

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

JOÃO VITOR PENNA E SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; João Vítor Penna e Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-835-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

Esta obra condensa os artigos selecionados, apresentados e debatidos no XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Belém-PA, entre os dias 13 a 15 de novembro de 2019, proporcionando visibilidade à produção científica na seara jurídica acerca das mais diversas temáticas.

É com imensa satisfação que registramos a nossa participação como coordenadores da mesa do Grupo de Trabalho “Direito das Famílias e Sucessões”, o qual trouxe à tona a abordagem de inúmeros temas controvertidos, de interesse teórico e prático, tais como a inadequação das terminologias tradicionais do Direito de Família, como a ideia de família substituta; a violência doméstica e a perda do poder familiar; a análise histórica dos institutos do Direito de Família, especialmente sua relação com as concepções religiosas; a responsabilidade civil pela ruptura do casamento e por atos de alienação parental; a alienação parental sob a perspectiva crítica de gênero; o direito ao casamento de pessoa com deficiência; a garantia do direito à reprodução humana assistida e o debate acerca da desburocratização dos processos de adoção no Brasil.

Dentre estes temas destacamos também a profícua discussão acerca da filiação socioafetiva, tema de diversos trabalhos do Grupo, no qual foi abordado a sua importância social e a perspectiva da promoção de valores fundamentais, como a dignidade humana, e a análise dos impactos da possibilidade do reconhecimento extrajudicial da socioafetividade diante dos critérios trazidos pelos Provimentos nos 63 e 83 do CNJ.

Quanto ao Direito Sucessório, foram apresentados textos também muito interessantes e que geraram inúmeras discussões, como por exemplo: os impactos da inconstitucionalidade do art. 1790 do atual Código Civil acerca da sucessão dos companheiros septuagenários; as inconstitucionalidades na diferenciação entre a ordem de vocação sucessória dos irmãos e sobrinhos bilaterais e unilaterais; a importância e o papel do planejamento sucessório e por último, a validade da instituição de cláusula compromissória de mediação em testamento.

Frisamos, ainda, a diversidade entre os participantes do Grupo de Trabalho como marca da discussão. Foram recebidos trabalhos de diversas regiões do país, com participantes de mais diversos estratos acadêmicos, como especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos em um diálogo aberto e participativo.

Por fim, destacamos a profundidade dos trabalhos apresentados como forma de demonstrar a necessidade de reflexão constante acerca do fenômeno da família – nas suas dimensões existenciais e patrimoniais, em vida e após a morte – e no reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Prof. Doutora Valéria Silva Galdino Cardin – UEM e UNICESUMAR

Prof. Mestre João Vitor Penna – FACI/WYDEN

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: DA (IN)EFICIÊNCIA DO ESTADO
BRASILEIRO EM GARANTIR A CONCRETIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL
POR MEIO DA PORTARIA Nº 3.149/2012**

**ASSISTED HUMAN REPRODUCTION: THE (IN)EFFICIENCY OF THE
BRAZILIAN STATE IN ENSURING PARENTAL PROJECT THROUGH THE
ORDER Nº 3.149/2012**

**Valéria Silva Galdino Cardin ¹
Mylene Manfrinato Dos Reis Amaro ²**

Resumo

Esta pesquisa teve por objetivo analisar a ineficiência do Estado brasileiro em garantir aos cidadãos a realização do projeto parental pelas técnicas de reprodução assistida através do Sistema Único de Saúde (SUS), especialmente diante da Portaria nº 3.149/2012 do Ministério da Saúde. Para tanto, utilizou-se o método teórico, fundamentado em revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, documentos eletrônicos e na legislação aplicável. Como resultado, verificou-se que o direito à procriação é um direito fundamental, orientado pelo princípio do livre planejamento familiar e da parentalidade responsável, devendo este ser assegurado pelo Estado a todos os cidadãos de forma igualitária.

Palavras-chave: Direito à saúde, Planejamento familiar, Reprodução humana assistida

Abstract/Resumen/Résumé

This research aimed to analyze the inefficiency of the Brazilian State in guaranteeing to the citizens the realization of the parental project by assisted reproduction techniques through the Unified Health System especially after the Ordinance 3.149/12 of the Ministry of Health. Thus, the theoretical method was used, based on the literature review of works, journal articles, electronic documents and the applicable law. As a result, it was found that the right to procreation is a fundamental right, guided by the principle of free family planning and the responsible parenting, which should be guaranteed by the State to all citizens equally

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Family planning, Assisted human reproduction

¹ Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais (PUCSP); Docente (UEM) e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (UNICESUMAR); Advogada; E-mail: valeria@galdino.adv.br

² Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Bolsista do Programa (PROSUP/CAPES); Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Advogada; E-mail: mylenemanfrinato@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

As novas técnicas de reprodução assistida têm como objetivo solucionar os problemas que muitos casais possuem no tocante à esterilidade e/ou à infertilidade, uma vez que o planejamento parental é um direito assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, no Brasil, ainda não há uma regulamentação específica que discipline tais técnicas, de forma que estas obedecem a normas administrativas do Conselho Federal de Medicina, entre elas, a Resolução CFM n° 2168/2017.

Além disso, o Sistema Único de Saúde (SUS) possui apenas a Portaria n° 3.149/2012 do Ministério da Saúde, que disponibiliza de forma gratuita a procriação assistida em cinco estados brasileiros. Em razão disso, alguns conflitos surgiram em decorrência da ineficiência do Estado em disponibilizar em todo o país a reprodução de forma gratuita, o que acarretou na desigualdade de acesso às técnicas de procriação.

Para melhor compreensão da temática, o presente trabalho se propôs a analisar o princípio da parentalidade responsável e a sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro até a promulgação da atual Constituição Federal e do Código Civil, destacando-se os princípios que hoje norteiam o tema, bem como as principais técnicas utilizadas para a consecução do projeto de parentalidade, tais como: a inseminação artificial homóloga, a inseminação artificial heteróloga e a cessão temporária do útero.

Posteriormente, passar-se-á ao estudo do direito à reprodução assistida como um direito à saúde e a necessidade de criação de uma regulamentação para a reprodução assistida não só no âmbito privado, mas também no público, principalmente para garantir o acesso a estes métodos de forma gratuita pelo SUS. Para tanto, utilizou-se o método teórico, fundamentado em pesquisa e em revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, documentos eletrônicos e legislação aplicável ao caso.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

O valor da pessoa humana possui o seu cerne na filosofia, consistindo no atributo intrínseco de cada ser humano, que assegura proteção contra qualquer forma de tratamento discriminatório. A dignidade humana tem o seu berço secular na filosofia. Constitui um valor,

ou seja, trata-se de um conceito axiológico¹. Da Roma Antiga até a Idade Média e o nascimento do Estado Liberal, a “dignidade” era uma definição relacionada ao *status* personalíssimo da pessoa. (MCCRUDDEN, 2008).

Na era do Iluminismo, Immanuel Kant tratou do tema com propriedade. Segundo o filósofo, o homem é um ser racional capaz de regular-se por meio de leis que a si mesmo impõe e que geram deveres. Logo, por meio destes temos, há uma lei universal, na qual o ser humano utiliza-se da ética e da razão para tratar de si mesmo e de seus semelhantes como fim e nunca como meio. (KANT, 2004).

Neste sentido, Jorge Miranda assevera que a dignidade da pessoa humana pertence ao ser humano concreto e não a um ser fictício e intangível. (MIRANDA, 1993). Já Dinaura Goldinho Pimentel Gomes entende que o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor primordial, que pertence a todos os direitos fundamentais, aplicando-se tanto as normas constitucionais quanto infraconstitucionais. (GOMES, 2005).

O Estado brasileiro por meio do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu o Estado Democrático de Direito, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana. Acerca do tema, Ingo Wolfgang Sarlet, afirma que no tocante aos direitos fundamentais, o constituinte elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como o cerne da Constituição. (SARLET, 2001).

O que implica dizer que o princípio da dignidade humana decorre dos direitos fundamentais, que possuem por intuito assegurar ao ser humano o mínimo de respeito. Como assinala Luiz Edson Fachin:

[...] princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípio e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista do Direito. Aplica-se como leme a todos o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata. (FACHIN, 2001, p. 191).

Ressalte-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não se dirige apenas à atual geração, ou seja, mas também às futuras. Logo, os que não foram concebidos, por fazerem parte da espécie humana, também possuem o direito de ter a sua dignidade respeitada. Assim, o

¹ Citando von Wright, Robert Alexy registra que os conceitos práticos se dividem em três categorias: axiológicos, deontológicos e antropológicos. Os conceitos axiológicos têm por base a ideia de bom. Os deontológicos, a de dever ser. Já os conceitos antropológicos estão associados a noções como vontade, interesse e necessidade. (ROBERT, 2008, p. 145-146).

princípio acima exposto deve ser observado no tocante ao planejamento familiar, previsto no art. 226, §7º, da Constituição Federal e pormenorizado pela Lei 9263/1996 e que garante às pessoas a liberdade de terem ou não filhos, independentemente do estado civil e da orientação sexual. Ademais, destaca-se que este direito foi ratificado pelo art. 1565, §2º, do Código Civil.

Desta forma, o planejamento familiar é um direito fundamental arraigado no princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo ser restringido pelo Estado, devendo este assegurar o seu exercício por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

2.1 DO PLANEJAMENTO FAMILIAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL

O direito ao planejamento familiar também está atrelado ao princípio da parentalidade responsável, consagrado constitucionalmente no art. 226, § 7º, da Constituição Federal, nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no inciso IV, do art. 1.566 do Código Civil. Ainda, pode-se afirmar que a parentalidade responsável é a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual, material e cuidar da orientação sexual dos filhos. (CARDIN, 2010).

Como assevera Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

traz ínsita a ideia inerente às consequências do exercício dos direitos reprodutivos pelas pessoas humanas [...] e representa a assunção de deveres parentais em decorrência do resultado do exercício dos direitos reprodutivos – mediante conjunção carnal ou com o recurso de alguma técnica reprodutiva. (GAMA, 2013, p. 713).

Como visto, pelos preceitos legais, é direito de toda pessoa realizar o planejamento familiar, sendo dever do Estado informar e propiciar recursos educacionais e científicos para tanto. Segundo o autor acima, o direito de procriação é um direito fundamental, devendo ser assegurado pela ordem jurídica, uma vez que a Constituição protege a família e tal proteção deve ser estendida à procriação. (GAMA, 2013).

Ademais, é evidente que a parentalidade responsável requer muita responsabilidade, devendo os filhos serem criados em um ambiente que garanta o desenvolvimento dos direitos da personalidade.

2.3 DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A autonomia privada deve ser vista sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, uma vez que é destinada às vertentes de existência dos direitos da personalidade, inclusive no Direito de Família. (DADALTO, 2010).

Além disso, os “direitos reprodutivos foram reconhecidos internacionalmente e são considerados fundamentais ou humanos. (CARDIN, 2010). O direito ao livre planejamento familiar consiste no direito que cada pessoa tem de constituir a sua família e de concretizar do sonho de ter ou não filhos, a partir de informações e de recursos disponibilizados pelo próprio Estado, estando este direito relacionado à possibilidade de desenvolvimento da personalidade.

Já o papel do Estado é disponibilizar meios que possibilitem o surgimento e a manutenção dessas instituições familiares por meio de recursos para a concretização de tal fim. Dessa forma, o art. 4º, da Lei 9263/1996 (Lei do Planejamento Familiar), estabelece que este “se orienta por ações preventivas e educativas e pela garantia do acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade” (BRASIL, 1996).

Todavia, essa atuação estatal deve estar de acordo com a dignidade da pessoa humana, por seguinte com os direitos fundamentais da liberdade e à autonomia dos indivíduos componentes da relação familiar, o que reflete nos direitos da personalidade.

2.4 DO DIREITO À PROCRIAÇÃO À LUZ DO DIREITO À SAÚDE

No Brasil, na 8ª Conferência Nacional de Saúde de 1986, que estabeleceu diretrizes para a elaboração da atual Constituição Federal, a saúde foi tratada como um direito do cidadão. Para o item 3 da referida conferência, o direito a saúde significa “a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis”. (BRASIL, 1986).

Logo, é evidente que o direito à saúde não está atrelado apenas ao combate às doenças, mas sim à plenitude do ser humano, que se reflete na esfera reprodutiva ante à impossibilidade de ter filhos. Os direitos reprodutivos, segundo Flávia Piovesan, constituem a soma dos direitos referentes à livre atividade sexual e, conseqüentemente, ao resultado da reprodução humana.

E tais direitos implicam no acesso a um serviço de saúde que proporcione informação, educação e meios, tanto para o controle da natalidade como para a procriação. (PIOVESAN,

2003). Acerca da saúde reprodutiva, a Organização Mundial da Saúde (OMS) entende que esta compreende:

a) que as pessoas tenham a habilidade de reproduzir-se assim como de regular sua fertilidade com o maior conhecimento possível das consequências pessoais e sociais de suas decisões, e com acesso aos meios para implementá-las; b) que as mulheres possam ter acesso à maternidade segura; c) que a gravidez seja bem-sucedida quanto ao bem-estar e à sobrevivência materna e da criança. Além disso, que os casais sejam capazes de ter relações sexuais sem medo de gravidez indesejada e de contrair doenças. (BRAUNER, 2003, p. 17).

Para Lôbo (2010), o Estado dispõe que o planejamento está relacionado não só às ações preventivas, mas também educativas, devendo, de igual modo, viabilizar o acesso igualitário aos meios e às técnicas para a concretização da procriação. (LÔBO, 2010). O direito à utilização de técnicas de reprodução não é explícito na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ou no Protocolo de San Salvador.

Apesar disso, os tratados de direitos humanos considerados como normas com *status* constitucional são efetivos “instrumentos vivos cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e as condições atuais de vida”. (CORTE IDH, 2004).

Neste contexto, conforme o art. 11, do Pacto de San José da Costa Rica, a família é o elemento essencial da sociedade, de forma que deve possuir proteção integral por parte do Estado. Ainda, o Pacto consagra o direito do ser humano dotado de dignidade de constituir família de forma livre. (CONVENÇÃO..., 1969).

No passado, no ordenamento jurídico brasileiro, a ideia da família estava atrelada ao casamento. Contudo, atualmente a Constituição Federal, o Código Civil e a Lei nº 9.263/1996 asseguram a qualquer cidadão o direito ao planejamento familiar, independentemente do estado civil ou da orientação sexual. Isto porque os direitos reprodutivos estão fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Logo, qualquer tratamento contra a infertilidade humana deve ser viabilizado pelo Estado por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), em decorrência de que o Brasil é Estado signatário da Convenção Americana, a qual garante os direitos reprodutivos. (VENTURA, 2009). Ao promover a reprodução humana assistida aos casais inférteis/estéreis, o Estado estará efetivando o direito à saúde dessas pessoas e, ao mesmo tempo, proporcionando o direito ao planejamento familiar, consagrado pelo texto constitucional.

3 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O intuito das técnicas de reprodução humana assistida é sanar os problemas de esterilidade e de infertilidade de casais ou de pessoas solteiras que queiram realizar o projeto familiar, pois desde as origens da humanidade, o desejo de ser pai ou mãe acompanhou o ser humano (COULANGES, 2007).

Com intuito de solucionar o problema da esterilidade e da infertilidade, a biotecnologia desenvolveu várias técnicas de reprodução humana assistida, existindo nos dias atuais uma multiplicidade de métodos utilizados para a procriação artificial (BARBOZA, 2004) como por exemplo a transferência de gametas² ou de zigotos nas trompas de falópio³, a fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões excedentários⁴, a inseminação artificial homóloga e heteróloga, a gestação de substituição (barriga de aluguel), dentre outras.

A inseminação artificial homóloga é a técnica em que utiliza o material genético do próprio casal, onde se “manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen)” (LÔBO, 2009, p. 200) e, cuja “fecundação, substitui a concepção natural, havida por meio da cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência que um ou ambos os cônjuges possuem para procriarem um filho”. (LÔBO, 2009, p.200).

Já na inseminação artificial heteróloga utiliza o espermatozoide de um terceiro doador, ou seja, há aqui a fecundação da mulher com o material de outrem, entretanto, afasta-se a paternidade do fornecedor do material genético, sendo o marido da futura gestante considerado o pai do filho concebido. (DIAS, 2015).

Nestes casos, o único requisito imprescindível é a concordância do marido, não se exigindo que este seja estéril. Entretanto, como explica Guilherme Calmon Nogueira da Gama, este procedimento costuma ser utilizado quando “um ou ambos os cônjuges ou companheiros não tenham condições de contribuir com o material genético para a fecundação”. (GAMA, 2003, p. 735-736).

² Técnica conhecida como *Gamete Intrafallopian Transfer* (GIFT), consiste na “transferência intratubária de gametas femininos e masculinos. Como condição básica, requer a comprovação da permeabilidade tubária pelo menos unilateral”. (SCARPARO, 1991, p. 13).

³ No meio científico é conhecida com técnica ZIFT (*Zygote Intrafallopian Transfer*), visto que “combina as vantagens da fertilização *in vitro* com a transferência de gametas, admitindo a diversidade resultante do momento em que é feita a transferência”. (SCARPARO, 1991, p. 15).

⁴ Trata-se da fertilização embrionária na proveta. Obedece aos mesmos critérios da transferência intratubária dos zigotos, “todavia, o zigoto ou zigotos continuam incubados *in vitro* até se convolarem no embrião ou embriões, uma nova fase, caracterizados pelo estágio de 2 a 8 células, quando, então, serão transferidos para o útero ou trompas da mãe”. (CAMILLO, 2009, p. 1.904).

Enquanto que a “maternidade de substituição”, vulgarmente conhecida como “barriga de aluguel”, consiste na “cessão de útero para a gestação de filho concebido pelo material genético de um dos pais, da que irá gestacionar ou de um terceiro, devendo a criança gerada ser entregue logo após o nascimento”. (MALUF, 2013, p. 2016).

E, embora seja a cessão um negócio jurídico, de acordo com o item VII da Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina (CFM), esta não pode ser está condicionada à uma contraprestação pecuniária, sendo que a cedente deve pertencer à família de um dos parceiros em possuir parentesco consanguíneo até o quarto grau com os idealizadores do projeto parental em questão.

3.2 O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR POR MEIO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O planejamento familiar, como observado no decorrer da presente pesquisa, consiste em um direito fundamental que deve ser assegurado a todos os cidadãos. A Constituição Federal ampliou o conceito de família ao reconhecer como entidade familiar não apenas a constituídas pelo matrimônio, mas também as advindas da união estável, a família monoparental, a anaparental, a de pais homossexuais, a socioafetiva e a multiparental. Acrescente-se que rol apresentado na Constituição Federal é apenas exemplificativo e que o direito ao livre planejamento familiar é um direito de qualquer entidade familiar. (CARDIN, 2009).

Conforme Flávia Alessandra Naves Silva, ao prever constitucionalmente o direito ao livre planejamento familiar, o Estado garantiu não só o direito de procriação pela via natural, mas também através da utilização de técnicas de reprodução humana assistida. (SILVA, 2011).

Portanto, o direito ao uso das técnicas de reprodução humana assistida decorre do livre planejamento familiar, bem como do direito a saúde e a liberdade. Todavia, o tal direito deve respeitar os princípios norteadores da bioética, como forma de inibir o uso irresponsável das técnicas de reprodução, como exemplo: a prática da eugenia às avessas.

4. DO DEVER DO ESTADO EM GARANTIR AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA DE FORMA GRATUITA A TODOS OS ESTADOS DA FEDERAÇÃO

O direito à saúde é um direito fundamental, de forma que o seu acesso deve ser garantido por parte do Estado, nos termos do art. 194, I e II da Constituição Federal. De acordo

com a Organização Mundial da Saúde (OMS), mais de 278 mil casais em idade fértil possuem problemas para ter filhos diante da esterilidade ou da infertilidade e cerca de 8% a 15% dos casais possuem algum problema que envolva a infertilidade. (BRASIL, 1996).

A realização do diagnóstico médico sobre a infertilidade baseia-se na atividade sexual regular como base para a averiguação de problemas de infertilidade. (VARGAS, 2010). A infertilidade, segundo a OMS, é classificada internacionalmente como doença pelo CID-10 (N97 – Infertilidade feminina, e N98 – Complicações associadas à fecundação artificial na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde da Organização Pan-americana de Saúde e da Organização Mundial da Saúde). (BRASIL, 1967).

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a infertilidade é considerada como a incapacidade de uma pessoa em fornecer material genético capaz de proporcionar a procriação, após um ano de relações sexuais regulares, sem o uso de métodos que impeçam a fecundação. Já a esterilidade é vista como a incapacidade de procriar. (MAMEDE, 2007).

Já que a infertilidade é considerada uma doença, segundo o CID-10 (N97 – Infertilidade feminina, e N98 – Complicações associadas à fecundação artificial na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde da Organização Pan-americana de Saúde e da Organização Mundial da Saúde) (BRASIL, 1967), de modo que qualquer indivíduo infértil ou estéril deve ter assegurado o seu direito de utilizar as técnicas de reprodução assistida para a concretização do seu projeto parental.

3.2 DA UNIVERSALIDADE E DO ACESSO IGUALITÁRIO AOS SERVIÇOS DO SUS NO ÂMBITO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O art. 196 da Constituição Federal estabelece que o direito à saúde, além de ser um direito fundamental, deve ser universal e igualitário para todos os indivíduos. (SCHWARTZ, 2001). Nesta esteira, Ana Cristina Costa Meireles dispõe que:

os direitos sociais se ligam ao direito à igualdade, pois são pressupostos do gozo dos direitos de liberdade à medida que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona o surgimento de condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade. (MEIRELES, 2008, p. 79).

Ainda, leciona Vinícius Lucas Paranhos que “não há como recusar que um dos requisitos para a existência dessa dignidade de que trata a Constituição Federal, é a saúde pública”. (PARANHOS, 2007, p. 155). Logo, a saúde é “um dos principais componentes da

vida, seja como pressuposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado a sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida”. (SCHWARTZ, 2001, p. 52).

O surgimento das novas tecnologias, que proporcionam a solução para as pessoas consideradas inférteis, tem sido alvo de intenso debate porque estas não possuem uma regulamentação jurídica e também porque muitos entendem que o Estado deveria ser obrigado a possibilitar o tratamento pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para as camadas mais carentes da população que não são beneficiárias desses progressos tecnológicos em razão da desigualdade social e econômica.

Desde os anos 2000, o SUS vem recebendo uma demanda progressiva pelos procedimentos de reprodução assistida. (FONTANELE, 2010). Entretanto, o Poder Público não tem propiciado o acesso igualitário às técnicas de reprodução assistida pelo SUS, o que evidencia, assim, uma inconstitucionalidade por omissão.

3.3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA DIANTE DA PORTARIA Nº 3.149/2012 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

O Estado possui a obrigação de propiciar que o acesso à saúde gratuita seja universal. No plano das políticas públicas representativas do Sistema Único de Saúde (SUS), as mesmas são apresentadas como um conjunto de ações e de serviços prestados aos cidadãos. A Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, que acrescentou o § 2º ao art. 198, estabeleceu “a obrigatoriedade da aplicação anual de recursos mínimos pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em ações e serviços públicos de saúde” (BONTEMPO, 2005, p. 77).

Por meio da Portaria nº 3.149/2012, o Ministério da Saúde autorizou que a reprodução assistida fosse realizada de forma gratuita pelo SUS, pois tal tratamento faz parte da viabilização do direito fundamental ao planejamento familiar.

Entretanto, foi destinado para este fim o valor de R\$10.000.000,00 de reais (dez milhões de reais), que foi aplicado em apenas 05 (cinco) Estados brasileiros, correspondendo apenas a 9 (nove) hospitais do país, que disponibilizam por meio do Sistema Único de Saúde o tratamento gratuito para a procriação artificial.

Os hospitais que oferecem os procedimentos de reprodução humana assistida no país são: 1) o Centro de Reprodução Assistida do Hospital Regional da Asa Sul (HRAS), antigo HMIB, em Brasília, vinculado à Secretaria de Saúde do Distrito Federal; 2) o Centro de Referência em Saúde da Mulher, antigo Hospital Pérola Byington, em São Paulo, vinculado à Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo; 3) o Hospital das Clínicas de São Paulo; 4) o

Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto (SP); 5) o Hospital das Clínicas da UFMG, de Belo Horizonte (MG); 6) o Hospital Nossa Senhora da Conceição, de Porto Alegre (RS); 7) o Hospital das Clínicas de Porto Alegre (RS); 8) o Instituto de Medicina Integral Prof. Fernando Figueira – IMIP, em Recife (PE); 9) a Maternidade Escola Januário Cicco – Natal/ Rio Grande do Norte. (BRASIL, 2012).

Diante de tal cenário, é claro que tal Portaria por si só não é suficiente para atender a demanda brasileira para o tratamento da infertilidade. Ainda, é clara a desigualdade que o próprio Estado proporciona diante da reprodução assistida, uma vez que disponibiliza a procriação artificial em apenas 05 (cinco) Estados de forma gratuita e os outros 21 (vinte e um) não são beneficiados, fato que desrespeita os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade em relação as pessoas acometidas pela infertilidade e/ou esterilidade que necessitam do Sistema Único de Saúde (SUS).

Portanto, apesar da criação da Portaria nº 3.149/2012 do Ministério da Saúde, na prática, o que se visualiza é que tais medidas são ineficazes quanto ao problema da população infértil do Brasil, haja vista que não existem pessoas que buscam a procriação artificial apenas nos 05 (cinco) estados abrangidos pela Portaria, mas sim em todos os Estados da federação.

Deste modo, tal portaria é inconstitucional porque viola os direitos fundamentais de quem necessita do SUS para a realização das técnicas de reprodução humana assistida. Logo, é de extrema urgência, a criação de uma lei que regulamente as técnicas de reprodução assistida e de uma nova portaria que trate de forma igualitária e universal do acesso pelo SUS daquelas pela população mais carente para os demais estados que não estão sendo beneficiados.

CONCLUSÃO

Frente à evolução médica que proporcionou a procriação por meio da reprodução artificial, o ordenamento brasileiro encontra-se ineficiente quanto à aplicação ao direito de igualdade na seara da reprodução humana assistida, uma vez que este garante a mesma, mas de forma limitada a uma mínima parcela da sociedade brasileira, cenário que viola de forma clara o direito fundamental à igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A reprodução humana assistida pode ser considerada parte formadora do direito fundamental à saúde, no qual o seu uso está atrelado a um problema de saúde reprodutiva. Conforme a presente pesquisa, no Brasil, existe a Portaria nº 3.149/2012 do Ministério da Saúde, que dispõe o acesso gratuito a reprodução humana assistida, contudo apenas em 5

(cinco) estados do país, inexistindo lei que regulamente a realização da procriação artificial de âmbito nacional.

Portanto, mostra-se conflitante a lógica vigente, pois ao se falar no direito fundamental de procriação e da saúde, a portaria em questão é violadora de tais direitos, já que restringe o acesso ao Sistema Único de Saúde para efetivar o desejo de constituição de prole, de forma que esta beneficia apenas os moradores do Distrito Federal, de Minas Gerais, do Rio Grande do Sul, de Pernambuco e de São Paulo.

A infertilidade, segundo a Organização Mundial da Saúde, é considerada uma doença, diante desse fato, nada mais justo do que o Estado oferecer de forma gratuita os meios de tratamento necessários para a restauração da saúde, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, é urgente a criação de políticas públicas e de portarias do Ministério da Saúde para disponibilizar as técnicas de procriação artificial nos demais estados que a Portaria nº 3.149/2012 do Ministério da Saúde não alcança, pois só assim é que o Estado efetivamente garantirá o direito de procriação e, conseqüentemente, o respeito à dignidade da pessoa humana a todos os cidadãos brasileiros que necessitam recorrer aos meios artificiais para a efetivação do planejamento familiar.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz. **Políticas Populacionais e o planejamento familiar na América latina e no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas, 2006.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução Assistida e o Novo Código Civil. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). **Bioética, Biodireito e o Novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 17 de maio 2019.

_____. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em: 14 de maio 2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17. mai. 2019.

_____. Ministério da Saúde. **Planejamento familiar.** Disponível em
<http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/saude-da-mulher/planejamento-familiar>. Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012.** 2012. Disponível em:
http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html. Acesso em: 28 jun. 2019.

_____. Organização Mundial da Saúde. **CID - 10.** Disponível em:
<https://cid10.com.br/buscacode?query=N97>. Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. 8ª Conferência Nacional de Saúde. **Relatório Final.** Disponível em:
http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Relatorio%20Final.pdf. Acesso em: 22 maio 2019.

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

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Da filiação. In: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio *et al.* (coords.). **Comentários ao Código Civil.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 1.904.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. **IBDFAM,** Belo Horizonte, 2010. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 17 maio 2019.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida *post mortem*. **Revista de Ciências Jurídicas,** Maringá, v. 7, n. 1, p. 119-138, jan./jun. 2009.

CASTORADIS, Cornelius. **As encruzilhadas do labirinto.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Peru.** Sentença de 8 de julho de 2004. Série C No 110. Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Disponível em:
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 20 jul. 2019.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga.** 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

_____. **La Cite Antique.** Paris: Champs Flammarion, 1998.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Família**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FONTENELE, Claudia Valença. "**Quando nasce um bebê, nasce também uma mãe?**": maternidade e reprodução humana assistida em mulheres laqueadas. 2010. 180f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-11022011-092408/publico/ClaudiaFontenele.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

GOMES, Dinaura Goldinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005.

HOTTOIS, Gilbert. **História da Filosofia: Da Renascença à pós-modernidade**. Lisboa: Instituto Piaget, Coleção Pensamento e Filosofia, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriação artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: RT, 1995.

LÔBO, Paulo. **Código Civil Comentado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MCCRUIDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. **The European Journal of International Law**, Florença, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008. Disponível em: <http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAMEDE, Fabiana Villela; CLAPIS, Maria José; PANOBIANCO, Marislei Sanches. Infertilidade: bases para o cuidado de enfermagem. *In*: FERNANDES, Rosa Aurea Quintella; NARCHI, Nádia Zanon (orgs.). **Enfermagem e saúde da mulher**. São Paulo: Manole, 2007.

- MEIRELES, Ana Cristina Costa. A eficácia dos direitos sociais. Salvador: JusPodivm, 2008.
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.
- MORAIS, A. Direitos e Garantias Individuais. In: Moraes, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.
- MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. (coords.). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.
- NEUSPILLER, Fernando; ARDILES, Gerardo. Conceitos e Epidemiologia em Medicina Reprodutiva. In: SCHEFFER, Bruno Brum *et al.* **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2003. p. 1-12.
- PARANHOS, Vinícius Lucas. Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/762/606>. Acesso em: 28 ago. 2019.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- PUSSI, William Arthur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- ROBERT, Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, v. 1, n. 1, 2011. Disponível em: <http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/914/894>. Acesso em: 25 mai. 2019.
- SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta – aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- VARGAS, Eliane Portes; RUSSO, Jane A.; HEILBORN, Maria Luiza. Sexualidade e reprodução: usos e valores relativos ao desejo de filhos entre casais de camadas médias no Rio de Janeiro, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 26, n. 1, p. 153-162, jan. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v26n1/16.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2019.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas, 2009.