

A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

Augusto César Leite de Resende¹

Jussara Maria Leal de Meirelles²

Fecha de publicación: 01/01/2015

Sumário: Introdução; **1.** Evolução histórica dos direitos fundamentais; **2.** Direito fundamental à reprodução assistida; **3.** Dever do Estado de dar efetividade ao direito à reprodução assistida; **4.** O papel do Poder Judiciário na eficácia do direito à reprodução assistida; **5.** Considerações finais; **6.** Referências.

RESUMO:

O número de homens e mulheres inférteis está crescendo em todo o mundo; estima-se que, atualmente, de 15 a 20% dos casais têm problemas reprodutivos, de modo que os procedimentos de reprodução humana assistida são a única esperança de procriação. No entanto, os tratamentos de reprodução assistida são bastante caros e, desse modo, inacessíveis à população pobre do país, porque não assegurados pelo Estado por meio do Sistema Único de Saúde – SUS. Desse modo, o presente trabalho científico tem como objetivo principal apresentar, a partir de uma pesquisa doutrinária e legislativa, argumentos favoráveis ao reconhecimento na ordem jurídica brasileira do direito fundamental à reprodução assistida. Analisar-se-á também o dever estatal de assegurar às pessoas com dificuldades reprodutivas o acesso às técnicas de fecundação artificial e a possibilidade do

¹ Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE. Promotor de Justiça em Sergipe. E-mails: augusto@mpse.mp.br e acresende@bol.com.br.

² Professora Titular de Direito Civil, integrante do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico Socioambiental e do Programa de Pós-Graduação em Bioética, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado no Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra-Portugal. Procuradora Federal. E-mail: jumeirelles29@gmail.com.

Poder Judiciário de determinar ao Estado que assegure aos interessados o acesso às técnicas de reprodução assistida.

Palavras-chave: Reprodução Assistida. Direito Fundamental. Dever do Estado. Controle Judicial.

Introdução

O primeiro bebê de proveta do mundo chama-se Louise Brown, nascida em 26 de julho de 1978, na cidade de Bristol, Inglaterra, proveniente de fecundação gerada em laboratório, não resultando, portanto, de uma fertilização não proveniente de uma relação sexual entre homem e mulher³. No Brasil, o primeiro bebê de proveta foi Ana Paula Bettencourt Caldeira, nascida em 07 de outubro de 1984, na cidade de São José dos Pinhais/PR⁴.

O surgimento da fertilização *in vitro* (ou fertilização em laboratório), uma das técnicas de reprodução humana assistida⁵, levou esperança a diversos casais com problemas de fertilidade. Segundo Daniel Blasioli Dentillo, não existem números oficiais indicativos do número de casais brasileiros com problemas reprodutivos, mas se estima que, no mundo, de 15 a 20% dos casais têm dificuldade para gerar um filho em algum momento de sua idade reprodutiva⁶.

³ MEIRELLES, Jussara. Notícia histórica. *In: Gestação por outrem e determinação da maternidade: “mãe de aluguel”*. Curitiba: Genesis Editora, 1998, p.34.

⁴ Conforme os registros do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, o Dr. Milton Nakamura é considerado o responsável pelo primeiro “bebê de proveta” do Brasil, a menina Anna Paula Caldeira. No entanto, relato publicado no número 23, de dezembro de 1985, da revista “Arquivos Médicos”, da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, atribui ao Dr. Nilton Donadio, Diretor do Centro Biológico de Reprodução Humana daquele estabelecimento de saúde, o primeiro sucesso da utilização da técnica, que resultou no nascimento de uma menina, quatro meses mais velha que Anna Paula (MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade: “mãe de aluguel”... Op. cit.*, p. 34-35).

⁵ “Dentre as técnicas de reprodução humana artificial ou reprodução humana assistida, merecem destaque a inseminação artificial (I.A.) e a fertilização *in vitro* (F.I.V.)...” (MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Técnicas usuais da Reprodução Assistida. In: Reprodução assistida e exame de DNA: implicações jurídicas*. Curitiba: Genesis Editora, 2004, p. 19). No entanto, a expressão “reprodução assistida” não se limita a essas práticas de implantação de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor feminino, com a finalidade de facilitar a procriação, pois todas as práticas técnicas e biológicas que permitam a reprodução, interferindo no processo natural, são consideradas “reprodução assistida” (MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Filhos da Reprodução Assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 393).

⁶ DENTILLO, Daniel Blasioli. Cresce demanda por tratamento de infertilidade, mas o acesso é ainda caro e seletivo. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 64, n. 4, Dec. 2012. Disponível em <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-

As técnicas de reprodução assistida são consideradas procedimentos de alta complexidade, como a fertilização *in vitro* ou com injeção intracitoplasmática de espermatozoide, cujas despesas são de aproximadamente R\$ 12.000,00 por tentativa⁷. Desse modo, os tratamentos de reprodução assistida são bastante dispendiosos e, portanto, inacessíveis à população de baixa renda porque não assegurados pelo Estado mediante o Sistema Único de Saúde - SUS.

Em virtude dos altos custos dos tratamentos de reprodução assistida, o Ministério da Saúde instituiu, por meio da Portaria N. 426/GM, de 22 de março de 2005, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, assegurando o acesso a todos as pessoas aos serviços de atenção básica, média complexidade e alta complexidade relacionadas à reprodução assistida, inclusive fertilização *in vitro* e inseminação artificial. No entanto, a referida Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida foi extinta pela Portaria MS N. 2.048, de 3 de setembro de 2009, deixando aparentemente desprotegidos casais de baixa renda incapazes de arcar com os custos do tratamento de reprodução assistida.

Por essa razão, o presente trabalho científico tem por objetivos principais apresentar argumentos jurídicos favoráveis à existência na ordem jurídica brasileira do direito fundamental de à reprodução humana assistida, ao dever estatal de assegurar às pessoas inférteis ou com dificuldades reprodutivas o acesso às técnicas de fecundação artificial e à possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação de políticas públicas de acesso às técnicas de reprodução assistida.

Para tanto, a pesquisa será desenvolvida através de um método dedutivo, cuja tipologia será a bibliográfica com base em material já publicado, com postura reflexiva e crítica acerca da identificação de novos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro a partir do conteúdo e significado dos direitos à vida e saúde.

Nesse contexto, discutir-se-á, primeiramente, a existência ou não de um direito fundamental à reprodução humana assistida na ordem jurídica nacional. Em seguida, abordar-se-ão o dever do Estado de implementar

67252012000400005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 de maio de 2013.

⁷ SAMRSLA, Mônica et al . Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF - estudo bioético. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 53, n. 1, Feb. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302007000100019&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 de maio de 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-42302007000100019>

políticas públicas de acesso às técnicas de reprodução assistida e a discricionariedade do administrador público quanto à conveniência e à oportunidade na assistência à reprodução assistida.

Após, tratar-se-á do controle judicial de políticas públicas, tema que provoca grandes debates nos meios acadêmico e forense, na medida em que existem posicionamentos teóricos e jurisprudenciais negando ao Poder Judiciário o poder/dever de compelir o Estado a implementar políticas públicas, sob os mais variados argumentos, tais como: suposta violação ao princípio da separação dos Poderes, de violação da discricionariedade administrativa e da cláusula da reserva do possível.

Por fim, serão abordadas as questões envolvendo a falta de recursos públicos para a concretização do direito fundamental social de assistência à reprodução humana assistida (reserva do possível) e a sua inserção no conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial).

1. Evolução histórica dos direitos fundamentais

Inicialmente, faz-se necessário traçar, ainda que em linhas gerais, a evolução histórica dos direitos fundamentais para a perfeita compreensão do tema, uma vez que os direitos do homem são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas⁸. O conhecimento da origem e evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos é essencial para a sua correta interpretação e aplicação.

Os direitos fundamentais, desde sua origem, reconhecimento e constitucionalização, passaram por diversas mutações, razão pela qual a doutrina classifica os direitos fundamentais em “gerações” de direitos ou “dimensões” de direitos como preferem alguns⁹, ou seja, a partir da ordem cronológica em que passaram ser constitucionalmente reconhecidos. Tais direitos são, tradicionalmente, classificados em direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, encontrando ainda, na doutrina, classificação dos direitos fundamentais em quatro e até cinco gerações.

A gênese histórica dos direitos humanos vem dos chamados “direitos do homem”, que se referem aos direitos naturais, isto é, inerentes à condição humana, que foram, posteriormente, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado ou em tratados ou

⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55.

convenções internacionais. Por essa razão, pode-se afirmar que as origens dos direitos humanos remontam ao chamado período axial, entre os séculos VIII e II a.C., época a partir da qual despontam as ideias de igualdade essencial entre os homens e do ser humano considerado como um ser dotado de liberdade e razão, premissas básicas para a compreensão da pessoa humana e para o reconhecimento de direitos universais e inerentes ao homem¹⁰.

A antiguidade, por meio da religião e da filosofia, legou as premissas-chaves que, posteriormente, influenciaram o jusnaturalismo e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é detentor de direitos naturais inalienáveis, de modo que os valores da dignidade humana, da igualdade entre os homens e da liberdade encontram suas raízes na filosofia clássica e no pensamento cristão¹¹.

A primeira declaração embrionária de direitos fundamentais foi a Magna Carta do Rei João Sem Terra de 1215 que, apesar de não poder ser considerada uma declaração universal de direitos inerentes ao ser humano, ela é considerada o marco histórico dos direitos fundamentais porque, ao reconhecer privilégios especiais aos barões feudais e ao clero, limitou o poder dos monarcas na Inglaterra, impedindo assim o exercício arbitrário do poder real.

Os princípios da Magna Carta de 1215 influenciaram os movimentos liberais dos séculos XVII e XVIII, sobretudo a independência americana e a revolução francesa, e, conseqüentemente, as declarações de direitos de 1776 e 1789, uma vez que consagravam direitos e liberdades civis básicos, tais como o devido processo legal e o *habeas corpus*.

No século XVII, ocorre um processo de racionalização do Direito Natural, afastando-se o jusnaturalismo da religiosidade. Nesse contexto racionalista, a fonte do direito natural era a racionalidade dos seres humanos, e não a vontade de Deus, concebendo-se a idéia de direitos naturais inalienáveis do indivíduo conferidos ao ser humano pelo simples fato de existir e impostos ao Estado como forma de contenção da autoridade do monarca.

O jusnaturalismo reconhecia a existência de um conjunto de princípios morais universalmente válidos e imutáveis que estabelecem critérios de justiça e direitos fundamentais inerentes à natureza humana.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konde. **A afirmação história dos direitos humanos**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23-24.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 45.

Carlos Nino Santiago aduz que a concepção jusnaturalista pode ser caracterizada por duas teses, quais sejam: a) uma tese filosófica ética, que afirma a existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana; e b) uma tese relativa à definição do conceito de direito, segundo o qual um sistema normativo ou uma norma não podem ser classificados como “jurídicos” se estão em desacordo com aqueles princípios morais ou de justiça¹².

A doutrina jusnaturalista do século XVII inspirou os movimentos liberais ocorridos na Europa, especialmente na França, e nas Colônias da América, influenciando de sobremaneira também as Declarações de Direitos da Virgínia e a Francesa, ávidas em estabelecer limites ao poder do Estado, mediante a positivação de “direitos naturais”.

No que pese as declarações inglesas de direitos, tais como a *Petition of Right* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689, aprovados pelo Parlamento Britânico, tenham reconhecido direitos básicos do homem, foi na colônia de Virgínia, em 12 de janeiro de 1776, que surgiu a primeira Declaração de Direitos¹³, servindo de inspiração para que as outras colônias americanas aprovassem Declarações semelhantes e para a constitucionalização dos Direitos Fundamentais em 1791¹⁴, uma vez que consagrava, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, propriedade e proteção à opressão.

De fundamental importância para a universalização dos direitos da pessoa humana foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, pois assegurava direitos e liberdades ao ser humano indistintamente, isto é, independentemente do *status* social, econômico, cultural ou racial do indivíduo.

Paulo Bonavides destaca o caráter universal da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, *in verbis*:

Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a

¹² NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 32.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 208.

¹⁴ Os Direitos Fundamentais foram incorporados à Constituição Americana de 1787 por meio das emendas de 1791.

uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade¹⁵.

A nota de universalidade dos direitos assegurados na Declaração francesa foi decisiva para a afirmação e a constitucionalização dos direitos fundamentais da pessoa humana nos séculos seguintes.

Ademais, as primeiras declarações de direitos foram fortemente influenciadas pelo liberalismo, segundo o qual o Estado não deveria intervir na economia, pois o mercado seria capaz de se autorregular, resultando daí a doutrina do *laissez-faire, laissez-passer*, em que a função estatal seria proteger a liberdade individual, a segurança das pessoas e a propriedade privada, criando, destarte, um ambiente favorável para que as relações econômicas e sociais se desenvolvessem livremente.

De fato, o Estado liberal não se preocupava com o bem-estar geral da população, seu papel consistia basicamente em garantir a ordem pública interna e a segurança externa, removendo, assim, obstáculos que impedissem as pessoas de realizar livremente seus fins particulares. Luís S. Cabral de Moncada ressalta que a tarefa do Estado liberal não consistia em prescrever fins para cada cidadão, mas de “garantir para cada indivíduo uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada um possa, segundo suas capacidades e talento, prosseguir os fins que lhe aprouverem”¹⁶, preocupando-se o Estado apenas com a garantia das condições externas para que cada cidadão possa prosseguir os seus interesses privados.

A Declaração de Direitos da Virgínia, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e as demais declarações de direitos do século XIX incorporaram as premissas do pensamento liberal, positivando os direitos calcados no valor liberdade, quais sejam, os direitos civis e políticos.

Surgem assim os chamados direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão destinados a estabelecer restrições ao poder estatal, através da positivação de direitos civis e políticos, a exemplo do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, do devido processo legal e do *habeas corpus*, cujo titular é o homem individualmente considerado, razão pela qual se caracterizam como direitos eminentemente individualistas.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 562.

¹⁶ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 4. ed.. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 23.

Com o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão, nasce o Estado liberal cujo postulado essencial é o predomínio da autonomia da vontade na esfera econômica, donde a liberdade individual, inclusive a autonomia contratual, não se submetia à vontade do Estado.

Por isso, os direitos fundamentais de primeira dimensão são chamados de direitos de defesa, direitos de liberdade negativa ou de *status negativus*¹⁷ porque asseguram às pessoas direitos e liberdades cujos exercícios não podem ser abusivamente obstaculizados pelo Estado, ou seja, impõem ao Estado uma obrigação de não fazer consistente na não violação dos direitos humanos de primeira dimensão.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são decorrentes da revolução industrial, que teve seu início no fim do século XVIII, introduzindo na Europa, particularmente na Inglaterra, a fábrica moderna mecanizada, mas foi na segunda fase da Revolução Industrial, iniciada nos primeiros anos da década de 40 do século XIX, que surgiram as grandes empresas e indústrias, propiciando o impulso do desenvolvimento técnico e a produção em massa.

A segunda Revolução Industrial provocou o aparecimento de graves problemas sociais e econômicos na Europa do século XIX, já não mais se acreditava que o Estado liberal pudesse erradicar a pobreza insustentável e a dignidade dos trabalhadores e desempregados, razão pela qual eclodem diversos movimentos reivindicatórios de direitos trabalhistas e sociais. No início do século XX, a 1ª Guerra Mundial provocou uma enorme crise econômica e social na Europa, aumentando as reivindicações por direitos sociais.

E é a partir destes fatos históricos que surgem, na Constituição do México de 1917 e na Constituição Weimar de 1919, os direitos fundamentais de segunda geração, consubstanciados nos direitos sociais, econômicos e culturais da pessoa humana, alçando o Estado à condição de promotor do bem-estar da população e de agente de realização.

Os direitos fundamentais de segunda geração não se resumem apenas aos direitos sociais de cunho prestacional, mas também englobam os direitos sociais dos trabalhadores¹⁸, tais como salário mínimo, férias, jornada máxima de trabalho etc.

No que pesem os direitos humanos de segunda geração serem

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional...** *Op. Cit.*, p. 564.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais...** *Op. Cit.*, p.57.

denominados sociais, tais direitos também são conferidos aos homens individualmente, não se confundindo com os direitos coletivos em sentido amplo, classificados como de terceira geração.

Os direitos fundamentais de segunda geração são direitos humanos preponderantemente de prestação ou de *status positivus*, pois exigem uma conduta positiva do Estado, consistente numa prestação material ou normativa outorgada ao ser humano, como saúde e educação, por exemplo.

Por fim, na segunda metade do século XX surgem os direitos fundamentais de terceira geração, também chamados de direitos de solidariedade ou de fraternidade, que se caracterizam por serem direitos coletivos em sentido amplo, isto é, pertencentes ou outorgados não ao homem individualmente considerado, mas a toda a sociedade. Os direitos de terceira geração são transindividuais, cuja titularidade é coletiva e não individual.

2. Direito fundamental à reprodução assistida

A Constituição Federal reservou inteiramente o Título II aos Direitos e Garantias Fundamentais, nele consagrando um leque amplo e extenso de direitos fundamentais do ser humano, classificando-os em cinco espécies: a) direitos e deveres individuais; b) direitos e deveres coletivos; c) direitos sociais; d) direitos à nacionalidade; e) direitos políticos.

No entanto, o rol do referido Título II da Carta Magna não é taxativo, mas meramente exemplificativo porque o art. 5º, § 2º, da própria Constituição Federal ressalva que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Os direitos fundamentais não são apenas aqueles consagrados e reconhecidos formalmente na Constituição, pois, como retro referido, a Carta Magna admite a existência de outros direitos não inseridos no rol do Título II, reconhecendo, destarte, a existência dos chamados direitos materialmente fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser classificados em: direitos formalmente fundamentais e direitos materialmente fundamentais. Serão formalmente fundamentais os direitos expressamente incorporados no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição. Por sua vez, os direitos materialmente fundamentais poderão ser identificados a partir do conceito aberto de direitos fundamentais adotado pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, pois possibilita o reconhecimento de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional ou em tratados

internacionais e até mesmo na identificação de direitos fundamentais não-escritos ou implícitos na Constituição, que sejam decorrentes do regime e princípios por ela adotados¹⁹.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que os direitos fundamentais individuais e coletivos não se restringem ao catálogo do art. 5º da Constituição Federal, podendo ser encontrados em outras partes do texto constitucional, conforme se depreende do julgado abaixo:

Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., 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 a 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 n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. 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): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno, ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 18.03.1994, p. 5165). (grifo nosso)

A identificação e a caracterização de um direito materialmente dotado de fundamentalidade não são tarefas fáceis para o intérprete e aplicador do direito, pois tais tarefas não decorrem apenas da simples leitura do Texto Constitucional, na medida em que poderão, como visto alhures, existir outros direitos fundamentais dispersos no corpo da Constituição, positivados em tratados internacionais ou consagrados em princípios não assentados na Carta Magna.

A definição de direito fundamental proposta por Ingo Wolfgang Sarlet permite ao intérprete a identificação e, conseqüentemente, a efetivação e a proteção de direitos fundamentais exclusivamente materiais, isto é, não consagrados expressamente no catálogo do Título II da Constituição Federal. A propósito:

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais...** *Op. Cit.*, p.85.

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)²⁰.

Assim, reconhecem-se direitos que, por seu conteúdo, importância e significado, podem ser considerados fundamentais e, por isso mesmo, inseridos na Carta Constitucional, produzindo todos os efeitos jurídicos como se direitos formalmente fundamentais fossem.

Os direitos fundamentais podem ser considerados, em linhas gerais, concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco lecionam que “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”²¹.

O valor da dignidade da pessoa humana passou a ser concebido como pressuposto e fonte dos direitos humanos, afinal “a dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, como as duas faces de uma mesma moeda”²². O ser humano passou a ser o centro das preocupações do direito internacional e, por consequência, tutelado pelos diversos documentos e órgãos nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos independentemente de seu vínculo jurídico da nacionalidade com o Estado, mas simplesmente pela sua condição humana.

Aliás, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra aduz que:

Não há que se falar em condição humana sem o princípio da dignidade humana: os dois são termos correlatos, inseparáveis, que devem, sempre, ser aplicados em conjunto. A condição humana somente será condição propriamente dita se for digna, se assegurar aqueles valores intrínsecos a todo ser humano, sob

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 91.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 140.

²² BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 75.

pena de permitir arbítrios e violações que podem ser muito perigosos, num provável retorno a situações que precisam ser evitadas e suplantadas.²³

Immanuel Kant ensina que os homens, enquanto seres racionais, estão submetidos a um imperativo categórico que determina que “cada um deles jamais deve tratar a si mesmo e a todos os outros como meros meios, mas sempre ao mesmo tempo como fim em si mesmo”²⁴, assentando ainda que:

No reino dos fins tudo tem ou bem um preço ou bem uma dignidade. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto equivalente, mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade²⁵.

De acordo com o pensamento kantiano, é possível concluir, portanto, que os direitos humanos são essencialmente tais, pois, sem eles, não se concretiza a dignidade humana. Nesse contexto, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana não é, ela mesma, um direito humano ou fundamental²⁶, mas, enquanto princípio estruturante e fundamental do Estado e da ordem internacional, é a fonte e o fundamento dos direitos fundamentais e dos direitos humanos²⁷, atuando, portanto, como critério de identificação de direitos humanos e fundamentais. Nesse contexto, a ordem jurídica brasileira consagra o direito fundamental à reprodução assistida?

O texto normativo não se confunde com a norma. O texto é a literalidade abstrata de um dispositivo constitucional ou legal, ao passo que a norma é o sentido construído a partir da interpretação de um dispositivo normativo, daí porque os textos são o objeto da hermenêutica e as normas o seu resultado²⁸. Há textos normativos, em especial aqueles com forte carga axiológica e marcadamente principiológicos, a partir dos quais podem ser construídas mais de uma norma, como por exemplo o art. 1º, inciso III, da

²³ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito internacional dos direitos humanos: nova mentalidade emergente pós-1945**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 91.

²⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial : Barcarolla, 2009, p. 259-261.

²⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes...** *Op. Cit.*, p. 265.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 84.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988...** *Op. Cit.*, p. 95.

²⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 30.

Constituição Federal que eleva a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República Federativa do Brasil.

A atividade hermenêutica não se caracteriza como um ato de revelação do significado previamente dado pelo legislador ao texto, mas um ato de construção de sentidos de um dispositivo normativo. A interpretação do texto normativo tem caráter constitutivo e não declaratório de seu significado, vez que o intérprete produz, a partir do dispositivo normativo, normas jurídicas, dando concreção ao Direito.²⁹

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”³⁰.

Nesse diapasão, é possível o reconhecimento de direitos fundamentais a partir do processo de interpretação de dispositivos constitucionais, pois os direitos fundamentais são outorgados pela norma (ou normas) construída a partir de determinado texto normativo-constitucional³¹.

No que pese existir certa liberdade hermenêutica ao intérprete, a sua atividade não é, contudo, arbitrária, na medida em que encontra limites no sentido semântico-literal do texto. Desse modo, não pode ele – o intérprete – atribuir aleatoriamente sentidos aos textos, isto é, não pode “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”³².

Ademais, no que pese tradicionalmente afirmar-se que os direitos fundamentais de primeira dimensão são direitos de defesa porque exigem deveres de abstenção do Estado e que os direitos ditos de segunda dimensão são direitos de prestação porque impõem condutas positivas ao

²⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 157.

³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos...** *Op. Cit.*, p. 33.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 82-83.

³² STRECK, Lênio. P. 312-313. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 312-313.

Estado, na verdade não existem direitos totalmente de defesa, isto é, que imponham apenas um dever de não agressão ao Estado porque todos os direitos civis e políticos demandam a adoção de medidas concretas e positivas do Poder Público para serem concretizados³³. Assim, é possível extrair dos direitos civis e políticos, mediante interpretação ampliativa, direitos sociais, deveres de prestação e a realização de políticas públicas pelo Estado³⁴.

A Constituição Federal consagra o direito à vida privada e à intimidade³⁵, cujo conceito é abrangente e não se restringe à privacidade, à reclusão, à solidão ou à não publicidade de fatos relacionados ao cotidiano das relações humanas, como as profissionais, sociais ou pessoais.

Com efeito, o conceito de 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 exterior³⁶. Do mesmo modo, a decisão de ser ou não pai ou mãe é um corolário lógico do direito à vida privada e, inclui, inclusive, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico³⁷.

E mais, do direito à vida privada decorre também os direitos à autonomia reprodutiva e à saúde reprodutiva, o que implica no direito de ter acesso às técnicas médicas de reprodução humana assistida. Nesse contexto, ausência ou mesmo a deficiência na prestação dos serviços de saúde reprodutiva, em especial a assistência à reprodução assistida, pode acarretar grave violação do direito à vida privada, à autonomia e liberdade reprodutiva³⁸.

A Constituição da República impõe às entidades federativas, nos artigos 23, 196 e 197, dever comum de cuidar da saúde e da assistência

³³ O exercício do direito à liberdade das pessoas depende, em certa medida, da implementação de segurança pública pelo Estado e o direito ao voto demanda complexa atuação da Justiça Eleitoral.

³⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 310.

³⁵ Art. 5º, inciso X.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentença de 31 de agosto de 2010, Serie C, N.º 216.

³⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso S.H. y otros Vs. Austria, N.º 57813/00, Sentença de 03 de novembro de 2011.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Costa Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012.

pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência e enfermidade e, por essa razão, é dever e responsabilidade do Estado ofertar o acesso a serviços de atenção à saúde, inclusiva a reprodutiva. Com efeito, dispõe o art. 196 da Carta Magna, *ipsis litteris*:

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

O Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, aprovado no Cairo em 1994, foi particularmente importante para a questão da saúde reprodutiva. Nos termos do Princípio 8 do referido programa, toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental, motivo pelo qual os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com a saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual³⁹.

Segundo a Organização das Nações Unidas, a saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio⁴⁰.

Ainda de acordo com as Nações Unidas, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e

³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A/CONF.171/13/Rev.1**. Disponível em <<http://www.spm.gov.br/Articulacao/articulacao-internacional/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2014.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A/CONF.171/13/Rev.1**. Disponível em <<http://www.spm.gov.br/Articulacao/articulacao-internacional/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2014.

resolvendo problemas de saúde reprodutiva, o que inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis⁴¹.

A Constituição Federal reconhece, em seu art. 226, *caput*, que a família é base da sociedade e, por isso, tem especial proteção do Estado. A Constituição da República consagra ainda, no art. 226, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, o direito de constituir família, reconhecendo como entidade familiar a formada pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis, a formada pela união estável entre o homem e a mulher, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e, de modo implícito, a união entre pessoas do mesmo sexo, denominada de “união homoafetiva”⁴².

O art. 226, § 7º, da Carta Magna de 1988 dispõe que, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

No âmbito infraconstitucional, o art. 2º da Lei N. 9.263/96 conceitua planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Em seu artigo 3º, o referido diploma legal aduz que o planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde e que as instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras, a assistência à concepção e contracepção.

Como se vê, a Lei Nacional N. 9.263/96 refere-se ao direito de assistência à concepção, e, nesse sentido, entende-se que as tecnologias e tratamentos de reprodução humana assistida, como a fertilização *in vitro*,

⁴¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/CONF.171/13/Rev.1. Disponível em <<http://www.spm.gov.br/Articulacao/articulacao-internacional/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2014.

⁴² O Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião dos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo.

devem ser disponibilizadas no Sistema Único de Saúde⁴³.

Destarte, assimilando as ponderações explanadas alhures, pode-se concluir que o direito de 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.

3. Dever do Estado de dar efetividade ao direito à reprodução assistida

O constitucionalismo mundial sofreu grandes e profundas transformações principalmente após a Segunda Guerra Mundial. A reconstitucionalização da Europa, marcada decisivamente pela Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) de 1949, redefiniu a dogmática constitucional mundial e viria, conseqüentemente, a influenciar o direito constitucional brasileiro, cuja expressão maior é a Constituição Federal de 1988.

O neoconstitucionalismo foi bastante influenciado pelo pós-positivismo, pensamento jurídico que veio empurrar para a margem da história do Direito o pensamento jurídico vigente na primeira metade do século XX, qual seja, o positivismo, que se fundava na idéia da observância “cega” da lei, afastando da argumentação jurídica a filosofia, os princípios, os valores e o sentido de Justiça⁴⁴.

A decadência do positivismo está associada à queda do facismo, na Itália, e do nazismo, na Alemanha, que retiravam da “lei” o fundamento de validade das atrocidades praticadas contra negros, ciganos, homossexuais e, notadamente, judeus. Enfim, ao final da Segunda Guerra Mundial, há uma reaproximação entre o Direito e a ética e entre o Direito e a filosofia.

O pós-positivismo exige uma leitura social, humana e moral do Direito, isto é, vai-se além da estrita legalidade, mas não se descuida do direito posto. Reconhece-se a normatividade dos princípios e promove-se a reconstrução da teoria dos direitos fundamentais fulcrada na dignidade da pessoa humana⁴⁵.

⁴³ VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas, 2009, p. 97.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo...** *Op. Cit.*, p. 262.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo...** *Op. Cit.*, p. 270-272.

Ao longo da segunda metade do século XX, o neoconstitucionalismo é caracterizado por diversas mudanças quanto à aplicação do direito constitucional, especialmente: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a centralidade constitucional, isto é, os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir da Constituição; c) a filtragem constitucional; e d) os direitos fundamentais calcados na dignidade da pessoa humana⁴⁶.

A Constituição é indiscutivelmente uma norma jurídica e, como tal, dotada de imperatividade. Não se trata de mero documento político, de um simples convite ao administrador público a empreender as políticas públicas nela consagradas, cuja concretização fica ao alvedrio, ou melhor, sob a discricionariedade do chefe do Poder Executivo. A Constituição não é um documento essencialmente político, mas jurídico

No início da segunda metade do século XX, Konrad Hesse assentou que “a Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”⁴⁷.

Luís Roberto Barroso também ressalta a indiscutível força normativa da Constituição, conforme se depreende:

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado⁴⁸.

Hodiernamente, portanto, não mais se discute 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.

⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In. CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed.. Salvador: Jus Podivm, 2007, pp. 43-64, p. 44-45.

⁴⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Frabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 19.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Material da 1ª aula, da disciplina Atualização Legislativa e Jurisprudencial em Direito Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Função Social e Prática do Direito – Área de Concentração: Direito Público – UNISUL – REDE LFG, p. 5.

A Constituição Federal consagra, partir da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, como visto alhures, o direito fundamental à reprodução assistida porque decorrente dos direitos fundamentais à vida com dignidade, à vida a privada, à autonomia reprodutiva e aos serviços de saúde reprodutiva, o que implica no direito de ter acesso aos tratamentos de reprodução assistida. Nesse diapasão, o Poder Público tem a obrigação constitucional e legal de disponibilizar, através do Sistema Único de Saúde (SUS), materiais e procedimentos necessários para o tratamento da infertilidade, inclusive o acesso às técnicas de reprodução humana assistida.

Não há discricionariedade do Administrador Público quando a Constituição e, neste caso, a legislação infraconstitucional fixam fins, metas e programas a serem desenvolvidos pelo Estado, ou seja, quando impõem um *facere* consubstanciado na implementação de políticas públicas ou de prestações materiais e jurídicas, as quais permitam o efetivo exercício dos direitos fundamentais consagrados na Magna Carta e proporcionem o bem estar de todos e promovam a erradicação da pobreza e reduzam as desigualdades sociais.

Discricionariedade é liberdade de atuação do agente público de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade, nos casos em que o ordenamento jurídico confere tal liberdade. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁹ discricionariedade “é a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.

A Constituição Federal e a legislação infraconstitucional garantem a todos os direitos fundamentais à vida com dignidade, à vida privada e aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual e, portanto, o acesso às modernas técnicas de reprodução assistida, subtraindo do Administrador Público qualquer juízo de conveniência e oportunidade sobre a concreção ou não do direito fundamental à saúde reprodutiva e, por consequência, do acesso às técnicas de reprodução assistida. Enfim, não há discricionariedade.

4. O papel do Poder Judiciário na eficácia do direito à reprodução assistida

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 66.

Um dos temas mais controvertidos do cenário jurídico brasileiro é a que trata do controle judicial de políticas públicas. Opiniões contrárias sustentam a impossibilidade jurídica do controle judicial por entenderem que haveria nítida intromissão do Poder Judiciário em questões tipicamente reservadas à discricionariedade e às opções políticas do Poder Executivo, com flagrante violação ao princípio da separação dos Poderes previsto no art. 2º da Constituição Federal.

Ocorre que, o inadimplemento das obrigações constitucionais por parte do Poder Público confere ao Poder Judiciário o dever-poder de assegurar o cumprimento das normas constitucionais, em razão justamente da força normativa da Constituição e do princípio da máxima efetividade da norma constitucional, sem que isso venha, evidentemente, a caracterizar violação ao princípio da separação dos Poderes.

O poder do Estado, em seus primórdios, encontrava-se concentrado nas mãos de uma única pessoa, de modo que toda a atividade estatal era exercida por esse órgão único, pessoal e detentor supremo do poder estatal, o que dava margem à tirania. Contudo, essa concentração de poder em uma só pessoa não perdurou por muito tempo, vez que o crescimento territorial e populacional do Estado e o desenvolvimento social ensejaram a divisão dos poderes do Estado⁵⁰.

A teoria da “Tripartição de Poderes” foi inicialmente idealizada por Aristóteles, em sua obra “Política”, através do qual o filósofo grego identificou três funções básicas e distintas exercidas pelo Estado, quais sejam: edição de normas, aplicação destas normas e julgamento, concentrando, no entanto, tais funções unicamente na figura da assembleia dos cidadãos⁵¹.

Em 1748, Montesquieu, inspirando-se nos ideais iluministas da época, aprimorou, em seu célebre livro “O Espírito das Leis”, a Teoria da Separação dos Poderes através da atribuição das funções do Estado a órgãos distintos, autônomos e independentes, com vistas a limitar a atuação e o poder do Estado.

⁵⁰ Ressalte-se que a terminologia “tripartição de poderes” é equivocada, uma vez que o poder estatal é uno e indivisível. O que ocorre, na verdade, é uma distribuição de funções do Estado entre órgãos distintos e independentes uns dos outros, visando otimizar a atividade do Estado e evitar abuso de poder do governante. No entanto, empregaremos o termo “tripartição de poderes” no presente trabalho porque é de uso tradicional e comum na literatura jurídica nacional.

⁵¹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 177.

Dalmo de Abreu Dallari aduz que “o ponto obscuro da teoria de Montesquieu é a indicação das atribuições de cada um dos poderes”⁵² porque ela faz alusão a um Poder Legislativo, a um Poder Executivo do Direito das Gentes e um Poder Executivo do Direito Civil, sendo que a este último competiria o poder de julgar e ao outro Poder Executivo caberia o poder de administrar o Estado.

Montesquieu visou apenas enfraquecer o poder do Estado Absolutista, sem se preocupar com a eficiência da atividade estatal, embora entendesse necessária uma perfeita harmonia entre os três Poderes, mediante limites recíprocos entre eles.

Porém, a teoria desenvolvida por Montesquieu foi distorcida pelos revolucionários franceses de 1789 que estabeleceram uma separação rígida e absoluta entre os Poderes do Estado, de modo que os respectivos Poderes somente podiam exercer suas funções típicas. Vale dizer: o Poder Executivo somente administrava, o Poder Legislativo somente editava normas e o Poder Judiciário só julgava, não lhes sendo permitido exercer as atribuições dos outros Poderes.

Por isso, o sistema de freios e contrapesos (Teoria do *Checks and Balances*) autoriza aos Poderes do Estado exercer funções atípicas, isto é, funções próprias dos dois outros Poderes, com a finalidade precípua de assegurar a harmonia entre os Poderes e o livre exercício de suas funções típicas, sem que um exerça ingerência ou supremacia sobre os demais.

Assim, cumpre ao Poder Judiciário, no exercício de suas funções típicas, o dever-poder de determinar aos demais Poderes e, evidentemente, aos particulares, a correta observância do ordenamento jurídico, mormente quando não atendidos os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, afinal “a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais”⁵³.

O direito à saúde impõe uma conduta ativa do Estado, no sentido de que este deve promover ações e programas relativos à proteção à saúde, inclusive a saúde reprodutiva, e uma dessas ações é o acesso às técnicas de reprodução assistida. No entanto, a implementação desta específica política pública envolve o gasto de dinheiro público e os recursos são limitados, daí porque ser afirmado que o efetivo exercício dos direitos fundamentais depende de disponibilidade financeira do Estado, a chamada reserva do

⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado...** *Op. Cit.*, p. 219.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 137.

possível.

O Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui limite jurídico e fático dos direitos fundamentais⁵⁴.

Ana Paula de Barcellos afirma que a reserva do possível é um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, uma vez que “pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo”⁵⁵. Desse modo, a efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais sociais há de se situar dentro da reserva do possível, das disponibilidades do erário.

A limitação de recursos financeiros é uma realidade da qual não se pode ignorar, fechar os olhos. É verdade que compete, a princípio, aos Poderes Legislativo e Executivo, segundo suas opções políticas, a elaboração do orçamento do Estado, ou seja, a destinação e aplicação dos recursos públicos. Entretanto, a liberdade do legislador e do administrador público sofre restrições, uma vez que o orçamento deverá ser formulado de modo a atender, razoavelmente, todas as políticas públicas impostas pela Constituição Federal ao Estado e destinadas a propiciar o livre exercício dos direitos fundamentais, sob pena de incorrer-se em omissão inconstitucional.

O orçamento da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios deverá ser elaborado de forma a garantir as condições mínimas de existência digna (mínimo existencial), que são um “limite à liberdade de conformação do legislador”⁵⁶. Para Ana Paula de Barcellos, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento aos fins considerados essenciais pela Constituição até que eles sejam realizados e para garantir condições materiais essenciais à dignidade humana (o mínimo existencial), que é prioridade do Estado brasileiro, de modo que somente após assegurar este padrão mínimo social é que o restante dos recursos poderá ser aplicado segundo as propostas políticas do Administrador Público⁵⁷.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 305.

⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade na Pessoa Humana.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 262.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 373.

⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade na Pessoa Humana...** *Op. Cit.*, p. 262-263.

Ocorre que, por maior sensibilidade e boa vontade que o intérprete e o aplicador do direito possam ter, os recursos necessários a dar efetividade ao direito de acesso às técnicas de reprodução assistida não surgirão num piscar de olhos e o dinheiro público é realmente escasso. Então, o que se fazer quando não houver verba suficiente para a execução de programas e projetos relacionados ao acesso às técnicas de reprodução assistida?

Neste caso, o Poder Judiciário poderá, com fulcro no princípio da implementação progressiva dos direitos sociais, determinar a adoção gradual de medidas concretas voltadas à reprodução humana assistida com vistas a manter o equilíbrio econômico-financeiro do Estado, através da criação de condições materiais necessárias à concretização do direito fundamental à reprodução assistida e, conseqüentemente, da inclusão, nos orçamentos dos exercícios financeiros seguintes de verbas suficientes para a execução das políticas públicas⁵⁸.

O Estado deve utilizar o máximo de recursos disponíveis para garantir o acesso de todos às técnicas médicas de reprodução humana assistida e, por consequência, assegurar os direitos à vida privada, à saúde reprodutiva e ao planejamento familiar e, na ausência real de recursos públicos suficientes para a máxima eficácia dos aludidos direitos fundamentais, o Estado deverá empreender um planejamento focado, em metas de curto, médio e longo prazo, justificando à sociedade a racionalidade dos critérios escolhidos⁵⁹.

5. Considerações finais

O objetivo central deste artigo científico foi apresentar argumentos jurídicos favoráveis ao reconhecimento na ordem jurídica brasileira do direito fundamental à reprodução humana assistida. O presente trabalho também visou investigar o dever estatal de assegurar às pessoas inférteis ou com dificuldades reprodutivas o acesso às técnicas de fecundação artificial e possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação de políticas públicas de acesso às técnicas de reprodução assistida.

Partiu-se da premissa que o direito à reprodução assistida é legítimo 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

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais ; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 109.

⁵⁹ GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição dos resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

familiar.

O direito fundamental à reprodução humana assistida é exercitável, em razão da eficácia vertical dos direitos fundamentais, contra o Poder Público, que deverá disponibilizar, por meio do Sistema Único de Saúde, materiais e procedimentos necessários para o tratamento da infertilidade, inclusive o acesso às técnicas de reprodução assistida com a finalidade precípua de dar plena efetividade ao referido direito fundamental.

A omissão do Estado aos deveres constitucionais de assegurar a plena fruição do direito à reprodução assistida submete-se ao controle judicial, sem que isso caracterize violação à separação e à independência dos Poderes, pois o Poder Judiciário não criará políticas públicas, nem usurpará a iniciativa do Poder Executivo, apenas determinará o cumprimento de deveres fundamentais constitucionalmente definidos, ainda que implicitamente.

Entretanto, o tratamento da infertilidade mediante as técnicas de reprodução assistida envolve o gasto de dinheiro público e os recursos são limitados, daí porque ser sustentado que o efetivo exercício dos direitos fundamentais depende de disponibilidade financeira do Estado, a chamada reserva do possível. Nesse caso de insuficiência de recursos financeiros, o Poder Judiciário poderá determinar a implementação gradual de medidas concretas nesse sentido porque necessárias à plena fruição do aludido direito fundamental.

6. Referências

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade na Pessoa Humana**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In. CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed.. Salvador: Jus Podivm, 2007, pp. 43-64.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

- _____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Material da 1ª aula, da disciplina Atualização Legislativa e Jurisprudencial em Direito Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Função Social e Prática do Direito – Área de Concentração: Direito Público – UNISUL – REDE LFG.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais ; Portugal: Coimbra, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konde. **A afirmação história dos direitos humanos**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DENTILLO, Daniel Blasioli. Cresce demanda por tratamento de infertilidade, mas o acesso é ainda caro e seletivo. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 64, n. 4, Dec. 2012. Disponível em <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000400005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 de maio de 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.
- GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito internacional dos direitos humanos: nova mentalidade emergente pós-1945**. Curitiba: Juruá, 2007.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Frabris Editor, Porto Alegre, 1991.

- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial : Barcarolla, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MEIRELLES, Jussara. Notícia histórica. *In: Geração por outrem e determinação da maternidade: “mãe de aluguel”*. Curitiba: Genesis Editora, 1998.
- _____. Filhos da Reprodução Assistida. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 391-402.
- _____. Técnicas usuais da Reprodução Assistida. *In: Reprodução assistida e exame de DNA: implicações jurídicas*. Curitiba: Genesis Editora, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 4. ed.. Coimbra: Coimbra, 2003.
- NAÇÕES UNIDAS, A/CONF.171/13/Rev.1.
- NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SAMRSLA, Mônica et al . Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF - estudo bioético. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 53, n. 1, Feb. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302007000100019&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 de maio de 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-42302007000100019>
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- STRECK, Lênio. P. 312-313. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas, 2009.

