

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA PRESTAÇÃO PELO ESTADO

ASSISTED REPRODUCTION AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND ITS PROVISION BY STATE

Cyntia Brandalize Fendrich¹
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr²

Sumário: Considerações iniciais. 1 O Serviço Público. 1.1 A gênese de serviço público. 1.2 O conceito de serviço público. 1.3 Competência para a prestação do serviço público e possibilidade de estabelecimento de novos serviços. 2 O serviço público como direito fundamental. 2.1 Os direitos fundamentais. 2.2 O direito fundamental à prestação do serviço público. 3 A reprodução assistida. 3.1 Inexistência de legislação para tutelar a prática da reprodução assistida e suas implicações. 4 A reprodução assistida como serviço público. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente artigo tem por finalidade a análise da reprodução assistida como um direito fundamental e sua via de prestação pelo Estado através da implementação do serviço público de reprodução assistida. A Constituição Federal prevê que o Estado tem o dever de garantir o direito fundamental a uma vida digna, englobando neste o direito à saúde e o direito ao planejamento familiar, seja através dos métodos contraceptivos, como métodos conceptivos. Trata-se de direitos básicos do Estado social e democrático de direito valendo ainda a relevante observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e sua decorrência lógica do moderno direito de ser feliz. Além de se preservar a saúde psicológica do indivíduo e garantir o seu direito de constituir família, há de ser observada a sua felicidade, visto que o abalo emocional e psicológico por não poder naturalmente gerar a sua prole afeta diretamente a felicidade deste. Neste aspecto verifica-se que o Poder Público tem a obrigação de garantir saúde aos seus administrados. Inobstante a existência de outras formas para se ter um filho, não é razoável privar o indivíduo de gerar seu filho, já que o impedimento de concepção de um filho pela via natural pode acarretar abalo em seu psicológico, consoante reconhece o Conselho Federal de Medicina, cabendo ao Estado garantir, assim, a saúde dos seus administrados. O Estado não pode ser presente num aspecto do planejamento familiar (contracepção) e omissivo noutro (concepção), é o que se visa analisar. Para a realização do estudo, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e doutrinária essencialmente.

Palavras-chave: Reprodução assistida. Direitos fundamentais. Saúde. Planejamento familiar. Serviço público. Estado.

Abstract: This article aims to analyze the assisted reproduction as a fundamental right and its provision by the State through the implementation of a public service of assisted reproduction. The Federal Constitution provides that the State has the duty of guarantee the fundamental right to a dignified life, including the right of health and family planning, either through contraception or conception. These are basic rights of social and democratic State of law, still related to the relevant principle of human dignity and its logical result of the modern right to be happy. Besides preserving the psychological health and guarantee their right to build a family, it is necessary to be observed their happiness, once the emotional and psychological shock of their natural disability of having a child directly affects their happiness. At this aspect the Government has the obligation of ensure their health. Even though the existence of other ways of generating a child, it is unreasonable to deprive somebody of generating a child, since the impediment of a child's conception by natural means may result in psychological shock, as the Federal Council of Medicine recognizes, and the State ensures health for all population. The State cannot be one when treating about family planning (contraception) and missing in another (conception). In order to realize it, it is adopted literature and doctrine research, essentially.

Keywords: Assisted reproduction. Fundamental rights. Health. Family planning. Public service. State.

Considerações iniciais

¹ Mestranda em Direito – UNICURITIBA. Pesquisadora científica e membro do Grupo de Pesquisa Cidadania Empresarial, certificado no CNPq e mantido pelo Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

² Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCCAMP. Professora e coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Líder do Grupo de Pesquisa Cidadania Empresarial, certificado no CNPq e mantido pelo Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

Segundo Flávia Piovesan (1998, p. 168), todas as pessoas têm o direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva, direito que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e que o Estado tem o compromisso de garantir à coletividade.

O Estado, em sua função de garantidor de direitos, possui o dever de fornecer aos indivíduos os meios com os quais eles possam ter acesso a eles, porém em casos excepcionais, em razão da imediatidade dessas garantias e direitos fundamentais, deve assegurá-los diretamente, como forma de garantir a observância da Constituição da República.

Isso ocorre em razão de que nem sempre é possível aguardar os resultados das medidas de médio e longo prazo destinadas àqueles cidadãos que necessitam gozar do que o sistema constitucional lhes assegura prontamente.

Em se tratando do fornecimento gratuito pelo Estado dos meios auxiliares à concepção, há que se falar do direito à família, que goza de proteção especial, conforme o art. 226 da Constituição Federal. O direito à constituição da família ainda imputa ao Estado o dever de propiciar recursos para se garantir o planejamento familiar, igualmente em razão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Noutro aspecto, é imprescindível estabelecer algumas características do serviço prestado pelo Estado, tal como a sua imediatidade, o que reforça a inafastabilidade de sua prestação. Ainda, vale apreciar o conceito de serviço público e seus limites de atuação estatal no âmbito de suas competências.

Segundo o entendimento majoritário, o artigo constitucional que apresenta o rol dos serviços denominados "públicos" não constitui um rol taxativo, mas meramente exemplificativo, cabendo ao legislador descrever outras modalidades de sua prestação. Neste contexto, falar de prestação do serviço público de reprodução assistida não é algo improvável, pelo contrário, tendência já implementada no País, porém pendente de uma sistematização eficiente.

Portanto, uma vez que o assunto é atual, pretende-se demonstrar neste artigo que o direito à reprodução assistida constitui um direito fundamental e, por essa razão, deve ser prestada gratuita e eficientemente pelo Estado, sem prejuízo da prestação dos mesmos serviços pelas clínicas particulares, de modo a garantir a efetivação dos direitos básicos trazidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

1 O serviço público

1.1 A gênese de serviço público

Afirma Dinorá Grotti (2003, p. 62) que o modelo de Estado adotado em certo momento da história e em certo local guarda uma relação com as funções pertinentes à Administração Pública e consequentemente com o delineamento do Direito, cuja compostura pode retratar caráter mais flexível ou mais autoritário aos valores democráticos.

Tendo em vista essa estreita relação entre o momento histórico e o rumo do direito, e o fato de que os serviços públicos assumem características próprias ao longo do tempo, é interessante analisar o que se passava na sociedade quando o conceito de serviço público surgiu.

Refirimo-nos a três fases eminentemente marcadas: a primeira fase delimitada pelo final do século XVIII até a primeira parte do século XIX. Nesse período predominava no mundo a concepção liberal clássica de Estado, sendo ele limitado, com funções reduzidas, e não interventor da economia. Ou seja, nessa fase o Estado assumia apenas aqueles serviços que já lhe incumbiriam naturalmente, quais sejam a implantação da infraestrutura, proteção do território, a manutenção da ordem pública e a segurança das relações jurídicas.

Ainda nessa fase, prevalecia a famosa “mão invisível” de Adam Smith, segundo a qual o Estado tinha apenas três papéis, quais sejam: a. Proteger a sociedade da violência e invasão territorial de outros Estados; b. Estabelecer uma adequada administração da justiça; c. Realizar obras públicas e prestar serviços públicos economicamente desinteressantes aos particulares.

A segunda fase ocorreu da segunda parte do século XIX ao início do século XX. Após a primeira Guerra Mundial, devido às injustiças sociais, desigualdade social e incapacidade de autorregulação dos mercados, o Estado assumiu nova função, pois o Estado Social passou a ter relevância máxima, um crescente intervencionismo e por consequência a ampliação dos serviços públicos.

O Estado passou a ter o dever de garantir os direitos fundamentais. Observa-se, assim, uma atuação do Estado no fornecimento de serviço de utilidade coletiva, como transporte, água, gás e eletricidade.

Nesse período, o desenvolvimento dos países passou a ser qualificado pelo adjetivo “humano”. O desenvolvimento nos anos 50, antes medido com o referencial grau de industrialização dos países, nos anos 90 passou a ser o IDH (expectativa de vida ao nascer, educação e PIB *per capita*).

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, como pontua Adriana Schier (2011, p. 290), ocorre a constitucionalização dos direitos sociais, sendo que o instituto do serviço público seria utilizado como objeto de intervenção estatal para assegurar a efetividade desses direitos, concretizando a dignidade dos jurisdicionados.

Em meados da década de 90, o País enfrentou a crise do Estado Social, mesma época em que emergia no contexto internacional a globalização e o neoliberalismo, pretendendo diminuir a estrutura estatal mediante privatizações. Devido à forte crítica ao Estado de bem-estar social decorrente do endividamento público, o potencial do Estado foi visto com descrédito, inaugurando uma terceira fase.

Na terceira fase, iniciada no final do século XX surge um consenso de que seria necessário o enxugamento dos encargos estatais e a devolução das atividades à iniciativa privada. Portanto, na década de 80, a discussão de serviço público reaparece no contexto internacional da globalização e do neoliberalismo, pretendendo diminuir a estrutura estatal mediante privatizações.

Enquanto isso, no Brasil, com o advento da República, o serviço público caracterizou-se por ser um instrumento de infraestrutura, aparecendo pela primeira vez na Constituição Federal de 1934, mas se tornando instrumento visando o desenvolvimento do País nas áreas de segurança e desenvolvimento econômico apenas na fase do Estado Novo, período compreendido entre 1937 a 1945, com o presidente Getúlio Vargas.

1.2 Conceito de serviço público

Para Adriana Schier (2011, p. 286), serviço público constitui a atividade de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade, que o Estado presta por si mesmo ou quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público.

Oferecendo uma visão desenvolvimentista ao serviço público, *Adriana Schier* (2011, p. 292) aponta que atribuir ao serviço público o conceito de direito fundamental não é suficiente para efetivar os direitos sociais. Serviço público como integração social e redistribuição de riqueza não quer dizer distribuição de renda, mas sim diminuição da exclusão social na medida em que permite aos cidadãos o acesso aos bens que garantirão uma existência digna.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 273), certas atividades destinadas a satisfazer a coletividade são qualificadas como serviços públicos quando o Estado reputa que não convém relegá-las à livre iniciativa, pois não seria socialmente desejável que ficassem sob responsabilidade privada.

Para definir o termo, Celso Antônio (2009, p. 274) propõe que serviço público possui um substrato material e um formal. O substrato material caracteriza-se pelo serviço tratar-se de uma prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários, constituindo na prestação seguidamente disponibilizada, destinada à satisfação da coletividade em geral.

Os serviços devem ser considerados pelo Estado como de utilidade pública. Para aqueles serviços que não o são, o Estado deve fomentar, abrindo linhas de crédito, por exemplo.

Ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 275), o substrato formal caracteriza-se pela submissão a uma específica disciplina de direito público, conferindo o caráter jurídico do conceito de serviço público. Ao submeter a prestação do serviço à disciplina específica, busca-se assegurar que o interesse público prepondera sobre o particular.

1.3 Competência para a prestação do serviço público e possibilidade de estabelecimento de novos serviços

No artigo 21 da Constituição Federal consta o rol de serviços de titularidade privativos da União. Serão públicos federais: o serviço postal e o correio aéreo nacional, os serviços de telecomunicações, serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens, serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária, serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, portos marítimos, fluviais e lacustres.

Além desses, há serviços não exclusivos da União mas também serviços públicos federais, tais como saúde, educação, previdência e assistência social. E aos Estados cabe a competência remanescente, conforme previsto no artigo 25, parágrafo 1º, da Constituição Federal, competência que não cabe à União e aos Municípios.

Aos Municípios compete os serviços de natureza local (ou de peculiar interesse, conforme consta na CF/88), incluído o transporte coletivo. Há competências comuns aos entes, devido à sua relevância, como saúde e sistema de ensino.

Quanto à possibilidade de criação de novos serviços, observa-se que na realidade jurídica brasileira, foi o constituinte quem fixou o que seria serviço público e, portanto, o rol de serviços pode mudar, pois não há um serviço público por natureza.

A expressão *serviço público* surgiu pela primeira vez na Constituição Federal de 1934, tratando-se de atividade de titularidade do poder público.

Alguns serviços, quando desempenhados pelos particulares, não serão considerados públicos, por exemplo a seguridade e previdência social, assistência social e ensino. Porém, o ingresso da iniciativa privada não descaracteriza a categoria de serviço público, ainda que não dependam de delegação.

Quanto a possibilidade de criação de serviços públicos pela via legislativa, divergem os doutrinadores. Para o primeiro grupo, composto por Celso Antonio Bandeira de Mello, Benedicto Porto Neto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha, Eros Roberto Grau, Juarez Freitas e Marçal Justen Filho, é possível a criação de novos serviços públicos, havendo uma relativa liberdade ao legislador ordinário, desde que respeitadas a ordem econômica garantidora da livre iniciativa. Neste caso, deve-se analisar a essencialidade do serviço e se ele atende ao interesse social.

Diversa é a posição adotada por Fernando Herren Aguilar (1999, p. 129), corrente esta minoritária, segundo a qual serviços públicos são exclusivamente aqueles arrolados na Constituição Federal, só havendo inclusão de nova categoria por via de emenda constitucional.

Acompanhando a corrente majoritária pode-se concluir, portanto, que é possível a criação de novos serviços, sendo necessário observar, primeiro, que o serviço deve estar dentro das competências da pessoa jurídica instituidora e segundo, observar que as indicações do artigo 173 da Constituição Federal merecem respeito, no que se refere à exploração da atividade econômica diretamente pelo Estado.

2 O serviço público como direito fundamental

2.1 Os direitos fundamentais

Todo ser humano nasce com direitos e garantias, não podendo estes ser considerados como uma concessão do Estado, pois alguns desses direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, outros o são através de certa manifestação de vontade, e outros apenas são reconhecidos nas cartas legislativas.

Os Direitos Fundamentais são definidos como conjunto de direitos e garantias do ser humano, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Essa proteção deve ser reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva.

Os Direitos Fundamentais, atualmente, são reconhecidos mundialmente, por meio de pactos, tratados, declarações e outros instrumentos de caráter internacional. Esses direitos fundamentais nascem

com o indivíduo. Por essa razão, a Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma que os direitos são proclamados, ou seja, eles pré-existem a todas as instituições políticas e sociais, não podendo ser retirados ou restringidos pelas instituições governamentais, que por outro lado devem proteger tais direitos de qualquer ofensa.

2.2 O direito fundamental à prestação do serviço público

Os sensíveis níveis de exclusão social no País demonstram que ainda é tempo de se defender o Estado social e democrático de Direito, premissa que norteia o estudo do serviço público como instrumento de concretização dos direitos fundamentais e mecanismo de desenvolvimento social mediante intervenção do poder público. Portanto, deve-se buscar formas para assegurar a máxima efetividade dos direitos sociais.

Serviço público constitui a atividade de utilidade material destinada à satisfação da coletividade, que o Estado presta por si mesmo ou quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público.

Verificou-se que atribuir ao serviço público o conceito de direito fundamental não é suficiente para efetivar os direitos sociais. É necessário um regime jurídico especializado, o regime de direito público, previsto no artigo 6º da Lei nº 8.987/95.

Serviço público como integração social e redistribuição de riqueza não quer dizer distribuição de renda, mas sim diminuição da exclusão social na medida em que permite aos cidadãos o acesso aos bens que garantirão uma existência digna. É a noção de desenvolvimento social baseada no desenvolvimento humano.

A devida prestação do serviço público permite à sociedade alcançar níveis de desenvolvimento mais abrangentes do que a diminuição da pobreza. A defesa do serviço público, prestado sob regime adequado, elevado à categoria de direito fundamental, contribui para assegurar a redistribuição de bens essenciais à concretização da vida digna, permitindo a inclusão de pessoas na esfera política e emancipação.

E nos países emergentes, a intervenção do Estado continua sendo, para a maior parte da população, o único meio de acesso aos bens essenciais. Portanto, a releitura do serviço público como mecanismo de concretização de direitos fundamentais apresenta-se no contexto da reformulação dos papéis do Estado como condição de desenvolvimento democrático.

O serviço público é, certamente, o instrumento de realização efetiva dos direitos sociais viabilizando a todos uma condição digna no alcance do bem comum e trazendo à população felicidade.

3 A reprodução assistida

O desenfreado desenvolvimento tecnológico tem provocado rupturas com a ordem até então vigente, impulsionando-nos à criação de novos conceitos e institutos capazes de promover a adaptação necessária aos tempos modernos. Novas questões criadas pelo progresso no campo da genética colocam em xeque concepções arraigadas há séculos, e por vezes abrangem todo um novo entendimento a respeito da vida.

Diante da realidade vislumbrada, necessário se faz incluir, entre as temáticas que tiveram alterados ou ampliados os seus conceitos e os seus paradigmas, a referente à reprodução, pois tal vocábulo, há bem pouco tempo, poderia indicar, apenas, a capacidade natural de procriação, ou seja, aquela proveniente da conjunção carnal. Porém, na atualidade, o ato ou efeito de reproduzir-se, de gerar, de procriar, de multiplicar, de perpetuar-se pode ser atingido por outros métodos que não o presumível.

Afirma-se isso, pois hoje técnicas que compreendem a chamada *fertilização artificial*, fecundação artificial, fecundação por meios artificiais, impregnação artificial, concepção artificial, sementeira artificial, inseminação artificial, fecundação *in vitro* ou fertilização matrimonial são realidade no meio médico e na vida daqueles impossibilitados de se reproduzirem através do meio convencional.

Em razão da variada nomenclatura citada, deve-se esclarecer que a expressão mais aceita é Reprodução Assistida, em face das demais denominações.

De acordo com o exposto, necessário indicar ser cabível conceituar a reprodução humana assistida como o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana.

Nas palavras de Andréa Aldovrandi e Danielle Galvão de França (2002, p. 1), tal método de reprodução consiste na "[...] intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou paternidade".

Maria Helena Diniz (2002, p. 524), ao manifestar-se acerca do tema, é enfática em sua posição, não admitindo como terapêuticos os processos da reprodução assistida. Profere, nessa senda, o seguinte comentário: "[...] é mister que se tome consciência de que aqueles processos de fertilização humana assistida não trazem em si, remédio algum à esterilidade, pois quem é estéril continuará a sê-lo, uma vez que, na verdade, o partícipe da criação é o doador, um estranho ao casal, que tão somente coloca à disposição seu material fecundante".

3.1 Inexistência de legislação para tutelar a prática da reprodução assistida e suas implicações

Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 30), ao tratar do significado de Direito, em sentido amplo, adentra aspecto de grande relevância. Declara o autor que "[...] para que haja essa disciplina social, para que as condutas não tornem a convivência inviável, surge o conceito de norma jurídica".

No mesmo sentido, merece enfoque, ainda que breve, a Teoria do Tridimensionalismo do Direito. De acordo com o sustentado por Miguel Reale (1998, p. 65), fato, valor e norma "[...] não existem separados uns dos outros".

Porém, nítidas as descobertas da Biomedicina constantes e velozes, diferentemente do Direito, o qual não detém a mesma dinâmica em sua atualização. É notório que o Direito, ciência mais estagnada que a Medicina, por sua própria natureza, não tenha acompanhado, lado a lado, a evolução das técnicas de reprodução assistida. Na verdade, os progressos científicos comprovam a lacuna jurídica – ou a incompletude da ordem jurídica – nessas matérias, de outro, fizeram rever princípios clássicos, que se tinham como definitivos, tais como o da prevalência da paternidade biológica ou da certeza da maternidade e que, diante das procriações artificiais, dão mostras de insuficiência ou esgotamento.

Não obstante, a falta de regulamentação sobre o tema não indica ser ela desimportante. Ao contrário, as implicações sociais, políticas, morais e sanitárias das tecnologias reprodutivas exigem suporte jurídico como forma de proteção dos direitos e interesses das pessoas envolvidas.

Cabível, mais uma vez, repetir incumbir ao Direito a criação das condições para prevenção e preservação da saúde moral e social dos indivíduos. Nessa senda, deve corresponder aos anseios e necessidades da sociedade a que se refira, pois as inter-relações entre as normas jurídicas e a sociedade são mútuas, e dessa influência se deriva em grande parte a evolução e a vida de ambas.

Em face da importância existente na conexão das normas e da sociedade, incompreensível se torna a falta de respaldo legal em torno da reprodução orientada, pelo ensejo, por esta promovido, de questões tormentosas, envolvendo a dignidade e a vida do ser humano, desde sua concepção. Além disso, não se trata de assunto distante, mas sim, amplamente inserido na realidade nacional. Hoje calcula-se que um em cada seis casais em idade fértil tenha problemas para gerar filhos e seja, em potencial, candidato à reprodução assistida.

Por sua vez, Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 215) garante que a procriação artificial surge como meio legítimo de satisfazer o desejo de ter filhos. Do mesmo modo, enfatiza que o intento de barrar sua constante evolução é algo impossível. O mesmo autor, no concernente à divergência de posicionamentos sobre o tema, assevera que a própria pluralidade de posições está a exigir uma manifestação sem ambiguidades do mundo jurídico.

Atente-se que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade.

Diante da periculosidade de se ter assunto tão sério relegado à falta de regulamentação, buscam-se soluções jurídicas, para os casos que delas necessitam, pela análise dos costumes, do Direito Comparado, da analogia, dos princípios básicos de nossa sociedade .

Ressalte-se que a base da própria existência do Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, fim permanente de todas as suas atividades, é a criação e manutenção das condições para que as pessoas sejam respeitadas, resguardadas e tuteladas, em sua integridade física e moral, assegurados o desenvolvimento e a possibilidade da plena concretização de suas potencialidades e aptidões.

Nítido é, no entanto, que, embora sendo um direito fundamental, a dignidade não foi, ao longo da história, garantia constante. Ao contrário, passou por recuos e avanços, tendo em vista a influência de fatores culturais, econômicos e, por certo, científicos.

No âmbito dos progressos científicos, no que tange à reprodução assistida, a dignidade é relevante na demonstração do caminho a ser seguido, na falta de legislação específica, na obrigação a um compromisso inafastável: o do absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade de todo ser humano. Isso porque o homem é sujeito de direitos: não é, jamais, objeto de direito e, muito menos, objeto livremente manipulável.

A ponderação, em muitos casos, deverá recair na análise da relação entre os interesses dos que almejam se tornar pais, com o auxílio das tecnologias reprodutivas, e os da criança a ser concebida. Nesse sentido, deve-se garantir que a criança não seja apenas um objeto a ser reivindicado. A dignidade do novo ser é merecedora de ampla proteção.

Continuando a busca por dispositivos constitucionais que embasam o contexto da reprodução assistida, necessária menção requer objetivo fundamental do Estado brasileiro, constante no artigo 3º, inciso IV. Trata-se da promoção do bem-estar.

Por certo, o significado de bem-estar é bastante complexo, atentando-se, por exemplo, para o fato de que diferentes entendimentos podem surgir em decorrência de concepções individuais. Além disso, no contexto da procriação artificial, pode-se considerar bifrontalmente a expressão, analisando-a pelo critério positivo e pelo negativo. Desse modo, refere-se a bem comum tudo aquilo que contribui para a consolidação e para a expansão, em harmonia com o contexto social, das virtualidades de cada indivíduo. Por outro lado, o infringe, toda e qualquer medida contra a vida e a liberdade, contra a dignidade e a igualdade dos seres humanos.

Fundamental esclarecer que o direito à vida, conforme a abordagem da atual Constituição, apanha todo e qualquer projeto vital (inclusive células, tecidos, etc.), vocacionado à vida ainda quando incapaz de manter, por si só, a existência. Assim, por certo, conclamados podem ser os procedimentos da reprodução orientada, mesmo porque, a vida humana integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais).

Ressalta-se que o direito em tela foi trazido à discussão, pois imprescindível função exerce na abordagem sobre quem pode fazer uso dos procedimentos artificiais de reprodução. Uma indagação paira sobre o fato de ser a utilização das tecnologias reprodutivas direito de todos, indistintamente, em decorrência do direito à igualdade.

O direito à liberdade, também encontrado na abertura do artigo 5º da Constituição Federal, reclama destaque, pois sendo a liberdade encarada como permissão jurídica que se reconhece às pessoas para serem senhoras de sua própria vontade, ocorre sua forte interligação com o tema abordado , no que tange à oportunidade de as pessoas poderem optar por recorrer às técnicas reprodutivas e à necessidade de consentimento informado para a prática das técnicas citadas.

O princípio da legalidade e da anterioridade, inscritos, respectivamente, nos incisos II e XXXIX do mesmo artigo, implicam estudo. Por seus ditames, entende-se que, no Brasil, o que não é proibido, é permitido, do mesmo modo como, determinado é, não haver crime sem lei anterior o definindo.

Frente à inexistência de legislação específica, considerando-se tais disposições, isoladamente, torna-se, então, plenamente legal a aplicação de técnicas que visam à procriação artificial. Todavia, necessária se torna a observação de outras regras constitucionais, conjuntamente.

A garantia de livre expressão científica, prevista no inciso IX do artigo 5º pode, ainda, ser mencionada. Na verdade, a possibilidade dada a todos para poderem exprimir o pensamento a respeito de descobertas na área científica, não parece adequar-se à ideia de liberalidade total na implementação de técnicas nessa área. Há que se atentar à questão de que a ciência deve submeter-se ao crivo ético e jurídico, em prol da dignidade humana. O direito ao acesso à informação, transcrito no inciso XIV, por

seu turno, necessita de menção na atual abordagem, uma vez que, sob sua alegação, questiona-se a relevância de permanecerem anônimos os doadores de material genético.

A proteção à família, encontrada no artigo 203, inciso I, da Constituição Federal, requer citação, especialmente no que concerne aos princípios da paternidade responsável (artigo 227, § 6º) e do planejamento familiar (artigo 226, § 7º).

No tocante ao planejamento familiar é o artigo 2º da Lei 9.263/96 que oferece sua conceituação. De acordo, novamente, com o já referenciado, o planejamento familiar inclui a chance, por parte da família, de optar pelo uso das tecnologias reprodutivas.

O direito à convivência familiar também é direito assegurado pela Carta Magna em seu artigo 227. Tal dispositivo, certamente, produz influência sobre o enfoque deste trabalho, já que, frustrada estaria a conclamada convivência familiar, sendo permitida a utilização da reprodução artificial por determinadas pessoas, como no caso de ser usada por solteiras e por homossexuais.

Para finalizar esta abordagem, cabível é a referência ao artigo 225 da Constituição Federal. Por esse dispositivo, depreendido é o direito ao meio ambiente equilibrado, sendo dever da coletividade e do Poder Público sua defesa e preservação em prol das presentes e das futuras gerações. Nessa senda, salienta-se que na proteção ao meio ambiente está inserida a necessária proteção à espécie humana de forma que a diversidade e a integridade do patrimônio genético deve ser preservada, bem como devem ser controladas as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação do material genético.

4 A reprodução assistida como serviço público

Poucas instituições oferecem tratamentos gratuitos de fertilização no Brasil e, como resultado disso, a espera do atendimento pode levar anos.

Como requisito ao acesso gratuito ao tratamento, nas poucas instituições que oferecem, é necessário que os casais passem por uma série de exames para averiguar se a fertilização *in vitro* é a única opção para ter filhos. Esse procedimento, da mesma forma, contribui para aumentar o tempo de espera. Por tal razão, a inclusão da fertilização *in vitro* na tabela do Sistema Único de Saúde (SUS) com certeza disponibiliza um número muito maior de vagas para os casais interessados.

Em 2001 foi aprovado no Estado de São Paulo um projeto de lei que prevê a criação de um programa gratuito de reprodução humana. O intuito do Projeto de Lei 517/2001, nomeado “Programa de Assistência Básica em Reprodução Humana”, foi o de oferecer tratamento de inseminação artificial e de fertilização *in vitro* para casais que não podem pagar o alto custo do serviço, que pode variar de R\$ 5.000,00 a R\$ 50.000,00 por tentativa.

O objetivo do projeto, mais do que oferecer o serviço para pessoas carentes, foi tentar frear o envelhecimento da população brasileira. Atualmente, para a maior parte da população, fica inviável pagar um tratamento de fertilização, devido ao alto custo. Em decorrência do projeto apresentado no Estado de São Paulo, o Ministério da Saúde iniciou estudos para discutir a inclusão da fertilização *in vitro* na tabela do SUS. Atualmente, são oferecidos pelo SUS trinta e um procedimentos de reprodução humana assistida — a maioria, exames preparatórios para tratamentos mais complexos, como a própria fertilização.

A primeira vez que se aventou a ideia de inserir a fertilização no SUS foi em março de 2005, quando o Ministério publicou uma portaria que determinava o oferecimento da fertilização pelo SUS a pessoas com dificuldade para ter filhos. Quatro meses depois, ela foi suspensa para a avaliação dos impactos financeiros. Se a medida for aprovada, será a primeira vez que o governo federal vai bancar os custos da mais eficiente forma de engravidar para quem tem problemas de fertilidade — um procedimento de alto custo e inacessível para a maioria da população.

Com essa novidade, o Estado passa a assumir mais um serviço público a ser prestado para a população. Nesse compasso, os indivíduos que necessitam desse serviço se beneficiarão gratuitamente de um tratamento de saúde que na realidade efetivará o direito constitucionalmente garantido à vida. Hoje há uma demanda cada vez maior da sociedade. Além disso, ao longo dos últimos anos, o que se considerava prioridade já foi contemplado por recursos da área da saúde.

Uma das possibilidades para atendimento via SUS é reembolsar esses centros de reprodução assistida que já oferecem fertilização *in vitro* de forma gratuita. Espalhados por São Paulo, Brasília, Recife, Belo Horizonte e Porto Alegre, pelo menos oito hospitais realizam cerca de duas mil

fertilizações por ano – enquanto a iniciativa privada realiza entre 25 e 30 mil, segundo a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida.

Recentemente o Estado do Rio Grande do Sul inaugurou o Hospital Fêmeina, que parece ser o maior prestador do serviço público de reprodução assistida do Rio Grande do Sul, permitindo a fertilização *in vitro* pelo Sistema Único de Saúde. Em média, o novo laboratório pretende realizar 20 procedimentos de alta complexidade por mês.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), 15% (quinze por cento) dos casais sofrem de infertilidade, em função de problemas que atingem tanto as mulheres quanto os homens. Tendo em vista o exposto, é função do Estado atender casais que não querem mais ter filho, mas também aqueles que desejam e não conseguem.

Considerações finais

Através dos argumentos apresentados, é possível perceber que a reprodução assistida é um direito fundamental e deverá ser implementado como serviço público pelo Estado. Conforme abordado, a Constituição Federal prevê que o Estado tem o dever de garantir saúde aos seus administrados e o direito fundamental a uma vida digna, englobando neste o direito à saúde e o direito ao planejamento familiar, seja através de métodos contraceptivos, mas também métodos conceptivos.

Portanto, não é razoável privar o indivíduo de gerar um filho, já que o impedimento de concepção de um filho pela via natural pode acarretar abalo em seu psicológico, consoante reconhece o Conselho Federal de Medicina, cabendo ao Poder Público intervir para garantir, assim, a dignidade dos seus administrados.

Quanto à legislação, observou-se que ela é omissa, pois inexistente regulamentação legal para tutelar o procedimento. Diante da periculosidade de se ter assunto tão sério relegado à falta de regulamentação, é necessário buscar soluções jurídicas para os casos que delas necessitam, pela análise dos costumes, do Direito Comparado, da analogia e dos princípios básicos de nossa sociedade. Nesse aspecto, de grande importância é perceber que o Direito detém papel fundamental na determinação de respostas às realidades propiciadas pela reprodução assistida, pois é clara sua responsabilidade de adequar a convivência social através de seus ditames normativos.

Por conseguinte, diante da inexistência de legislação específica a respaldar o complexo tema abordado, incontestável é a questão de que na Constituição Federal, Lei Maior do País, podemos também encontrar as soluções para as lacunas geradas. Portanto, diante de todos os aspectos analisados no presente artigo, pode-se afirmar que a prestação adequada do serviço público, elevado à categoria de direito fundamental, contribui para assegurar a concretização da vida digna, permitindo a concepção da vida àqueles impedidos de fazê-lo.

Notável é a importância dos métodos conceptivos em função do conturbador diagnóstico da infertilidade. Tais procedimentos, diversos e diferenciados, oferecem respostas aos mais variados problemas ligados à infertilidade. Nos países emergentes, a intervenção do Estado continua sendo para a maior parte da população, o único meio de acesso à reprodução assistida.

Referências

ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco.** *Jus Navigandi*, Teresina, n. 58, ago. 2002. Disponível em <http://www1.jus.com.Br/doutrina/texto.asp?id=3127>. Acesso em 10 out. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e atividade econômica: serviço postal. In: **Grandes temas de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: **Grandes temas de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco.** São Paulo: Editora 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981 sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FEIO, Kleber Vinicius Gonçalves. **Biotecnologia e direitos fundamentais**: uma análise a partir de Habermas. Artigo publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza em junho de 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. In: Ferrajoli, L. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés *et al.* Madrid: Trota, 2001.

GIUSTI, Anna Flávia Camilli de Oliveira. **A licitação como instrumento de fomento ao desenvolvimento nacional sustentável**. Dissertação defendida em 24/08/2011 no programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEADOWS, Donella H; MEADOWS, Dennis L.; RANDERS, Jørgen; BEHRENS III, William W. **Limites do crescimento**. São Paulo: Editora Perspectiva AS, 1973.

MEDEIROS, Luciana Soares de. Direito de Acesso ao serviço de reprodução humana assistida: discussões bioéticas. **Revista Ciência & Saúde Coletiva** vol. 15. Rio de Janeiro, outubro de 2010. ISSN 1413-8123.

PASOLD, Cesar Luis. **O genoma jurídico-político dos novos direitos**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1. quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PASTRE, Daniel Fernando. **Efetividade socioeconômica dos processos de autorização estatal nas concentrações empresariais**. Dissertação defendida em 01/12/2009 no programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba.

PEREIRA, César Guimarães. **Usuários de serviços públicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **O estado social e democrático de direito e o serviço público**: um breve relato sobre liberdade, igualdade e fraternidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Breves considerações obre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social**: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCHIER, Adriana da Costa. Serviço público como direito fundamental: mecanismo de desenvolvimento social. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, S. e BARROS, H.. **Perspectivas sobre o acesso aos tratamentos de fertilidade em Portugal**. Rev. Saúde Pública. 2012, vol.46, n.2, pp. 344-350. ISSN 0034-8910. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102012000200017>.

SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **A reprodução Assistida e seus aspectos legais.** Disponível em: <http://www.e-juridico.com.Br/noticias/exibe_noticias.asp?grupo=5&código=10401> Acesso em 21/10/2012.

Recebido em 30 de setembro de 2013

Aceito em 03 de dezembro de 2013