



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
AMANDA CAROLINE BRATZ RODRIGUES

**FUNDAMENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA NA CONCESSÃO DO PROCEDIMENTO
DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PELO PODER PÚBLICO:
POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Tubarão
2018

AMANDA CAROLINE BRATZ RODRIGUES

**FUNDAMENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA NA CONCESSÃO DO PROCEDIMENTO
DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PELO PODER PÚBLICO:
POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientador: Prof. Vilson Leonel, MsC.

Tubarão

2018

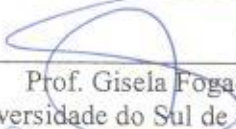
AMANDA CAROLINE BRATZ RODRIGUES

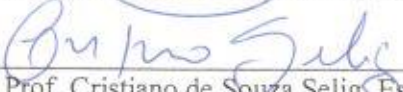
FUNDAMENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA NA CONCESSÃO DO PROCEDIMENTO
DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PELO PODER PÚBLICO:
POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Esta Monografia foi julgada adequada à
obtenção do título de Bacharel em Direito e
aprovada em sua forma final pelo Curso de
Direito da Universidade do Sul de Santa
Catarina.


Tubarão, 25 de junho de 2018.

Professor e orientador Wilson Leonel, MsC.
Universidade do Sul de Santa Catarina


Prof. Gisela Fogaça, Esp..
Universidade do Sul de Santa Catarina


Prof. Cristiano de Souza Selig, Esp..
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho ao meu pai Quintino e ao meu marido Vitor. Gratidão pelo suporte, incentivo e amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Wilson Leonel, por todo suporte e orientação deste trabalho e pelo conhecimento que me transmitiu.

Ao meu pai, por sua presença incentivadora em todos os momentos de minha vida.

E ao meu marido Vitor, pelo incentivo e companheirismo.

A injustiça que se faz a um é a ameaça que se faz a todos. (Montesquieu)

RESUMO

O procedimento da reprodução humana assistida é reconhecido no Brasil e disponibilizado por meio de políticas implementadas pelo poder público aos indivíduos que apresentam dificuldade para concepção. Todavia, o acesso ao procedimento nem sempre é garantido. Dessa forma, ante a omissão estatal, o Poder Judiciário tornou-se uma via para buscar a materialização deste direito. O presente trabalho tem como objetivo geral conhecer o embasamento principiológico dos Tribunais de Justiça Brasileiros na concessão do procedimento de reprodução assistida pelo Poder Público. Quanto ao procedimento de coleta de dados, foi realizado um estudo bibliográfico através de livros, artigos e meios eletrônicos, bem como a pesquisa documental, utilizada para pesquisar os acórdãos dos Tribunais brasileiros, utilizando os termos “reprodução humana assistida” e “infertilidade”, com objetivo de analisar a fundamentação principiológica dos Tribunais frente à concessão do procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público. De acordo com o nível de profundidade, abordou-se o modo exploratório. Quanto à abordagem, foi feita uma pesquisa quantitativa e qualitativa. Ambas as abordagens foram utilizadas para contabilizar o número de acórdãos que versam a respeito da concessão e negativa do procedimento de reprodução assistida pelo poder público, bem como examinar os princípios utilizados pelos Tribunais Brasileiros para negar ou conceder o procedimento. Foram encontradas 22 decisões a respeito da matéria, sendo 14 decisões contrárias à concessão do procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público e oito favoráveis. Os princípios utilizados para fundamentar a negativa dos procedimentos são: quebra do acesso igualitário e universal à saúde, isonomia, reserva do possível, razoabilidade e proporcionalidade. Para conceder o procedimento pelo poder público, as decisões foram baseadas no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como direito à vida. A análise dos acórdãos permitiu concluir que os Tribunais ainda encontram resistência em reconhecer os direitos reprodutivos como extensão dos direitos sociais, ponderando o tema sob a ótica da reserva do possível. Assim, é possível compreender que o papel do Poder Judiciário, como guardião da Constituição, frente ao reconhecimento dos direitos sociais, é controverso, pois se pauta na livre convicção do julgador. Ainda, mesmo com o reconhecimento da reprodução humana assistida e sua regulamentação pelo poder público, a falta de regulamentação específica dificulta o verdadeiro acesso ao procedimento.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Infertilidade. Princípios gerais do direito.

ABSTRACT

The practice of assisted human reproduction is recognized in the Brazilian State and made available through policies implemented by the government to those that struggle to conceive. However, access to infertility treatment is not always guaranteed. As a result, the Judiciary power has become a mean for people to achieve their rights. The following study aims to understand the principles of the Brazilian Courts of Justice in the granting of the procedures of assisted human reproduction by the State. Regarding data collection, a bibliographic study was carried out through books, articles and media, as well as the documentary research tool used to investigate cases in the public system by using the terms “assisted human reproduction” and “infertility” - with the purpose of analyzing the principles of the Courts before the granting of the assisted human reproduction care by the State. This study had an exploratory research approach. Regarding this approach, a quantitative and qualitative research was done. Both approaches were used to account for the amount of judgments passed about the granting and refusal of the reproduction procedure assisted by the public authorities – as well as to examine the principles used by the Brazilian courts to deny or grant the assistance. Twenty-two decisions were found on this subject: fourteen decisions against and eight favourable, regarding the requests about the assisted human reproduction procedure by the public power. The principles used to justify the denial of the procedures are: the breaking of equality and universal access to health, isonomy, the reserve for contingencies and, fairness and proportionality. In order to grant the procedure by the public authority, decisions were based on the principle of the human dignity, as well as the right to life. The analysis of the judgments allowed concluding that the Courts are still resistant in recognizing the reproductive rights as an extension of social rights considering the theme from the reserve for contingencies point of view. Thus, it is possible to understand that the role of the Judiciary is controversial; since it is based on the free conviction of one’s judging. Moreover, even with the advances in the recognition of assisted human reproduction and its regulation by the public power, the lack of specific regulation hinders the true access to this produce.

Keywords: Assisted Human Reproduction. Infertility. General Principles of Law.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Decisões dos tribunais de justiça brasileiros sobre o pedido para a Reprodução Humana Assistida pelo poder público - 2018.....	47
Quadro 2: Fundamentação Principiológica dos Tribunais para negar/conceder os procedimentos de reprodução humana assistida pelo poder público- 2018.....	48

ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

AIDS – Síndrome da Imonodeficiência Adquirida

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

FIV – Fertilização in vitro

Inc. – Inciso

IA – Inseminação Artificial

ICSI – Injeção intracitoplasmática

IUU – Inseminação Intra-Uterina

OMS – Organização Mundial de Saúde

RHA- Reprodução humana assistida

TJDFT– Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJMS – Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA.....	12
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	14
1.3 CONCEITOS OPERACIONAIS.....	14
1.4 JUSTIFICATIVA.....	15
1.5 OBJETIVOS.....	16
1.5.1 Objetivo geral.....	16
1.5.2 Objetivos específicos.....	16
1.6 DELINEAMENTO METODOLÓGICO.....	17
1.7 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS.....	18
2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ASPECTOS GERAIS.....	19
2.1 CAUSAS DA INFERTILIDADE E ESTERILIDADE.....	19
2.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	21
2.2.1 Inseminação Artificial (IA).....	22
2.2.2 Fertilização in vitro (FIV).....	22
2.3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL.....	24
2.3.1 A reprodução humana assistida e a legislação civil.....	25
2.3.2 Política nacional de atenção integral em reprodução humana assistida.....	26
3 PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DE ACESSO AO PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PELO PODER PÚBLICO.....	29
3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	29
3.1.1 Deveres do Poder Público na proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais.....	32
3.2 PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ACERCA DO PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA PELO PODER PÚBLICO.....	34
3.2.1 Direito à vida.....	35
3.2.2 Direito à saúde e o direito ao acesso da reprodução humana assistida pelo Poder Público.....	36
3.2.3 Direito ao livre planejamento familiar.....	39
3.2.4 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	40
3.2.5 Princípio da eficiência.....	41

3.2.6 Princípio da reserva do possível.....	42
3.3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	44
4 FUNDAMENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA NA CONCESSÃO DO PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PELO PODER PÚBLICO: POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	46
4.1 ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	47
4.2 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS UTILIZADOS PARA NEGAR/CONCEDER O PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PELO PODER PÚBLICO.....	48
4.2.1 Fundamentação principiológica para negar a concessão do procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público.....	48
4.2.1.1 Princípio do acesso igualitário e universal aos serviços de saúde.....	48
4.2.1.2 Princípio da isonomia.....	50
4.2.1.3 Princípio da reserva do Possível.....	51
4.2.1.4 Princípio da razoabilidade/proporcionalidade.....	53
4.2.2 Fundamentação principiológica para conceder o procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público.....	54
4.2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.....	54
5 CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a fundamentação principiológica utilizada pelos Tribunais de Justiça Brasileiros na concessão do procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público. A reprodução humana assistida é um procedimento utilizado para viabilizar a gestação de mulheres que apresentam dificuldades para engravidar, seja por infertilidade do casal, ou diversas causas distintas.

Dessa forma, dado o impasse da dificuldade das mulheres em realizar o procedimento gratuitamente por meio do SUS, seja por negativa do poder público ou pela falta de recursos do ente estatal, o poder judiciário foi abarcado por diversas ações, servindo como uma via para materializar a aplicação imediata do direito postulado.

Este trabalho, portanto, abordará os aspectos gerais da reprodução assistida no Brasil, bem como as leis e os programas disponibilizados pelo SUS para atingir o público-alvo que preenche os requisitos para realizar o procedimento. Também traçará um paralelo dos direitos fundamentais e princípios atinentes ao ordenamento jurídico brasileiro para, assim, compreender o posicionamento principiológico dos Tribunais Brasileiros frente à concessão do procedimento da reprodução assistida pelo Poder Público.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, comprometida com a melhoria existencial da população, positivou entre os direitos fundamentais, os direitos sociais, enumerados pelo artigo 6º, quais sejam, a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, proteção a maternidade, e assistência aos desamparados.

O Estado, ao conceder força normativa a estes direitos, criou políticas públicas para concretizá-los, porém, à medida que a população cresce e exige a consolidação do sistema, é inegável que o ente estatal não consegue atender a demanda populacional, seja por falta de infraestrutura e recursos, ou pela má gestão. Desta forma, tendo em vista a força normativa dos direitos fundamentais, bem como sua aplicabilidade imediata, não há alternativa diante da omissão do poder público se não a busca pelo Poder Judiciário como forma de concretização destas garantias.

No âmbito do direito à saúde, é cediço que o Poder Judiciário transformou-se em uma via de materialização dos direitos elencados na Constituição, uma vez que muitos

procedimentos viabilizados integralmente pelo SUS não conseguem ser disponibilizados à população devido ao seu alto custo. A exemplo disto, menciona-se o procedimento de reprodução assistida que norteiam várias ações no Judiciário visando sua concessão.

A reprodução assistida é uma técnica reconhecida pelo Ministério da Saúde, regulamentada pela Resolução nº 2.013/13 e pela Lei de Biossegurança nº 11.105/05, contando com o amparo da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 9.263/96, além da portaria nº 426/GM, em 22 de março de 2005, e da Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012, que ao menos tentam regularizar o reconhecimento e a destinação de recursos para estes procedimentos, porém, como supradito, o procedimento demora a ser disponibilizado, ou acaba não sendo viabilizado, causando um desgaste emocional nos casais, que passam anos aguardando na fila de espera para realizar o procedimento.

A reprodução assistida, na visão de Alfano (2014), consiste no emprego de técnicas, de tecnologias, de equipamentos e de procedimentos médicos e biomédicos para a fertilização do embrião *in vitro*. Entretanto, é importante salientar quais as causas que afetam a dificuldade para a reprodução.

Neste caso, para Loyola e Correa (2015), existem fatores que classificam e categorizam o que é a infertilidade. As autoras afirmam que para a Organização Mundial da Saúde (OMS) a infertilidade caracteriza-se por ausência de gestação de casal após 24 meses de relações sexuais sem proteção. Ainda sob a tutela dos ensinamentos de Loyola e Correa (2015), afirma-se que esta dificuldade classifica-se em 40% de origem feminina, 40% de causalidade masculina e o restante, 15%, decorrente de ambos, sem causa aparente ou dificilmente identificada.

Para Costa (2014), os fatores que impedem a gestação incidem na esterilidade tubária ou falta de ovulação. No entanto, para o autor, o desejo insatisfeito do casal é o elemento primordial que configura a existência da doença.

Com relação aos procedimentos de reprodução assistida, importa salientar que o mesmo se divide em duas categorias: a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial. Para Almeida (2012), a chamada fecundação *in vitro* (ZIFT - *ZibotIntraFallopianTransfer*), ou ectogênese, é um método no qual se retira o óvulo feminino para fecundá-lo em um tubo de ensaio (a chamada proveta), utilizando o sêmen do homem, para depois introduzir esse embrião no útero. Já a inseminação artificial é definida por Silva (2002) como uma técnica de reprodução assistida, na qual se deposita na cavidade uterina, de maneira artificial, material genético masculino, com vistas à fecundação.

Quando se fala do direito ao procedimento de reprodução assistida pelo SUS (Sistema Único de Saúde), também se menciona o direito à saúde. Os dizeres de Santos (2010) reforçam esta afirmativa, ao defender que a dignidade humana, o direito à vida e à saúde

constituem-se em uma tríade que suporta o exercício dos demais direitos. Para o autor, a saúde é um direito fundamental da vida e deve ser mantido por políticas públicas que garantam o acesso igualitário aos serviços disponíveis.

Contrapondo com os princípios garantistas, cita-se a Teoria da Reserva do Possível, na visão de Sarlet e Figueiredo (2008, p.36), pela qual “a reserva do possível não impede o poder Judiciário de zelar pela efetivação dos direitos sociais, mas deve fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos”. Esta afirmativa encerra os três pilares defendidos pelos autores, a existência de recursos para a efetivação dos direitos, a disponibilidade jurídica e a razoabilidade do que está sendo proposto.

Portanto, o Poder Judiciário como meio de viabilização do procedimento da reprodução assistida abarca um conflito principiológico bastante polêmico, tendo em vista que a ponderação dos interesses das partes carrega uma carga fortemente emocional envolvida nesta situação jurídica complexa.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Qual o posicionamento principiológico dos Tribunais de Justiça Brasileiros na concessão do procedimento de reprodução assistida pelo Poder Público?

1.3 CONCEITOS OPERACIONAIS

A presente monografia se orientará pelos seguintes conceitos operacionais: “posicionamento principiológico dos Tribunais de Justiça Brasileiros” e “procedimento de reprodução assistida”.

Com relação ao posicionamento principiológico, importa mencionar a razão do convencimento de um juiz a respeito da sentença proferida. A nulidade por ausência de fundamentação, expressa no art.93, IX, da Carta Magna, ocorre quando o juiz não consegue expor quais as causas que o levaram a proferir determinada sentença.

Art. 93, IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988).

Para Wanbier (2009), o dever de um magistrado está atrelado ao Estado Democrático Constitucional. Isso se deve ao fato da exigência que o operador do direito esteja ligado à aplicação das normas ao caso concreto, bem como aos princípios constitucionais. Para Brauner (2003), os direitos reprodutivos derivam do direito à saúde. No entanto, devido à má gestão de recursos, essa assistência não se manifesta em razão do alto custo do procedimento, cabendo aos que necessitam desta prerrogativa acionarem o judiciário para fazer valer o seu direito.

O conceito de reprodução assistida, na visão de Diniz (2001, p.456), “é o conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano”. No entanto, para efeitos de conceitos operacionais, a conceituação do método é válida ao entrelace da função do Sistema Único de Saúde como elemento que deve propiciar sua disponibilidade à população. É o que reza a Lei nº 9.263/96, em seu Art. 5.

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar. (BRASIL, 1996)

Logo, conhecer o posicionamento dos Tribunais é importante para elucidar a veracidade do direito e a real situação das demandas das reproduções assistidas, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

1.4 JUSTIFICATIVA

Este assunto é de grande relevância, tanto quanto controverso. Os embates das políticas públicas e a viabilização da saúde à coletividade persistem, pois o texto constitucional, bem como as leis a respeito da saúde e do procedimento de reprodução assistida não se concretizam de maneira satisfatória na realidade.

Existem vários estudos a respeito da reprodução assistida e sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro, porém, nenhum estudo jurisprudencial consistente.

A reprodução assistida tem por principal característica a intervenção médica para resolver problemas de infertilidade de casais. O que se percebe é que estas técnicas de fertilização têm grande incidência devido ao aumento de gravidez após os 30 anos, o que reflete a opção pela carreira, em detrimento da maternidade.

Portanto, este trabalho justifica-se a fim de traçar um parâmetro sobre a real situação dos procedimentos de reprodução assistida pelo SUS, visto que o Poder Judiciário tem sido

acionado para viabilizar o procedimento, além de compreender o posicionamento magistral perante este embate.

A complexidade do tema exige uma pesquisa sobre os princípios que preponderam nos Tribunais de Justiça brasileiros com o escopo de compreender o papel do Poder Judiciário como guardião das garantias fundamentais.

1.5 OBJETIVOS

A seguir, serão apresentados os objetivos gerais e específicos do trabalho.

1.5.1 Objetivo geral

Conhecer o embasamento principiológico dos Tribunais de Justiça brasileiros na concessão do procedimento de reprodução assistida pelo Poder Público.

1.5.2 Objetivos específicos

Conhecer a operacionalidade estabelecida pelo SUS para o atendimento das demandas que envolvem a reprodução assistida.

Conhecer os programas estabelecidos pelo Poder Público para o atendimento destas demandas.

Identificar os princípios fundamentais predominantes nos Tribunais de Justiça brasileiros para negar ou conceder o procedimento de reprodução assistida pelo Poder Público.

Comparar o embasamento dos Tribunais de Justiça Brasileiros no que diz respeito à fundamentação principiológica para contabilizar a quantidade de Tribunais que se baseiam no direito à vida.

Compreender o papel do Poder Judiciário como guardião da Constituição Cidadã, frente ao reconhecimento dos direitos sociais.

1.6 DELINEAMENTO METODOLÓGICO

Segundo Leonel e Marcomim (2015), o delineamento da pesquisa é a fase em que são definidos os processos determinantes da execução da pesquisa e seu direcionamento. Os

mesmos autores citam que neste momento é traçado o plano de estudo com a escolha do tipo de pesquisa que mais se adequa para investigar o problema, bem como a definição do tipo de pesquisa a ser seguido para operacionalização do estudo.

Na concepção de Gil (2002, p.43):

O delineamento refere-se ao planejamento da pesquisa em sua dimensão mais ampla, que envolve tanto a diagramação quanto a previsão de análise e interpretação de coleta de dados. Entre outros aspectos, o delineamento considera o ambiente em que são coletados os dados e as formas de controle das variáveis envolvidas.

Deste modo, a classificação da pesquisa deve conter os seguintes critérios: nível, abordagem e procedimento.

O presente estudo abordará, quanto ao seu nível de profundidade, uma pesquisa exploratória. De acordo com Leonel e Marcomim (2015), esta pesquisa visa dar maior familiaridade com o que se pretende pesquisar e, normalmente, versa sobre questões de compreensão básica, para se adquirir condição e domínio a fim de compreender melhor o problema e as hipóteses de pesquisa.

Quanto ao procedimento de coleta de dados, será utilizada a pesquisa documental e bibliográfica. Segundo Leonel e Marcomim (2015), a pesquisa documental fornece indicadores para caracterizar um determinado fenômeno a fim de que se possa analisar o que estes indicadores expressam e indicam quanto aos objetivos da pesquisa.

A inserção do método da pesquisa documental será empregada para pesquisar todos os acórdãos existentes nos tribunais brasileiros, utilizando os termos de pesquisa “reprodução humana” e “infertilidade”, com o escopo de analisar a fundamentação principiológica dos Tribunais brasileiros frente à concessão do procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público.

Ainda, o presente trabalho inclui pesquisa bibliográfica, que, de acordo com Gil (2002, p. 44), “é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”.

Quanto à abordagem, a pesquisa será quantitativa e qualitativa. Para Gunther (2006), a pesquisa qualitativa proporciona uma amplitude e compreensão do contexto do problema. A pesquisa quantitativa, ainda de acordo com o autor, procura quantificar os dados, com uma análise estatística. A pesquisa qualitativa pode ser usada, também, para explicar os resultados obtidos pela pesquisa quantitativa.

A utilização de ambas as abordagens deverá ser aplicada para contabilizar o número de acórdãos que versam a respeito das concessões e negativas do procedimento de reprodução assistida pelo Poder Público, bem como examinar os princípios utilizados pelos Tribunais brasileiros para negar ou conceder o procedimento.

1.7 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

A monografia divide-se em cinco capítulos.

O primeiro capítulo apresenta todo o conteúdo introdutório, composto da descrição do problema, formulação do problema, definição dos conceitos operacionais, justificativa, objetivos, desenvolvimento metodológico e estrutura dos capítulos.

O segundo capítulo aborda os aspectos gerais da reprodução humana assistida, bem como as causas que levam a procura do procedimento. Também discorre sobre a reprodução humana assistida no Brasil, elencando as normas e os programas disponibilizados pelo SUS acerca do procedimento de reprodução humana assistida.

O terceiro capítulo discorre sobre a Constituição Federal e os direitos e garantias fundamentais, bem como os deveres do poder público na concretização destes direitos. Aborda também os princípios e direitos constitucionais acerca da concessão da reprodução humana pelo Poder Público. Ainda, expõe o papel do poder judiciário na colisão de princípios constitucionais.

O quarto capítulo apresenta a análise da fundamentação principiológica dos Tribunais Brasileiros, abordando os princípios utilizados pelos julgadores para negar/ conceder o procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público.

Por fim, o quinto capítulo trata da conclusão do tema, apontando os resultados encontrados através da pesquisa, bem como os objetivos alcançados pelo trabalho e a posição reflexiva a respeito do tema.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ASPECTOS GERAIS

O presente capítulo apresenta os aspectos gerais da reprodução humana assistida, tratando das técnicas utilizadas, as causas que levam à procura do procedimento, aborda a reprodução humana assistida no Brasil, bem como elenca as normas e os programas disponibilizados pelo SUS no que tange ao procedimento de reprodução humana assistida.

2.1 CAUSAS DA INFERTILIDADE E ESTERILIDADE

Desde a antiguidade, as mulheres eram enaltecidas como um canal de procriação, e a infertilidade era vista como um castigo. Segundo Borlot e Trindade (2004), a ideia de que cabe à mulher a responsabilidade pela procriação se faz presente na sociedade de uma maneira geral e a infertilidade apresenta-se, para muitas delas, como um fardo, gerando sentimento de culpa e um conceito negativo, já que seu papel é tido como biologicamente definido e caracterizado pela maternidade.

Com a transformação do papel da mulher na atualidade, o casamento passou a ser um canal de amor e liberdade, tendo como opção a geração de filhos. Além disso, a mulher começou a atuar no mercado de trabalho, distanciando-se da vida doméstica, o que também acabou por retardar a experiência da maternidade.

De acordo com Collucci (2000), o desejo de conceber filhos não é exclusivo das mulheres, pois muitos homens possuem tal desejo e, ao tentar concretizá-lo, alguns apresentam infertilidade, o que causa um enorme abalo psicológico, tendo em vista que muitos atrelam o problema à virilidade.

Para Farinatti (1996), a conquista de uma vida sexual prazerosa independente da reprodução, demonstra-se em avanço inquestionável das relações humanas, porém, não arrefeceu a supervalorização da função reprodutiva, que segue produzindo horror à esterilidade. Tal horror se faz ao pensar que a fertilidade é certa e poder pensar que a mesma não está garantida provoca profundo narcisismo ao homem, assim como dificuldade imensa em lidar com o problema quando se apresenta.

A infertilidade tem sido definida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como a incapacidade de um casal conseguir a gravidez ou o parto de um bebê vivo após um ano de relações sexuais regulares sem o uso de métodos anticoncepcionais, aumentando sua possibilidade de ocorrência com a idade, sendo que um em cada quatro casais com mais de 35 anos sofrerá de infertilidade. (SHAFFER, DIAMOND, 1994 apud BORLOT, TRINDADE, 2004, p.2).

Segundo Dias (2012), estima-se que, em todo o mundo, existam de 50 a 80 milhões de casais inférteis, ocorrendo cerca de dois milhões de novos casos por ano. Esse evento é vivido por 8% a 15% dos casais em geral. No Brasil, mais de 278 mil casais têm dificuldade de gerar um filho em algum momento de sua idade fértil. Portanto, a infertilidade constitui problema relevante de Saúde Pública, em que 70% dos casos podem ser solucionados na atenção básica, com ações e procedimentos de baixo custo; os demais pacientes (30%) teriam suas necessidades atendidas em serviços de referência de média e alta complexidade.

A infertilidade, portanto, define-se na disfunção dos órgãos reprodutores e dos gametas, ou conceito. Já a esterilidade é a impossibilidade do homem ou da mulher em produzir gametas ou zigotos para a fecundação, tornando nula a possibilidade de geração de filhos. Ressalta-se que tanto a infertilidade, quanto a esterilidade não possuem causa definida, podendo ser influenciados por diversos fatores clínicos e não clínicos que concorrem para a doença.

Diversos fatores são apontados como causas de infertilidade, como doenças sexualmente transmissíveis, sedentarismo, tabagismo, uso de drogas ilícitas, ingestão excessiva de bebidas alcoólicas, exposição a fatores laborais ou ambientais (ex.: substâncias químicas, radiação, medicações), estresse, excesso de atividades físicas, dieta e idade. Fatores masculinos incluem traumatismos nos testículos, caxumba, varicocele, baixa contagem ou pouca motilidade de espermatozoides. Para as mulheres, abortos provocados, história de endometriose pessoal ou familiar, anorexia, apendicite supurada, disfunção tubária, fator cervical, insuficiência luteínica, ovários policísticos e distúrbios importantes de hormônios também podem levar à infertilidade. (FERREIRA et al., 2015,p.89)

De acordo com Luna (2007), a “Esterilidade Sem Causa Aparente” (Esca) é exemplo de um não diagnóstico utilizado nas classificações médicas, pois não se identificou a origem relevante para caracterizar a infertilidade, mas um conjunto de casos em que há ausência de gravidez após várias tentativas de concepção.

Assim, ao testar todas as probabilidades, dentro do período de um ano sem obter a fecundação, leva conseqüentemente o casal a procurar um especialista em reprodução assistida, a fim de averiguar as causas que interferem na concepção. Para Passos e outros (2003), a chance de um casal engravidar varia entre 15% e 25% por mês, portanto, se considerar que um casal tenha duas relações por semana, terá uma taxa cumulativa, sendo que esta probabilidade após 12 meses será de 80%. Deste modo, 20% dos casais que não conseguiram engravidar após um ano são considerados subfértéis.

Salienta-se que o ponto comum, atualmente, é definir a esterilidade não com um problema isolado de cada sexo, e sim do casal.

O discurso médico constrói a categoria “casal infértil”, tirando o foco da categoria mulher infértil, sem, no entanto, constituir a categoria homem infértil. No contexto da reprodução assistida, insere-se o homem na investigação clínica quando surgem técnicas para superar a infertilidade masculina, mas cuja aplicação ocorre no corpo feminino. (TAMANINI, 2003 apud LUNA, 2007, p. 76)

Dessa forma, entende-se que a medicina reprodutiva tem avançado, desenvolvendo técnicas que unem o casal como um todo.

Na constituição do novo objeto de pesquisa e intervenção médica: o casal infértil, e não mais homens e mulheres inférteis isolados. No tocante às técnicas, o corte é o surgimento da fertilização *in vitro*. Apesar da menção à categoria “casal infértil”, na investigação e intervenção se busca a causa da infertilidade atribuindo-a a um dos componentes do par, conforme se vê nas estatísticas da etiologia. (LUNA, 2007, p.77)

Diante do exposto, é evidente que as causas da infertilidade e esterilidade não são definidas por fatores específicos, e sim por uma soma de diversos fatores clínicos e não clínicos que agravam a doença. Importa mencionar que a medicina revolucionou o modo de tratamento dos casais inférteis, ao desenvolver técnicas que não atrelem a causa da infertilidade a um indivíduo que compõe o casal, e sim englobando ambos, como ocorre na reprodução humana assistida.

2.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Segundo Badalotti (2010), para 20% dos casais inférteis, o único caminho para obter gestação - e, conseqüentemente, filhos - é a reprodução humana assistida (RHA), que é um conjunto de técnicas laboratoriais que visa obter uma gestação, substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo.

A reprodução humana assistida (RHA) engloba as técnicas: inseminação artificial e fertilização extracorpórea, que abrangem a fertilização *in vitro* clássica e a fertilização *in vitro* por meio de injeção intracitoplasmática de espermatozóide.

Para Corrêa e Loyola (2015), mostra-se importante diferenciar as técnicas que compõem o conjunto da RHA, ao ponto que a fecundação pode ocorrer dentro ou fora do corpo da mulher. No primeiro caso, tem-se a inseminação artificial (IA), uma técnica antiga que veio a ser inserida no conjunto da reprodução assistida, e que consiste na introdução do sêmen no aparelho reprodutivo feminino. No segundo, têm-se as técnicas que têm por base o procedimento de fertilização *in vitro* (FIV) propriamente dito, no qual a fertilização do embrião ocorre fora do corpo da mulher.

2.2.1 Inseminação Artificial (IA)

De acordo com Amato (2014), a inseminação artificial é uma técnica reprodutiva onde a fertilização ocorre dentro do corpo da mulher, do mesmo modo que ocorreria depois de uma relação sexual. Para esta técnica, existem duas espécies estratégicas: a intra-cervical e intra-uterina. A primeira simula uma relação sexual, onde os espermatozóides são depositados no colo uterino, sendo utilizado quando não há possibilidade de penetração vaginal, como no caso de impotência sexual ou distúrbio feminino que impeça esta etapa da relação. Continua a autora que já o método intra-uterino consiste na injeção dos espermatozóides diretamente dentro do útero, aumentando as chances de encontrar o óvulo, não exigindo presença de muco vaginal adequado para propiciar a gravidez, que se torna necessário na estratégia intra-cervical.

Para Meirelles e outros (2011), a intracervical consiste em uma variação da IIU (inseminação intrauterina), denominada intraperitoneal. A respeito das indicações para realização da técnica, os mesmos autores ditam:

Fator cervical, infertilidade de causa inexplicada, endometriose mínima e leve e o fator masculino leve. Outras indicações são a incapacidade de se manter relações sexuais e a utilização de sêmen de doador (inclusive em mulheres homossexuais). A condição essencial para que a IIU seja indicada é que haja pelo menos uma tuba pèrvia e funcionante. Além disso, a concentração de espermatozóides menor que cinco milhões tornam o procedimento pouco eficaz. (MEIRELLES et al, 2011, p. 3)

Ainda sob o pensamento de Meirelles e outros (2011), a IIU demonstra-se um procedimento simples, onde a paciente é colocada em posição ginecológica e, após a limpeza do colo uterino, é introduzido o cateter de inseminação através do canal cervical, injetando 0,5 ml de espermatozóides processados em laboratório.

2.2.2 Fertilização *in vitro* (FIV)

A fertilização *in vitro* ocorre em laboratório, onde o óvulo se encontra diretamente com o espermatozóide, sendo posteriormente introduzido no útero. O processo de fertilização é um tanto desgastante para a mulher.

Normalmente, a mulher produz um óvulo por ciclo. Quando se faz FIV, para que se obtenha o número adequado de embriões, são necessários vários óvulos. Para obtê-los, a mulher é submetida à aplicação diária de hormônios injetáveis, durante 10 a 20 dias. Durante esse período, para monitorar a estimulação da ovulação, são realizadas

várias ecografias e exames de sangue. A coleta dos óvulos é feita por aspiração transvaginal, sob guia ecográfica, com a paciente analgesiada. (BADALOTTI,2010, p. 479)

Ainda de acordo com Badalotti (2010), a fertilização possui duas formas de ocorrência: a convencional, através da aproximação do óvulo ao espermatozóide, e a denominada injeção intracitoplasmática de espermatozóides (ICSI), que se dá através do depósito mecânico de um único espermatozóide no interior do citoplasma do óvulo. A ICSI é recomendada para o tratamento das esterilidades masculinas, pois consiste na introdução de espermatozóide não-fecundante por problemas de mobilidade, quantidade ou estrutura.

A indicação de uma ou outra técnica depende da causa da infertilidade, da idade feminina, do número de óvulos obtidos e da avaliação dos gametas no dia do procedimento. Usada inicialmente para resolver o problema dos casais em que a mulher apresentava fator tubário irreversível, a indicação foi ampliada e hoje é utilizada em casos de fator masculino, endometriose, fator imunológico e infertilidade sem causa. A ICSI resolve o problema da infertilidade por fator masculino severo e permite gravidez até para indivíduos azoospermicos, através da utilização de espermatozoides retirados do epidídimo e do testículo, além de ter sua indicação estendida para alguns fatores femininos.(BADALOTTI,2010,p.478)

Com o advento da ICSI, de acordo com Meirelles e outros (2011), as indicações de procedimentos com sêmen de doador tornaram-se bem mais raras, pois se consegue a fecundação mesmo na vigência de fator masculino grave. Portanto, as principais indicações da ICSI são o fator masculino grave e as falhas de fertilização anteriores.

A FIV, segundo Meirelles e outros (2011), é desenvolvida em quatro etapas: estimulação ovariana, aspiração folicular para coleta de oócitos, fecundação em laboratório e a transferência dos embriões. Como primeira etapa, a estimulação ovariana tem papel fundamental para pacientes com distúrbios ovulatórios, e se dá através da gonadotrofina (hormônio protéico importante na vida reprodutiva feminina). Por conseguinte, a aspiração folicular visa à coleta de oócitos para a fecundação *in vitro*, sendo o procedimento realizado através de sedação. A penúltima etapa consiste na fecundação em laboratório, onde os espermatozóides são colocados em contato com o óvulo em uma placa levada à incubadora e, por fim, a transferência de embriões, realizada após 48 a 72 horas da inseminação dos oócitos, quando se transfere o material para o útero.

Importa mencionar também que a FIV abrange técnicas que complementam a reprodução como congelamento de embriões, diagnóstico genético, doação de sêmen, óvulos, embriões, útero.

Quando combinadas à doação, as técnicas de FIV são chamadas de heterólogas; no caso contrário, de homólogas. Nestas, há coincidência entre os genitores, que fornecem os gametas (o material biológico e genético), e os futuros pais (que demandam pelo bebê). Nas técnicas heterólogas (IA-D, FIV-D), que envolvem o recurso à doação, não existe coincidência entre a origem da demanda por reprodução (os chamados pais sociais) e a origem dos gametas (os pais e mães biológicas), o que pode resultar em uma variada possibilidade de combinações parentais. (CORRÊA, LOYOLA, 2005, p.105)

Dessa forma, é possível compreender que a medicina possibilitou através das técnicas de reprodução assistida criar procedimentos para possibilitar a reprodução em vários casos de acordo com a infertilidade do casal, e que se tornou a última tentativa diante das falhas no tratamento ginecológico da infertilidade.

2.3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL

Segundo Moura, Souza e Scheffer (2009), o marco mais importante da história da reprodução humana assistida foi o nascimento de Louise Brown, em 25 de julho de 1978, considerada o primeiro bebê de proveta do mundo. Leslie Brown, mãe de Louise, possuía um bloqueio nas tubas uterinas e conseguiu engravidar com o apoio do embriologista Robert Edwards e ginecologista Patrick Steptoe. Já no Brasil, o pioneiro da fertilização *in vitro* Milton Nakamura possibilitou o nascimento de Anna Paula Caldeira, no dia 7 de outubro de 1984, pois sua mãe Ilza Maria tinha quatro filhos e não podia mais engravidar.

Desse modo, a partir da experiência bem-sucedida de RHA no Brasil, as discussões acerca do procedimento tornaram-se frequentes, fazendo com que o assunto fosse amplamente divulgado pela mídia e, dessa maneira, possibilitou que os indivíduos afetados pela infertilidade buscassem informação e acesso à técnica. Para Medeiros e Verdi (2010), a RHA, com a ajuda da mídia, tornou-se um objeto de reivindicação populacional, que foi demandada como um direito fundamental.

Ressalta-se que o foco da mídia e da população a respeito das técnicas ensejou da necessidade de regulamentação a respeito da reprodução humana assistida. A primeira normatização adveio do Conselho Federal de Medicina (CFM), em 1992, por intermédio da resolução nº 1.358/92, e somente em 2005 surgiu a regulamentação no Sistema Único de Saúde (SUS).

Segundo Diniz, D. (2003), o embate legislativo a respeito da RHA teve um atraso de dez anos da realização do primeiro procedimento, que ocorreu em 1982. O primeiro projeto de lei a respeito da RHA, o PL 3638/1993, foi de autoria do deputado Luiz Moreira, porém, o

debate legislativo só se desenvolveu no final dos anos 90, através da discussão do Senado Federal. Ainda, na visão da mesma autora, o principal motivo do engessamento do projeto se deu ao fato de que mesmo apresentava uma transposição da Resolução 1538/92 do CFM, e equivocadamente gerou uma suposição de que o projeto só tratava sobre questões técnicas para a medicina reprodutiva. A discussão voltou à tona com a clonagem da ovelha Dolly e a discussão acerca da pesquisa genômica com seres humanos.

Consoante a legislação, a reprodução humana assistida é regida pela Resolução nº 2.013/13 e pela Lei de Biossegurança nº 11.105/05, contando com o amparo da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 9.263/96, além da portaria nº 426/GM, em 22 de março de 2005, e da Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012, que normatiza a respeito da destinação de recursos às técnicas reprodutivas para o público-alvo.

No âmbito do SUS, foi instituída a Portaria nº 1459/GM/MS, denominada Rede Cegonha, que visa assegurar à mulher o direito às ações do planejamento reprodutivo e atenção humanizada, à gravidez, ao parto e ao puerpério, assim como amparo à criança, ao crescimento, nascimento seguro e desenvolvimento saudável. (BRASIL, 2011)

2.3.1 A reprodução humana assistida e a legislação civil

Para Venosa (2006), o código civil não normatiza a reprodução humana assistida, mas aceita a realidade da problemática, procurando dar uma solução a respeito da paternidade. Desse modo, o Código Civil de 2002 não aborda especificamente o procedimento de reprodução humana assistida, mas reconhece, implicitamente, a sua implementação, do mesmo modo que regulamenta o reconhecimento paterno dos filhos havidos pela concepção artificial. Aborda o artigo 1567, III a V, do Código Civil:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002)

Conforme Souza (2010), o artigo 1597 do Código Civil estabelece a presunção *pateris est* para algumas técnicas de reprodução medicamente assistida.

As técnicas, então, que estão sob o manto da presunção *pater is est* são as seguintes: no inciso III, a inseminação artificial homóloga e fertilização *in vitro* homóloga, casos em que haverá coincidência entre a paternidade biológica e a legal; o inciso IV

refere-se a embriões excedentários pela utilização da fertilização in vitro homóloga, hipótese em que também haverá coincidência entre a paternidade biológica e a paternidade legal; e, finalmente, o inciso V prevê a inseminação artificial heteróloga com prévia autorização do marido, sendo a única hipótese em que as paternidades biológica e legal não coincidirão.(SOUZA,2010, p. 348)

Segundo Andrade, Athiê e Miranda (2016), o Código Civil, no artigo 1.597, expressa a irrevogabilidade da filiação, pois o parceiro, ao consentir anteriormente que a parceira se submeta ao procedimento, assume a paternidade pela criança, não podendo negar a filiação mais tarde, salvo se provar que a criança não foi gerada a partir do procedimento. A partir disto, é possível constatar que o consentimento do casal a fim de realizar o procedimento atribui a paternidade e a maternidade ao filho gerado pela concepção artificial.

Importa mencionar que, se a mulher quiser instituir família monoparental, o sêmen utilizado para a fertilização será oferecido por doado anônimo, protegido pela Resolução 1538/92 do CFM (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1992).

2.3.2 Política nacional de atenção integral em reprodução humana assistida

A Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, através da portaria n 426/GM de 2005, aprovada pelo Ministro da Saúde Humberto Costa, é uma política específica do SUS que visou dar acesso ao procedimento de reprodução humana assistida ao público alvo. (BRASIL, 2005)

Segundo Ventura (2009), a Portaria 426/GM de 2005 incluía casais com infertilidade como pessoas com doenças transmissíveis, como a AIDS. A política da portaria envolvia as esferas federal, estadual e municipal, de modo a oferecer, conforme o artigo 2º, uma linha de cuidados integrais por meio de uma equipe multidisciplinar visando à promoção, prevenção, tratamento e reabilitação, bem como a identificação dos problemas da infertilidade, e definir critérios para o funcionamento dos serviços que realizam o procedimento de reprodução humana assistida tanto para os casais inférteis, quanto àqueles que se beneficiem para controlar transmissão de doença, além de coordenar estudos para a efetividade e qualidade da área de reprodução assistida no Brasil e garantir democratização das informações promovendo intercâmbios com outros subsistemas de informações setoriais. E, por fim, qualificar e promover a educação dos profissionais da saúde envolvidos na política em conformidade com o princípio da integralidade.

A portaria 426/GM, de 2005, também contava com a divisão dos procedimentos de atenção básica, média e alta complexidade. De acordo com o artigo 3º, I a III:

Art. 3º Definir que a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, de que trata o artigo 1º desta Portaria, seja constituída a partir dos seguintes componentes fundamentais:

I - Atenção Básica: é a porta de entrada para a identificação do casal infértil e na qual devem ser realizados a anamnese, o exame clínico-ginecológico e um elenco de exames complementares de diagnósticos básicos, afastando-se patologias, fatores concomitantes e qualquer situação que interfira numa futura gestação e que ponham em risco a vida da mulher ou do feto;

II – Média Complexidade: os serviços de referência de Média Complexidade estarão habilitados a atender aos casos encaminhados pela Atenção Básica, realizando acompanhamento psicossocial e os demais procedimentos do elenco deste nível de atenção, e aos quais é facultativa e desejável, a realização de todos os procedimentos diagnósticos e terapêuticos relativos à reprodução humana assistida, à exceção dos relacionados à fertilização *in vitro*; e

III - Alta Complexidade: os serviços de referência de Alta Complexidade estarão habilitados a atender aos casos encaminhados pela Média Complexidade, estando capacitados para realizar todos os procedimentos de Média Complexidade, bem como a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial.(BRASIL,2005)

Porém, a portaria 426/GM, 2005, foi revogada pela portaria ministerial nº 2.048/ GM, de 2009, devido à necessidade de avaliar os impactos financeiros. Assim, atualmente não há o acesso universal para as tecnologias reprodutivas no âmbito do SUS, mas há hospitais de referência da rede pública que oferecem as técnicas aos diretamente afetados.

Segundo Ventura (2009), a lei federativa garante assistência à concepção, portanto, as técnicas reprodutivas devem ser disponibilizadas para quem se encaixa nos parâmetros legislativos. Desse modo, a realidade brasileira ainda é de violação de direitos consagrados normativamente.

Em 28 de dezembro de 2012, o Ministério da Saúde aprovou a portaria nº 3.149, que destinou recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de reprodução humana assistida no âmbito do SUS. De acordo com o artigo 1º da respectiva portaria:

Ficam destinados recursos financeiros no valor total de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização *in vitro* e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides. (BRASIL,2002)

Os serviços disponibilizados nos hospitais exigem uma série de requisitos para que os casais possam acessar aos serviços. Ademais, mesmo com a normatização da destinação de recursos, não há suficiência para todos os inscritos, totalizando uma imensa fila de espera. Além disso, o serviço prestado pode não ser totalmente gratuito, devendo o casal arcar com os medicamentos prescritos para o tratamento da infertilidade.

Segundo Samrsla e outros (2006), o Estado disponibiliza o acesso à reprodução humana assistida, porém, a tecnologia está longe do alcance de todos pela escassez da oferta, acabando por ferir o princípio da equidade na saúde pública, não atingindo aqueles que precisam ser vistos individualmente. A responsabilidade do Estado em fomentar a expectativas das mulheres procriarem estabelece uma relação de descaso, pois a esperança do casal existe e persiste, porém, o serviço oferecido pelo estado não é capaz de suprir a necessidade de engravidar, tornando os casais pobres mais afastados dos benefícios garantidos constitucionalmente.

Desse modo, o impasse das políticas públicas destinadas à população que procura o serviço de reprodução humana assistida depara-se com a grande fila de espera e um descaso quanto à integralidade dos serviços prestados, tendo que arcar com despesas de medicamentos.

3 PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DE ACESSO AO PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PELO PODER PÚBLICO

O procedimento de reprodução humana assistida busca amparar-se em uma seara de direitos e princípios constitucionais que viabilizam a sua obtenção através do poder público. Deste modo, para melhor compreensão do tema, é necessário discorrer sobre a Constituição Federal e os direitos e garantias fundamentais, bem como os deveres do Poder Público na concretização e proteção destes direitos, abordar os princípios e direitos constitucionais acerca do procedimento de reprodução humana pelo Poder Público e o papel do Poder Judiciário na colisão de princípios constitucionais.

3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Constituição é o ato de constituir, firmar e estabelecer um grupo de pessoas, organização, formação. Em termos jurídicos, a Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos (MORAES, 2016, p. 28).

No cenário brasileiro, as constituições promulgadas anteriormente à constituição vigente denotam as diversas transições de regimes políticos implementados no país até alcançar a estabilidade constitucional experimentada atualmente. De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017), a constituição vigente apresenta-se como um documento comprometido com a transformação, assumindo uma liderança no que tange aos critérios de ordem social, econômica, ambiental e cultural.

A denominada “Constituição Cidadã”, promulgada em 5 de outubro de 1988, na visão de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017), veio a demonstrar uma evolução sem precedentes na história do Brasil, seja pelo seu conteúdo, quanto pela amplitude, tratando-se de uma contribuição jurídico-política para o constitucionalismo mundial, em vista das tendências na esfera do direito constitucional mundial aliadas as peculiaridades do texto brasileiro.

O texto constitucional brasileiro, conforme ensina Moraes (2016), abarcou uma classificação formal, escrita, legal, dogmática, promulgada, (democrática, popular), rígida e analítica. Desse modo, a Constituição federal classifica-se em formal, pois foi constituída de

forma escrita, por documento solene emanado do poder constituinte originário; dogmática ao ponto que sistematiza princípios e ideias fundamentais da teoria política e do direito através de um órgão constituinte; promulgada devido à participação do povo que elege representantes para compor a Assembleia Constituinte; rígida em virtude de sua alteração só ser possível através de um processo legislativo mais dificultoso do que o existente para a edição de espécies normativas; analítica porque regulamenta todos os assuntos pertinentes à formação e ao funcionamento estatal.

Dada a sua completa classificação, menciona-se que a Constituição Cidadã é fruto de uma construção sobre um pilar ético-jurídico-político que resguarda os valores mais caros da existência humana, ao sedimentar em seu texto os direitos e garantias fundamentais.

Para Branco e Mendes (2017), a manifestação dos direitos fundamentais como norma obrigatória é resultado de uma evolução no que tange à inversão da relação entre Estado e indivíduo, reconhecendo que o indivíduo possui primeiramente seus direitos e posteriormente seus deveres diante do Estado, bem como os direitos que o Estado possui em relação aos cidadãos se objetivam, primeiramente, em cuidar melhor de suas necessidades.

Segundo Novelino (2016), depois de superada a carência normativa e a dependência de intermediação do legislador, os direitos fundamentais assumiram definitivamente o caráter de normas constitucionais, vinculando todo o poder público, inclusive o legislador.

De acordo com Moraes (2017), a positivação dos direitos e garantias fundamentais como normas constitucionais, pela Constituição de 1988, dividiu-se em cinco espécies: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Desse modo, a doutrina os classificou como os direitos fundamentais em três gerações baseando na ordem cronológica em que passaram a ser reconhecidos.

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta. Referindo-se aos hoje chamados direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século, Temístocles Brandão Cavalcanti analisou que “o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.” Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. (MORAES, 2016, p. 44-45)

Os direitos e garantias fundamentais relacionam-se diretamente para assegurar a proteção e efetividade na esfera de direitos constitucionais:

O reconhecimento e declaração de um direito no texto constitucional são insuficientes para assegurar sua efetividade. São necessários mecanismos capazes de protegê-lo contra potenciais violações. As garantias não são um fim em si mesmo, mas um meio a serviço de um direito substancial. São instrumentos criados para assegurar a proteção e efetividade dos direitos fundamentais. (NOVELINO, 2016, p.274)

Todavia, os direitos fundamentais são distintos de suas garantias, pois, para Moraes (2017, p.45), “os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias”. Portanto, as garantias assumem um caráter instrumental perante os direitos fundamentais, a fim de que estes não assumam caráter meramente declaratório.

Além disso, a fim de que direitos e garantias fundamentais não permaneçam somente no direito formal, a Constituição, no artigo 5º, definiu que normas de direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata, ou seja, para Branco e Mendes (2017, p. 141), “o significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático.

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017), em respeito à norma contida no artigo 5, § 1º da Constituição de 1988, é possível extrair um dever de otimização das normas de direitos fundamentais como uma norma impositiva de aplicação imediata, não excluindo sua efetividade e eficácia. Portanto, os direitos fundamentais não são normas programáticas e não podem ser reduzidas a meras normas destituídas de efetividade e eficácia. Por conseguinte, é possível estabelecer uma presunção de que as normas fundamentais se tratam com eficácia plena, ou seja, a lei não poderá operar como fato impeditivo da aplicação destas normas, respeitados o exame de cada direito fundamental e as diversas posições jurídicas que o integram.

Dessa forma, Puccinelli Júnior (2015) aponta que, ao examinar os direitos fundamentais, compreende-se que não há possibilidade de serem absolutos, embora efetivos, encontram limites na sua interação com valores constitucionais contrapostos e, muitas vezes, sua limitação é imposta para preservar a ordem pública ou a coletividade. Ademais, o modo de interação dos direitos fundamentais com outros de igual relevância resultam conflitos que a doutrina enfatiza como colisão de direitos fundamentais.

A colisão dos direitos fundamentais pode suceder de duas maneiras: (1) o exercício de um direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais); (2) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais. (CANOTILHO; VIDAL MOREIRA, 1991, p. 135)

A esse respeito, é preciso considerar que:

As restrições aportadas ao exercício dos direitos fundamentais somente são admissíveis se justificadas por outros direitos ou valores constitucionais que, no caso concreto, se revelam tão ou mais relevantes do que a prerrogativa cerceada. Ademais disso, é preciso que as limitações impostas sejam proporcionais e razoáveis, utilizando-se apenas os meios adequados e estritamente necessários à proteção dos fins constitucionais”. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2015, p. 261)

Para Branco e Mendes (2017), a limitação dos direitos fundamentais dá margem a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente tutelados, portanto, é necessário estabelecer o âmbito de proteção de cada direito, identificando seu objeto e também o tipo de agressão que este direito possa vir a desproteger.

Portanto, os direitos fundamentais, sem dúvida, expressam o conteúdo mais avançado do direito constitucional brasileiro, alavancando o efetivo exercício dos direitos individuais e coletivos. Embora seu núcleo protetivo seja assegurado pela norma constitucional, os direitos fundamentais apresentam um conteúdo aberto e variável, e, ao caso concreto, é exigível um exaustivo esforço de interpretação a fim de que os ditames fundamentais atinjam com perfeição seu objetivo, seja aos seus destinatários, seja ao ponderador da relação constitucional.

3.1.1 Deveres do Poder Público na proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais

O Poder Público, em uma perspectiva histórica, foi responsável por inúmeras violações no âmbito dos direitos fundamentais. Mas as diversas revoluções sociais enfrentadas pela sociedade acabaram por modificar o papel do poder público como detentor do poder, transformando-o em instituto regulador de relações sociais e protetor de direitos.

Marmelstein (2016) ensina que os direitos fundamentais, inicialmente, desempenharam a função de limitar o poder do Estado, concebendo aos indivíduos autonomia para se relacionar em sociedade, servindo como um paralelo entre o Estado absoluto ao Estado de direito. Dentre os pensadores que avançaram no sentido de questionar o poder estatal, destaca-se Johannes Althusius (1557-1638), que, em sua obra, **Política** (grifo da

autora), datada de 1603, trouxe a ideia de limitação do poder, retomada por John Locke, na obra Segunda tratada sobre o governo em 1690.

Desse modo, a limitação do poder foi imprescindível para criar o Estado democrático de direito, e, por conseguinte, reconhecer os direitos fundamentais. Para Marmelstein (2016, p.37), “A técnica da separação dos poderes - instituto básico do Estado de Direito - caminha lado a lado com os direitos fundamentais. De fato, o sistema de freios e contrapesos é essencial para evitar o abuso do poder e, conseqüentemente, para proteger os indivíduos do arbítrio estatal”.

Logo, o modelo político de estado democrático de direito, pautado eticamente no bem-estar coletivo e na divisão de poderes, instituiu, através da normatização constitucional dos direitos fundamentais, a vinculação do Estado a estes preceitos.

O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. (BRANCO; MENDES, 2017, p.136).

Além disso, a constitucionalização dos direitos fundamentais reproduziu uma dimensão de direitos, denominada subjetiva e objetiva. Quanto à dimensão subjetiva, expõe Novellino (2016) que os direitos fundamentais são analisados sob a ótica de um indivíduo, sendo ele titular da posição jurídica contemplada pela norma. Todavia, os direitos não podem ser somente relacionados aos indivíduos, já que há posições jurídicas oponíveis, como o Estado, que também são juridicamente válidas.

Para Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2017), no âmbito constitucional brasileiro, recepciona-se a noção de que os direitos fundamentais não se limitam a serem somente subjetivos, pois se apresentam num conjunto de valores e fins da ação positiva do poder público e não apenas garantias dos interesses individuais. Desse modo, a Constituição de 1988 reconduziu o poder público a uma dimensão objetiva, que, conseqüentemente, legitimou o dever de proteção do Estado.

A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos. Importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados. Esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não

exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (incluindo o direito à saúde). O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais. (BRANCO; MENDES, 2017, p. 153)

Também, a dimensão objetiva participou para vincular os poderes aos direitos fundamentais:

Em função da perspectiva objetiva que lhes confere carga valorativa essencial, espelhando um modelo de conduta socialmente desejável a doutrina vem conferindo aos direitos fundamentais eficácia irradiante, de modo a vincular os Poderes Públicos à sua plena observância, ou seja, o Legislativo na elaboração normativa, o Executivo na administração da coisa pública e o Judiciário na resolução dos conflitos que chegam às suas portas. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2015, p.265)

A vinculação dos poderes públicos aplica-se a cada núcleo em que os direitos fundamentais estão inseridos. De acordo com Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2017), a vinculação do legislador resulta em um mandado de conformação de acordo com os parâmetros exigidos pela norma, e os órgãos da administração devem executar seus atos totalmente em conformidade com o texto das normas fundamentais, sob pena de anulação pelo poder judiciário. O vínculo do poder judiciário aos direitos fundamentais destaca-se ao resguardar os preceitos constitucionais.

Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, da CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível. Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais. (Branco, Mendes, 2017, p.140)

Diante disto, denota-se que a Constitucionalização dos direitos fundamentais modificou completamente o papel do Estado, obrigando-o a observar as necessidades básicas da coletividade, e conseqüentemente, legitimando o indivíduo a exigir a fruição destes direitos.

3.2 PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ACERCA DO PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA PELO PODER PÚBLICO

É cediço no direito constitucional que as normas jurídicas comportam em seu núcleo duas grandes espécies, as regras e os princípios. São por meio destas espécies que o direito

constitucional manifesta-se no mundo físico, legitimando seus indivíduos a buscarem pela sua exigibilidade.

Os princípios - notadamente os princípios constitucionais - são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito. (BARROSO, 2014, p.238)

Ainda de acordo com o autor supracitado:

O principal valor subjacente às regras é a segurança jurídica. Elas expressam decisões políticas tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, que procederam às valorações e ponderações que consideraram cabíveis, fazendo com que os juízos por eles formulados se materializassem em uma determinação objetiva de conduta. Não transferiram, portanto, competência valorativa ou ponderativa ao intérprete, cuja atuação, embora não seja mecânica – porque nunca é –, não envolverá maior criatividade ou subjetividade. Regras, portanto, tornam o Direito mais objetivo, mais previsível e, conseqüentemente, realizam melhor o valor segurança jurídica. (BARROSO, 2014, p.243)

Desse modo, no âmbito constitucional, as regras e os princípios buscam amparar uma seara de direitos fundamentais, que, em alguns casos não se encontram expressamente na Constituição, mas permitem sua exigibilidade através da interpretação. Neste mesmo viés, é possível constatar que o acesso ao procedimento de reprodução humana assistida pelo Poder Público, mesmo que não possua lei específica que promova o acesso igualitário a estas técnicas, é um direito de todos os indivíduos, pois conta com interpretação constitucional e princípios motivadores. Sendo assim, é necessário abordar regras e princípios que motivam o acesso de reprodução assistida pelo Poder Público.

3.2.1 Direito à vida

O direito à vida relaciona-se diretamente com a existência do ser humano, sendo assegurado pela Constituição no artigo 5º, caput. De acordo com Novelino (2016), o âmbito de proteção do direito à vida abarca a inviolabilidade do direito à vida por parte do Estado e de outros indivíduos, bem como a irrenunciabilidade, que protege este direito de seu próprio titular.

Segundo Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2017), o direito à vida é fundante dos demais direitos fundamentais e um pré-requisito da existência dos demais direitos fundamentais.

Portanto, o núcleo do direito à vida é superior a todos existente, sendo possível, através dele, a exigibilidade dos demais.

Os avanços tecnológicos, bem como as mudanças sociais, ocasionam uma nova forma de definição do direito à vida, englobando diversos temas ao núcleo de proteção deste direito fundamental.

A expressão “direito à vida” está particularmente ligada, hoje, à discussão sobre a legitimidade da interrupção do processo de gestação e ao debate sobre a liceidade da interrupção voluntária da existência em certas circunstâncias dramáticas e peculiares. O direito à vida, porém, não tem a sua abrangência restrita a essas questões. Estudos já o contemplavam desde tempos mais remotos, tanto em discursos seculares como em produções de cunho religioso. Recordar-se, a esse propósito, que no século XIII, o filósofo escolástico Henry de Ghent sustentava que todas as pessoas “têm o direito, segundo a lei natural, de se lançar a atos de autopreservação”. Em outros contextos, o direito à vida aparece vinculado aos direitos a integridade física, a alimentação adequada, a se vestir com dignidade, a moradia, a serviços médicos, ao descanso e aos serviços sociais indispensáveis. No século XX, porém, sobretudo a partir da sua segunda metade, intensifica-se o exame do direito à vida em seus desdobramentos ligados à reprodução humana. (BRANCO; MENDES, 2017, p.228)

O Estado atua como destinatário direto do direito à vida, eis que possui a tutela de seus indivíduos e, desse modo, deve promover todas as formas de proteção e respeito deste direito. Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2017) pontuam que a proteção e o respeito ao direito à vida remontam a uma relação com as posições jurídicas negativas e positivas que se vinculam à dimensão objetiva e subjetiva, porquanto, os deveres de proteção do Estado não se restringem a proibir a violação do direito à vida, mas impõem diversas obrigações de agir positivo, especialmente no dever subjetivo à prestação, qual sejam, dever de amparo financeiro e prestações de serviços que promovam a sobrevivência e a vida digna.

3.2.2 Direito à saúde e o direito ao acesso da reprodução humana assistida pelo Poder Público

O direito à saúde é um direito social, com expressa previsão na Constituição Federal. O artigo 6º regula que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

Ainda, preza o artigo 196 da Carta Magna: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de

doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL,1988).

Deste modo, destaca-se claramente que o direito fundamental à saúde constitui uma exigência de prestação por parte do Estado, que deve promovê-la através de políticas públicas.

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (BRANCO, MENDES, 2017, p.597)

Novelino (2016), em seus ensinamentos, declara que a constituição conferiu ao poder público a obrigação de adotar medidas preventivas e reparadoras no âmbito da saúde, na condição de destinatário principal. Todavia, a família e a sociedade são também responsáveis pela efetivação deste direito. Ainda, além do dever de criação de medidas, o Estado tem o dever de agir, fornecendo toda prestação material e jurídica adequada à proteção, promoção e manutenção da saúde, independentemente da situação econômica do cidadão.

Nesta condição de acesso igualitário, o Poder público instituiu o Sistema Único de Saúde, que nos termos do artigo 198 da Constituição:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - Participação da comunidade. (BRASIL, 1988)

O constituinte, ao criar o SUS, adotou uma rede de serviços regionalizada, onde a competência foi distribuída a todos os entes da federação (União, estados, municípios e Distrito federal), para que, solidariamente, desenvolvam e promovam a saúde junto à coletividade. Ademais, a Constituição também abarca os objetivos do Sistema Único de Saúde, quais sejam:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
 - V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
 - VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
 - VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
 - VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.
- (BRASIL,1988)

Branco e Mendes (2017) ressaltam que a carta constitucional visou elencar as atribuições do SUS de forma mais ampla, contudo, no plano infraconstitucional, o modelo disciplina-se pelas leis 8.142/90 e 8.080/90.

O direito à saúde, na visão de Agra (2014), ultrapassa o direito à vida, no ponto que resguarda a integridade física, corporal e psicológica, bem como o direito ao desenvolvimento da personalidade. Não se resguarda a somente evitar que o ser humano contraia doenças, mas também que possa exercer todas as suas capacidades em consonância com seu objetivo existencial.

Logo, o direito retratado obriga o Estado ao cumprimento destas demandas de forma ampla. Por isso, segundo Agra (2014), já que o estado executa medidas para proteger a dignidade da pessoa humana, são exigidas ações de prevenção por parte do poder público, como o controle de surgimento de doenças e também ações de fins recuperativos, com a finalidade de restabelecer o bem-estar da coletividade.

Para Cook, Dickens e Fathalla (2004), no âmbito da saúde reprodutiva o conceito de saúde abrange muito mais do que ausência de doenças, mas também abarca o bem-estar físico e psicológico. Logo, a saúde reprodutiva é um conjunto de vários elementos, ao ponto que um ser humano infértil não pode ser saudável se lhe faltar este específico elemento, mesmo que dispunha de outros que lhe caracterizem saúde.

Logo, o direito à saúde, abarca todos os demais direitos provenientes, portanto, o direito reprodutivo é uma especialização do direito à saúde por meio da interpretação infraconstitucional, impondo ao Estado o dever de possibilitar aos indivíduos acesso a estas técnicas.

Ainda, para Krell (2011), quando um indivíduo torna-se incapaz de procriar naturalmente, ele tem direito de exigir que o Estado atue disponibilizando meios para que ele possa ter filhos através da técnica de reprodução assistida, por ser extensão do direito à saúde sexual do indivíduo, e, além disso, um direito fundamental.

Desta forma, com o avanço tecnológico e as diversas discussões acerca da RHA, o estado acabou por disponibilizar, no SUS, o acesso a estes serviços, criando uma política nacional de atenção integral a RHA, por meio da portaria 426/GM de 2005, abrangendo todo tipo de exames, bem como as técnicas de FIV e a inseminação artificial. Contudo, atualmente, a reprodução humana assistida não conta com lei específica, mas tem seu acesso promovido pelo Estado através de programas implementados para atender as demandas reprodutivas.

3.2.3 Direito ao livre planejamento familiar

O planejamento familiar é uma espécie de direito fundamental que se encontra sediado em outra parte do texto constitucional. O artigo 226, §7º, regula que:

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. (BRASIL, 1988)

Segundo o Ministério da Saúde, “o planejamento familiar é um conjunto de ações que auxiliam as pessoas que pretendem ter filhos e também quem pretende adiar o crescimento da família” (BRASIL, 2013). Portanto, o Estado atua conjuntamente auxiliando os indivíduos no planejamento familiar, mas é do casal a livre escolha quanto à formação da família e o desejo de ter filhos, sem intromissão estatal. Sendo assim, a vontade de gerar seus próprios filhos aliados ao fato de não poder através da concepção natural, é elemento justificativo, para postular técnicas que promovam este desejo.

Além da expressa menção no diploma constitucional, o planejamento familiar conta com regulamentação através da lei 9.263/96, que obriga o SUS a fornecer os serviços de assistência a concepção e contracepção, por força do artigo 3º, qual seja:

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras: I - a assistência à concepção e contracepção; [...] (BRASIL, 1996)

É de se concluir, através da hermenêutica, que a lei do planejamento familiar, ao oferecer os métodos científicos de concepção, abarca também a reprodução humana assistida,

e, conseqüentemente, deve ser propiciada aos indivíduos que se encaixam nos parâmetros de acepção.

Ressalta-se, portanto, que foi a partir da lei 9.263/96, que a possibilidade de acesso a RHA pelo poder público começou a ser discutida, pois a lei, de todo modo, vista como a promover todos os métodos de contracepção, começou a ser visada para indivíduos inférteis que procuravam promover a concepção.

O legislador ordinário quando da elaboração da Lei em questão. Não obstante a expressão planejamento familiar ter uma conotação mais significativa de controle populacional – sobretudo em países como o Brasil ou até mesmo em pior situação – é inquestionável, data venia, que a mesma terminologia possui um viés positivo, no sentido de se possibilitar aos casais com dificuldades de reprodução o acesso aos meios já existentes de procriação assistida. (SEGALLA; SILVEIRA, 2009, p.1377)

Diante disso, o planejamento familiar contribui, em uma acepção positiva, para que casais inférteis postulem junto ao Estado a reprodução humana assistida, como meio de requerer seu direito ao livre planejamento familiar, no sentido de gerar a vida e a formação da entidade familiar, de acordo com sua escolha.

3.2.4 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é um fundamento do Estado democrático de direito, consagrado pela Constituição Federal, em seu artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos; [...] III- a dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, 1988)

Na concepção de Novelino (2016), a dignidade da pessoa humana é “considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular”.

Portanto, dignidade é um valor intrínseco a todo ser humano, seja qual for sua raça, religião, sexo, idade e condição social, ou seja, é colocada de forma absoluta no sistema jurídico, sendo impassível de valorar a dignidade de um indivíduo para outro.

Segundo Moraes (2016), não haverá um Estado de direito se não for respeitada a dignidade da pessoa humana. Por este motivo, o Estado deve promover esta dignidade,

através de diversas condutas, a todas as pessoas que não conseguem manter, por si, o mínimo existencial.

A dignidade da pessoa humana atua diretamente na fruição de todos os demais direitos elencados na Carta Magna.

O princípio da dignidade humana é o fundamento filosófico e jurídico dos direitos humanos e se expressa nestes direitos, funciona também como metanorma, indicando como devem ser interpretadas e aplicadas as outras normas e princípios, em especial as normas definidoras de direitos fundamentais, ampliando o seu sentido, reduzindo- os ou auxiliando em conflitos entre direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é a chave de interpretação material das demais normas jurídicas. (MAGALHAES, 2012, p.154)

Com relação ao tema, o princípio da dignidade da pessoa humana visa efetivar todos os demais direitos que são intrínsecos ao indivíduo, em foco, o direito à saúde. De acordo com Soares (2010), a força normativa deste princípio constitucional reconhece a necessidade de assegurar os direitos individuais do cidadão, seja vida, liberdade, igualdade, em que sua concretização demanda participação ativa do Estado, mas ainda acarreta a necessidade de efetivar, com toda abrangência, os direitos sociais, que ensejam prestações positivas do Estado.

3.2.5 Princípio da eficiência

De acordo com Moraes (2016), atividade do Poder Público produz uma série de prerrogativas e deveres para com sua população, criando assim uma relação direta com os indivíduos, que, ao respeitarem o ordenamento jurídico, exigem que as obrigações do Estado se perfaçam da maneira mais efetiva possível. Portanto, o princípio da eficiência exige da Administração Pública a adoção de todos os meios morais e legais para buscar a satisfação do bem comum.

Assim, “a atividade da Administração Pública deve ter em mira a obrigação de ser eficiente. Trata-se de um alerta, de uma advertência e de uma imposição do constituinte derivado, que busca um Estado avançado, cuja atuação prime pela correção e pela competência” (BRANCO, MENDES, 2017, p. 768).

Desse modo, a prestação dos serviços fornecidos pela Administração deve basear-se no desempenho e no cumprimento efetivo de seus fins. Para Meirelles (2009), o princípio da eficiência foi incluído devido à necessidade de a administração melhorar seu desempenho,

indo além da legalidade, promovendo resultados no atendimento das demandas sociais, como dever precípua da administração.

Tendo em vista a importância do resultado para a administração pública, leciona Branco e Mendes (2017, p.769):

Pode-se concluir que o constituinte reformador, ao inserir o princípio da eficiência no texto constitucional, teve como grande preocupação o desempenho da Administração Pública. Por essa razão, sem descuidar do interesse público, da atuação formal e legal do administrador, o constituinte derivado pretendeu enfatizar a busca pela obtenção de resultados melhores, visando ao atendimento não apenas da necessidade de controle dos processos pelos quais atua a Administração, mas também da elaboração de mecanismos de controle dos resultados obtidos.

A partir do princípio da eficiência, importa mencionar que a implementação dos programas implementado pelo poder público, como no caso das técnicas de produção humana assistida, devem operar, criando mecanismos eficientes para distribuição do serviço, para que seja concretizada as regulamentações previstas normativamente.

Segundo Masson (2016), o princípio da eficiência apresenta-se como um apelo para que a interpretação dos direitos e garantias seja realmente alcançada com a finalidade de extrair e aperfeiçoar todo o potencial protetivo da norma.

A partir do exposto, é possível extrair que, no âmbito das políticas reprodutivas, o poder público deve procurar atingir o máximo de eficiência possível através da aplicação das normas acerca da matéria, a fim de que as políticas atinjam suas finalidades progressivamente, possibilitando através deste princípio, um compromisso com o bem-estar social na concretização destes direitos.

3.2.6 Princípio da reserva do possível

A reserva do possível é um princípio emanado para fundamentar a negativa do Estado em concretizar alguns direitos, sob a alegação de escassez de recursos. De acordo com Vasconcelos (2016), se o Estado demonstrar fundamentadamente que em determinado momento não possui recursos financeiros para todas as políticas estatais, pode abster-se de efetivá-las, postergando para um momento futuro.

Para Masson (2016), a reserva do possível, em sua origem alemã, não se relacionava diretamente com a restrição orçamentária enquanto limites para a concretização dos direitos sociais, mas sim a uma ponderação acerca da razoabilidade da pretensão aduzida tendo em vista sua efetivação. Todavia, o direito pátrio acabou transformando a teoria em uma reserva financeiramente possível que limita a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A doutrina divide a cláusula da reserva do possível em fática e jurídica. A primeira se trata da já vista absoluta inexistência ou insuficiência de recursos financeiros e orçamentários para a concretização do direito social, ao passo que a segunda é a falta de recursos para atender uma finalidade específica. (VASCONCELOS, 2016, p.299)

A reserva do possível, de acordo com Novelino (2016), só pode ser invocada com a finalidade de exonerar o Estado de suas obrigações constitucionais pela ocorrência de um motivo justo. Ressalta o autor que cabe ao Estado o ônus probatório, não podendo alegar o princípio de maneira genérica para se escusar das prestações.

A possibilidade de se invocar a reserva do possível em relação aos direitos sociais que compõem o mínimo existencial não encontra resposta homogênea na doutrina. De um lado, há quem defenda não existir um direito definitivo ao mínimo existencial, mas sim, necessidade de um ônus argumentativo pelo Estado tanto maior quanto mais indispensável for o direito postulado. De outro, há quem atribua caráter absoluto ao mínimo existencial, não o sujeitando à reserva do possível. (NOVELINO, 2016, p. 463)

As técnicas reprodutivas, por serem procedimentos de alto custo, não conseguem ser acessadas por indivíduos hipossuficientes, que dependem exclusivamente das previsões orçamentárias do Estado para dar efetividade às políticas reprodutivas. Todavia, as pretensões dos indivíduos encontram limites na reserva do possível.

É preciso levar em consideração que, em relação aos direitos sociais, a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada indivíduo. Enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um

direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. (BRANCO, MENDES, 2017, p.581)

Ante o exposto, ressalta Masson (2016, p. 293) que a realização dos direitos sociais depende da razoabilidade da pretensão individual e social postulada em face do Poder Público, bem como a existência orçamentária para concretizar as prestações exigidas do Estado.

3.3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal consagrou o poder judiciário como um protetor dos direitos fundamentais. Segundo o artigo 5º, inc. XXX: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes. Pois bem: em razão desse conjunto de fatores - constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final. (BARROSO, 2014, p. 422)

Dessa forma, com a crescente demanda pela solução de conflitos de direitos fundamentais na via judicial, tornou-se necessário criar mecanismos a fim de fundamentar as decisões judiciais da forma que mais expresse as garantias constitucionais.

No intuito de oferecer critérios mais objetivos na solução de casos concretos envolvendo direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram alguns **princípios de interpretação**, que permitem que sejam encontradas soluções ao mesmo tempo justas e constitucionalmente adequadas.

Certamente, esses princípios não fornecem respostas únicas. Mesmo utilizando corretamente as técnicas argumentativas deles decorrentes, ainda haverá muita margem para subjetividades e até mesmo arbitrariedades. Mas o importante é que o jurista procure fundamentar seus pontos de vista não nos seus valores pessoais, mas na própria “ordem de valores” que emana da Constituição. **O papel principal dos princípios de interpretação é precisamente ajudar a encontrar respostas racionalmente fundamentadas, com base em parâmetros constitucionalmente**

aceitos, além de possibilitar maior transparência e objetividade na argumentação jurídica e no processo decisório, conferindo maior legitimidade à argumentação judicial. (MARMELESTEIN, 2016, p. 368, grifo do autor)

Os princípios, na concepção de Robert Alexy (2014, p. 90), “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização”.

Portanto, quando a interpretação de um caso concreto engloba princípios conflitantes entre si, a decisão enseja uma fundamentação que vai além da subsunção normativa. De acordo com Branco e Mendes (2017), quando os princípios conflitam-se em um caso concreto, há de se ponderar o peso que cada um representa no mesmo caso, ao ponto que, se analisados individualmente, é possível identificar que nenhum desses princípios em conflito ostenta primazia definitiva sobre o outro. Todavia, em um caso diverso, que apresenta outras características, nada impede que o princípio anteriormente refutado possa prevalecer.

De acordo com Robert Alexy (2015p. 75):

O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios devem chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação.

Segundo Novelino (2016), a ponderação permite ao juiz que, ao justificar a decisão, possa demonstrar de maneira mais adequada e convincente os argumentos que influenciaram na sua escolha final, além de avaliar melhor os fatos de acordo com o direito vigente, conferindo a possibilidade de reparar erros e omissões ocorridas no processo de descoberta.

De outra parte, é indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade. (BARROSO, 2014, p.431)

Dessa forma, na visão de Novelino (2016), a ponderação de princípios deve ser utilizada em casos de maior complexidade, em que os elementos normativos sejam insuficientes para solucionar o conflito, ou seja, como último recurso resolutivo.

Ante o exposto, importa mencionar que a solução de conflitos é uma tarefa exaustiva, ainda quando se conflitam entre si, os princípios. Portanto, o papel do poder judiciário, ao se deparar com casos que fogem a hermenêutica normativa, deve construir um sopesamento diferenciado através das técnicas de ponderação, com a finalidade de oferecer uma decisão justa e fundamentada às partes conflitantes.

4 FUNDAMENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA NA CONCESSÃO DO PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PELO PODER PÚBLICO: POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A Constituição da República Federativa do Brasil consagrou o direito à saúde como um direito de todos os cidadãos, devendo o Estado, através de políticas públicas, promover com excelência a concretização deste direito. Todavia, as políticas viabilizadas pelo Estado não conseguem atingir todos os cidadãos que necessitam de assistência específica, como, por exemplo, as pessoas que procuram, através dos programas estatais, pelo procedimento de reprodução humana assistida.

O procedimento de reprodução humana assistida não conta com um regulamento específico, mas é reconhecido pelo Ministério da Saúde, regulamentado pela Resolução nº 2.013/13 e pela Lei de Biossegurança nº 11.105/05, contando com o amparo da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 9.263/96, além da portaria nº 426/GM, de 22 de março de 2005, e da Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012. As resoluções e portarias supracitadas pautam sobre o reconhecimento do procedimento, bem como a destinação de recursos para sua viabilização.

Ressalta-se que o procedimento, mesmo que reconhecido pelo poder público, é incipiente quanto à sua viabilização à população-alvo. Os indivíduos podem ter seu direito negado, ou ainda enfrentar uma longa fila de espera, ocasionando um desgaste psicológico, pois o tempo é um fator decisivo para o sucesso do procedimento e, no que tange à idade da mulher, quanto mais avançada, diminuem-se as chances de êxito.

Diante disto, ante a omissão do poder público, o Poder Judiciário é acionado como via de materialização dos direitos postulados. A parte interessada procura solução via judicial com base na Carta magna, regulamentações e princípios constitucionais que norteiam a concessão do procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público. Todavia, a matéria se demonstra controversa nos Tribunais.

Sendo assim, a fim de conhecer a fundamentação principiológica dos Tribunais brasileiros na concessão do procedimento de reprodução humana assistida pelo Poder Público, foi realizada uma pesquisa de jurisprudência em todos os Tribunais do país, utilizando-se os termos “reprodução humana assistida” e “fertilização”, relacionando os princípios utilizados pelos Tribunais para negar ou conceder o procedimento em quadros, para, seguidamente, analisar os argumentos utilizados.

4.1 ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO PRINCIOLOGICA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Acerca do tema, foram encontradas decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal e São Paulo, totalizando 22 acórdãos.

O quadro 1 elenca as decisões dos Tribunais acerca do procedimento de reprodução pelo Poder Público.

=

Quadro 1: Decisões dos tribunais de justiça brasileiros sobre o pedido para a Reprodução Humana Assistida pelo poder público - 2018

DECISÃO	RS	RJ	PR	MG	MS	DF	SP	TOTAL
CONCESSÃO DO PROCEDIMENTO	3	1	1	2	-	-	1	08
NEGAÇÃO DO PROCEDIMENTO	3	5	1	-	2	1	2	14
TOTAL	6	6	2	2	2	1	3	22

Fonte: Pesquisa realizada pela autora.

Ressalta-se que o Tribunal do Rio de Janeiro e o Tribunal do Rio Grande do Sul encontram-se divididos em relação ao número de decisões para conceder/negar o procedimento de reprodução assistida pelo poder público, contabilizando seis acórdãos, sendo três para negar o procedimento e três para conceder. Portanto, não há uma predominância entre os Tribunais.

Quanto aos princípios utilizados para negar/conceder o procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público, estes foram elencados no quadro 2:

Quadro 2: Fundamentação Princiológica dos Tribunais para negar/conceder os procedimentos de reprodução humana assistida pelo poder público - 2018.

PRINCÍPIOS	TRIBUNAIS						
	RS	RJ	PR	MG	MS	DF	SP
Princípio da quebra do acesso igualitário e universal aos serviços de saúde	2	1	-	-	-	-	1
Princípio da isonomia	-	-	-	-	-	1	-
Princípio da reserva do possível	1	4	-	-	2	-	1
Princípio da dignidade da pessoa humana e direito à vida	3	1	1	2	-	-	1

Princípio da razoabilidade/proporcionalidade	-	-	1	-	-	-	-
---	---	---	----------	---	---	---	---

Fonte: Idem. (2018).

4.2 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS UTILIZADOS PARA NEGAR/CONCEDER O PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PELO PODER PÚBLICO

Conforme se observa nos quadros anteriores, a fundamentação principiológica é diversa nos Tribunais. Desse modo, é imperativo analisar os princípios abordados para negar/conceder o procedimento de reprodução humana pelo poder público a fim de compreender o posicionamento dos julgadores.

4.2.1 Fundamentação principiológica para negar a concessão do procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público

Os princípios utilizados para fundamentar a negativa do procedimento foram: quebra do acesso igualitário e universal à saúde, isonomia, reserva do possível e razoabilidade/proporcionalidade.

4.2.1.1 Princípio do acesso igualitário e universal aos serviços de saúde

O acesso universal e igualitário aos serviços de saúde está elencado no artigo 196 da Carta Magna: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL,1988).

Portanto, o princípio do acesso universal e igualitário à saúde dispõe que é um dever do Estado criar políticas públicas para concretizar a saúde a toda a população, de forma universal e igualitária, estabelecendo metas para executar estas políticas com excelência. Todavia, de acordo com Passos e Leite (2012), a universalidade do acesso não significa que todos têm direito a acessar os serviços de saúde, pois, ante a falta de recursos, é necessário estabelecer diferenciações para conferir o tratamento igualitário aos iguais, e tratamento distinto daquilo que é distinto, alcançando a universalidade progressivamente.

Diante disto, no que tange ao procedimento de reprodução assistida pelo poder público, alguns julgadores fundamentam suas decisões alegando a ocorrência da quebra ou afastamento do princípio do acesso igualitário e universal aos serviços de saúde para negar a concessão do procedimento.

Para elucidar a utilização deste princípio, o julgador no Agravo de Instrumento nº 0026999-29.2016.8.19.0000 alegou.

Diante da realidade fática brasileira e de sua notória escassez de recursos, a imposição a municipalidade ao fornecimento de tratamento de fertilização e reprodução não pode ser considerada legítima e razoável, sob pena de desestruturar toda e qualquer política de saúde.

Logo, ainda que se lamente, profundamente, a realidade das famílias humildes, e, em especial, as condições pessoais da agravante, não é possível desconsiderar que, compelir o Município ao fornecimento de tratamento extremamente oneroso e não voltado à preservação da vida, inviabiliza o investimento programado no serviço de saúde como um todo, tornando cada vez mais distante o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde disponibilizados pelo Poder Público. (RIO DE JANEIRO, 2017, p.3)

No caso supracitado, o julgador ressaltou que onerosidade do procedimento enseja no afastamento do acesso universal e igualitários do serviço de saúde, já que retira dos cofres públicos verbas que poderiam ser implementadas para casos de urgência à preservação da vida.

Também o princípio em questão é utilizado para negar a concessão em casos que a paciente aguarda na fila do procedimento ou não tenha seguido os parâmetros estabelecidos pelo SUS, conforme alegado no Recurso Inominado nº0002042-72.2014.8.26.0344, do TJSP. (SÃO PAULO, 2016).

No mesmo sentido, colhe o entendimento do TJRS, na Apelação nº70067308577:

O texto constitucional é cristalino no sentido de que possui o Estado o dever de assegurar o direito à saúde para todos, igualitariamente. Logo, situações excepcionais de concessão de tratamento de saúde e fornecimento de medicação que vão além das políticas públicas universais, em que se impõe por respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana a quebra da universalidade e da isonomia, precisam ser escorreitamente comprovadas caso a caso, inclusive quanto à urgência da medida, sob pena de transformação temerária, para o próprio direito à saúde, da excepcionalidade em regra. (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p.3)

Desse modo, o julgador posiciona-se no sentido de que o princípio do acesso universal e igualitário a saúde necessita indubitavelmente de urgência que ocasione sua excepcionalidade. Ademais, consta da apelação nº 70070801576, do TJRS:

A prova dos autos é e era insuficiente, quando da prolação da dita sentença, à demonstração de motivo razoável que conduza à excepcional ruptura do acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, o que impede o conhecimento direto do pedido (CPC, art. 330), impondo-se a desconstituição da sentença (RIO GRANDE DO SUL, 2017, p. 4, grifo do autor)

Destaca-se, portanto, que o princípio do acesso igualitário e universal aos serviços de saúde é interpretado de acordo com as provas acostadas, com a urgência do procedimento de reprodução humana assistida, bem como a instrumentalização do SUS para obter o acesso a técnica.

4.2.1.2 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia pode ser compreendido como sinônimo de igualdade, consagrado pelo artigo 5º, da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988).

Na concepção de Masson (2016), o princípio da isonomia figura uma multiplicidade de perspectivas, como a formal; em que todos são iguais perante a lei; material; fase em que a igualdade se dá na esfera normativa com a criação do ato; material dinâmica ou militante; coloca a igualdade como um objetivo do Estado, que deve implementar políticas públicas para reduzir a desigualdade sociais.

Desse modo, o princípio abordado é um pilar do Estado democrático de direito, tendo como objetivo coibir as desigualdades populacionais, visando uma extensão igualitária de direitos.

Na decisão do Tribunal do Distrito Federal, o princípio da isonomia foi emanado para fundamentar a negativa do procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público.

Colhe-se da Apelação nº 20110112102917, do TJDFT:

E é justamente o que se descortina na espécie. Conquanto a apelante necessite de acompanhamento de reprodução assistida para que possa novamente engravidar, mas, ante a ausência de prescrição médica que recomendara, oficialmente, o seu encaminhamento ao programa de fertilização in vitro no ano de 2008, conforme alegado, aliado, ainda, ao fato de que não comprovara que à época atendia os critérios clínicos exigidos, resplandece que não se divisa lastro apto a ensejar sua agraciação com a tutela almejada, mediante a contemplação com o tratamento de forma imediata, porquanto ilegítima a submissão ao procedimento em desconformidade com os critérios de atendimento que governam a rede pública de saúde local. É que, ausente a subsistência de preceituação médica, a argumentação que alinhara resta desguarnecida de lastro material, não podendo ser desprezadas as regras pré-estabelecidas pelo programa de reprodução humana assistida para, ignorando o critério cronológico de inscrição, conferir-lhe o direito almejado, implicando inegável preterição das demais pacientes cuja inscrição se consumara em

momento anterior, em reprovável violação ao princípio de isonomia. (DISTRITO FEDERAL,2015,p.16)

Diante do exposto, nota-se que o julgador considera uma violação ao princípio da isonomia ignorar a lista de espera para imediatamente conceder o procedimento de reprodução humana assistida, pois não contempla igualdade com as demais pacientes que aguardam o procedimento. Ressalta-se também que o princípio da isonomia, em alguns julgados, é relacionado com a reserva do possível, ao modo que a onerosidade do tratamento enseja em tratamento desigual aos que necessitam de acesso urgente à saúde.

4.2.1.3 Princípio da reserva do Possível

O princípio da reserva do possível foi invocado, em maioria, para negar o procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público. Os principais fundamentos da aplicação do princípio se dão pela onerosidade do procedimento aliada à escassez de recursos financeiros do Estado, bem como a não configuração da urgência do procedimento.

Segundo Masson (2016), no que tange à realização dos direitos fundamentais e ao panorama financeiro do Estado, sabe-se que os recursos são escassos e as necessidades da população são inúmeras, portanto, ao definir as prioridades e determinar suas políticas de destinação das verbas, o Estado passou a alegar a reserva do possível.

A aplicação do princípio de reserva do possível se dá, na maioria dos julgados, pela situação orçamentária do poder público, que não pode assegurar procedimentos de alto custo em detrimento da urgência de atendimentos que implicam à manutenção da sobrevivência.

O julgador, na apelação nº 0800209-96.2014.8.12.0110, do TJMS, é concludente ao alegar que as normas de direitos sociais constituem em programas a serem disponibilizados pelo Estado, no limite da reserva do possível, e que determinados investimentos devem observar o orçamento próprio. Ainda segundo o Tribunal do Rio de Janeiro:

A judicialização da implementação das políticas públicas deve ser tratado com cautela, pois o direito a prestações materiais do Estado (entre eles o direito à saúde) tem a "sua efetivação sujeita às condições de cada momento, da riqueza nacional. [...]os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à reserva do possível. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado. (MATO GROSSO DO SUL, 2015, p.4)

O mesmo Tribunal, na Apelação nº 0800707-95.2014.8.12.0110, reitera o mesmo entendimento quanto à aplicação da reserva do possível, salientando que:

Ainda mais que o tratamento para inseminação artificial é de elevado custo, bem como, na maioria das vezes, a primeira tentativa não é exitosa. Dessa forma, comumente é necessária a reiteração do procedimento, circunstância que majora significativamente o seu valor. Logo, mostra-se inegável o seu reflexo no equilíbrio econômico-financeiro do Estado. A sua prioridade deve, - como alhures declinado -, ou pelo menos deve ser, são os pacientes que apresentam um quadro debilitado e necessitam a intervenção do Estado para lhes serem garantidos o mínimo que é o direito à saúde. (MATO GROSSO DO SUL, 2015, p.3)

O TJRJ, ao adotar o mesmo princípio, nos embargos infringentes nº 0000044-36.2015.8.19.0051, salienta que no caso em questão não há urgência pelo procedimento e sim um desejo pessoal de conceber um filho, concluindo que os filhos adotivos são tão filhos quanto os provenientes do próprio ventre (RIO DE JANEIRO, 2016). Ainda, nos mesmos embargos, o julgador relata a eficácia dos direitos sociais sob a ótica da escassez de recursos.

Como é de conhecimento de todos, os recursos existentes na sociedade são escassos e o atendimento a tais direitos envolve custos, o que impossibilita, diante quadro de escassez, a realização de todos os direitos sociais em seu grau máximo. Nesse trilho, surge o que a doutrina denominou de “escolhas trágicas”, expressão empregada para referir-se às difíceis opções alocativas que devem ser realizadas num ambiente de escassez de recursos. O que significa dizer que, diante da limitação de recursos, o Estado é forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. Não podemos olvidar que toda a vez que se reconhece o dever de um ente público de implementação de certo direito, este, ao cumprir a determinação, utilizará recursos destinados a outros direitos fundamentais. (RIO DE JANEIRO, 2016, p.9)

Em outra decisão, o TJRJ, na Apelação nº 0013030-59.2012.8.19.0008, abordou a colisão de princípios, preponderando em seu entendimento à reserva do possível sob o seguinte fundamento:

Assim, a fecundação in vitro é uma intervenção científica tecnológica artificial na natureza humana, ou seja, a ciência substitui os moldes tradicionais de procriação, com muitas etapas, o que torna o procedimento longo, com baixa probabilidade de sucesso de se obter uma gravidez levada até o fim, com o efetivo nascimento do bebê e com elevados custos para sua realização. Como dito, por possuir probabilidade de sucesso tão incerto quanto reduzido o desejo dos autores que, diga-se, não se insere nos princípios constitucionais de manutenção à saúde ou à dignidade da pessoa humana, colidiria com o princípio da reserva do possível, pois seria transferida verba pública para um caso em que, repito, não há garantias de sucesso, desfalcando, conseqüentemente, verba pública para a utilização em casos graves de doenças que, efetivamente, necessitam de tratamento imediato para se evitar o agravamento da doença ou até mesmo o falecimento dos demais cidadãos, uma vez que é direito garantido constitucionalmente, devendo o Estado fazer o necessário para impedir o sofrimento de qualquer pessoa que, doente, necessite de

medicamentos e tratamentos para a sua sobrevivência, mesmo que estes sejam por demais onerosos aos entes públicos. (RIO DE JANEIRO, 2017, p.7)

No mesmo sentido, o TJSP, na Apelação nº 994.09.234287-2, ressalta que a probabilidade de êxito do procedimento é pequena, e pode implicar em outras tentativas, o que acarretaria em mais custos para o Estado. (SÃO PAULO, 2010)

Além disso, os julgadores, na apelação nº 0002804-36.2013.8.19.0080 e nº 0172805-34.2012.8.19.0001, ambos do TJRJ, concluem que o procedimento de reprodução humana assistida não se enquadra no direito à saúde, tratando-se de planejamento familiar, e por este motivo encontra como principal limitação o princípio da reserva do possível (RIO DE JANEIRO, 2015, 2016).

Da Apelação nº 0002804-36.2013.8.19.0080, extrai-se:

No entanto, muito embora seja devido todo o respeito à seriedade das razões apresentadas na exordial e às implicações da dificuldade em gerar prole, impõe-se o reconhecimento de que a providência pleiteada não consiste em direito à saúde, por não buscar evitar risco à vida ou à saúde, mas tutelar pretensão atinente ao planejamento familiar, previsto no artigo 226, § 7º da Constituição Federal, sujeito à limitação pelo princípio da reserva do possível. (RIO DE JANEIRO, 2016,p.4)

Na apelação nº 0172805-34.2012.8.19.0001, o julgador mantém o mesmo posicionamento aduzido, ao expor:

O Poder Público está obrigado a assegurar o mínimo existencial a pessoas economicamente hipossuficientes, mas sua atuação está limitada a reserva do possível, uma vez que a realização do direito social à saúde, consistente em uma prestação positiva, está subordinada às possibilidades do orçamento. O direito ao planejamento familiar não está inserto no mínimo existencial, pelo que não se pode afastar do caso a aplicação do princípio da reserva do possível, implícito na Constituição. (RIO DE JANEIRO, 2015, p. 2)

Pelo exposto, importa destacar que o princípio da reserva do possível foi emanado para fundamentar a maioria das decisões acerca do tema, trazendo uma multiplicidade de fundamentos que acarretam a aplicação do princípio, como, por exemplo, a escassez dos recursos públicos, a falta de urgência na realização do procedimento e o não enquadramento da reprodução humana como direito fundamental à saúde.

4.2.1.4 Princípio da razoabilidade/proporcionalidade

O princípio da razoabilidade/proporcionalidade, segundo Moraes (2016), define-se pela exigibilidade da justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder público, no exercício de suas finalidades, levando-se em conta os critérios de racionalidade e coerência.

Ainda na visão de Sarlet, Mitidiero e Marinoni (2017), a proporcionalidade, em sentido estrito, configura-se para verificar se a medida, mesmo que adequada e exigível, é proporcional e preserva uma relação de justiça entre os meios e o fim utilizados.

Desse modo, o Tribunal de Justiça do Paraná, no Agravo de Instrumento n° 1557652-8, utilizou o princípio da proporcionalidade/razoabilidade para negar o procedimento de reprodução humana assistida. Da referida decisão, extrai-se:

Ademais, ressalta-se que conquanto seja indubitável a inviolabilidade à vida, à saúde e ao direito à maternidade, preceitos constitucionalmente protegidos e assegurados, no caso em tela não se vislumbra ser necessário o que fora requerido pela parte agravante para a garantia da vida e da sobrevivência digna da paciente, motivo pelo qual o agravado não pode ser compelido a custear de forma indistinta o tratamento de fertilização. Ainda, entendo ausente qualquer ofensa que demande imprescindibilidade do provimento do pleito formulado pelo recorrente, devendo o caso dos autos ser analisado sob a ótica da razoabilidade. (PARANÁ, 2016,p.7)

Desta forma, o julgador, ao negar a concessão do procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público, prima pela ponderação, sob a ótica da razoabilidade, em que a concessão do procedimento é contrastada com a imprescindibilidade de manutenção do direito à vida e a saúde. A ausência de risco leva os julgadores a agirem com parcimônia diante do caso concreto, eis que os direitos fundamentais são tutelados pela Carta Magna, carecendo de aplicação imediata.

4.2.2 Fundamentação principiológica para conceder o procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público

O princípio da dignidade da pessoa é o principal fundamento emanado pelas decisões pesquisadas para fundamentar a concessão do procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público.

4.2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida

O princípio da dignidade da pessoa humana é explicitamente previsto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, tornando-se um parâmetro para interpretação dos direitos expressos no ordenamento jurídico.

O princípio da dignidade humana é o fundamento filosófico e jurídico dos direitos humanos e se expressa nestes direitos, funciona também como metanorma, indicando como devem ser interpretadas e aplicadas as outras normas e princípios, em especial as normas definidoras de direitos fundamentais, ampliando o seu sentido, reduzindo-os ou auxiliando em conflitos entre direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é a chave de interpretação material das demais normas jurídicas. (MAGALHÃES, 2012 p.154)

No âmbito da concessão de reprodução humana assistida pelo poder público, os julgadores baseiam suas decisões utilizando o princípio da dignidade humana e o direito à vida como fundamento essencial para conceder o procedimento.

O TJRS, no Agravo de Instrumento n° 70047263785, posicionou-se no sentido de evitar que os princípios e fundamentos republicanos virem letra morta, portanto, salientou que o direito à vida é o primeiro de todos assegurados pela Constituição Federal, e, por conseguinte, inviolável, pois pressupõe em uma vida digna, saudável, amparada fisicamente e moralmente íntegra, tendo assim eficácia plena e aplicação imediata (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Além disso, a decisão supracitada faz menção à hierarquização do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida diante do interesse estatal.

Cumprе salientar que, pela primeira vez em nossa história, uma Constituição trata expressamente dos objetivos do Estado brasileiro. E, ao fazê-lo, erigiu a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos como objetivos republicanos (art. 3º, I e III). De outra banda, ficou plasmado que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República. E, mais, o direito à vida (art. 5º, *caput*) é direito fundamental do cidadão. A proteção à inviolabilidade do direito à vida deve prevalecer em relação a qualquer outro interesse estatal, já que sem ela os demais interesses socialmente reconhecidos não possuem o menor significado ou proveito. (RIO GRANDE DO SUL, 2012, p.12)

O mesmo Tribunal, no Agravo de Instrumento n° 70058803040, ressaltou que o Poder Judiciário não fere os princípios da Administração Pública ao conceder o procedimento de reprodução humana assistida pela via judicial, pois, diante da omissão estatal, é imprescindível que se faça um exame de suficiência das políticas públicas a fim de garantir a proteção dos direitos postulados. Ainda, na mesma decisão, transcreve que o direito à reprodução humana não se trata de um direito subjetivo, pois é de interesse social que as políticas públicas sejam efetivas (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Sobre o direito à vida, o julgador expressa: “destaca-se, portanto, que não há falar em insuficiência de previsão orçamentária, uma vez que o direito à vida deve prevalecer acima de regras de natureza formal” (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

No agravo n° 70068588136, do TJRS, o julgador fundamenta sua decisão na dignidade da pessoa humana para conceder o procedimento, tecendo uma crítica ao Estado, no que tange às decisões contrárias ao direito à vida. Conforme segue:

Ademais, consistiria um notório contrassenso o Estado negar o tratamento para a fertilização humana e, simultaneamente, proferir decisões judiciais autorizando a interrupção da gestação, como tem ocorrido em determinados casos. É preciso garantir a vida. E não há modo mais significativo do que contribuir para que ela seja gestada, pois essa é a aplicação mais concreta possível do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p 10)

O TJMS, na Apelação n° 1.0145.13.034507-0/002, alegou que o Estado deve não só garantir o fornecimento de medicamentos e procedimentos, mas também atentar-se para a preservação da dignidade humana do cidadão, pautada na integridade psíquica, física e moral, e, sobretudo, a vida. Além disso, ao conceder o procedimento, o julgador afasta a arguição da escassez de recursos, observando:

Também não se pode considerar que a falta de recursos seja um óbice à concretização da garantia constitucional à saúde, pois, sendo este um dever estabelecido com prioridade pela Constituição da República de 1988, é completamente contraditório e inconcebível permitir que as pessoas sofram e até morram por falta de tratamento e atendimento médico-farmacêutico adequados, enquanto a máquina Estatal trabalha empregando dinheiro público em tantas outras esferas, sendo até, muitas vezes desviado para fins escusos, como lamentavelmente se tem notícia, de tempos em tempos no País. (MINAS GERAIS, 2015, p.7)

Na Apelação n° 1.253.831-7, o TJPR, pautado no princípio discutido, preconiza o enunciado n° 29 das Câmaras de direito público do Tribunal Paranaense:

Enunciado n° 29 - RESERVA DO POSSÍVEL - PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA MEDICAMENTO - A teoria da reserva do possível não prevalece em relação ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, não constituindo óbice para que o Poder Judiciário determine ao ente político o fornecimento gratuito de medicamentos. (PARANÁ, 2014, p.17)

Na mesma decisão, para conceder o procedimento, o julgador mantém o entendimento de que a alegação de escassez orçamentária não pode sobrepor-se ao direito fundamental da saúde, sob pena de admitir um retrocesso na ordem institucional dos direitos fundamentais.

O TJSP, ao dar provimento recursal, no Recurso Inominado n° 0013365-64.2014.8.26.0024, alegou que a assistência a pessoas estéreis e inférteis, de acordo com a interpretação constitucional, legitima-se pela dignidade da pessoa humana, compreendida

pelas mínimas condições para uma vida compatível com os destinos da própria existência, o destino biológico do homem (SÃO PAULO, 2015).

Além disso, do acórdão supracitado, colhe-se a seguinte afirmação:

A premissa de que não implica em risco à saúde o fato de não poder ter filho, portanto, não se sustenta, mormente porque o Conselho Federal de Medicina reconhece a infertilidade como uma patologia, que pode ter consequências psicológicas e psiquiátricas, inclusive. Assim como o Estado fornece medicamentos e preservativos para contracepção, deve também fornecer os meios para a concepção àqueles que não tem condições financeiras de custear os medicamentos decorrentes do tratamento. Ademais, é dever constitucional do Estado garantir a todos o direito à vida digna, à família e a ser feliz, sendo irrefutável que a sobrevivência digna e feliz da autora se dará com a concepção do seu filho, não podendo o Estado ser presente num aspecto do planejamento familiar (contracepção) e omissivo noutro (concepção). (SÃO PAULO, 2015, p. 3)

Portanto, para embasar a concessão do procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público, os julgadores focaram-se diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana e garantia do direito à vida, considerando o planejamento familiar como uma extensão da dignidade da pessoa humana, e refutando a tese da reserva do possível na ponderação dos direitos envolvidos.

No âmbito da judicialização da saúde, tem-se discutido o embate da colisão de princípios constitucionais e seus desafios na prestação jurisdicional.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2007, p.3)

Os efeitos da judicialização da saúde não abarrotam somente o Poder Judiciário com ações postulando um direito fundamental, mas sim denotam a problemática brasileira em materializar as políticas públicas instituídas no país. Dessa forma, a prestação do poder judiciário exige mais que uma interpretação normativa, ou seja, impõe uma interpretação hermenêutica que engloba complexos preceitos constitucionais.

O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais

precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas. (BARROSO, 2008, p. 21)

Ressalta-se que a Constituição atua de forma ampla ao interpretar o direito à saúde como um direito fundamental. Portanto, segundo Costa, Motta e Araújo (2017), na esfera de proteção do direito à saúde, cabe ao judiciário o papel de interpretar de forma democrática este direito, ampliando seu exercício sem discriminação de forma igualitária, não podendo, em nenhuma hipótese, utilizar critérios para restringir sua aplicação.

Desse modo, a colisão de princípios frente aos tribunais gera uma tensão interpretativa, posto que os julgadores devem trabalhar a aplicação de teorias e princípios respeitando o texto constitucional e interpretando de modo a efetivar a satisfação da prestação jurisdicional. Sendo assim, na visão de Bertagnolli (2012, p. 93), “não há dúvida de que a ponderação de interesses, feita nas particularidades de cada caso concreto, é a melhor forma de se aferir o grau de imprescindibilidade da concessão da tutela pelo Poder Judiciário”.

Neste viés, na ponderação dos princípios em rota de colisão, há de se mencionar que o princípio da reserva do possível tem sido recepcionado nas decisões judiciais que versam sobre a saúde. Segundo Quintana e Oliveira (2016), a reserva do possível, originada na Alemanha, tem sido criticada ao ser utilizada no Brasil, tendo em vista a grande diferença sócio-econômica dos países.

Desse modo, de acordo com Olsen (2006), a reserva do possível não é aplicada exatamente nos termos em que foi originada, na Alemanha, posto que a proporcionalidade e razoabilidade tornaram-se uma discussão sobre a disponibilidade de recursos financeiros.

Ressalta-se que, conforme os resultados coletados na pesquisa, a maioria das decisões foi no sentido de negar a pretensão, embasadas sob a égide da escassez orçamentária do país. Segundo Silva (2010, p. 866), “essa escassez, muitas vezes, é resultado de escolha, de decisão: quando não há recursos suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de outra que não foi contemplada”.

Se a discricionariedade administrativa for utilizada como “válvula de escape” para o direcionamento de recursos para outros fins que não aqueles impostos pela Constituição Federal como prioritários, ela representará desvio de poder, e estará sujeita ao controle jurisdicional de constitucionalidade. Neste diapasão, a reserva do possível não poderá ser alegada na medida em que ela não representará uma condição de realidade a ser ponderada para fins de efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas será a maquiagem de uma escassez indevidamente “produzida”, em desrespeito aos princípios constitucionais. (OLSEN, 2006, p. 377)

Portanto, faz-se controversa a análise dos direitos sociais sob alegação da escassez de recursos, posto que o poder público aplica sua verba em diversas outras áreas que não ensejam numa contribuição à coletividade.

Se considerarmos que os direitos sociais deixam de ser efetivados tão simplesmente "porque" inexistente orçamento suficiente para sua implementação estaríamos afirmando categoricamente que o custo impede a realização do programa constitucional de uma sociedade plural, fraternal, solidária, comprometido com a cidadania, a promoção do desenvolvimento nacional e a erradicação das desigualdades regionais e sociais... Mas não há custo no que toca a outras atividades inerentes ao Poder Público, como a liberação de recursos para obras discutíveis e gastos sem conformidade com o real clamor de uma população marginalizada, cada vez mais excluída de suas prerrogativas cidadãs.(GUERRA, 2006, p. 13)

Segundo Ramalho (2008), a problemática da escassez tem sido ludicamente demonstrada pelo Poder público. A autora tece uma crítica a respeito da verdadeira problemática inserida no cenário político:

O problema surge justamente quando o órgão democraticamente legitimado permanece inerte, ao não prever, por exemplo, alocação de recursos para a implementação de uma política pública já traçada, ou então quando age em desconformidade com as escolhas prioritárias feitas pela Constituição, ao deixar de desenvolver uma política pública de habitação sob as escusas de falta de dinheiro, ao passo em que veicula, na peça orçamentária, uma exponencial rubrica para a propaganda governamental, para a compra de luxuosos veículos para o transporte de autoridades públicas, para a realização frequente de shows, etc (RAMALHO, 2008, p. 170)

Além disso, na visão de Olsen (2006), deixar de aplicar uma norma, sob a alegação da escassez, remonta uma escolha do Estado, que muitas vezes deixou de direcionar receita para aplicação dos direitos sociais para utilizar em outros setores. Segundo a autora, “neste particular, verifica-se a forte influência exercida pela doutrina neoliberal, que pregando um ‘Estado mínimo’ e gerando a ilusão de que apenas os direitos fundamentais sociais oneram o orçamento, procura enfraquecer o dirigismo constitucional” (OLSEN, 2006, p. 364).

Desse modo, a fundamentação dos Tribunais brasileiros nas demandas que versam sobre os direitos sociais enfrenta uma grande oscilação quando se coloca em pauta a escassez de recursos orçamentários. Expõe Costa, Motta e Araújo (2017):

Verifica-se nesse entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal a adoção de argumentos econômicos e orçamentários como justificativa da interpretação restritiva do direito fundamental à saúde. Trata-se de postura que não condiz com a constitucionalidade democrática dos direitos fundamentais, que preconiza pelo exercício extensivo de tais direitos como forma de garantir a inclusão e proteção integral da pessoa humana. (COSTA, MOTTA, ARAÚJO, 2017, p. 859).

Segundo Camargo, Costa e Santos (2014, p. 33), “quando um indivíduo procura uma representatividade frente ao Poder Judiciário, de forma coletiva ou individual, isso consiste em uma opção de tentar combater a ineficácia do poder público em relação às prestações de seus serviços, inclusive os mais básicos e úteis”.

Desse modo, a prestação jurisdicional mostra-se eficaz ao atuar na efetividade das políticas públicas. Para Fonseca (2013, p.55), “agindo dessa forma, não estaria o judiciário interferindo na atuação dos demais poderes do Estado, mas tão somente zelando pelo cumprimento do ordenamento jurídico brasileiro”.

Contudo, o Poder Judiciário, ao pautar as decisões sob o argumento da escassez de recursos em virtude da realidade financeira do país, deve ater-se à verdadeira realidade fática, onde o poder público não cumpre a maioria das diretrizes fixadas para a destinação de recursos. Ainda, a situação financeira do país não se encontra em crise por exaurir os cofres públicos atendendo as demandas populacionais, e sim pela má gestão de seus dirigentes e a intensa corrupção que assola o país.

Ressalta-se que há de desmistificar a excessiva onerosidade dos direitos sociais, pois estes direitos fazem parte da obrigação do Estado, contemplados na Lei Maior. Se o país coloca-se como um estado democrático de direito, e o constituinte originário reproduz a constituição como um documento compromissário na efetividade dos direitos fundamentais através de políticas estatais, o que se impõe é a fixação de parâmetros que obedecem a esta normatização.

Diversas são as lacunas encontradas no ordenamento jurídico, pois novas vertentes do direito surgem conforme as inovações tecnológicas e mudanças sociais, como, por exemplo, os direitos reprodutivos, assunto do presente trabalho. Portanto, os desafios que o Poder Público encontra são plausíveis diante da resolução de discussões inéditas trazidas ao meio jurídico. Todavia, o progresso é um dos elementos da república e, em vista disto, o Estado deve ser proativo em suas regulamentações, para que na resolução de conflitos advindos destas discussões o mesmo direito seja visto de uma forma uniforme, respeitando a segurança jurídica como parâmetro de excelência na prestação jurisdicional.

5 CONCLUSÃO

A fundamentação principiológica dos Tribunais brasileiros frente à concessão do procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público foi o palco da presente monografia. É cediço que o Estado tem o dever de garantir assistência universal e igualitária aos serviços de saúde, todavia, devido à escassez orçamentária ou má gestão, a máquina estatal não consegue assegurar aos cidadãos a suficiência das políticas públicas disponibilizadas, e, portanto, acaba por desamparar os indivíduos que necessitam de um procedimento de alto custo.

A reprodução humana assistida é um procedimento reconhecido no Brasil, pelo Ministério da Saúde e pelo Conselho Federal de Medicina, sendo mencionado pela Resolução nº 2.013/13 e pela Lei de Biossegurança nº 11.105/05, contando com o amparo da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 9.263/96, além da portaria nº 426/GM, de 22 de março de 2005, e da Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012. Porém, conforme abordado no trabalho, não há regulamentação específica a respeito do tema.

Os casais diagnosticados com infertilidade contam com o atendimento gratuito nos hospitais que fornecem as técnicas de reprodução humana através do Sistema Único de Saúde. Contudo, a operacionalidade do SUS acerca do procedimento ainda é incipiente e os programas disponibilizados não conseguem atender com agilidade as demandas, ocasionando aos casais um grande abalo psíquico, pois permanecem anos na fila de espera ou não conseguem realizar o sonho de conceber um filho, já que o tempo é um fator decisivo no sucesso do procedimento.

Desse modo, o Poder Judiciário é acionado para dirimir os conflitos acerca da concessão de reprodução humana assistida pelo poder público, resultando em um embate principiológico bastante controverso.

De acordo com a pesquisa realizada, dos 22 acórdãos pesquisados, 14 decisões negam o pedido de concessão do procedimento de reprodução humana assistida pelo Poder Público, sob a vertente dos princípios da quebra do acesso igualitário e universal à saúde, isonomia, reserva do possível e razoabilidade e proporcionalidade.

As maiorias dos acórdãos que negam o pleito versa sobre o princípio da reserva do possível, mencionando que o Estado deve direcionar suas verbas para prestar assistência nos casos em que há urgência pelo atendimento à saúde. Além disso, as decisões mencionam que o direito à reprodução humana assistida não se enquadra no direito à saúde, portanto, encontra limitação pela reserva do possível.

Por outro lado, oito acórdãos posicionam-se a favor do procedimento de produção humana assistida pelo Poder Público, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o direito à vida. Observou-se nas decisões que a dignidade da pessoa humana não contempla somente a sobrevivência do cidadão, mas também a preservação de sua integridade moral e psíquica, bem como a concessão do procedimento não se trata de direito subjetivo, e sim de interesse social, visando a eficiência das políticas públicas implementadas pelo Estado.

Das decisões favoráveis à concessão do procedimento, o direito à vida foi mencionado como o maior bem jurídico tutelado que deve ser sobreposto diante de todos os interesses envolvidos na relação jurídica. Ainda em relação a este direito, alegou-se que o Estado promove a contracepção através de políticas públicas, sendo omissos quanto ao direito de concepção, que é tão basilar quanto, no ordenamento jurídico.

Dessa forma, de acordo com a pesquisa, verificou-se que os Tribunais, em sua maioria, negam o procedimento de reprodução humana assistida pelo poder público. Portanto, fica claro que o Poder Judiciário ainda encontra resistência em reconhecer os direitos reprodutivos como extensão dos direitos sociais e ainda pondera o tema sob a ótica da reserva do possível. Assim, é possível compreender que o papel do Poder Judiciário, como guardião da Constituição, frente ao reconhecimento dos direitos sociais, é controverso, pois se pauta na livre convicção do julgador.

Ainda, mesmo com o reconhecimento da reprodução humana assistida e sua regulamentação pelo poder público, a falta de regulamentação específica da matéria dificulta o verdadeiro acesso ao procedimento, e a materialização do direito postulado através do poder judiciário enfrenta diversas discussões nos Tribunais.

A infertilidade é reconhecida como uma doença pelo Conselho Federal de Medicina e Organização Mundial da Saúde, portanto, o Estado deve assistir os acometidos, pois o direito à saúde é um direito fundamental garantido constitucionalmente. Além disso, o planejamento familiar é de livre escolha do casal e amparado pela legislação, portanto, o Poder Público não pode ser omissos quanto ao fornecimento dos meios conceptivos, ao ponto que, atualmente, estas finalidades são limitadas pela reserva do possível, conforme se compreendeu na pesquisa realizada.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense 2014.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Disponível em : <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALFANO, B. **Reprodução assistida**: a organização da atenção às infertilidades e o acesso às técnicas reprodutivas em dois serviços público-universitários no Estado do Rio de Janeiro. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ALMEIDA, Júnior. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/t%C3%A9cnicas-de-reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-e-biodireito>. Acesso em: 12 maio 2017.

ALMEIDA, Meriane de Andrade, ATHIÊ, Victor, PRADO MIRANDA Luiz Fernando. Reprodução humana assistida: aspectos jurídicos e contemporâneos e a necessidade de sua regulamentação. **Pesquisa e Ação**, v.2, n.2, 2016. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/210-1-790-1-10-20161013_1.pdf. Acesso em: 2 out. 2017.

AMATO, Juliana Lelis Spindareli. **Em busca da fertilidade**. São Paulo: Lulu. 2014.

BADALOTTI, Mariangela. Aspectos bioéticos da reprodução humana assistida no tratamento da infertilidade conjugal. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, 2010. Disponível em: http://www.amrigs.org.br/revista/54-04/022-732_bioetica_aspectos.pdf. Acesso em: 01 maio 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: **conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. n. 4. Brasília: OAB Editora, 2009b. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: **direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista da Procuradoria Geral da República, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 89-114, jul./dez. 2007. Disponível em: <

<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32271-38570-1-PB.pdf>> . Acesso em: 12 de junho de 2018.

BERTAGNOLLI, Ilana. judicialização do direito fundamental à saúde: **uma análise do Ag.Rer. na suspensão de tutela antecipada: STA 175 CE.** Rev. Revista de Ciências Jurídicas, Ponta Grossa, v. 4, n. 1, p. 83-94, 2012. Disponível em: <<http://177.101.17.124/index.php/lumiar/article/view/1923>> . Acesso em: 12 de junho de 2018.

BORLOT, Ana Maria Monteiro; TRINDADE, Zeidi Araújo. As tecnologias de reprodução assistida e as representações sociais de filho biológico. **Estud. psicol. (Natal)**, Natal, v. 9, n. 1, p. 63-70, Apr. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413294X2004000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2017.

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: 01 maio 2018.

_____. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 01 maio 2018.

_____. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: :01 maio 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria Nº 426/GM em 22 de março de 2005**. Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida. Disponível em:<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUGLIONE, Samantha et al. Debate. In: DINIZ, Débora; BUGLIONE, Samantha (Ed.). **Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do Direito Brasileiro**. Brasília: Letras Livres, 2002.

CAMARGO, Gustavo Alves; COSTA, Ingrid Gontijo; SANTOS, João Pedro Montes. A judicialização da saúde e os princípios constitucionais. Rev. Ideia, Uberlândia, v. 5, n. 1, p. 1-36, 2014. Disponível em: <<http://esamcuberlandia.com.br/revistaidea/index.php/idea/article/view/132>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 135.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.358/1992**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em: 01 maio 2018.

COOK, Rebecca J.; DICKENS, Bernard M. e FATHALLA, Mahmud F. **Saúde reprodutiva e direitos humanos**: integrando medicina, ética e direito. Tradução de Andrea Romani, Renata Perrone e equipe. Rio de Janeiro: CEPIA, 2004.

CORREA, Marilena C. D. V; LOYOLA, Maria Andrea. Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 753-777, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312015000300753&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 de setembro de 2017.

_____. Reprodução e Bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil. **Caderno CRH** [online], v. 18, n.43, p. 109-112, 2015. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=347632166007>>. Acesso em: 11 set. 2017.

COSTA, A. L. E. Recepção de óvulos doados: **a alternativa para a maternidade tardia**. *Jornal Brasileiro de reprodução assistida*. v. 13, n. 3, p. 31-34, 2009. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312015000300005>>. Acesso em: 12 de maio de 2017.

COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: **a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo**. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, p. 844-874, 2017. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4809/3640>>. Acesso em: 2 de junho de 2018.

DIAS, Andrezza Alves; MOURA, Escolástica Rejane Ferreira; NOGUEIRA, Paula Sacha Frota; COUTINHO, Janaína Fonseca Victor; ORÍÁ, Mônica Oliveira Batista. Estratégia educativa voltada para enfermeiros sobre atenção básica à infertilidade: estudo de intervenção. **Revista Gaúcha de Enfermagem**, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sciarttext&pid=S198314472012000200011&lng=pt&nrm=iso>>. Acesso: em 16 de setembro de 2017.

DINIZ, Débora. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. **Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida**, v. 7. n. 3, 2003, pp. 10-19. Disponível em: <http://www.multiciencia.unicamp.br/artigos_06/a_03_6.pdf>. Acesso em: 2 out. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0006710-30.2011.8.07.0018**. Relator: Des. Teófilo Caetano. Distrito Federal, 28 de maio de 2015. Disponível em: <https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?>

NXTPGM=plhtml02&MGWLPN=SERVIDOR1&submit=ok&SELECAO=1&CHAVE=0006710-30.2011.8.07.0018&ORIGEM=INTER .Acesso em: 17 maio 2018.

FARINATI, Débora. **Aspectos Emocionais da Infertilidade e da Reprodução Medicamente Assistida**. Dissertação de Mestrado - PUCRS, Porto Alegre, 1996. Disponível em: <<http://sig.org.br/wpcontent/uploads/2015/05/aspectosemocionaisdainfertilidadeedareprod uomedicamenteassistida.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2017

FERREIRA, Lais Assenheimer de Paula; RODRIGUES, Luiz Simões Junior; GONÇALVES, Lauro Celso Sideratos; MIYAZAKI, Maria Cristina ; PINTO, Maria Jaqueline Coelho. Estresse em Casais Inférteis. **Reprodução & Climatério**, v. 29, pp. 88-92, 2014. Disponível em: < https://ac.els-cdn.com/S1413208715000072/1-s2.0-S1413208715000072-main.pdf?_tid=00c91624-b210-11e7-a330-00000aab0f6c&acdnat=1508116926_2010e170fcf3561d55aee82d971c59a3>. Acesso em: 10 out. 2017.

FONSECA, Claudia de Oliveira. A concretização dos direitos sociais: **o mínimo existencial e a reserva do possível em face do princípio da dignidade da pessoa humana**. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas, Vitória da Conquista, ano 10, n. 14, p. 39-58, jan/ junho, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/3783/3476>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. GUERRA, Gustavo Rabay. A concretização dos Direitos Sociais, seus abismos gnosiológicos e a reserva do possível: por uma dinâmica teórico dogmática do constitucionalismo social. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1047, 14 maio 2006. Disponível em: <<http://www.mpgp.br/portalweb/hp/2/docs/concretizacaodosdireitossociais.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

GUNTHER, Hartmut. **Pesquisa Qualitativa Versus Pesquisa Quantitativa**: Esta É a Questão. 2006. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ptp/v22n2/a10v22n2.pdf>. Acesso em 16.05.2017>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil**: princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

LEONEL, Vilson; MARCOMIM, Ivana. **Projetos de pesquisa social**: livro didático, Palhoça: UNISUL Virtual, 2015.

LUNA, N. Infertilidade e ausência de filhos: a origem do drama. In: **Provetas e clones**: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas [online]. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007. Antropologia e Saúde collection, pp. 53-81. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/dqhw2/pdf/luna-9788575413555-05.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2017.

MAGALHÃES, Leslie Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de metodologia científica. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JUSPODIVM, 2016.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0800209-96.2014.8.12.0110**. Relator: Des. Vitor Luis de Oliveira Guibo. Campo Grande, 23 de novembro de 2015. Disponível em: < https://www.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=561893&cdForo=9000&uuidCaptcha=sajcaptcha_ee1de538f0484fe7bdaafb1f4b3d975a&g-recaptcha-response=03ACgFB9sav3xYI7U-tzQ0UAF7rhtfUxbo9q6Y_BfOVuLGG8yHOynnkl6Gm77b72belT1DMznKGXJzJu3YefMD1GUxY2r4_3eACT7MVk2on_zKnGm2UyBzcu2EkvwXsVFbHDg_BDLEjWC60mfDn5wAK_5qgP6GR04-8SYHH_k-WIC0RdD9jMnCjWG42WRnlznrwrACRhmmodtUSuMm9XJAXwyFWTNZVzy1h13A303p9W5FEEQW3Q_REuVDMelsoDQ1dvrrMu_Im_MuFxNYYx1XgOJegYXwwIkSFqJIYwo0WsfWa04upRhiarcM19Tpy9ldetO7_YIHL2BCwl-NyLyex1Lq6RbTyaRU9UnV-sH_yMHmEDqIn-oL-gNX5vQxnjXex6Hwa22cQuDEZUzzS_shklBP-61RxxkLfbJsTYCR78NDXGQcafLAUJyEBBI8ddmunDmsWFncyxNeZ>. Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0800707-95.2014.8.12.0110**. Relator: Des. Vitor Luis de Oliveira Guibo. Campo Grande, 14 de setembro de 2015. Disponível em: < <https://www.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=544867&cdForo=9000>>. Acesso em: 17 maio 2018.

MEDEIROS, Luciana Soares de; VERDI, Maria Inez Machado. Direito de acesso ao serviço de reprodução humana assistida: discussões bioéticas. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 2, p. 3129-3138, Oct. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s2/a17v15s2.pdf>> Acesso: 17 out. 2017.

MEIRELLES, Alcina; DZIK, Artur; FREITAS, Gilberto Costa; CAVAGNA, Mario. **Reprodução Assistida: conceitos gerais e Aspectos psicológicos envolvidos**. Tratado de Saúde Mental da Mulher. São Paulo, 2011. Disponível em: http://arturdzik.med.br/_pdf/tratado_saude_mental_2011.pdf. Acesso em: 01 de maio de 2018

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 1.0024.14.314491-3/001**. Relator: Des^a. Ana Paula Caixeta. Belo Horizonte, 15 de julho. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.14.314491-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 1.0024.14.314491-3/001**. Relator: Des^a. Ana Paula Caixeta. Belo Horizonte, 15 de julho. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=repro>>

du%E7%E>3o%20humana
%20assistida&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 17 maio 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida: um pouco de história. **Rev. SBPH**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 23-42, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 18 set. 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível, 2006, f. 390. Dissertação, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

ORLOT, Ana Maria Monteiro; TRINDADE, Zeidi Araújo. As tecnologias de reprodução assistida e as representações sociais de filho biológico. **Estud. psicol. (Natal)**, Natal, v. 9, n. 1, p. 63-70, Apr. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2004000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 maio 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 1557652-8**. Relator: Des. Luis Mateus de Lima. Ibiporã, 11 de outubro de 2016. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12250889/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1557652-8#integra_12250889> Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 1253831-7**. Relator: Cristiane Santos Leite. Irati, 8 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11840611/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1253831-7#integra_11840611> Acesso em: 17 maio 2018.

PASSOS, Daniela Velosos Souza; LEITE, Oderlânia Torquato. Direito Fundamental a prestações de saúde: acesso universal e igualitário e a escassez de recursos. **Revista Justiça do direito**, Passo Fundo, v.26, n. 1, p. 81-98, jan/jun 2012. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/4361/2845>>. Acesso em: 20 maio 2018.
PASSOS, Eduardo Pandolfi et al. **Rotinas em infertilidade e contracepção**. Porto Alegre: Artmed, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 318, 2004.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

QUINTANA, Julia Gonçalves; OLIVEIRA, Juliana Gonçalves de. O ativismo judicial e o desafio da efetivação dos direitos sociais no Brasil. In: Colóquio de Ética, Filosofia Política e Direito- Unisc, 2016, Santa Cruz do Sul, RS. Anais (on-line). Disponível em : <

<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/view/15001>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

RAMALHO, Paula Afonsina. A revisão judicial das escolhas e da execução orçamentária como estratégia e efetivação dos direitos fundamentais prestacionais. Revista Parahyba Judiciária, Paraíba, v. 7, n. 7, p. 159-174, 2008. Disponível em: <<http://biblioteca.jfjb.jus.br/revista/index.php/revista/article/view/29>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0002218-83.2014.8.19.0073**. Relator: Des. Fernando Cerqueira Chagas. Guapimirim, 5 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B8F30AD1E2CA82164A216D88C9106575C505014F5B0C&USER=>>>. Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0002804-36.2013.8.19.0080**. Relator: Des. Rogério de Oliveira Souza. Itávia, 20 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045549A53D0F7C20F862FC00E73007CFEFC5053A602619>> Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0013030-59.2012.8.19.0008**. Relator: Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa. Belford Roxo 16 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A537CF86B54F915C737C704B46AAAF39C5065349495E>> Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0172805-34.2012.8.19.0001**. Relator: Des. Fernando Fernando Fernandes. Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000489D250F47C9CD948AAFB993C97B5D62EC5034D62282A>> Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes nº 0000044-36.2015.8.19.0051**. Relator: Marcelo Lima Buhaten. Rio de Janeiro, 21 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004788C6BF3A1BD1E77A0229226C5DBE713C506045B1730&USER=>>> Acesso em: 17 maio 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 70058803040**. Relator: Des. Denise Oliveira Cezar. Santa do Livramento, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058803040&num_processo=70058803040&codEmenta=6106568&temIntTeor=true. Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 70047263785**. Relator: Des. Francisco José Moesch. Pelotas, 18 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Agravo+de+instrumento+n>>

%C2%BA+70047263785&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO+N%C2%BA+70058803040+&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo nº 70068588136**. Relator: Des. Newton Luís Medeiros Fabrício. Pelotas, 27 de abril de 2016. Disponível em:<

[http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi)

nome_comarca=Tribunal+de+Justi

%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70068588136&num_processo=70068588136&codEmenta=6735124&temIntTeor=true > Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70067308577**. Relator: Des. Eduardo Uhlein. Pelotas, 24 de fevereiro de 2016. Disponível em:<

[http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi)

nome_comarca=Tribunal+de+Justi

%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70067308577&num_processo=70067308577&codEmenta=6656789&temIntTeor=true>. Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70070801576**. Relator: Des. Eduardo Uhlein. Pelotas, 1 de fevereiro de 2017. Disponível em:<

[http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi)

nome_comarca=Tribunal+de+Justi

%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70070801576&num_processo=70070801576&codEmenta=7135484&temIntTeor=true>. Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70076081397**. Relator: Matilde Chabar Maia. Porto Alegre, 22 de março de 2018. Disponível em:<

[http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi)

nome_comarca=Tribunal+de+Justi

%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70076081397&num_processo=70076081397&codEmenta=7678425&temIntTeor=true>. Acesso em: 17 maio 2018.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

SAMRSLA, Mônica, et al. Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF - estudo bioético. **Rev. Assoc. Med. Bras.** [online], vol.53, n.1, pp.47-52, 2007. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-42302007000100019>. Acesso em: 10 out. 2017.

SANTOS, L. **Direito à saúde e qualidade de vida**: um mundo de corresponsabilidades e fazeres. Campinas: Saberes Editora, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº: 994.09.234287-2**. Relator: Des. Peirreti de Godoy. Bauru, 5 de maio de 2010. Disponível em:<

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4473468&cdForo=0>>. Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado nº 0002042-72.2014.8.26.0344**. Relator: Des^a. Paula Jacqueline Bredariol de Oliviera. Marília, 26 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=568532&cdForo=9039>>. Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado nº 0013365-64.2014.8.26.0024**. Relator: Des. Douglas Borges da Silva. Adrandina, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=555258&cdForo=9044&uuidCaptcha=sajcaptcha_3b584c3aac4d40458bc5e06281731dd9&vlCaptcha=phzk&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 17 maio 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang ;MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, FILCHTNER, Mariana. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SEGALLA Juliana Izar Soares da; SILVEIRA, Fernando Heitor Raphael. Reprodução assistida, planejamento familiar e saúde sob a Constituição de 1988. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 18, 2009, p. 1377. São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: Conpedi, 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/Integra.pdf>. Acesso em: 01 maio 2018.

SILVA, Neurilene Gomes da. O entrave da reserva do possível no caminho rumo à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Rev. Fac. Dir. Univ. São Paulo, São Paulo, v. 105, p. 829-878, jan./dez. 2010. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67922/70530>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Os direitos humanos do concebido: análise biojurídicas das técnicas de reprodução assistida. Porto Alegre: **Síntese Publicações**, 2002, CD-Rom n. 40. Produzida por Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda.

SOARES DE MEDEIROS, Luciana, MACHADO VERDI, Marta Inez. Direito de acesso ao serviço de reprodução humana assistida: discussões bioéticas. **Ciência & Saúde Coletiva** [online], 2010,. Disponível em :<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63019111014>>. Acesso em: 18 set. 2017.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Marise Cunha de. As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética. **Revista da EMERG**, Rio de Janeiro, v.13, n.50, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 10 outubro 2017.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENTURA, Miriam **Direitos reprodutivos no Brasil** .3. ed. Rev. e atual. Brasília, DF, 2009. Disponível em: < .http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

WANBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 168, fev./ 2009.