SUS é regulamentado pela Lei nº. 8.080/1990, que dispõe sobre as condições sobre a promoção, a proteção e a recuperação da saúde e sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes¹²⁷, e pela Lei nº. 8.142/1990, que versa sobre a participação da

¹²⁴*Ibidem.*

¹²⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

¹²⁶*Ibidem.*

¹²⁷BRASIL. **Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

comunidade na gestão do (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde¹²⁸.

Como o Sistema Único de Saúde consiste no conjunto de ações do poder público em prol da promoção, da proteção e da recuperação da saúde, com o enquadramento do direito à RHA no âmbito protetivo do direito à saúde, tem-se por consequência a necessidade de o Estado desempenhar alguma ação positiva de viabilização do acesso às técnicas de RHA, pela via da saúde pública.

Hodiernamente, existe uma tímida política pública de acesso à reprodução humana assistida, a qual se fundamenta no direito ao planejamento familiar, insculpido no art. 226, §7º, da CRFB/88¹²⁹ e na Lei nº. 9.263/1996 (Lei do Planejamento Familiar)¹³⁰; na Portaria nº. 426/GM/MS/2005, que instituiu a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida¹³¹; na Portaria nº. 3.149/2012 do Ministério da Saúde, na qual foram destinados recursos a estabelecimentos que realizavam procedimentos de atenção à RHA, no âmbito do SUS¹³².

Em seu art. 5º, a Lei do Planejamento Familiar atribui ao SUS, em associação às instâncias do sistema educacional, a promoção de condições e recursos informativos,

¹²⁸BRASIL. **Lei nº. 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

¹²⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

¹³⁰BRASIL. **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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

¹³¹BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº. 426, de 22 de março de 2005**. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizasConsolidacao/comum/13620.html>. Acesso em: 05 out. 2022.

¹³²BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº. 3.149, de 28 de dezembro de 2012**. Ficam destinados recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html. Acesso em: 05 out. 2022.

educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar¹³³.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13.146/2015) dispõe, no *caput* de seu art. 18, que é assegurada a atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário¹³⁴. Por sua vez, o inciso VII do §4º do referido dispositivo legal estabelece que as ações e os serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência devem assegurar atenção sexual e reprodutiva, incluindo o direito à fertilização assistida¹³⁵. Apesar de se prever, talvez, com certa impropriedade terminológica, a garantia da assistência reprodutiva por meio da técnica da fertilização assistida, o diploma legal epigrafado reconhece o direito da pessoa com deficiência ao acesso às técnicas de RHA.

Em que pese a instituição de uma Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, o acesso da população às técnicas de RHA, pela via da saúde pública, é dificultoso. Poucos são os estabelecimentos integrantes do SUS que oferecem, de forma totalmente gratuita, os serviços de RHA¹³⁶.

Em Pernambuco, apenas o Instituto de Medicina Integral Professor Fernando Figueira (IMIP), entidade de caráter filantrópico, oferecia as técnicas de reprodução humana assistida gratuitamente¹³⁷. Apesar da gratuidade da RHA no IMIP, de acordo com Silva *et al*, a maioria das mulheres que procuraram a assistência reprodutiva de alta complexidade eram de classes sociais mais favorecidas¹³⁸. Em pesquisa, na rede mundial de computadores, não

¹³³BRASIL. **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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

¹³⁴BRASIL. **Lei nº. 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

¹³⁵*Ibidem*.

¹³⁶BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº. 3.149, de 28 de dezembro de 2012**. Ficam destinados recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html. Acesso em: 05 out. 2022.

¹³⁷*Ibidem*.

¹³⁸SILVA, Iamile Queiroz de Farias *et al*. **Perfil clínico e epidemiológico das mulheres atendidas no setor de reprodução humana do IMIP: estudo de corte transversal**, 2018, p. 09-11. Disponível em: <https://tcc.fps.edu.br/jspui/bitstream/fpsrepo/1076/1/Perfil%20cl%C3%ADnico%20e%20epidemiol%C3%B3gic>

foram encontrados dados recentes de que a referida instituição continua a ofertar a RHA, após a pandemia do coronavírus.

As técnicas de reprodução humana assistida são conhecidas por seu elevado custo. No âmbito do SUS, a saúde reprodutiva se relaciona diretamente ao planejamento familiar. O art. 9º da Lei nº. 9.263/1996 aduz norma de caráter programático, assim dispondo¹³⁹:

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.

Com o imbricamento entre direito à saúde reprodutiva e direito ao planejamento familiar, no âmbito do Sistema Único de Saúde, e da disposição programática supramencionada, o SUS deve passar a investir, de forma efetiva, na reprodução humana assistida, o que depende, também, da regulamentação de aspectos correlatos às TRHA, a exemplo do direito de filiação e da proibição de edição genética de embriões para fins eugenistas negativos.

Diante dos elevados custos das técnicas de RHA, nada obsta, contudo, que, em um momento incipiente da política pública de oferta da RHA como método contraceptivo pelo SUS, haja a priorização da utilização das TRHA para a prevenção de doenças, mediante a aplicação da terapia gênica de embriões e de diagnósticos pré-implantacionais, por exemplo. A imposição de prioridades para a oferta de RHA, nos casos de medicina reprodutiva de caráter preventivo, encontra amparo no art. 198, II, da CRFB/88¹⁴⁰.

Outrossim, não há impedimentos para que se estabeleçam requisitos objetivos tais como idade, probabilidade de eficácia do procedimento, ausência de prévia realização de cirurgia esterilizadora e transcurso do lapso temporal de, no mínimo, dois anos de relações sexuais desprotegidas sem gravidez, para que haja a submissão dos pacientes às técnicas de reprodução humana assistida.

Da análise dos termos da Constituição, da sistemática do SUS e da Lei do Planejamento Familiar, verifica-se que a oferta gratuita das técnicas de RHA pela saúde

o%20das%20mulheres%20atendidas%20no%20setor%20de%20reprodu%C3%A7%C3%A3o%20humana%20d o%20IMIP%20estudo%20de%20corte%20transversal.pdf. Acesso em: 05 out. 2022.

¹³⁹BRASIL. **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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

¹⁴⁰BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

pública não comporta restrições de caráter subjetivo tais como concessão apenas a mulheres casadas de baixa renda. Nesse sentido, a universalidade e a igualdade do SUS e o próprio direito ao planejamento familiar expandem os sujeitos que podem se submeter à RHA. Casais homossexuais, mulheres solteiras e pessoas com deficiência gozam igualmente do direito à RHA, na esfera da saúde pública.

Ademais, considerado o conceito amplo de direito à saúde, o qual comporta o bem-estar social, o acesso à RHA, no âmbito do SUS, não se restringe aos casos de infertilidade e de prevenção de doenças, porquanto o direito à assistência reprodutiva também tem por titulares as pessoas que tenham uma incompatibilidade biológico-reprodutiva com os seus parceiros, ou seja, os casais homossexuais.

Diante do exposto, observa-se a impossibilidade de dissociar o direito à saúde reprodutiva do direito ao planejamento familiar, razão pela qual se faz necessário o exame deste e de sua relação com a RHA.

4 RHA E DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Como a reprodução humana assistida é uma forma de concretização do desejo de ter filhos, do projeto parental e da família, a técnica médica se relaciona com o direito ao planejamento familiar, reconhecido pela Constituição da República como um direito fundamental.

Não obstante o direito ao planejamento familiar, não se pode olvidar que o ser humano a ser concebido artificialmente também necessita ter o seu direito à saúde e a sua dignidade como integrante da espécie humana respeitados.

No presente trabalho, faz-se necessário aprofundar a análise do direito ao planejamento familiar, a fim de se verificar o enquadramento do direito à reprodução humana assistida no âmbito protetivo desse direito.

Ademais, fazem-se oportunas, nesse diapasão, algumas reflexões acerca da responsabilidade parental, do desejo de ter filhos, das doenças genéticas e do princípio do melhor interesse da criança.

4.1 Do direito ao planejamento familiar

Com o advento da CRFB/88 e a constitucionalização do direito civil, a família foi alçada à ordem constitucional, angariando a proteção do Estado em seu nível mais elevado. A constitucionalização da família teve repercussões lógico-jurídicas, a exemplo da incidência de princípios constitucionais, a qual é bem-vinda para a lida com a sociedade hipercomplexa da contemporaneidade e com as questões jurídicas decorrentes das demandas sociais.

Leciona Fabiola Albuquerque Lobo acerca da constitucionalização do direito civil¹⁴¹:

Esta transição impôs um completo redirecionamento no conteúdo e na hermenêutica diferenciada das relações jurídicas privadas. Os três institutos fundamentais e clássicos do direito civil, o contrato, a família e a propriedade passaram a ter regulação constitucional. Esta migração à órbita constitucional impulsionou um modelo jurídico exigente de um constante diálogo entre o conjunto normativo do direito civil e a Constituição. Tal apreensão dos institutos fundamentais pela Constituição não desconsidera a função da legislação civil, porém é exigente de sua interpretação em conformidade com a Constituição, cujas normas, inclusive dos princípios, têm plena e superior força normativa.

¹⁴¹LOBO, Fabiola Albuquerque. **Multiparentalidade: efeitos no direito de família**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 16.

A despeito da principiologia de que está repleto o direito das famílias, faz-se necessário convir, em utilização da metáfora de Marcelo Neves¹⁴², que as cabeças da hidra precisam ser, muitas vezes, cauterizadas, pois há intérpretes que formulam argumentos jurídicos incompatíveis com a sistemática das regras e dos princípios constitucionais e infraconstitucionais da família.

O direito ao planejamento familiar se insere na sistemática da proteção constitucional da família e da hermenêutica constitucional do direito civil, estando insculpido no título referente à ordem econômica e social, no art. 226, §7º, da CRFB/88¹⁴³:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O texto constitucional confere ao direito fundamental ao planejamento familiar duas faces: uma, positiva, que atribui ao Estado o dever de disponibilizar recursos educacionais e científicos para o exercício do direito; outra, negativa, a qual limita o arbítrio do Estado e de terceiros quanto ao exercício do planejamento familiar.

A interpretação *ipsis litteris* do dispositivo constitucional supramencionado parece limitar o planejamento familiar "ao casal", isto é, à união fática ou matrimonial de duas pessoas.

Sob a sistemática da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF¹⁴⁴, a qual reconheceu a união estável homoafetiva como instituto jurídico e modelo familiar constitucionalmente protegido, o planejamento familiar se estende aos casais de pessoas do mesmo sexo.

¹⁴²NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. XVI-XXII.

¹⁴³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

¹⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 Rio de Janeiro e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 Distrito Federal**. Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-

POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO

Quanto às mulheres e aos homens solteiros que visem a ter filhos, em interpretação do art. 226, §4º, da CRFB/88, que confere às famílias monoparentais (famílias constituídas por qualquer dos pais e seus descendentes) reconhecimento e proteção constitucionais¹⁴⁵, constata-se que o planejamento familiar é direito extensível às pessoas solteiras que tenham o objetivo de constituir família monoparental.

A maternidade e a infância são direitos sociais fundamentais, conforme o art. 6º, da CRFB/88, de modo que, em uma interpretação sistemática da Constituição, verifica-se que o planejamento familiar perpassa por esses dois importantes direitos¹⁴⁶.

Além da previsão constitucional, o direito ao planejamento familiar é regulamentado pela Lei nº. 9.263/1996 (Lei do Planejamento Familiar), a qual aduz, em seu bojo, as ações que devem ser promovidas pelo Estado, a fim de se garantir o livre exercício do planejamento familiar¹⁴⁷. Nesse sentido, são elementos importantíssimos do planejamento familiar a educação, a informação e os meios técnicos e científicos para a concretização do projeto parental, de forma responsável e consciente.

Em que pese o fato de os direitos reprodutivos terem faces de liberdade, de respeito ao livre desenvolvimento da personalidade e da realização do desejo de ter filhos, o direito ao planejamento familiar não é absoluto, sendo limitado e restringido tanto por princípios quanto por regras constitucionais.

Por força do art. 227, §7º, da CRFB/88, figuram, no topo da sistemática do direito ao planejamento familiar, os princípios da dignidade da pessoa humana e a parentalidade responsável¹⁴⁸. Ademais, quando se interpreta a Constituição, sob a perspectiva da unidade

FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001) Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 05 out. 2022.

¹⁴⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

¹⁴⁶*Ibidem*.

¹⁴⁷BRASIL. **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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

¹⁴⁸BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

normativa, verifica-se que o princípio do melhor interesse da criança também integra a regulamentação das restrições ao planejamento familiar.

Leciona Maria Helena Diniz sobre o planejamento familiar¹⁴⁹:

Como todo direito impõe obrigações, que constituem seus limites, no exercício dos direitos reprodutivos, os casais e os indivíduos devem considerar as necessidades de seus filhos nascidos e por nascer, bem como seus deveres para com a comunidade. Logo, os direitos reprodutivos não são absolutos, pois os direitos da prole e o bem comum impõem seus limites. Por isso não se pode falar de uma liberdade procriadora exercida de qualquer maneira, mas de uma liberdade responsável.

Aduzidas algumas lições gerais sobre o direito ao planejamento familiar, faz-se necessário verificar o enquadramento do direito à reprodução humana assistida no direito ao planejamento familiar e quais são os efeitos fáticos e jurídicos da inclusão da RHA no âmbito protetivo desse direito.

4.2 Do enquadramento da RHA como direito ao planejamento familiar

Dentre os diversos fins da reprodução humana assistida, destaca-se a realização do projeto familiar. As técnicas da RHA possibilitam a preservação de espermatozóides e oócitos, favorecendo a procriação daquelas pessoas que adiam o projeto parental em prol de maiores recursos financeiros e de melhor estabilidade emocional. Além disso, a RHA viabiliza a reprodução de pessoas inférteis e de homossexuais.

Ao longo de décadas, as TRHA não só têm evoluído, como também têm se mostrado métodos eficazes de planejamento e concretização de uma família. Nos princípios gerais da Resolução CFM nº. 2.320/2022, verifica-se que o Conselho Federal de Medicina reconhece o importante papel da RHA no auxílio ao processo de procriação¹⁵⁰.

¹⁴⁹DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 183.

¹⁵⁰BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº. 2.320/2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº. 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 07 out. 2022.

A evolução da medicina reprodutiva se encontra, de certo modo, contemplada pelas normas de caráter programático, insculpidas no art. 227, §7º, da CRFB/88¹⁵¹ e nos arts. 5º e 9º da Lei nº. 9.263/1996¹⁵², as quais, ao preverem a disponibilização de recursos técnicos e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar, sem especificar quais serão os métodos reprodutivos a serem ofertados, possibilitam que os dispositivos normativos acompanhem a evolução da ciência médica.

Embora não previstas expressamente pela Constituição e pela Lei do Planejamento Familiar como meios técnicos e científicos viabilizadores da reprodução humana, as TRHA se enquadram como métodos para o exercício do planejamento familiar, na medida em que tornam possível a procriação humana, inclusive tardia.

O direito ao planejamento familiar, por estar intimamente ligado ao desejo de ter filhos e ao direito da personalidade de concretização de um projeto parental, pode ser compreendido como uma espécie de liberdade, oponível contra terceiros e contra o Estado, nos termos da Constituição.

Quanto à eficácia das liberdades, José Afonso da Silva explica que, em regra, as liberdades gozam de "eficácia plena e de aplicabilidade direta e imediata"¹⁵³. O autor admite, contudo, a possibilidade de que algumas normas constitucionais relativas às liberdades tenham eficácia contida, ou seja, o legislador as restringiria e regulamentaria os direitos subjetivos delas decorrentes, mas as normas teriam a sua aplicabilidade direta e imediata preservada¹⁵⁴.

Como o direito ao planejamento familiar é, em certa medida, uma liberdade, a sua aplicabilidade é direta e imediata, porém a sua eficácia não é plena. A Lei nº. 9.263/1996 tratou de regulamentar o exercício do poder familiar, restringindo os métodos técnicos e científicos de exercício do direito ao planejamento familiar àqueles que não coloquem em

¹⁵¹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

¹⁵²BRASIL. **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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

¹⁵³SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 268.

¹⁵⁴*Ibidem*.

risco a vida e a saúde das pessoas¹⁵⁵. De igual maneira, a Resolução CFM nº. 2.320/2022 condiciona a aplicação das técnicas de RHA à possibilidade de sucesso e à baixa probabilidade de risco grave à saúde do paciente ou do possível descendente¹⁵⁶.

Uma primeira consequência prática do enquadramento do direito à RHA no âmbito protetivo do direito ao planejamento familiar é justamente a restrição à liberdade dos futuros pais, os quais não podem, por força de disposição legal e pela incidência do princípio da parentalidade responsável, causar prejuízos à vida e à saúde do possível descendente.

Outra decorrência lógica do enquadramento da reprodução humana assistida no direito ao planejamento familiar é a identificação dos sujeitos titulares do direito à RHA. De forma *ipsis litteris*, a Constituição parece restringir o direito ao planejamento familiar a casal¹⁵⁷. Não obstante isso, o planejamento familiar é direito aplicável a todos - casais heterossexuais, homossexuais, homens e mulheres solteiros, pessoas com deficiência.

A Constituição protege, sem distinções, os diversos tipos de família, inclusive a família monoparental, de modo que não pode haver restrições subjetivas, isto é, relacionadas aos sujeitos titulares do direito ao planejamento familiar.

Não se pode olvidar da indissociabilidade entre direito à saúde, direito ao planejamento familiar e direito à reprodução humana assistida. A saúde reprodutiva está intimamente associada à liberdade de planejamento familiar, permitindo que cada casal e cada indivíduo possa concretizar, à sua maneira, os seus objetivos no que se refere à construção de uma família com ou sem filhos. Por sua vez, o acesso à RHA é, muitas vezes, o meio pelo qual se realizam os planos familiares e a promoção do próprio bem-estar psicológico e social dos casais e dos indivíduos.

Considerando que o direito ao planejamento familiar, no qual se enquadra o direito à reprodução humana assistida, é exercido não somente em clínicas e hospitais privados, mas

¹⁵⁵BRASIL. **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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

¹⁵⁶BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº. 2.320/2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº. 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 07 out. 2022.

¹⁵⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

também no Sistema Único de Saúde, faz-se necessário pensar nos custos que a oferta das TRHA gera.

Nesse caso, pode haver o estabelecimento de alguns requisitos para que se assegure o direito ao planejamento familiar, sem que haja, contudo, a exigência direta de disponibilização da RHA pelo Estado. Destarte, em razão dos elevados custos, o planejamento familiar não seria a primeira técnica a ser oferecida a todos.

Estes são alguns exemplos de exigências objetivas para se ofertar a um casal ou a um indivíduo o acesso às técnicas de RHA, com base no direito ao planejamento familiar: o diagnóstico da causa da infertilidade; a total impossibilidade de gerar um filho, a partir do emprego de outras técnicas reprodutivas; a ausência de prévia esterilização voluntária; a ocorrência de tentativas fracassadas de gravidez por outros meios; a comprovação da necessidade de realização de tratamento ou de procedimento médico que interfere na fertilidade.

Ademais, não se pode prescindir da análise da relação entre direito ao planejamento familiar e direito à saúde no âmbito do SUS. A saúde pública engloba a promoção, a proteção e a recuperação da saúde reprodutiva e do bem-estar social e mental, de modo que, no SUS, a RHA se relaciona à saúde e ao planejamento familiar.

O emprego das TRHA para fins de prevenção de doenças é, todavia, prioritário. No atual estágio da medicina, com a possibilidade de cura de doenças, por meio do emprego de TRHA, a reprodução assistida não se restringe ao planejamento familiar, ganhando contornos de direito à saúde e impondo-se ao Estado como via efetiva para a prevenção de doenças e a promoção da saúde.

Destarte, ainda que haja o dever de o Estado ofertar a RHA no SUS, além de ser necessário o estabelecimento de exigências objetivas para o acesso à RHA, deve-se dar preferência ao custeio e à aplicação da RHA para a prevenção de doenças genéticas, com o respeito, obviamente, à saúde e à vida dos possíveis filhos artificialmente concebidos.

Feitas as devidas considerações sobre o enquadramento do direito à reprodução humana assistida no âmbito protetivo do direito ao planejamento familiar e sobre as suas respectivas repercussões práticas e jurídicas à luz da CRFB/88, faz-se necessário aprofundar o exame da relação entre a RHA e o planejamento familiar, mediante a realização de algumas breves reflexões acerca da relação entre a RHA e os limites estabelecidos pelos princípios do planejamento familiar, mais especificamente pela responsabilidade parental e pelo melhor interesse da criança.

4.3 Da relação entre RHA e planejamento familiar: responsabilidade parental, manipulação do embrião, desejo de ter filhos e melhor interesse da criança

Hodiernamente, as técnicas de reprodução assistida não só viabilizam a união artificial dos gametas e a formação de uma nova vida, como também possibilitam uma série de interferências no embrião, a exemplo da edição genética. Além das intervenções no embrião, há riscos de dano ao embrião inerentes aos próprios métodos de reprodução humana assistida como, por exemplo, a inviabilidade do embrião por má conservação.

Ao se enquadrar como um direito ao planejamento familiar, o direito ao acesso às técnicas de reprodução humana assistida se submete aos princípios que regem o planejamento familiar, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a parentalidade responsável e, em interpretação sistemática da Constituição, o melhor interesse da criança.

Quanto ao *status* jurídico do embrião, há divergências.

No âmbito internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece que o embrião integra a espécie humana, tendo as potencialidades de se desenvolver, de se tornar um ser humano completo e de nascer, adquirindo, assim, o *status* de sujeito de direitos, detentor de uma personalidade jurídica internacional e nacional¹⁵⁸.

Em contrapartida, alguns autores, a exemplo de Gilmar Mendes e Gonet Branco, entendem que o direito à vida nasce junto com a concepção seja natural, seja *in vitro*¹⁵⁹. Os referidos juristas resumem o seu entendimento com a seguinte frase: "o direito à vida tem na fecundação o seu termo inicial e na morte o seu termo final"¹⁶⁰.

Maria Helena Diniz aduz uma sofisticada teoria sobre os direitos do embrião e do nascituro, dividindo a personalidade jurídica desses entes humanos em formal e material¹⁶¹:

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo *personalidade jurídica material*

¹⁵⁸CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação *in Vitro*”) Vs. Costa Rica**. Sentença de 28 de novembro de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), p. 97. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em: 05 out. 2022.

¹⁵⁹BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2021, p. 266-267.

¹⁶⁰*Ibidem*, p. 267.

¹⁶¹DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.150-151.

apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular de direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.

Na presente análise, prescinde-se da discussão acerca dos direitos do nascituro, porquanto a reprodução humana assistida lida com as unidades mais elementares de vida, as quais se resumem basicamente a gametas, células germinativas e embriões.

Neste estudo, pretende-se analisar o melhor interesse da “futura” criança em face da possibilidade de manipulações embrionárias e das consequências para a vida e a saúde dos infantes artificialmente concebidos.

Independentemente de se atribuir ao embrião personalidade jurídica ou de se reconhecer a sua mera potencialidade humana, evidencia-se que as manipulações embrionárias podem repercutir na saúde do futuro filho, ou seja, algumas das ações realizadas em relação ao embrião podem não ser do melhor interesse da criança a ser gerada.

Particularmente, adota-se, neste trabalho, a posição jurídica manifestada pela autora Maria Helena Diniz, uma vez que essa teoria oferece a melhor solução para a proteção do ser artificialmente concebido e para a questão da colisão existente entre os direitos ao planejamento familiar e à saúde reprodutiva, cujos titulares são os (futuros) pais e os direitos à vida, à saúde e à dignidade do (futuro) filho.

O planejamento familiar impõe aos (futuros) pais a responsabilidade parental, atribuindo-lhes alguns deveres e limites, a fim de que os interesses dos concebidos não venham a ser prejudicados pelos caprichos narcísicos dos pais. Sob essa perspectiva, os pais, ao exercerem o seu direito à RHA, devem respeitar as (futuras) necessidades e os direitos da personalidade do embrião.

Maria Helena Diniz cita algumas condutas lesivas aos direitos do embrião tais quais: a manipulação genética, cuja exceção de admissibilidade seria a correção de anomalia hereditária do próprio embrião; congelamento artificial dos embriões excedentários, isto é, dos embriões não implantados após a fertilização; experiências científicas de toda sorte¹⁶².

O posicionamento de Maria Helena Diniz se afigura um tanto radical quanto a alguns aspectos. Conforme supramencionado, a autora se posiciona contra a pesquisa científica com embriões.

Considera-se, contudo, que, para fins científicos, estudos com embriões inviáveis, os quais, apesar de implantáveis, dificilmente, lograrão êxito em se desenvolver, podem ser favoráveis à cura de doenças e à vida digna de muitas pessoas.

¹⁶²DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.153-154.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.510/DF, entendeu que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida. O STF considerou que o desenvolvimento de estudos, a partir das células-tronco embrionárias, favorecem a cura de patologias e, conseqüentemente, o direito à saúde de inúmeros indivíduos¹⁶³. Desse modo, a Corte resolveu não conferir à Lei de Biossegurança interpretação conforme a Constituição.

¹⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510 Distrito Federal.** CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em

contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermenêuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello). V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção

Nesse diapasão, faz-se necessário ponderar o direito à vida de um embrião inviável, em relação às possíveis benesses científicas proveitosas à saúde e à vida de toda uma comunidade.

Não obstante isso, não se defende que devam ser criados embriões com a exclusiva finalidade científica. A doação de embriões excedentários para fins meramente científicos não deve ser estimulada, pois o direito à vida impõe que haja a implantação dos embriões, e, nesse

normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.(ADI 3510, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 05 out. 2022.

sentido, a doação para um banco reprodutivo é a melhor opção, enquanto houver probabilidade considerável de sucesso no desenvolvimento do embrião.

Os pais, ensejadores da reprodução humana assistida, devem considerar, em face do seu direito ao planejamento familiar e de seu desejo de ter filhos, as consequências das condutas de manipulação embrionária requeridas ao médico. Nesse contexto, faz-se imperativo ponderar, por exemplo, se a edição genética embrionária não gera prejuízos posteriores ao filho artificialmente concebido, afetando a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da (futura) criança.

Um dos exemplos mais intrigantes de incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da responsabilidade parental e do melhor interesse da criança é a concepção do bebê-medicamento, isto é, de uma criança com compatibilidade em relação a um irmão afetado por uma doença.

A Resolução CFM nº. 2.320/2022 prevê a possibilidade de concepção de um embrião para a doação de células-tronco a irmão afetado por doença cujo tratamento efetivo seja o transplante das referidas unidades celulares¹⁶⁴. Nessa hipótese, a doação é um tanto altruística, estando em conformidade com o entendimento do STF.

No entanto, há situações em que a concepção de bebê-medicamento é totalmente descabida, haja vista o fato de se visar à realização de múltiplos transplantes de órgãos, o que reduz significativamente a qualidade de vida do bebê-medicamento, além de não se considerar o melhor interesse da criança, que não consentiu com as sucessivas doações.

Carlos Alexandre Moraes chama atenção para uma decorrência da responsabilidade parental - a responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida. O autor cita como exemplo de causa de responsabilidade civil dos pais, com direito à indenização por danos morais por parte do concebido, o congelamento que gerar problemas genéticos e danos à integridade física e psíquica e à vida ao embrião, o qual, depois de nascido, tem sequelas e comprometimento de sua capacidade laboral¹⁶⁵.

¹⁶⁴BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº. 2.320/2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº. 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 07 out. 2022.

¹⁶⁵ MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. Coordenação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 144.

Das breves reflexões realizadas neste tópico e dos exemplos supracitados, verifica-se que o enquadramento do direito à reprodução humana assistida no âmbito protetivo do direito ao planejamento familiar tem repercussões jurídicas na imposição de limites e de restrições ao próprio direito à RHA.

Sob essa perspectiva, nota-se, ainda, que o direito à reprodução humana assistida é um direito ao planejamento familiar e à saúde reprodutiva que deve ser limitado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelos direitos à vida e à saúde, todos extensíveis ao embrião concebido em razão de se tratar de membro da espécie humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo central do presente trabalho foi o enfrentamento, por meio do método dedutivo, das hipóteses do enquadramento do direito à reprodução humana assistida – direito à saúde ou ao planejamento familiar - e suas respectivas consequências práticas, a fim de se encontrar a melhor definição do direito à RHA, à luz da Constituição da República, e de se propiciar a construção do arcabouço jurídico-normativo da proteção desse direito.

Fixaram-se, ainda, como objetivos específicos do presente trabalho a análise das consequências jurídico-econômicas de cada possibilidade de enquadramento do direito à RHA, especialmente no que se refere aos planos de saúde e ao Sistema Único de Saúde, e a averiguação, sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana e da proteção constitucional da família e da criança, qual seria a melhor alternativa de classificação do direito à reprodução humana assistida - direito à saúde ou direito ao planejamento familiar.

Ao longo do presente trabalho verificou-se que, a despeito da inexistência de uma legislação específica para regulamentar o direito à reprodução humana assistida, o referido direito tem um arcabouço jurídico-axiológico sedimentado na Constituição da República, ou seja, há bases para o desenvolvimento de uma sistemática legal e de políticas públicas voltadas ao direito à RHA. Houve, portanto, o atingimento do objetivo central desta obra.

Conforme observado em citação a Norberto Bobbio, é filosoficamente impossível encontrar os fundamentos últimos de um direito. Não obstante isso, sob o ponto de vista jurídico, o direito à reprodução humana assistida, provou ser um direito que não prescinde de seus fundamentos jurídicos, pois, por derivar da abertura material da CRFB/88, o direito à RHA comprova a sua fundamentalidade, a partir de sua relação com a dignidade da pessoa humana e com o ínsito desejo de ter filhos e a partir de sua equiparação com os direitos à saúde e ao planejamento familiar.

Ao se analisar as hipóteses de enquadramento do direito à reprodução humana assistida, propôs-se o exame do âmbito normativo de tal direito, isto é, a análise dos pressupostos fáticos e jurídicos do direito fundamental epigrafo.

Enfrentando-se a primeira hipótese de enquadramento, apontou-se que, por se relacionar à prevenção de doenças genéticas e ao bem-estar físico, mental e social, compreendido pela definição de saúde da OMS, o direito à reprodução assistida se enquadraria no âmbito do direito à saúde.

Nesse sentido, aduziu-se o exemplo da legislação portuguesa, que, ao restringir a RHA aos casos de infertilidade e à prevenção de doenças, atribuiu ao direito à RHA uma faceta relativamente pura de direito à saúde.

Ademais, verificou-se que, no caso brasileiro, há uma indissociabilidade entre direito à saúde reprodutiva e direito ao planejamento familiar, haja vista o fato de um ser meio para a realização do outro. Apesar disso, reiterou-se que a RHA não se resume ao planejamento familiar, podendo ir muito além, na aplicação para a prevenção de doenças, hipótese que conta com mandado constitucional de prioridade no campo da saúde pública.

Em relação às consequências práticas do enquadramento da RHA como direito à saúde, observou-se que, no contexto dos planos de saúde, a reprodução assistida não tem cobertura obrigatória, salvo expressa previsão contratual.

Além disso, não existe, no momento das considerações finais deste estudo, mandado normativo de custeio da reprodução assistida pelos planos de saúde, o que não deve ser visto de forma negativa, pois a aplicação de TRHA, procedimentos onerosos, às expensas das operadoras de saúde suplementar, geraria aumento significativo nos preços e dificultaria, por consequência, o acesso de muitos cidadãos aos planos de saúde.

Por seu turno, no âmbito do SUS, constataram-se a ausência de políticas públicas de RHA e a necessidade de uma adequada definição de medidas estatais para balancear o direito à saúde e o direito ao planejamento familiar no sistema de saúde pública, de forma que se equilibrem os gastos e os direitos.

Enfrentando-se o enquadramento do direito à RHA no direito ao planejamento familiar, evidenciou-se que, sob a sistemática doutrinária e jurisprudencial da constitucionalização do direito civil e do reconhecimento de modelos familiares não contemplados pela Constituição e pelo Código Civil, não é possível a realização de restrições subjetivas do direito à RHA.

Ainda no tópico referente à relação entre direito à RHA e direito ao planejamento familiar, verificou-se que a reprodução humana assistida é método técnico e científico que se enquadra como meio de viabilização da realização do projeto familiar, pois a Lei nº. 9.263/1996 não especificou quais seriam os métodos conceptivos aceitos, deixando margem para os avanços científicos, desde que estes não prejudiquem a vida e a saúde dos indivíduos submetidos à RHA e dos concebidos.

Outrossim, o planejamento familiar é direito que exige prestação estatal e, por conseguinte, a oferta de todos os meios técnicos e científicos conceptivos e contraceptivos eficazes e seguros, no Sistema Único de Saúde. Nada obsta, contudo, que haja a

regulamentação dos requisitos de acesso à RHA no SUS, sobretudo em consideração aos altos custos do método.

Por fim, constatou-se que o enquadramento do direito à RHA no âmbito do planejamento familiar gera a incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da parentalidade responsável e do melhor interesse da (futura) criança artificialmente concebida. Sob essa perspectiva, o direito à RHA não é absoluto e se limita pelos direitos à vida digna e à saúde dos indivíduos concebidos, sob pena de responsabilidade civil dos pais.

Considera-se que os objetivos específicos foram devidamente alcançados, porquanto se analisaram as consequências jurídico-econômicas, inclusive no âmbito dos planos de saúde e do SUS, do enquadramento do direito à RHA no direito à saúde e no direito ao planejamento familiar.

Quanto ao melhor enquadramento do direito à RHA, verifica-se que, como o direito à saúde e o direito ao planejamento familiar servem de bases para o próprio direito à reprodução assistida, um e outro direitos servem reciprocamente como freio e contrapeso. O direito à saúde dos concebidos limita o direito ao planejamento familiar dos ensejadores da RHA, os quais, por sua vez, são também titulares do direito à saúde reprodutiva tanto nos casos de infertilidade quanto nos casos em que há a mera promoção de um bem-estar social (a exemplo da concepção por casais homossexuais e por mulheres solteiras).

Não se exauriram todas as peculiaridades da reprodução humana assistida. O presente estudo pretendeu ser apenas um ponto de partida para que seja elaborada uma sistemática legal do direito à reprodução assistida, o que se fez a partir do delineamento do âmbito normativo e protetivo de tal direito, à luz da Lei Fundamental.

Não foram tratados temas de suma importância para a égide do direito à RHA, a exemplo do papel dos médicos no procedimento, da filiação na RHA e da admissibilidade da gestação de substituição no ordenamento jurídico.

Desse modo, muitos outros estudos são necessários e prementes para a solidificação do direito fundamental à reprodução humana assistida, a sua proteção e, certamente, as suas limitações e restrições, em respeito à dignidade da pessoa humana, à Bioética e ao Biodireito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Drummond de. O novo homem. *In: Caminhos de João Brandão*, JB, 17 dez. 1967. Disponível em: <http://www.algumapoesia.com.br/drummond/drummond17.htm>. Acesso em: 12 out. 2022.

ARAÚJO, Luciana Alessandra Nunes de; NETO, Henrique Batista de Araújo. Reprodução humana assistida heteróloga: o anonimato do doador de gametas e o direito à identidade genética. *IBDFAM*, 23 de jun. 2016. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1046/Reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+heter%C3%B3loga%3A+o+anonimato+do+doador+de+gametas+e+o+direito+a+identidade+gen%C3%A9tica#_ftn2. Acesso em: 07 out. 2022.

BBC News. **Gene-edited babies: Current techniques not safe, say experts**. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/health-54014969>. Acesso em: 18 set. 2022.

BBC News. **India's first 'saviour sibling' cures brother of fatal illness**. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-54658007>. Acesso em: 18 set. 2022.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BELTRÃO, Silvio Romero. Limites ao livre desenvolvimento da personalidade e o estudo de um caso concreto. *In: Direito civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*, 1ª. ed., 2º. v. São Paulo: Atlas, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho; apresentação: Celso Lafer. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 9ª reimpressão.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões**, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 1.184/2003**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº. 2.320/2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº. 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Constituição (1988)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº. 30.822/1952**. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html#:~:text=CONVEN%C3%87%C3%83O%20PARA%20A%20PREVEN%C3%87%C3%83O%20E%20A%20REPRESS%C3%83O%20DO%20CRIME%20DE%20GENOC%C3%8DDIO&text=As%20Partes%20Contratantes%20confirmam%20que,a%20prevenir%20e%20a%20punir. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 11.105/2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 14.454, de 21 de setembro de 2022**. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.454-de-21-de-setembro-de-2022-431275000>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Biblioteca Virtual em Saúde**. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/infertilidade-feminina/>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº. 426, de 22 de março de 2005**. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizasConsolidacao/comum/13620.htm>. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº. 3.149, de 28 de dezembro de 2012**. Ficam destinados recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização *in vitro* e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**. Em repetitivo, STJ decide que planos de saúde não são obrigados a custear fertilização *in vitro*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15102021-Em-repetitivo-STJ-decide-que-planos-de-saude-nao-sao-obrigados-a-custear-fertilizacao-in-vitro.aspx>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**. Rol da ANS é taxativo, com possibilidades de cobertura de procedimentos não previstos na lista. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08062022-Rol-da-ANS-e-taxativo-com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510 Distrito Federal**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 Distrito Federal**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 05 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação *in Vitro*”) Vs. Costa Rica**. Sentença de 28 de novembro de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), p. 97. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em: 05 out. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ELEY, Adam. How has IVF developed since the first ‘test-tube baby’? **BBC Victoria Derbyshire programme**, 23 de julho de 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/health-33599353>. Acesso em: 12 set. 2022.

GOBIERNO DE ESPAÑA. **Agência Estatal Boletín Oficial del Estado**. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>. Acesso em: 05 out. 2022.

GORVETT, Zaria. As perigosas mutações genéticas acidentais que podem mudar o futuro da humanidade. **BBC Future**, 05 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-56903276>. Acesso em: 30 set. 2022.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução: Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (*Die normative Kraft der Verfassung*)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabbris Editor, 1991.

HISTORY.COM EDITORS. **First American ‘baby-tube’ is born**. History, 08 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.history.com/this-day-in-history/first-american-test-tube-baby-is-born-ivf>. Acesso em: 07 out. 2022.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

KRELL, Olga. **O direito fundamental à reprodução humana assistida no Brasil e suas repercussões na filiação civil: uma abordagem de *lege ferenda***. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3945/1/arquivo5205_1.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

LOBO, Fabiola Albuquerque. **Multiparentalidade: efeitos no direito de família**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

MAZZA, Malu. Primeiro bebê de proveta do Brasil e da América Latina completa 30 anos. **Jornal Hoje**, Curitiba, 07 de outubro de 2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal->

hoje/noticia/2014/10/primeiro-bebe-proveta-do-brasil-e-da-america-latina-completa-30-anos.html. Acesso em: 07 out. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 6, nº. 2, jul./dez. 2013.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**: MPRJ, n. 52, abr./jun. 2014.

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

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *In*: **Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 set. 2022.

PORTUGAL. **Diário da República Eletrônico**. Lei nº. 32/2006, de 26 de julho. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/32-2006-539239>. Acesso em: 05 out. 2022.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/>. Acesso em: 20 set. 2022.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Procréation médicalement assistée (PMA)**. Disponível em: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F31462>. Acesso em: 30 set. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4ª. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução humana assistida: um direito fundamental?** 2ª. ed. Curitiba: Appris, 2021.

SILVA, Iamile Queiroz de Farias *et al.* **Perfil clínico e epidemiológico das mulheres atendidas no setor de reprodução humana do IMIP: estudo de corte transversal**, 2018. Disponível em: <https://tcc.fps.edu.br/jspui/bitstream/fpsrepo/1076/1/Perfil%20cl%C3%ADnico%20e%20epidemiol%C3%B3gico%20das%20mulheres%20atendidas%20no%20setor%20de%20reprodu%20>

C3%A7%C3%A3o%20humana%20do%20IMIP%20estudo%20de%20corte%20transversal.pdf. Acesso em: 05 out. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SWAIN, Frank. É certo usar a ciência nazista para salvar vidas? **BBC Future**, 28 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-49122992>. Acesso em: 18 set. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. Disponível em:

https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/52048906/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil-constitucional_brasileiro-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1663629196&Signature=DL3U~drrEWWXVvr7UQVYXwgUZchVtTWu9UQtaveJknykOtK1rSkIRToAwiba2FuXvTgUgUIEqN-u3DisojjcegB3kVluEpG3wn2~5QsyqkG5HUHeKo4Uu2Is-ZF5fpAOWa~cQVVzi96jouof78bzZ-aLceUZ-z3g~u-4XWoJzbitFBHQm2JTnOXZRPngmEIPzfkJprhYPPfGMujuKuTRghP1z2RIOTWKSwfJWZaZXIz8wRL6vrVRziMuq7NPnaVIN5pp3dUfOAewGtEyfpCWmpzbqFh-Lc7j8Bg~VHnLZOdzfUZELYct3GoS0ttgi0i-TcJi7~HriBPm8etvDO5adg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 19 set. 2022.

UNITED NATIONS. UN panel warns against 'designer babies' and eugenics in 'editing' of human DNA. **News UN**, 05 october 2015. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2015/10/511732-un-panel-warns-against-designer-babies-and-eugenics-editing-human-dna>. Acesso em: 05 out. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Infertility**. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>. Acesso em: 30 set. 2022.