

# artigos científicos

## HISTORICIDADE NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: EM BUSCA DA FUNDAMENTALIDADE

### *HISTORICITY IN ASSISTED HUMAN REPRODUCTION AND IN SUBSTITUTION PREGNANCY: IN SEARCH OF FUNDAMENTALITY*

**Maria Jose Cavalcante Correia de Lira<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Intervenção Psicossocial à Família no Judiciário pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Maurício de Nassau/ESMAPE. Pós-graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instituição Cristã. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Código ORCID ID: 0009-0005-0715-9449. [mariamariacc@bol.com.br](mailto:mariamariacc@bol.com.br)

Recebido/Received: 22.08.2022/ August 22th, 2022.  
Aprovado/Approved: 03.07.2023/ July 3th, 2023.

#### **RESUMO**

A reprodução humana natural sempre despertou a curiosidade dos estudiosos, desde os mais antigos pensadores até os cientistas mais modernos. A partir do projeto genoma vislumbrou-se um vasto campo científico nesta área, que experimentou enorme evolução. A partir da compreensão da reprodução humana natural, os pesquisadores caminharam na direção dos problemas de infertilidade, desenvolvendo o campo da reprodução humana medicamente assistida. No Brasil, a técnica de reprodução humana assistida tem caminhado a passos largos, devido à dedicação e excelência dos profissionais de saúde, que se especializam cada vez mais, levando o País à credibilidade e referência internacional. No aspecto jurídico, contudo, o Brasil não tem avançado, e o Poder Legislativo brasileiro ainda não atuou para a regulamentação desta técnica. Não temos lei em sentido estrito que discipline a matéria, o que dificulta a ação profissional e o acesso dos que precisam. O presente trabalho, utilizando a metodologia da Pesquisa Bibliográfica, propõe-se a analisar a existência ou não de um direito fundamental à reprodução humana assistida e à gestação de substituição, a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e respaldar a feitura de leis que tragam segurança jurídica para executores e beneficiários das técnicas utilizadas. O texto está estruturado em Introdução, A reprodução humana através dos tempos, a reprodução humana medicamente assistida, no Brasil; O contexto Legal da Reprodução humana medicamente assistida, no Brasil; O direito fundamental à reprodução humana medicamente assistida e à

maternidade de substituição, e, por fim, uma Conclusão, afirmando as referidas técnicas como direito fundamental a reclamar uma legislação específica.

**Palavras-chave:** Reprodução Assistida. Direito Fundamental à Reprodução Humana Assistida e à Gestação de Substituição. Infertilidade.

## ABSTRACT

Natural human reproduction has always aroused the curiosity of scholars, from the oldest thinkers to the most modern scientists. From the genome project, a vast scientific field was glimpsed in this area, which experienced enormous evolution. From the understanding of natural human reproduction, researchers moved towards infertility problems, developing the field of medically assisted human reproduction. In Brazil, the assisted human reproduction technique has taken great strides, due to the dedication and excellence of health professionals, who are increasingly specializing, leading the country to international credibility and reference. In the legal aspect, however, Brazil has not advanced, and the Brazilian Legislative Power has not yet acted to regulate this technique. We have no law in the strict sense that regulates the matter, which makes professional action and access difficult for those in need. The present work, using the Bibliographic Research methodology, proposes to analyze the existence or not of a fundamental right to assisted human reproduction and surrogacy, based on the constitutional principle of the dignity of the human person and to support the making of laws that bring legal security to executors and beneficiaries of the techniques used. The text is structured in Introduction, Human reproduction through time, medically assisted human reproduction in Brazil; The legal context of medically assisted human reproduction in Brazil; The fundamental right to medically assisted human reproduction and surrogacy, and, finally, a Conclusion, affirming the aforementioned techniques as a fundamental right to claim specific legislation.

**Keywords:** Assisted reproduction. Fundamental Right to Assisted Human Reproduction and Surrogacy. Infertility.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. A REPRODUÇÃO HUMANA ATRAVÉS DOS TEMPOS. 1.1. A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA NO BRASIL; 2. CONTEXTO LEGAL DA REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA NO BRASIL; 3. O DIREITO FUNDAMENTAL À REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E À MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

A reprodução humana natural sempre foi interesse de pesquisadores pelo mundo e a partir dela a questão da esterilidade e a busca de técnicas para o seu enfrentamento são interesse constante dos cientistas. Mas, se os avanços científicos nesse campo são imensuráveis, no plano legal o atraso é inconcebível e no Brasil a questão vem sendo conduzida, sobretudo, por resoluções do Conselho Federal de

Medicina, na falta de uma legislação adequada, contemplando a dignidade da pessoa humana e um direito fundamental.

O desenvolvimento social, ao longo da história, tem levado o homem à necessidade de lutar por direitos fundamentais, buscando reconhecimento de direitos mínimos, a que faz jus, pelo simples fato de pertencer à raça humana. Inicialmente, os direitos foram reivindicados a partir do trinômio liberdade, igualdade e solidariedade<sup>1</sup>, denominados pela doutrina, respectivamente, de primeira, segunda e terceira gerações (ou dimensões) de direitos. Atualmente, doutrinadores (como Norberto Bobbio) constroem a quarta geração de direitos, que se refere ao direito à democracia, à informação, ao pluralismo e à bioética. Esta última correspondendo ao futuro da cidadania e a proteção à vida, tendo em vista o desenvolvimento da engenharia genética.

Diante desta realidade, o objetivo do presente artigo é investigar e responder ao problema se a reprodução humana assistida e a maternidade de substituição são ou não direitos fundamentais, a fim de respaldar a urgência de regulamentação sobre a matéria e a edição de lei, em sentido estrito, que regule a prática dessas atividades médicas que, embora muito aplicadas nos dias atuais, carecem de lei e, como consequência, a implementação de políticas públicas que visem a proteger e amparar casais que dela necessitem, seja na cobertura do tratamento por convênios médicos, por exemplo, ou pelo próprio SUS.

A metodologia utilizada foi a da pesquisa bibliográfica e a estrutura do texto deste artigo está organizado em Introdução, abordando direitos fundamentais, questões reprodutivas e infertilidade e o vazio legal nesse campo; A reprodução humana através dos tempos, tratando dos estigmas da esterilidade, os avanços científicos no campo da reprodução humana e os cientistas de referência no mundo e no Brasil; A reprodução humana medicamente assistida, no Brasil, tratando da Sociedade Brasileira de Esterilidade, da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e a obtenção da credibilidade internacional, em 1995; O contexto legal da reprodução humana medicamente assistida, no Brasil; O direito fundamental à reprodução humana medicamente assistida e à maternidade de substituição, e, por fim, as considerações finais, defendendo que as duas técnicas são direitos humanos fundamentais a reclamar legislação específica.

A Bíblia já relata histórias de mulheres inférteis que não conseguiam constituir descendência para seus maridos, sendo, por isso, vistas com desprezo e consideradas malditas. A impossibilidade de gerar era vista pela sociedade da época como maldição e castigo. Já a fertilidade como bênção divina. Diversos livros bíblicos, como Gênesis e I Samuel tratam de infertilidade como castigo, maldição, desprezo. Mulheres inférteis são criticadas, estigmatizadas e vistas como pessoas inferiores, algumas findando por serem abandonadas<sup>2</sup>.

1 BRANDÃO, Claudio. (Organizador). Direitos humanos e fundamentais em perspectiva. 2014, p. 13.

2 DUARTE e RECKZIEGEL, 2015.

No presente estudo, como dissemos, afirmaremos, a partir da pesquisa, que a reprodução humana assistida e a gestação de substituição são direitos fundamentais ligados ao direito à saúde, constitucionalmente protegidos, o que possibilita a implementação de garantias legais para sua viabilização.

## 1. A REPRODUÇÃO HUMANA ATRAVÉS DOS TEMPOS

Na Antiguidade, casais inférteis eram considerados inferiores e esquecidos pelos deuses, pela incapacidade de gerar descendentes, enquanto os férteis eram considerados abençoados pelos deuses. O estigma era tão forte que, na Grécia antiga, a mulher infértil era considerada um rio seco, causa do término do matrimônio. Ela poderia ser abandonada pelo marido, sem qualquer provisão, restando-lhe a prostituição como único meio de sobrevivência. Já a infertilidade masculina dava à esposa o direito a um amante que lhe gerasse um filho. Este, porém, era considerado descendência do esposo<sup>3</sup>.

O interesse no estudo da reprodução humana se iniciou com o estudo da reprodução dos animais. Hipócrates, em 460 a.C., entendia que o feto era resultado da mistura das sementes, uma masculina e uma feminina. Em 350 a. C., Aristóteles chegou a escrever a Obra “A geração dos animais”<sup>4</sup>.

A partir do renascimento, Século XVI, a descoberta do microscópio muito auxiliou o conhecimento dos cientistas da época. As dissecações do corpo humano e de outros animais permitiram que o estudo avançasse e teve como nome de destaque o médico judeu português João Rodrigues de Castelo Branco, que assinou suas Obras como Amato Lusitano. Ele descreveu os órgãos genitais masculino e feminino e o desenvolvimento embrionário. Também escreveu a Obra “Centúrias de Curas Mediciniais”. Uma Obra dividida em sete livros, que narram casos por ele tratados, uma espécie de diário de sua prática da medicina, em que descreve o tratamento indicado e o resultado. Grande foi a sua contribuição para a reprodução humana assistida<sup>5</sup>. O termo “centúrias” se refere aos casos clínicos catalogados em centenas. Ele tratou inúmeros casos de disfunção sexual, de sua época, e acreditava ser possível a gravidez mesmo sem a relação sexual completa, desde que houvesse emissão de sêmen.

Ainda no Século XVI, por volta de 1578, o médico inglês William Harvey defendeu a formação dos animais a partir de estruturas que denominou de “ovo” e Anton Van Leeuwenhoek, por volta de 1632, descobriu pequenas células no líquido seminal que conhecemos hoje como espermatozoides, por ele denominadas de “animálculos”. Nestes mesmos idos, outros estudiosos faziam relevantes descobertas: Gabrielle Falópio, anatomista italiano, descreveria as trompas, denominadas de “trompas de falópio”, em sua homenagem; Graaf, médico fisiologista holandês defende

3 JOPPERT JUNIOR et al, 2002, p. 02.

4 CARNEIRO-CARVALHO e RODRIGUES, 2019, p.513.

5 *Ibidem*.

que os ovos eram contidos no interior de testículos, que denominou de “ovários”. Charles Bonnet descreve esses ovos como folículos ováricos (folículos de Graaf, em homenagem a Régnier de Graaf). O Século XVII finaliza com a compreensão de que todas as fêmeas possuem ovos.

As disfunções sexuais masculinas também preocupavam os médicos, havendo relatos de casos como do Rei Luís XVI e Napoleão Bonaparte. Pela importância desses personagens é possível concluir os impactos da constatação e interesse dos pesquisadores em resolver as dificuldades reprodutivas de figuras tão importantes.

No que se refere à reprodução assistida, tem-se as primeiras notícias sobre o tema no Século XVI, com a inseminação artificial de cavalos, com o objetivo de se obter uma raça mais resistente. No entanto, o primeiro registro científico de inseminação artificial com sucesso ocorreu em 1779, pelo italiano Lázaro Spalanzani, que inseminou artificialmente cães e rãs, obtendo sucesso com uma cadela que pariu três filhotes<sup>6</sup>.

Em seres humanos, a primeira tentativa de inseminação artificial que se tem notícia ocorreu em 1461, quando o físico judeu Yusef Bem Yahia inseminou a infanta de Portugal Joana de Avis, rainha de Castela, com o objetivo de obter descendência de seu marido, Enrique IV de Castela, que tinha problemas de fertilidade, porém não houve sucesso. Em 1785, final do Século XVIII, o cirurgião escocês John Hunter tentou inseminar uma mulher com o sêmen de seu marido, com problemas na uretra, que o deixava infértil, mas a tentativa também não foi exitosa. Ainda em 1785, houve sucesso de uma inseminação artificial onde o decano da faculdade de medicina de Paris, Thouret, fecundou a sua esposa que era estéril. Em 1790, o Dr. John Hunter obteve êxito com uma mulher. Nesse mesmo Século, houve grande avanço nas pesquisas científicas com animais, especialmente com a descoberta da possibilidade de congelamento prolongado dos espermatozóides, fato determinante para o avanço nessa área.

Em 1866, Jaime Marion Sims conseguiu inseminar, com êxito, uma mulher. A partir de então, a inseminação artificial tornou-se comum entre mulheres de soldados americanos, que lutaram na segunda guerra mundial e soldados ingleses, que lutaram na guerra da Coreia<sup>7</sup>.

O Século XX é marcado por descobertas da relação entre DNA e hereditariedade, da teoria hormonal e o papel da hipófise na reprodução humana. Tais descobertas contribuem significativamente para o avanço das pesquisas no campo da reprodução humana assistida e a obtenção de resultados cada vez mais exitosos.

Nos anos seguintes, foi desenvolvida a técnica de fertilização *in vitro*. Em 1944, o ginecologista da Universidade de Harvard, John Rock, juntamente com a geneticista Miriam Menkin, conseguiu produzir o primeiro embrião humano em laboratório e publicou as imagens das primeiras divisões celulares do embrião, na revista Science, mas não houve implantação em paciente<sup>8</sup>.

6 *Ibidem*, p.516.

7 *Ibidem*.

8 ORTONA, 2019, p.2.

Em 1978, os doutores ingleses Robert Edwards e Patrick Steptoe conseguiram sucesso na técnica de fertilização *in vitro*, tratando o casal Lesley Brown de Bristol e seu marido John. Em 25 de julho de 1978, nasce o primeiro bebê fruto dessa técnica, Louise Brown. Em 1980, os dois médicos fundaram a Bourn Hall Clinic, a primeira unidade de fertilização *in vitro* do mundo, com verbas privadas. Em 2010, Edwards recebeu o Prêmio Nobel de Medicina, por seu pioneirismo na técnica de fertilização *in vitro*. Steptoe não compartilhou a premiação por haver falecido, em 1988<sup>9</sup>.

Após o breve relato histórico da reprodução humana assistida no contexto mundial, situaremos a questão no Brasil, visto que, obviamente, paralelamente aos avanços das pesquisas pelo mundo. Em nosso país as pesquisas também aconteciam, conduzindo nossos conhecimentos sobre o tema a posição de destaque no cenário internacional.

### 1.1. A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA NO BRASIL

No Brasil, a gênese das pesquisas sobre reprodução humana surgiu com a criação da Sociedade Brasileira de Esterilidade (SBE), em 26 de dezembro de 1947, numa reunião científica ocorrida na sede da Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, cujo objetivo era o cuidado com questões referentes à esterilidade, prevenção e sequela de abortos, anticoncepção e assistência à maternidade em todos os aspectos. No início do ano seguinte, o estatuto da referida sociedade definiu como propósito da instituição o estudo da esterilidade e o incentivo de criação de clínicas especializadas no assunto, nos hospitais do País<sup>10</sup>.

A partir de então, a reprodução humana ganhou importância no Brasil e no início da década de 1970 já existia o centro de planejamento familiar de São Paulo, referência em diagnóstico e tratamento de esterilidade conjugal, que utilizava o conhecimento japonês, importado da Keio University.

Mas, as faculdades de medicina ainda ofereciam um conhecimento ínfimo na área de reprodução humana e, em todo país, apenas as Universidades Federais da Bahia, Juiz de Fora e Paraná ofereciam a disciplina. Os pesquisadores mais interessados desenvolviam seus trabalhos individualmente, chegando a publicar em revistas importantes, que serviram como referência posteriormente, dentre eles se destacaram Elsimar Coutinho, Hugo Maia e Climério de Oliveira<sup>11</sup>.

O trabalho, contudo, era mais direcionado à questão do planejamento familiar com ênfase em métodos contraceptivos, pois havia uma preocupação governamental em relação à explosão demográfica no Brasil. Embora tenham sido criados alguns laboratórios de biologia reprodutiva, onde se desenvolviam trabalhos experimentais<sup>12</sup>.

9 PINCOCK, 2013.

10 PEREIRA, 2011, p. 60.

11 PEREIRA, 2011, p. 59.

12 *Ibidem*.

Em 1974, a Sociedade Brasileira de Esterilidade realizou um congresso de reprodução humana, no Rio de Janeiro, memorável, segundo Pereira, tendo o Dr. Campos da Paz conseguido reunir os 50 maiores especialistas do mundo, na área de reprodução humana, que vieram da Europa, Ásia, América do norte e América latina. No evento, ocorreu a mudança do nome da Sociedade Brasileira de Esterilidade para Sociedade Brasileira de Reprodução Humana (SBRH), agora com representatividade nacional, e o Dr. Milton Nakamura assumiu a presidência da novel SBRH, tendo sua sede sido transferida para São Paulo<sup>13</sup>.

A partir de então, segundo Pereira<sup>14</sup>, houve grande avanço tecnológico na medicina reprodutiva brasileira e, na segunda metade da década de 70, a cirurgia laparoscópica conseguiu devolver a fertilidade de muitos casais, com a reversão de laqueaduras e vasectomias. Surgiram novos paradigmas que aproximariam a medicina reprodutiva brasileira ao “admirável mundo novo, idealizado por Aldous Huxley”.

Na década de 1980, a reprodução humana brasileira experimentou grande evolução na área da reprodução humana assistida, quando o Dr. Milton Nakamura passou a realizar fertilização *in vitro* em pacientes, inspirado no sucesso alcançado na Inglaterra, pelos Drs. Steptoe e Edwards, o que proporcionou o nascimento do primeiro bebê de proveta do país. O Dr. Nakamura passou a realizar fertilizações *in vitro* em pacientes, auxiliado por uma equipe de médicos da Universidade de Melbourne (Austrália). Os procedimentos eram realizados no Hospital Santa Catarina, em São Paulo, com a cobertura da Rede Globo. Os óvulos, nesta época, eram coletados por laparoscopia e num desses procedimentos ocorreu um acidente anestésico e uma das pacientes foi a óbito. Essa tragédia paralisou a continuidade dos estudos, que só foram retomados, pelo Dr. Nakamura, em 1983, conseguindo sucesso, em 1984, com a gravidez e nascimento de Ana Paula Caldeira, em São José dos Pinhais, Paraná. Entretanto, o mérito do primeiro êxito é reivindicado pelo Dr. Nilson Donadio, que teria conseguido o nascimento de um bebê meses antes, na Santa Casa de São Paulo, guardando o fato em segredo, até então, por questões éticas impostas pela Santa Casa<sup>15</sup>.

Nesse contexto foram implantados os primeiros laboratórios de reprodução humana da América do Sul, um na faculdade de medicina da Santa Casa de São Paulo, em 1982, e outro no hospital das clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais.

Em 1990, havia centros de reprodução assistida em outras capitais brasileiras, como Curitiba, Salvador, Rio de Janeiro, Porto Alegre e Recife. Grandes eram os obstáculos, pois faltavam biólogos treinados, os equipamentos eram muito caros, o meio de cultura celular inadequado, apesar dos desafios e obstáculos, os resultados eram animadores.

O avanço tecnológico favoreceu a técnica de reprodução assistida, como a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), técnica que permite a introdução do espermatozoide selecionado dentro do óvulo, promovendo a fecundação fora do útero, e o aperfeiçoamento do congelamento de embriões, através da técnica de

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*, p. 61

vitrificação, que permite maior preservação dos mesmos, bem como a contribuição dos geneticistas com o diagnóstico genético dos embriões, antes de transferidos para o útero, identificando possíveis problemas genéticos; tudo isso potencializa as chances de sucesso dos procedimentos de reprodução humana assistida.

Nessa direção, em 1995, foi criada a Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida (REDLARA) e o Brasil foi colocado em primeiro lugar em número de procedimentos de reprodução assistida, o que confere ao nosso país a credibilidade na área<sup>16</sup>, fato de imensa importância no campo científico.

Enquanto, em 2014, na Suécia, foi realizado, com sucesso, o primeiro transplante de útero entre doadoras vivas e, por este método, já se obteve três gestações. No Brasil, em 2016, aconteceu o primeiro nascimento de uma criança gestada a partir de um útero transplantado de uma doadora falecida. Este fato foi publicado no *The Lancet Journal*, a melhor revista de medicina do mundo, em 2018<sup>17</sup>. Segundo o artigo da *The Lancet*, nunca havia ocorrido, até então, o nascimento de uma criança viva, gerada em útero transplantado de doadora falecida, o que lançava dúvidas sobre a viabilidade de um útero submetido a isquemia prolongada. O transplante aconteceu em setembro de 2016, no Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo. A receptora do órgão tinha 32 anos e nasceu sem o útero. Sete meses após o transplante, houve a transferência de embrião e ocorreu a gestação com sucesso. O bebê do sexo feminino nasceu saudável, no dia 15 de dezembro de 2017, de parto cesariano, oportunidade em que o útero transplantado também foi retirado. De acordo com o artigo, este resultado vislumbra um novo “conceito para o tratamento da infertilidade uterina por transplante de uma doadora falecida, abrindo um caminho para uma gravidez saudável para todas as mulheres com infertilidade de fator uterino, sem necessidade de doadoras vivas ou cirurgia de doadoras vivas”<sup>18</sup>.

## 2. CONTEXTO LEGAL DA REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA NO BRASIL

A infertilidade é resultado de vários fatores, como doenças, malformações congênitas, endometriose, câncer e seus tratamentos (cirurgias, quimioterapia e radioterapia). O adiamento da gravidez, em função de um projeto profissional e, até mesmo, por ausência de um parceiro “ideal”. Ao se descobrir infértil, muitas mulheres podem se sentir absolutamente devastadas e se veem em profunda crise emocional e existencial<sup>19</sup>. Nessa direção, Miranda cita uma pesquisa realizada por Apfel e Keylor, em 2002, onde descreve que mulheres com infertilidade crônica possuem o perfil psicológico semelhante ao das mulheres com câncer, cardiopatia ou HIV, sentimentos de ansiedade, dor, desesperança, depressão, raiva, inveja e perda da sexualidade. Há a associação da sexualidade com a fertilidade<sup>20</sup>.

16 JUNIOR, 2002, *apud* ALVES e SOUZA, 2016, p.29.

17 ORTONA, 2019, p.3.

18 *Ibidem*.

19 MIRANDA, 2005, p.24.

20 *Ibidem*.

Ressalte-se que, durante o tratamento da infertilidade, muitas mulheres experimentam todos esses sentimentos e as tentativas de engravidar podem paralisar investimentos em outras áreas de suas vidas. Grande parte das mulheres modernas investem boa parte de suas vidas num projeto profissional e a infertilidade lhe faz refletir acerca da finalidade desse investimento de uma vida inteira, sobre quem herdará todo esse investimento e se o mesmo valeu a pena, mergulhando numa crise existencial.

A infertilidade trata-se de uma doença catalogada no Código Internacional de Doenças (CID 10), sob os números N97 (infertilidade feminina) e N46 (infertilidade masculina), que muitas vezes permanece silenciosa ou eclode como um sintoma: dores abdominais causadas por endometriose, cuja consequência é a infertilidade<sup>21</sup>.

A referida doença possui tratamento adequado, em razão do desenvolvimento da ciência e da medicina, e traz impactos sociais de grande relevância, em especial na área jurídica. Se antes o direito se ocupava dos direitos personalíssimos do nascido com vida e dos direitos sucessórios após a morte, com a reprodução humana assistida discute-se a regulamentação de fatos anteriores ao nascimento com ou sem vida, que é o embrião; e de fatos relacionados ao nascimento, porém posteriores à morte, que é a implantação de embriões criopreservados<sup>22</sup> após a morte dos pais<sup>23</sup>.

Apesar da relevância e impactos na vida cotidiana das pessoas, o tema carece de regulamentação de lei *stricto sensu*, vendo-se disciplinada apenas por dispositivos de leis genéricas e esparsas e por Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que, em razão da lacuna do ordenamento jurídico, prevalece com força de lei, embora emanada de um Conselho de fiscalização ética da prática da medicina.

A partir do exposto nesta seção, ainda não é possível afirmar a existência de um direito fundamental à reprodução humana assistida no nosso sistema normativo, pois como temos observado, apesar da importância do tema e da busca cada vez maior da sociedade pelas técnicas de reprodução humana assistida, a legislação *stricto sensu* ainda está muito aquém do necessário para ações profissionais seguras e o adequado acesso dos que precisam do procedimentos, seja pelo sistema privado, seja pelo sistema público de saúde.

### 3. O DIREITO FUNDAMENTAL À REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E À MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

De início, abordaremos os direitos fundamentais na perspectiva de sua evolução histórica. Essa categoria de direitos surgiu aos poucos, ao longo da história, decorrentes de grandes lutas dos que se viam oprimidos pelo poder totalitário de um governante e sua origem decorre dos direitos naturais (aqueles inerentes à condição humana) dos quais todos são titulares, pelo simples fato de pertencer à raça humana.

21 SANTANA, 2021.

22 Processo onde células ou tecidos biológicos são preservados através do congelamento a temperaturas muito baixas, geralmente 196°C.

23 DANTAS, 2021.

As primeiras notícias acerca de direitos humanos acontecem no período axial (Séculos VIII a II a. C.), quando se vislumbra a ideia de igualdade entre os homens, como seres dotados de razão e liberdade, premissas que permitem a compreensão dos direitos básicos do ser humano. Mais tarde, na antiguidade, a religião cristã e a filosofia inspiram o jusnaturalismo e sua concepção de que o homem é detentor de uma cartela mínima de direitos inalienáveis, pelo simples fato de haver nascido na raça humana. Nesse contexto tem-se a Carta Magna do Rei João Sem Terra, em 1215, como o embrião da primeira declaração de direitos fundamentais. A referida Carta é considerada um avanço legislativo, um marco histórico, não por consagrar diretamente direitos fundamentais aos homens comuns, em especial a liberdade, mas por reconhecer privilégios aos barões feudais e ao clero, limitando, assim, o poder arbitrário da realeza na Inglaterra. Os princípios consagrados nesta Carta Magna influenciaram o liberalismo dos Séculos XVII e XVIII, a revolução francesa e a independência americana e, por consequência, as declarações de direitos de 1776 e 1789 que garantiam direitos básicos como o *habeas corpus* e o devido processo legal<sup>24</sup>.

É no Século XVII que o jusnaturalismo se afasta da religião e sofre um processo de racionalização. Os direitos básicos do homem decorrem de sua condição humana e não mais da vontade de Deus. Consequentemente, esses direitos são uma barreira ao arbítrio do Rei. Daí ocorre a racionalização do direito natural, denominado jusnaturalismo, o qual entende existir um conjunto de direitos mínimos, inerentes a todo ser humano, imutáveis e oponíveis universalmente, o que vai influenciar as Declarações de Direitos francesa e inglesa<sup>25</sup>.

Foi em 1776, na colônia americana da Virgínia, que surgiu a primeira declaração de direitos protegendo a vida, a liberdade, a propriedade e a proteção contra a opressão, o que inspiraria as demais colônias americanas a declararem direitos semelhantes, bem como à constitucionalização dos direitos fundamentais, em 1791. Já a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi importante para a universalização desses direitos, por defendê-los para todos, independentemente de raça ou classe social. Paulo Bonavides destaca a importância dessas declarações, contudo diferencia sua abrangência. Enquanto as declarações inglesa e americana destinavam-se a uma classe privilegiada (os barões feudais), a francesa destinava-se ao gênero humano como um todo, fato que foi decisivo para a constitucionalização dos direitos fundamentais nos séculos seguintes<sup>26</sup>, bem como para sua inclusão Tratados e Convenções Internacionais.

Desde o surgimento, reconhecimento e constitucionalização diversas foram as mudanças sofridas por esses direitos, razão pela qual a doutrina os categoriza de gerações ou dimensões de direitos. Para Marques<sup>27</sup>, o termo geração de direitos transmite a ideia de substituição, como se a segunda geração substituísse os direitos da geração anterior, o que não ocorre. Já o termo dimensão pressupõe a ideia de

24 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.5.

25 *Ibidem*, p.5 e 6.

26 *Ibidem*, p.6 e 7).

27 2014, p. 152 a 153.

que os direitos coexistem, não havendo superação entre as dimensões, daí porque a doutrina prefere esta última expressão.

De acordo com seu reconhecimento nos textos constitucionais, esses direitos são classificados como de primeira, segunda e terceira dimensão, havendo atualmente correntes doutrinárias (defendidas por autores como Norberto Bobbio) que constroem uma quarta e até quinta dimensão de direitos<sup>28</sup>, como já mencionado.

Pautadas no liberalismo da época, em que o anseio da sociedade era a liberdade, em relação ao governante despótico, e a não intervenção estatal nas relações privadas, surgem os direitos fundamentais de primeira dimensão, cuja finalidade era limitar a interferência do estado nas relações privadas, através da positivação dos direitos civis e políticos, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, ao devido processo legal e ao *habeas corpus*, todos relacionados ao homem como indivíduo e, por esta razão, esses direitos de primeira dimensão são considerados direitos individualistas<sup>29</sup>.

A partir da garantia dos direitos fundamentais de primeira dimensão, surge o estado liberal, que se priva de interferências nas atividades econômicas e na autonomia contratual de sua população. Ao estado é imposta a obrigação de não agir, ou seja, uma obrigação negativa em relação à sociedade, respeitando a iniciativa privada e a liberdade de contratar.

Ao final do Século XVIII, surge a industrialização e as grandes indústrias de produção em massa. Já no Século XIX a Europa vivia a Revolução Industrial que trazia consigo graves problemas sociais e trabalhadores em situação de exploração e pobreza extrema, fato agravado, e muito, pela Primeira Guerra Mundial, que deixou a Europa devastada e uma população organizada em movimentos que reivindicavam direitos trabalhistas e sociais.

Desta realidade social as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 trazem em seu bojo os direitos sociais de segunda dimensão, quais sejam, direitos sociais dos trabalhadores, direitos econômicos e culturais. Neste contexto, o estado assume um papel social intervencionista, com o fim de coibir a exploração de trabalhadores por seus patrões sendo, assim, um estado cuja função é promover o bem-estar social. Para isso, deveria garantir limitação de jornada de trabalho, salário mínimo, férias, repouso semanal, entre outros direitos. São, assim, direitos que impõem ao estado uma obrigação de fazer, a obrigação de garantir ao cidadão a não exploração de sua mão de obra pelo seu patrão. Esses direitos de segunda dimensão são direitos de caráter coletivo.

Na segunda metade do Século XX, o mundo atravessa grande crise decorrente de duas guerras mundiais, que deixaram vários países arrasados e muitas atrocidades cometidas, a exemplo da utilização de armas atômicas e do holocausto de judeus.

28 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.4.

29 *Ibidem*, 2015, p.7.

O planeta está em risco e se verifica a necessidade de se impor limites e regras que garantam a existência do homem na terra e das gerações futuras. É necessário proteger os rios, os mares, a biodiversidade, os mananciais, a fauna e a flora, garantindo, assim, a existência de vida na Terra. Daí surgirem os direitos de terceira dimensão: aqueles destinados à proteção da natureza, do patrimônio histórico e cultural, enfim, que protegem interesses de todo um grupo social e das futuras gerações. Por isso diz-se que são direitos coletivos e transindividuais<sup>30</sup>.

Nossa vigente Constituição Federal tratou dos direitos e garantias fundamentais no Título II, classificando-os em direitos e deveres individuais, direitos e deveres coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade e direitos políticos. Neles, o constituinte enumerou um rol extenso de direitos e garantias inerentes ao ser humano. Cuidou, contudo, de possibilitar a inclusão, nesse rol, de direitos outros que porventura sejam decorrentes dos princípios adotados pela Constituição, ou dos Tratados Internacionais que o Brasil venha ratificar (art. 5º, § 2º). Essa possibilidade possui respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da nossa República, adotados pela Carta Magna de 88. Conforme lição de Daniel Sarmento, é este princípio que permite direitos fundamentais “que não estejam inseridos no catálogo constitucional de direitos e garantias fundamentais, correspondentes ao Título II da Carta de 88, que vai do seu art. 5º ao art. 17”<sup>31</sup>. São os chamados direitos materialmente fundamentais, isto é, aqueles constantes do texto constitucional, mas não inseridos no rol do título II, assim considerados a partir do conceito aberto adotado no art. 5º, § 2º da Carta. Já os direitos formalmente fundamentais são aqueles expressamente elencados no rol do título II, que não é taxativo, apenas enumerativo.

A Constituição, pois, possibilita o reconhecimento de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional ou em Tratados Internacionais que o Brasil venha ratificar. Este também tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que já admitiu que os direitos fundamentais individuais e coletivos não se restringem ao rol do art. 5º da Constituição, mas permeia todo o texto constitucional, bem como pode ser encontrado nos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil.

Julgando uma Ação Direta de Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, que, em seu art. 2º, autorizou a União a instituir o imposto provisório sobre movimentações financeiras (I.P.M.F), o Tribunal Pleno do STF reconheceu que a referida Emenda Constitucional violava o princípio da anterioridade tributária, reconhecendo-o como “garantia individual do contribuinte”<sup>32</sup>. Note-se que o princípio da anterioridade não consta do rol do art. 5º da Constituição, pois é matéria tributária constante do art. 150, Inc. III, “b” da Carta e foi declarado como garantia individual pela Suprema Corte, *in verbis*,

30 *Ibidem*, p.9.

31 SARMENTO, 2016, p.84.

32 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.9-10.

EMENTA – Direito Constitucional e Tributário. Ação direta de Inconstitucionalidade de Ementa Constitucional e de Lei Complementar. IPMF: Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – I.P.M.F. Artigos 5º, § 2º, 60, § 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, 'b', e VI, 'a', 'b', 'c' e 'd', da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição Originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (Art. 102, I, 'a', da C.F.). 2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no Art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o Art. 150, III, 'b' e VI da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1º – o **princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte** (Art. 5º, § 2º, Art.60, § 4º, inciso IV, e Art. 150, III, 'b' da Constituição); [...]. STF – Tribunal Pleno, ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 18.03.1994, p.5165 (grifo nosso).

Este entendimento respalda-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, sendo fundamento da República Federativa do Brasil, e fonte de todos os direitos fundamentais individuais e coletivos.

Sobre a dignidade da pessoa humana, analisando o pensamento de Kant, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>33</sup> conclui que

[...] pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana não é, ela mesma, um direito humano ou fundamental, mas, enquanto princípio estruturante e fundamental do Estado e da ordem internacional, é a fonte e fundamento dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, para Meirelles e Resende, atua como critério de identificação de direitos humanos e fundamentais, e é neste cenário jurídico que se pode afirmar que o sistema de normas e princípios do nosso Estado consagra o direito fundamental à reprodução humana medicamente assistida, a partir da atividade interpretativa do aplicador do direito, de extrema importância na tarefa de tornar a sentença fria da norma em direito aplicável ao caso concreto. Segundo os referidos autores<sup>34</sup>

A atividade do intérprete e do aplicador do Direito tem especial relevância, uma vez que não consiste em meramente descrever o sentido prévio dos dispositivos, mas construir a partir dos textos seus significados, adaptando-os, inclusive, às novas realidades sociais, econômicas, tecnológicas, culturais e ambientais da atualidade, pois “o intérprete não somente constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados e construídos ao uso linguístico na comunidade do discurso<sup>35</sup>.

33 SARLET, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, 2012, p. 84 e 95, apud MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.12.

34 *Ibidem*.

35 ÁVILA, 2008, apud MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.13).

Os referidos autores defendem que os direitos fundamentais decorrem de normas construídas com fundamento em determinado comando normativo-constitucional e, por isso, possível se reconhecer direitos fundamentais não explícitos no texto constitucional. Obviamente, há de se reconhecer limites à discricionariedade hermenêutica, a qual se verifica no sentido semântico-literal do texto, não cabendo ao intérprete, no momento de interpretar um dispositivo constitucional, atribuir-lhe sentidos que não condizem com o que consta do texto. Noutras palavras, a atividade hermenêutica não pode dizer mais do que o legislador constitucional quis dizer<sup>36</sup>. Contudo, o texto constitucional vigente é repleto de conceitos ou cláusulas abertas que permitem ao aplicador do direito o exercício da função hermenêutica mais ampla. Um exemplo direito à vida privada e à intimidade, explicitados no texto constitucional.

Para os autores citados esse direito não se restringe à privacidade no sentido de reclusão, solidão ou não publicidade de fatos cotidianos, mas inclui, também, a privacidade nas relações profissionais, sociais e pessoais. A “vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito de estabelecer relações com outros seres humanos e com o mundo exterior”<sup>37</sup>.

Neste mesmo sentido, a decisão de ter ou não filhos, o momento de tê-los, se serão filhos genéticos ou não, são direitos decorrentes do direito à vida privada, são corolários deste direito, e incluem a autonomia reprodutiva e a saúde reprodutiva, garantindo, assim, o pleno acesso às modernas técnicas de reprodução humana medicamente assistida (que para nós inclui a técnica de gestação de substituição). Para os autores a não prestação de assistência à reprodução assistida poderia configurar violação ao direito à vida privada, à autonomia e liberdade reprodutiva<sup>38</sup>.

Dworkin, na Obra “Uma Questão de Princípio”<sup>39</sup>, dedica o capítulo 5 a responder a indagação: “Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?” O referido autor aborda a questão do direito como interpretação, defendendo que o aplicador do direito exerce uma função interpretativa e, no exercício dessa função, exige argumentos de política ou de princípios.

Para essa diferenciação entre direito e política seria necessário demonstrar até que ponto as decisões judiciais teriam como fundamentos argumentos de política ou de princípio. Neste propósito, Dworkin evita respostas simplistas e toscas, rejeitando as duas opiniões mais populares e polarizadas: a de que Direito e política são conceitos totalmente antagônicos e independentes e a de que convicções políticas não devem repercutir nas decisões jurídicas. Sua opinião é oposta: afirma ser Direito e Política exatamente a mesma coisa e a política exerce forte influência sobre o direito. O autor explica sua rejeição aos dois argumentos: essas visões simplistas ignoram o fato de que os juízes devem imprimir em seus julgamentos

36 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.13).

37 Corte Interamericana de Direitos Humanos, apud MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.14).

38 *Ibidem*, p. 14.

39 2001, p.175 e seguintes.

convicções políticas que acreditam, de boa fé, poderem integrar a cultura jurídica e política da comunidade. E, em segundo lugar, as visões superficiais não lançam luz na diferenciação entre princípio e política: os argumentos de política têm por objetivo o bem estar da comunidade, enquanto os argumentos de princípio têm por objetivo o bem estar individual, baseado em direitos individuais, mesmo que sejam piores para a comunidade.

Dessa forma, Dworkin defende que decisões judiciais são uma questão mais de princípio que de política, especialmente nas questões judiciais controversas. Esta é a temática que permeia essa primeira parte da Obra: como os juízes decidem e deveriam decidir casos controversos? Para o autor, não existe decisão neutra, só existe decisão imparcial. Ou seja, toda decisão é, necessariamente, política, uma vez que o juiz traz consigo suas compreensões preconceitos e visões do mundo, como qualquer outra pessoa. Quando um juiz opta por uma das partes, ao proferir sua decisão, realiza uma tarefa política, embora não se trate de política partidária, fundamenta-se nas experiências e vivências que o juiz, como qualquer outra pessoa, possui<sup>40</sup>.

O citado autor também aborda o conceito de “estado de direito”, apontando diferenças entre as duas concepções existentes acerca do tema: a concepção centrada no texto legal, quando existe um conjunto de normas públicas (livro de regras) à disposição de todos os cidadãos e às quais todos devem se submeter, inclusive o Estado, até que elas sejam mudadas; e a concepção centrada nos direitos, que pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo, que devem ser reconhecidos no direito positivo.

Nesse aspecto, existe uma conexão com a reprodução humana assistida. A família é uma instituição protegida constitucionalmente, no direito brasileiro, artigo 226, caput, e §7º da CF, assim como o direito ao livre planejamento familiar. Tratam-se, portanto, de princípios constitucionais e garantem o direito à formação de família e ao livre planejamento familiar (direito à contracepção e à procriação). Este último, de forma natural ou mediante técnicas de reprodução assistida.

O direito à saúde (artigos 6º e 196 da Constituição Federal), definido como direito de todos e dever do Estado, também se relaciona ao direito à reprodução humana assistida, uma vez que a infertilidade é tipificada, no CID 10, como doença, conforme já mencionado anteriormente.

As mudanças sociais e o desenvolvimento da ciência têm ocorrido de modo tão rápido que seria impossível a existência de um sistema de normas que previsse todas as hipóteses de conflitos. Tendo em vista a insuficiência do sistema jurídico, faz-se mister ao julgador desvincular-se do legalismo e lançar mão de sua discricionariedade, para decidir o caso concreto, valorizando os direitos individuais (princípios), flexibilizando ou adaptando o direito à realidade social, entregando a esta uma solução justa dos conflitos.

40 *Ibidem.*

Ainda na mesma Obra, tratando a respeito da justiça em relação ao liberalismo, Dworkin ensina que liberalismo seria tratar a todos como iguais, mas critica o conceito de que igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, por considerá-la uma visão simplista. “A primeira ideia é simplista demais para a sociedade plural na qual vivemos. Já a segunda, ela falha em um aspecto: qual o critério diferenciador ou medidor de igualdade ou desigualdade? Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam é algo indeterminado, raso demais, para não dizer abstrato”<sup>41</sup>.

Para Dworkin, tratar os cidadãos como iguais significa tratá-los como livres, independentes ou com igual dignidade<sup>42</sup>. “Percebe-se que igualdade para o autor refere-se a cada pessoa, individualmente considerada”<sup>43</sup>.

Neste sentido, as demandas resultantes das técnicas de reprodução humana assistida, como todas as outras, devem ser resolvidas considerando as particularidades de cada indivíduo envolvido na questão: pacientes, profissionais envolvidos e, inclusive, a futura criança que virá a existir a partir desse procedimento médico.

Não esqueçamos, também, do “produto” que resulta dessas intervenções científicas, os embriões (utilizados e excedentes). Os embriões, resultantes dos procedimentos de reprodução medicamente assistida, em especial aqueles que não são utilizados e ficam criopreservados, denominados embriões excedentes, que apenas no Brasil já somam mais de 100 mil, são grande preocupação dos Conselhos Regionais de Medicina, atualmente. Representa uma grande controvérsia que merece especial atenção das autoridades. Uma questão polêmica que exige conhecimento interdisciplinar e flexibilidade para ser resolvida, pois o embrião, por ser uma vida em potencial, ou uma vida estabelecida, para muitos, deve ter seu direito de nascer garantido e tratado com igual consideração e respeito. Necessário se faz atender ao princípio do melhor interesse da criança, que permeia todo Estatuto da Criança e do Adolescente vigente.

Cumprir destacar que para Dworkin Direito é princípio. Ele entende não existir ponderação de princípios, mas a ponderação de contextos.

Voltando à questão da reprodução humana medicamente assistida e à gestação de substituição como direitos fundamentais, como já dito, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a Carta Magna de 1988 concede aos casais o direito e a liberdade de planejar sua família, no tempo e na quantidade de filhos que desejarem, sem qualquer interferência do estado. Com isto, a família deixa de ter como finalidade precípua a procriação (art. 226, § 7º), cabendo ao Estado tão somente o papel de educar e disponibilizar recursos científicos para o bom exercício deste direito constitucionalmente garantido. O planejamento familiar agora rege-se pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

41 Ribeiro, 2008, p.03.

42 2001, p.285.

43 RIBEIRO, 2008, P. 03.

Ainda neste contexto, a Organização das Nações Unidas define a assistência à saúde reprodutiva como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva<sup>44</sup>. Assim, podemos reafirmar a existência de um direito fundamental à reprodução humana medicamente assistida, mediante um cotejamento do nosso sistema normativo. No que se refere à garantia constitucional à reprodução humana assistida, podemos afirmá-lo por interpretação de outros direitos fundamentais constantes do texto da Constituição Federal de 1988<sup>45</sup>.

Outro aspecto a considerar é que o direito à liberdade (direito fundamental de primeira dimensão), art. 5º, II da Carta Magna, dá plena liberdade de ação ao homem, podendo esse direito ser relativizado apenas por lei que, por exemplo, possa ter como objetivo proteger interesses de uma futura criança que possa vir a existir, o que se relaciona com a reprodução humana assistida.

Na mesma direção, a proteção constitucional à família e ao planejamento familiar (artigos 226, caput e §7º da CF), garantem o direito à constituição de família e ao planejamento familiar (direito à contracepção e à procriação), este último, de forma natural ou mediante técnicas de reprodução assistida.

No mesmo sentido, o direito à saúde (artigos 6º e 196 da Constituição Federal) definido como direito de todos, e dever do Estado, também se relaciona ao direito à reprodução humana assistida, uma vez que as infertilidades masculina e feminina são tipificadas, no CID 10, como doença, e, portanto, merecedoras de apoio do Estado para sua resolução.

Assim, observamos a possibilidade de construção de um direito fundamental à reprodução humana assistida, já que os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal são meramente exemplificativos. A própria Carta, no art. 5º, § 2º, admite a existência de outros direitos fundamentais ao longo do texto constitucional, os chamados direitos materialmente fundamentais não constantes do art. 5º<sup>46</sup>.

A nível infraconstitucional há leis e regulamentos que tangenciam a questão da reprodução humana assistida: lei 9.263/1996 (lei do planejamento familiar) e lei 11.105/2005 (lei de biossegurança).

Como já abordamos, a iniciativa por uma regulamentação específica sobre o tema, tendo em vista a insegurança jurídica decorrente da falta de lei específica, veio do Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de normatizar a prática da medicina neste contexto. Assim, foram editadas as seguintes Resoluções:

Resolução nº 1358/1992 (com objetivo de delimitar a atuação ética das clínicas de reprodução assistida) que, até então, era ilimitada e chegava a praticar atos que posteriormente seriam proibidas por esta resolução. Como exemplo, a sexagem

44 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.15-16).

45 KREEL, 2005, p. 101.

46 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p. 9.

embrionária. O tema era bastante discutido pela sociedade e pela mídia, o que pressionou o CFM a regulamentar a matéria<sup>47</sup>. Considerada uma Resolução tímida para sua época, ela proibiu a redução embrionária no caso de gestação múltipla, a seleção de sexo, limitou a transferência embrionária ao número de quatro por cada tentativa de gestação, para evitar a gestação múltipla de fetos que colocavam em risco a vida da gestante, e proibiu destruição e comercialização de gametas e embriões. Permitiu o congelamento de gametas e a realização de exame genético de embriões antes de sua implantação com a finalidade de diagnosticar doenças hereditárias e permitiu a doação de útero (gestação de substituição) por parentes até o segundo grau, nos casos de problemas médicos impeditivos de gestação pela própria paciente. Permite outras hipóteses de doação temporária de útero, desde que autorizado pelo Conselho Regional de Medicina.

Resolução nº 1957/2010 veio para atualizar a resolução anterior que vigorava há 18 anos. Trouxe muitas inovações para adequar o avanço da técnica de reprodução à normatização. As principais inovações foram a limitação do número de embriões a serem transferidos de acordo com a faixa etária da receptora (2 embriões até 35 anos, 3 embriões de 36 a 39 anos e 4 embriões a partir dos 40 anos), a utilização das técnicas de reprodução assistida por solteiros e parceiros homoafetivos, a possibilidade de descarte de embriões no prazo de cinco anos e a regulamentação da reprodução assistida *post mortem*<sup>48</sup>.

Resolução nº 2013/2013 garantiu de modo indubitável a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida por pessoas solteiras e homossexuais, respeitando o direito de objeção de consciência por parte do médico, limitou a idade máxima de 50 anos para a mulher gestar, limitou a idade máxima para doação de gametas (35 anos para mulheres e 50 anos para homens), permissão de criopreservação de tecidos gonádicos (tecidos de ovário e testículos), possibilidade de estudo genético do embrião para diagnóstico de doenças genéticas e também para fins terapêuticos de irmão que já possuísse doença genética, doação temporária de útero por parentes de até o quarto grau de consaguinidade do casal e a possibilidade de análise pelo Conselho Federal de Medicina dos casos não previstos pela resolução<sup>49</sup>.

Outras resoluções pertinentes: nº 2121/2015 atualizou a prática profissional possibilitando o compartilhamento de oócitos mediante o custeio do tratamento (quando uma mulher doa metade de seus óvulos para uma outra mulher que custeia o tratamento da primeira), permite a gestação compartilhada de parceiros homoafetivos.

Resolução nº 2168/2017 permitiu que pessoas sem problemas reprodutivos diagnosticados pudessem congelar gametas, embriões e tecidos germinativos, o que possibilitou que as pessoas retardassem o projeto parental para priorizar sua vida

47 LEITE, 2019, p. 922.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

profissional e, também, que pacientes de câncer pudessem ser pais biológicos após tratamento que ocasionasse esterilidade.

A recente Resolução nº 2294/2021 demonstra preocupação com uma realidade das clínicas de reprodução assistida: o elevado número de embriões excedentes criopreservados. Limitou a formação de embriões em laboratório para o número máximo de oito por tentativa. Estabeleceu a exigência de que a doadora temporária de útero possua, pelo menos, um filho vivo. Para que haja descarte de embriões criopreservados por mais de três anos é necessário agora que haja autorização judicial. Mas, no ano seguinte, esta resolução foi substituída pela Resolução nº 2.320, de 20 de setembro de 2022, vigente atualmente, e revogou a limitação de formação de embriões em cada ciclo de tratamento. Vários problemas e questões éticas retornaram.

No que se refere ao registro de nascimento das crianças nascidas a partir da doação temporária de útero, sempre foi necessário processo judicial para autorização do registro pelos pais biológicos, até que em 14 de março de 2016 a Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) editou o Provimento nº 52/2016, que regulamentou a emissão de certidão de nascimento de crianças nascidas por essa técnica, sem necessidade de autorização judicial. Em 14 de novembro de 2017 foi editado o Provimento nº 63/2017, do mesmo Órgão, que alterou o provimento anterior, instituindo modelos únicos de certidão de nascimento.

No âmbito estadual, o Tribunal de Justiça de Pernambuco editou o Provimento nº 21, de 29 de outubro de 2015, regulamentando o procedimento de registro de nascimento de filhos havidos de reprodução assistida, com uso da técnica de gestação substitutiva, por casais heteroafetivos ou homoafetivos, admitida a multiparentalidade, no âmbito do Estado de Pernambuco, simplificando e desburocratizando um processo, por sua natureza, já tão desgastante para os envolvidos. Observamos, assim, uma tentativa de superação da regulamentação de uma matéria tão controvertida e sensível, diante de uma carência absoluta de ação do Poder Legislativo.

O Conselho Federal de Medicina é muito criticado e acusado de querer legislar quando não tem competência para tal e de querer impor dispositivos normativos impossíveis de serem cumpridos<sup>50</sup>, porém essa é uma realidade imposta em razão da inércia do Poder Legislativo.

Atualmente, existem alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, mas sem perspectiva de serem votados e aprovados. Porém, de tão desatualizados, se forem aprovados do modo que estão, representarão verdadeiro retrocesso social. Alguns deles, inclusive, definem como crime e instituem pena para a doação temporária de útero.

Merecem destaque o projeto de lei nº 115/2015, o estatuto da reprodução assistida, o projeto de lei nº 4.892/2012 e o nº 1.184/2003. Já o recente projeto de lei nº 1.287/2021 pretende mudar o Código Civil brasileiro na parte que se refere à

50 LEÃO, 2021.

reprodução humana assistida, para alterar a expressão “inseminação artificial” para “inseminação assistida”, por considerar aquela expressão imprópria e contrária à dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal reconhece a família como a base da sociedade e esta é a razão da mesma carecer especial atenção do estado (art. 226). A lei nº 9.263/96 define o planejamento familiar como regulação da fecundidade para limitação ou aumento da prole, sendo assim, engloba as tecnologias para concepção e contracepção (art. 3º), que devem ser garantidos até mesmo pelo Sistema Único de Saúde<sup>51</sup>. Para Meirelles e Resende,

Destarte, assimilando as ponderações explanadas alhures, pode-se concluir que o direito à reprodução assistida é direito fundamental da pessoa humana inserido implicitamente na Constituição Federal de 1988 porque decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos à vida privada, à saúde e ao planejamento familiar, exercitável, primariamente, em razão da eficácia vertical dos direitos fundamentais, contra o Poder Público cuja tutela se pode promover por meio da ação civil pública ou ação judicial de natureza individual.

Ressalte-se ainda que a importância da matéria se relaciona com o princípio da perpetuação da espécie, o que torna a discussão ainda mais relevante.

Após a Segunda Guerra mundial, o mundo atravessou grande transformação. Todos se preocupavam para que fatos como o holocausto de judeus, o facismo italiano e o nazismo alemão não mais se repetissem na história. A partir da segunda metade do Século XX, o Direito Constitucional atravessou o movimento denominado neoconstitucionalismo, onde se pacificou a força normativa da Constituição e a constitucionalização dos demais ramos do Direito. A partir de então, a Constituição Federal é o centro normativo, cujos princípios e diretrizes devem inspirar todos os outros sistemas normativos infraconstitucionais, os quais devem ser interpretados à luz da Constituição. Do mesmo modo, todos os demais direitos e garantias fundamentais têm como fundamento de validade o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Não mais se discute a força normativa da Constituição, a qual não se trata mais de uma Carta política, mas de um documento jurídico com poder de compelir o administrador público a efetivar as políticas públicas nela consagradas, não mais ficando no âmbito de sua discricionariedade fazê-lo ou não. Exemplo disto é a obrigatoriedade constitucional (art. 34, VII), dos Estados aplicarem percentual mínimo de receitas de tributos na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, sob pena de suspensão de repasses de recursos federais e até mesmo de intervenção federal (art.44, VII, “a”). Indiscutível, portanto, “a força normativa da Constituição. A Carta Magna é norma jurídica, dotada de imperatividade e que, por isso mesmo, seus preceitos são obrigatórios e vinculativos”<sup>52</sup>.

51 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.16-17.

52 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.18.

Ainda segundo os autores supra mencionados, o direito fundamental à reprodução assistida é garantido no art. 5º, § 2º da Constituição Federal como decorrência dos direitos fundamentais à vida com dignidade, à vida privada, à autonomia reprodutiva, ao direito à saúde, inclusive à saúde reprodutiva com acesso aos modernos tratamentos de reprodução medicamente assistida, inclusive, à técnica de doação temporária de útero, por decorrência lógica.

Neste sentido, ao administrador cumpre o dever constitucional de disponibilizar aos administrados o serviço de reprodução humana medicamente assistida, pelo sistema único de saúde, sob pena de grave violação aos seus direitos fundamentais. Não se trata de uma decisão discricionária do administrador, mas de uma imposição constitucional, cujo objetivo é proporcionar o bem estar de todos e reduzir as desigualdades sociais<sup>53</sup>. Como já dito por Dworkin,<sup>54</sup> tratar os cidadãos como iguais significa tratá-los como livres, independentes ou com igual dignidade. Noutras palavras, igualdade para Dworkin se refere a cada pessoa individualmente considerada, conforme já dito<sup>55</sup>.

Em síntese, neste tópico, buscou-se defender a reprodução humana medicamente assistida e a maternidade de substituição como direitos fundamentais. Partiu-se da evolução histórica dos direitos fundamentais, passando pela Constituição de João Sem Terra, pelo Liberalismo, pelas revoluções de 1776 e 1789 e pelos efeitos da revolução industrial das duas guerras mundiais no surgimento de um Estado interventor nas necessidades sociais. Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana se fortalece e ganha proteção constitucional. No Brasil, a Constituição de 1988 (Art. 3º, III), torna esse princípio como fundamental na nossa república federativa. Esta constituição, na medida em que protege os direitos fundamentais, assim como protege a família, a saúde, o planejamento familiar e a liberdade individual coloca-se como protetora da reprodução humana medicamente assistida e de suas técnicas, razão pela qual este trabalho argumenta na defesa desta ideia e propõe que a legislação ordinária possa garantir segurança jurídica a todos os atores envolvidos nesta forma de reprodução humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, entendemos que a reprodução humana medicamente assistida é um direito fundamental constitucionalmente garantido, bem como todas as modernas técnicas dela decorrentes, inclusive a denominada maternidade de substituição ou doação temporária de útero, especialmente nos casos em que a impossibilidade de gerar decorre de causas médicas como câncer de útero e de endométrio (e seus tratamentos de histerectomia, quimioterapia e radioterapia, que provocam infertilidade), má formação congênita, endometriose, entre outras enfermidades que causam impossibilidade de gestação no próprio ventre.

53 *Ibidem*, p. 19.

54 2001, p.285.

55 Dworkin, apud Ribeiro, 2008, p.03.

A casuística médica, por vezes, depara-se com situações em que a mulher possui embriões criopreservados e, por razões diversas, perde o útero, precisando de uma doadora temporária de útero. Esta gestação de substituição constitui-se a única possibilidade de gestação para a primeira mulher. Obviamente, o direito fundamental constitucional de formar uma família precisa ser positivado, garantindo o acesso a essa técnica de reprodução medicamente assistida.

Também devemos analisar a situação do embrião: para alguns, uma vida em potencial; para outros, uma vida já estabelecida, sendo o direito a esta vida um princípio basilar da Constituição brasileira, bem como o princípio do melhor interesse da criança que norteia todo Estatuto da Criança e do Adolescente, também se aplica ao caso.

Assim, é dever do poder público implementar políticas públicas de curto, médio e longo prazo, inserindo no orçamento público a verba necessária para esses fins no propósito de efetivar o legítimo direito fundamental da pessoa humana, constitucionalmente garantido, e mediante a eficácia vertical dos direitos fundamentais<sup>56</sup>.

Até então a administração pública tem se omitido do seu dever de assegurar o referido direito fundamental aos administrados, mas no entender de Meirelles e Resende, já referidos, esta omissão pode ser suprida pelo Poder Judiciário, mediante provocação, através de ação própria, sem que se configure usurpação ou violação à independência dos Poderes<sup>57</sup>, no caso, através de Mandado de Injunção.

A caminhada histórica da reprodução humana e dos aspectos jurídicos correlatos ao tema ainda carecem de um diálogo mais harmônico, na perspectiva de uma proteção jurídica que reconheça a fundamentabilidade da produção de indivíduos que garantam a continuidade da espécie humana. Se, de um lado, os avanços da ciência e da tecnologia têm contribuído para a reprodução humana natural e, mais ainda, para a reprodução humana assistida; de outro, a segurança jurídica, sobretudo, nesse segundo campo da reprodução precisa avançar e muito, tomando por escopo o princípio da dignidade da pessoa humana e direitos constitucionalmente protegidos, como a vida, a liberdade, a solidariedade, a saúde, a família, fica evidente a trilha que ainda precisa ser percorrida para que a reprodução humana assistida tenha a segurança jurídica de um direito humano fundamental.

Nossa Carta Magna não se apresenta como um relevo dificultador ou impeditivo, mas facilitador, na medida em que permite erigir um conjunto normativo com *status* de direito fundamental.

Urge que o legislador pátrio construa um diploma legal específico para a reprodução humana assistida, que, no presente momento histórico, vale-se de analogias com leis, como legislação sobre família, saúde, planejamento familiar, biossegurança e resoluções do Conselho Federal de Medicina.

56 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.24-25.

57 *Ibidem*.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Oslania de Fátima e SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano. As principais técnicas de reprodução humana assistida. **Revista Saúde e Ciência em Ação**, v. 2, n.1, p. 26-37, jan./jul. 2016. Disponível em [www.revistas.unifan.edu.br](http://www.revistas.unifan.edu.br). Acesso em 19/08/2021.
- BÍBLIA SAGRADA: Antigo Testamento. Traduzida por João Ferreira de Almeida. 4ª ed. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.
- BRANDÃO, Claudio. Coordenador. **Direitos Humanos e Fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas. 2014.
- CARNEIRO-CARVALHO, Andreia Marlise e RODRIGUES, Isilda Teixeira. Infertilidade e inseminação artificial no século XVI. **Revista História da Ciência e Ensino. Construindo Interfaces**. V. 20 Especial, p.512 – 522, 2019. Disponível em [pucsp.br/http://dx.doi.org/10.23925/2178-2911.2019v20esp512-522](http://pucsp.br/http://dx.doi.org/10.23925/2178-2911.2019v20esp512-522).
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 1.957/2010**, publicada no D.O.U em 06/01/2010, Seção I, p. 16053, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 2.013/2013**, publicada no D.O.U em 09/05/2013, Seção I, p. 119, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 2.121/2015**, publicada no D.O.U em 24/09/2015, Seção I, p. 117, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 2.168/2017**, publicada no D.O.U em 10/11/2017, Seção I, p. 73, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 2.283/2020**, publicada no D.O.U em 27/11/2020, Seção I, p. 391, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 2.294/2021**, publicada no D.O.U em 15/06/2021, Seção I, p. 60, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 2.320/2022**, publicada no D.O.U em 20/09/2022, Seção I, p. 107, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Resolução nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 13 nov. 2022.
- DANTAS, Eduardo. Palestra proferida no 1º Congresso pernambucano de reprodução humana assistida. 28/06/21
- DUARTE, Jonathan Felipe Laudindo Gomes. RECKZIEGEL, Janaína. Horizontalidade do direitos fundamentais e reprodução humana assistida. Um novo paradigma contratual. **Revista direitos Humanos e Democracia**. Unijuí, ano 3, n.6, jul-dez, 2015.p 93-116. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes, São Paulo, 2001. Tradução: Luiz Carlos Borges.
- JOPPERT JUNIOR, Aimar et al. Reprodução assistida aspectos históricos. **Intertemas**, v. 4, n. 4, 2002.
- KREEL, Olga Jubert Gouveia. **O direito fundamental à reprodução assistida no Brasil e suas repercussões na filiação civil: uma abordagem de lege ferenda**. Tese (doutorado) Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2005.
- LEÃO, Helena Carneiro. **Papel do Cremepe e as questões bioéticas que perpassam as diversas modalidades de reprodução assistidas**. Palestra. 1º Congresso Pernambucano de reprodução humana assistida: a relação entre direito e medicina. 29/06/2021, Recife.
- LEITE, Tatiana Henriques. Análise crítica sobre a evolução das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, 24 (3):p. 917-928, 2019. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acesso em 25/08/21.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de e RESENDE, Augusto César Leite de. A proteção do direito fundamental à reprodução assistida no Brasil. **Derecho y Cambio Social**. 01/01/2015. Disponível em: [www.derechoycambiosocial.com](http://www.derechoycambiosocial.com).

MIRANDA, Fernanda Eleonora. **A infertilidade feminina na pós-modernidade e seus reflexos na subjetividade de uma mulher**. Belo Horizonte, MG, 2005. Dissertação (Mestrado em Psicologia), PUC Minas Gerais, Belo Horizonte, p.20-30. 2005.

ORTONA, Concila. De Louise Brown ao inédito transplante de útero de doadora falecida. **Revista CREMESP**, São Paulo, ed. 87, p. 14-17, abril/maio/junho. 2019. Conselho Regional de Medicina de São Paulo. Disponível em [www.cremesp.org.br](http://www.cremesp.org.br). Acesso em 05/08/21.

PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes. A história da reprodução humana no Brasil. **Femina**/editorial, vol. 39, nº2, p.59-64, fev. 2011. Disponível em <http://files.bvs.br>, acesso em 05/08.2021.

PINCOCK, Stephen. Birth after the preimplantation of a human embryo. *Lancet*, v.381, may 11, 2013, p.1620. Disponível em [www.thelancet.com](http://www.thelancet.com).

RIBEIRO, Ana Paula Brandão. Resenha da Obra: Uma Questão de princípio (Ronald Dworkin). **Portal jurídico Investidura**, Florianópolis, SC, 18/out./2008. Disponível em: [investidura.com.br/biblioteca-juridica/resenhas/filosofiadodireito/1345](http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/resenhas/filosofiadodireito/1345). Acesso em 13/03/2022.

Robert Edwards revolucionou a medicina reprodutiva, dizem médicos. <https://veja.abril.com.br/saude/robert-edwards-revolucionou-a-medicina-reprodutiva-dizem-medicos/>. **Revista Veja**, Caderno Saúde, 04 out 2010

SANTANA, Milena Bassani. Palestra proferida no Iº Congresso pernambucano de reprodução humana assistida. 28/06/21.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Uterus transplantation from a deceased donor. *The Lancet*, v.392, December, 22,2018, p.2657-2658. Disponível em [www.thelancet.com](http://www.thelancet.com). Acesso em 24/08/21.

YARAK, Aretha. Robert Edwards revolucionou a medicina reprodutiva, dizem médicos. **Revista Veja, Caderno Saúde**, 04 out 2010. Disponível em <https://veja.abril.com.br>. Acesso em: 15 maio 2021.