

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Marcela Vergna Barcellos Silveira

Fundamentos constitucionais do direito

à reprodução assistida

Mestrado em direito

São Paulo

2025

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Marcela Vergna Barcellos Silveira

**Fundamentos constitucionais do
direito à reprodução assistida.**

Mestrado em direito

Dissertação de Mestrado apresentada à banca examinadora
Da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção do título de
MESTRE em Direito Constitucional,
sob a orientação do Prof. Dr. Marcelo Figueiredo.

São Paulo

Banca Examinadora

Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos (Marcelo Figueiredo)

Profa. Dra. Maria Helena Diniz

Prof. Dr. Rui Alberto Ferriani

Dedico este trabalho à memória do meu pai.

AGRADECIMENTOS

Descobri que uma Dissertação de Mestrado é um trabalho, ao mesmo tempo, individual e coletivo. Se, por um lado, a tarefa de pesquisa e redação é essencialmente introspectiva e solitária, o trabalho final somente poderá existir se contar com o apoio infinito de todos os que nos cercam.

Por isso, agradeço o meu professor orientador, Professor Marcelo Figueiredo, antes de tudo, por ter me recebido e acolhido nesta Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, um mundo novo para mim. Também agradeço o professor Marcelo pela gentileza e generosidade, pela disponibilização de sua biblioteca pessoal e pelas sugestões e a orientação que tanto contribuíram para a realização deste projeto.

Agradeço às professoras desta PUC-SP, Cláudia Elizabete Schwerz e Maria Helena Diniz, pelas sugestões e pelas críticas valiosas em relação à estrutura e ao conteúdo do texto, na Banca de Qualificação prévia à defesa desta Dissertação.

Agradeço ao Prof. Rui Ferriani, da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo de Ribeirão Preto, pela disponibilização de dados relevantes para a contextualização do trabalho e por ter aceitado o convite para participar deste projeto.

Agradeço à minha família de origem, aqui representada pela minha mãe, Stela, e pela minha irmã, Flávia, que contribuiu muito para a decisão sobre “fazer um mestrado”.

Agradeço ao meu marido, Fernando, por ser uma fonte de inspiração pessoal e acadêmica, pelo apoio e paciência ao longo do projeto e pelas sugestões concretas a respeito de como estruturar e escrever esse trabalho.

Agradeço aos meus filhos, Pedro e Tiago, por me mostrarem diariamente que o amor é o caminho para a realização de todos os projetos.

*Filhos, filhos?
Melhor não tê-los!
Mas se não os temos.
Como sabê-los?*

Moraes, Vinícius de. *Poema Enjoadinho*

RESUMO

O objetivo deste trabalho é contribuir para o reconhecimento e a consolidação do Direito à Reprodução Assistida no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, partindo da hipótese de que, ainda que não esteja presente, de forma expressa, no texto da Constituição Federal de 1988 e não haja, até o momento, lei federal a respeito, o Direito à Reprodução Assistida resulta natural e necessariamente da interpretação sistemática dos princípios fundamentais da Carta Magna. Para tanto, abordamos os princípios constitucionais e direitos fundamentais que interagem para que o Direito à Reprodução Assistida possa ser afirmado, notadamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Direito à Saúde, a Garantia Constitucional da Igualdade, o Direito à Felicidade, a Proteção do Estado à Família e o Direito ao Planejamento Familiar, vinculando-os à grande temática dos Direitos Reprodutivos. Também procuramos abordar questões controvertidas acerca do Direito à Reprodução Assistida, relacionadas ao domínio da Bioética, e que confirmam a necessidade de uma maior disciplina legal acerca do assunto. O exame pontual da situação deste direito em outros países também é objeto deste trabalho, a fim de que as dificuldades do tema sejam demonstradas sob o prisma da comparação com outras realidades diversas da nossa. A partir de seu reconhecimento e de uma proposta de delimitação de seus contornos, esperamos que o Direito à Reprodução Assistida seja garantido a todos que desejam ter filhos e encontram dificuldades neste processo.

Palavras-chave: direito constitucional, princípios e direitos fundamentais, direitos reprodutivos, bioética, reprodução humana, reprodução assistida

ABSTRACT

The objective of this paper is to contribute to the recognition and consolidation of the Right to Assisted Reproduction in the Brazilian constitutional legal system, based on the hypothesis that, although it is not expressly present in the text of the Federal Constitution of 1988 and there is no federal law on the subject to date, the Right to Assisted Reproduction results naturally and necessarily from the systematic interpretation of the fundamental principles of the Constitution. To this end, we address the constitutional principles and fundamental rights that interact so that the Right to Assisted Reproduction can be affirmed, notably the Principle of Human Dignity, the Right to Health, the Constitutional Guarantee of Equality, the Right to Happiness, State Protection of the Family and the Right to Family Planning, linking them to the major theme of Reproductive Rights. We also seek to address controversial issues regarding the Right to Assisted Reproduction, related to the field of Bioethics, and which confirm the need for greater legal discipline on the subject. The analysis of the situation in other countries is also the object of this work, so that the difficulties of the subject can be pointed from the perspective of comparison with other realities different from ours. Based on its recognition and a proposal to delimit its boundaries, we hope that the Right to Assisted Reproduction will be guaranteed to all who wish to have children and encounter difficulties in this process.

Keywords: constitutional law, fundamental principles and rights, reproductive rights, bioethics, human reproduction, assisted reproduction

ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC – Código Civil
CCJ – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados do Congresso Nacional
CF – Constituição Federal de 1988
CFM – Conselho Federal de Medicina
CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CP – Código Penal
CPC – Código de Processo Civil
FIV – Fertilização *in vitro*
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
PEC – Proposta de Emenda Constitucional.
PL – Projeto de Lei
OMS – Organização Mundial da Saúde
OPAS – Organização Panamericana de Saúde
PEC – Proposta de Emenda Constitucional
RA – Reprodução Assistida
RE – Recurso Extraordinário
RESP – Recurso Especial
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

Introdução.....	pg. 12
Capítulo 1. Princípios e direitos fundamentais relacionados ao Direito à Reprodução Assistida	pg. 18
1.1 Considerações introdutórias à interpretação sistemática dos princípios e direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico-constitucional.....	pg. 18
1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana.....	pg. 23
1.3 A tutela constitucional do direito à saúde no Brasil... ..	pg. 26
1.3.1 Conceito e abrangência do direito à saúde	pg. 26
1.3.1.1 A saúde reprodutiva.....	pg. 29
1.3.2 A concretização do direito à saúde.....	pg. 31
1.4 O direito à igualdade como fundamento central do ordenamento jurídico-constitucional no Brasil.....	pg. 33
1.5 O direito à felicidade.....	pg 39
1.6 Síntese conclusiva do Capítulo 1: o direito à Reprodução Assistida como resultante da interação de direitos constitucionais	pg. 42
Capítulo 2. A proteção constitucional do Estado à família no Brasil.	pg. 44
2.1 A constitucionalização do direito de família	pg. 44
2.2 A família constitucional.	pg. 45
2.3 A alteração do paradigma constitucional de família: a família socioafetiva.....	pg. 50
2.4 Síntese conclusiva do Capítulo 2.....	pg. 57
Capítulo 3. A garantia constitucional do direito ao planejamento familiar... p.	58
3.1 O direito ao planejamento familiar como expressão máxima dos direitos reprodutivos	p. 58

3.2 O direito ao planejamento familiar sob a ótica da Lei 9.263.....	p. 63
3.3 A paternidade responsável	p. 64
3.4 Considerações adicionais sobre o Capítulo 3.....	p. 66

Capítulo 4. Questões controvertidas relacionadas ao Direito à Reprodução Assistida.....

4.1 Alguns aspectos complementares à Reprodução Assistida.....	p. 69
4.1.1 Principais técnicas de Reprodução Assistida.....	p. 69
4.1.1.1 Reprodução Assistida via inseminação artificial.....	p. 69
4.1.1.2 Reprodução Assistida via Fertilização in Vitro	p. 70
4.1.1.3 Injeção Intracitoplasmática de espermatozoides.....	p. 71
4.1.1.4 Outras técnicas de Reprodução Assistida.....	p. 72
4.1.2 Bioética, Biodireito e Reprodução Assistida.....	p. 71
4.1.3 A Resolução CFM 2.320/2.022.....	p. 74
4.2 Aspectos jurídicos relacionados à reprodução heteróloga.....	p. 76
4.3 A proteção jurídica do embrião humano excedentário.....	p. 77
4.3.1 A decisão proferida na ADI 3.510-0.....	p. 81
4.3.2 O diagnóstico genético pré-implantacional.....	p. 86
4.3.3 O caso Costa Rica.....	p. 87
4.3.4 O caso Alabama.....	p. 88
4.4 A Reprodução Assistida em famílias monoparentais e homoafetivas.....	p. 89
4.4.1 O exemplo francês.....	p. 92
4.5 A gestação por substituição.....	p. 92
4.5.1 A gestação por substituição na Colômbia.....	p. 95
4.5.1 A gestação por substituição na Espanha	p. 96
4.6 A fertilização <i>in vitro post mortem</i>	p. 96
4.6.1 A fertilização <i>in vitro post mortem</i> na Espanha.....	p. 99
4.6.2 A fertilização <i>in vitro post mortem</i> no Uruguai.....	p. 99

Capítulo 5. Considerações Finais.....

Referências

Introdução.

“... o problema grave do nosso tempo,
com relação aos direitos do homem,
não era mais o de fundamentá-los,
e sim, o de protegê-los”
BOBBIO, Norberto¹.

A reprodução na espécie humana é, antes de tudo o mais, um fato da natureza e um imperativo biológico: se os seres humanos não desejarem, não puderem ou não conseguirem se reproduzir em níveis seguros e consistentes, o perfil demográfico da população mundial poderá ser alterado até, no limite, a extinção da espécie.

Porém, além de simples fato do mundo natural, recorrente há milhões de anos, de uma forma até mesmo involuntária ou irrefletida, entre os seres humanos, e nesse momento histórico, constituir uma família composta por um ou mais descendentes que sobrevivam a nós mesmos, também representa um desejo e um projeto a ser realizado por grande parte das pessoas, reconhecido como tal pela sociedade e compartilhado por todos os povos do mundo.

Não é à toa que boa parte das pessoas deseja ter filhos, mesmo cientes do desafio que esta decisão pode vir a significar. A parentalidade é certamente repleta de responsabilidades, incertezas e, até mesmo, sacrifícios, mas estas dificuldades não impedem que, nos dias de hoje, seja percebida e sentida também como fonte de enorme prazer, felicidade e esperança para os seres humanos que desejam formar uma família e nela incluir a presença dos filhos.

Ainda que não seja possível ignorar a existência, em números crescentes, de pessoas, casais e famílias que decidem não ter filhos, bem como constatar que de fato as taxas de natalidade vêm caindo em vários países do mundo, notando-se, inclusive, queda acentuada no Brasil nos últimos anos², o reconhecimento da

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

² De acordo com o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o ano de 2.022 registrou uma queda de 3,5% de nascimentos, em comparação com o ano de 2.021. Ainda

existência de tal fenômeno não afasta nossas considerações no sentido de que reproduzir-se, ou seja, conceber, gestar, parir e cuidar dos filhos continua sendo elemento central da nossa sociedade e uma dimensão muito especial da experiência humana na Terra.

Infelizmente, porém, este desejo e o projeto socialmente compartilhados de reproduzir-se de forma natural nem sempre está ao alcance de todas as pessoas e famílias que decidem ter filhos biologicamente.

Estima-se, a partir dos últimos dados oficiais divulgados pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que cerca de um sexto da população adulta mundial – aí incluído o Brasil - sofre com algum grau de infertilidade ou, mesmo, de esterilidade³, restritivo da realização da intenção e do desejo de ter filhos.

Às dificuldades e doenças enfrentadas pelas mulheres somam-se problemas de infertilidade do homem e/ ou do casal, além da existência das famílias monoparentais e de casais homoafetivos, todos estes impedidos ou restringidos em sua capacidade de conceber e gestar os filhos naturalmente.

A ciência e a medicina não se esquivaram da tarefa de pesquisar e desenvolver as possibilidades de tratamento e de oferecer alternativas àqueles que desejam engravidar e não conseguem. São inúmeros os avanços médicos nesta seara, desde o nascimento de Louise Brown, o primeiro “Bebê de Proveta”, ocorrido na Inglaterra, em 25 de julho de 1978 e, no Brasil, de Ana Paula Bettencourt Caldeira, em 1.984.

Evidentemente, boa parte das pessoas que, ao tentar engravidar, encontram obstáculos inicialmente ignorados em relação a este projeto, venha a procurar o apoio da medicina para a realização do sonho de conceber seus filhos e iniciar, com isso, uma gravidez. Essas pessoas e casais procuram acessar procedimentos e técnicas denominadas como de Reprodução Assistida (RA), conceito que engloba os métodos e tratamentos de natureza médica que visam auxiliar o processo da concepção que

segundo notícia divulgada por esse órgão, foi o quarto recuo consecutivo no número de nascimentos no país, o que fez com que alcançássemos o menor número total desde 1977. Informação disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/39560-em-2022-numero-de-nascimentos-cai-pelo-quarto-ano-e-chega-ao-menor-patamar-desde-1977>Acesso em 17.1.2025.

³ Dados obtidos a partir do último Relatório divulgado pela OMS e noticiado pela Organização Panamericana de Saúde (OPAS). Disponível em <https://www.paho.org/pt/noticias/4-4-2023-oms-alerta-que-1-em-cada-6-pessoas-e-afetada-pela-infertilidade-em-todo-mundo>. Acesso em 17.1.2025.

natural ou espontaneamente não ocorreu, culminando, com isso, em uma desejada e planejada gravidez. De acordo com o item 1.1 da Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) de n. 2.320, de 20 de setembro de 2022, norma disciplinar a tratar atualmente do assunto, “*As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar no processo de procriação*”⁴.

Neste cenário, o presente trabalho partiu da seguinte indagação: é possível sustentar, do ponto de vista do ordenamento jurídico-constitucional vigente – basicamente, a Constituição Federal de 1988 (CF) e as normas que dela foram extraídas pela doutrina e pelos Tribunais – a existência de um **Direito à Reprodução Assistida, protegido constitucionalmente?**

A questão proposta torna-se especialmente significativa quando consideramos que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, lei federal ou outra norma equivalente que trate especificamente de reprodução assistida, ainda que projetos legislativos neste sentido já tenham sido propostos e aguardem regular tramitação e aprovação no Congresso Nacional, conforme destacaremos mais adiante.

Assim, ainda que existam trabalhos doutrinários e decisões judiciais esparsas sobre o tema, pareceu-nos que o tema ainda carece de melhor exame e sistematização.

No mesmo sentido, também não há, no Brasil, uma consolidação de normas legais no âmbito da Bioética e do Biodireito, e que também poderiam contribuir com diversas respostas para as questões jurídicas propostas por este trabalho. Até mesmo de forma intuitiva, percebemos que não há como falar de RA sem considerar os princípios e diretrizes da Bioética, uma vez que este tema está diretamente relacionado à concepção e ao início da vida humana, assim como à possibilidade de algum nível de manipulação de embriões da nossa espécie.

As questões formuladas neste trabalho trazem consigo a intrincada conexão entre os direitos mais fundamentais reconhecidos à espécie humana – vida,

⁴ **CFM - Resolução CFM 2.320, de 20 de setembro de 2022.** Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em 19.1.2025.

dignidade, saúde, igualdade e felicidade – e, ao mesmo tempo, aqueles relacionados à proteção da família, núcleo central da sociedade, e da reprodução propriamente dita, dado que esta é, por sua vez, inerente à manutenção da estrutura familiar e se insere, no mesmo sentido, no âmbito da proteção constitucional da esfera íntima e privada de cada um (princípio da autonomia da vontade privada).

Evidentemente, constitui faceta essencial dos direitos relacionados à reprodução humana, o direito ao planejamento familiar e à paternidade responsável.

Dito isso, seguimos, novamente a partir da análise e a interpretação da CF, para consignar que esta consagrou inicialmente os direitos fundamentais individuais de primeira geração – entre os quais, dignidade e igualdade – os direitos sociais ou de segunda geração – em que se insere a garantia constitucional à saúde – e, em seguida e além destes, os direitos relacionados à proteção da família pelo Estado, conforme acima indicado.

Os direitos reprodutivos estão inseridos, por sua vez, no reconhecimento da vontade individual e no necessário apoio do Estado a todas as pessoas nesta esfera essencial da vida íntima e em sociedade e representam uma evolução dos conceitos acima expostos⁵.

Todos estes direitos estão permeados pelo direito à felicidade, como afirmado pelo STF em matérias próximas a deste trabalho, como no caso do reconhecimento jurídico da união estável de famílias homoafetivas⁶.

Este trabalho se propôs, originalmente, a examinar, a partir da ordenação proposta pela CF em relação à garantia dos direitos acima enumerados, a existência do Direito à Reprodução Assistida, já existente e protegido pelo ordenamento jurídico-constitucional positivo.

Além disso, e a partir da pesquisa realizada e de seu desenvolvimento, pareceu-nos relevante incluir um panorama geral acerca de questões polêmicas relacionadas à aplicação e à efetividade do Direito à Reprodução Assistida, em suas diferentes facetas, cuja solução também se torna mais problemática em razão da inexistência de disciplina adequada do assunto do ponto de vista normativo. O objetivo

⁵ BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 69.

⁶ Em 5.5.2.011, o STF julgou conjuntamente a ADI 4.277 e a ADPF 132, reconhecendo a validade jurídica das uniões estáveis homoafetivas, equiparando-as, para todos os efeitos, às uniões heteroafetivas. Voltaremos a esta decisão diversas vezes ao longo deste Trabalho.

não é, neste mesmo sentido, esgotar cada uma das questões propostas, mas apontar ao menos parte das dificuldades relacionadas ao tema, o que mais uma vez demonstra a necessidade de um melhor tratamento do assunto do ponto de vista jurídico como um todo e legislativo em particular.

Dito isso, no Capítulo 1, apresentamos o cenário constitucional referente à garantia geral de direitos aplicáveis à temática deste trabalho, analisando, em seguida, princípios e direitos fundamentais que nos parecem pertinentes e suficientes para amparar a afirmação de que o Direito à Reprodução assistida já existe e deflui, justamente, dos princípios e direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Neste tópico, além do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, tem destaque o princípio da igualdade no acesso a tratamentos de Reprodução Assistida e, por fim, o direito à felicidade, que deve permear todo o ordenamento constitucional, notadamente no que diz respeito à constituição de uma família.

No Capítulo 2, examinamos a proteção constitucional à família, em suas variadas configurações, e que não prescinde da reprodução para que possa existir e se perpetuar.

No Capítulo 3, ingressamos de forma mais direta e específica no universo dos direitos reprodutivos, iniciando pelo direito ao planejamento familiar, consideração crucial para que se possa propugnar a existência do Direito à Reprodução assistida.

O estudo do tema avança a fim de que possamos tratar, no Capítulo 4, da disciplina normativa da Reprodução Assistida, apontando seus métodos principais e questões controversas decorrentes de sua aplicação.

Neste sentido, consideramos importante incluir também neste Capítulo um item específico a respeito da proteção jurídica do embrião humano produzido em laboratório, haja vista suas peculiaridades e a controvérsia jurídica que envolve a matéria.

Ainda em relação aos temas controversos examinados no Capítulo 4, comentamos o tratamento jurídico atribuído às mesmas questões em outros Países, a

fim de, por um lado, contribuir com o debate no nosso País e, de outro, tentar demonstrar que as dificuldades apontadas não são exclusividade do Brasil.

Em nossas Considerações finais, tentamos sistematizar nossa contribuição acerca da necessidade de um melhor disciplinamento do Direito à Reprodução Assistida, a fim de que este direito não possa ser eliminado ou restringido, mas, ao contrário, garantido e ampliado de forma a atender a todos aqueles que dele necessitem de alguma forma, desde que, respeitados, ainda, os limites éticos e jurídicos pertinentes.

O trabalho de pesquisa aqui proposto desenvolveu-se sobretudo mediante a revisão bibliográfica da legislação, doutrina e jurisprudência aplicáveis a este tema, visando a sustentação da nossa hipótese essencial acerca da existência do Direito à Reprodução Assistida, bem como mencionando argumentos e situações que poderiam refutá-lo.

Do ponto de vista da jurisprudência, o trabalho centrou-se nas decisões do STJ e do STF em temas correlatos, com especial destaque para decisões emblemáticas acerca dos direitos aqui tratados e de matérias a ele conexas, porque os temas tratados em sede de Repercussão Geral e de Incidentes de Recursos Repetitivos apontados são precedentes acerca dos quais não poderão se afastar o STF e o STJ caso a questões a eles correlatas sejam novamente levadas aos mesmos Tribunais.

Capítulo 1 – Princípios e direitos fundamentais relacionados ao Direito à Reprodução Assistida.

1.1 Considerações introdutórias à interpretação sistemática dos princípios e direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico-constitucional.

O trabalho de investigação e interpretação do Direito, seja quando realizado por um jurista, com finalidade predominantemente acadêmica ou científica, seja quando executado por um de seus operadores, buscando solucionar um conflito, nunca é completamente neutro ou imparcial, dado que, necessariamente, origina-se de um ponto de vista e de concepções de que se nutriu o intérprete até mesmo para que pudesse iniciá-lo.

STRECK afirma que a interpretação jurídica, qualquer que seja ela, é sempre integrada pela presença do intérprete, que busca no texto a revelação da norma que já ali existia. Para este Autor, “... *o intérprete não é um outsider_do processo hermenêutico. Há um já-sempr-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isso que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem*”⁷.

Em suma, e ainda para este Autor, o texto será, sempre, aquele “*já normado pelo intérprete*”⁸.

Reconhecida a presença do intérprete no trabalho de interpretação constitucional aqui proposto, o ponto de partida deste trabalho reside em três eixos essenciais.

O primeiro destes eixos aponta para o modelo de cidadania inaugurado pela CF, cujo traço distintivo em relação ao ordenamento constitucional anterior, de caráter ditatorial, é justamente a dignidade e a igualdade entre todos os brasileiros,

⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil*. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 8, n. 2, 2008. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/336>. Acesso em: 17 jan. 2025, p. 286.

⁸ STRECK, ob. cit., p. 287.

assim como, e no mesmo sentido, a ampliação da garantia dos direitos fundamentais⁹. Tais direitos tornaram-se cláusulas pétreas do nosso ordenamento constitucional, a fim de que nunca mais possam ser dele extirpados.

Observamos, no século XX, a consolidação de uma tendência no sentido de as Cartas Constitucionais incorporarem, a textos que originalmente tratavam primordialmente da disciplina do poder político e jurídico, as Declarações de Direitos Fundamentais. Exemplo neste sentido ‘é Constituição da França, de 1958, que incorporou a Declaração dos Direitos do Homem resultante da Resolução Francesa, ao próprio corpo do texto constitucional¹⁰.

A CF também incorporou os direitos fundamentais ao texto do ordenamento jurídico-positivo, buscando com isso garantir a sua efetivação e, ao mesmo tempo, explicitar a necessidade de que estes direitos vinculem a atuação dos intérpretes e operadores do Direito, espalhando-os transversalmente por todo o ordenamento jurídico e garantindo, com isso, sua aplicação por todos os Poderes constituídos.

Neste sentido, destaca-se a atuação do Poder Judiciário e, notoriamente, a competência constitucional do STF, a quem é atribuída, precipuamente, a tarefa de garantir o respeito e a aplicação da CF em sua integralidade, nos termos do artigo 102, da mesma Carta¹¹ e interpretar o texto constitucional de forma a que todos os direitos nele previstos tenham a devida eficácia.

Ao mesmo tempo que intrinsecamente relacionado com o que consideramos ser a nossa visão prévia sobre o assunto, na forma acima exposta, e que tem como primeiro eixo acima indicado o modelo da “Constituição Cidadã”, o trabalho de interpretação proposto também está relacionado à existência de um grande contingente de homens, mulheres e casais com questões de saúde ou outra, limitadores

⁹ REIS, Daniel Aarão. A Constituição cidadã e os legados da ditadura. **Locus: Revista de História**, v. 24, n. 2, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20879>, p. 278. Acesso em: 17 jan. 2025.

¹⁰ FRANÇA. **Constituição Francesa de 1958**. Disponível em https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em 17.1.2025.

¹¹“BRASIL, Constituição Federal de 1988 (CF). Dispõe o artigo 102 da CF: “Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição.” Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17.1.2025.

de sua fertilidade e de sua capacidade de reproduzir-se de forma que pode ser considerada integralmente natural, ou seja, sem o recurso a tratamentos de RA¹².

Consideramos que este é o segundo eixo ou ponto de partida da interpretação aqui proposta. Isto porque, a constatação da existência de um problema social deste tipo, também impõe ao intérprete e aos operadores do Direito a obrigação de voltar seus olhos a estas pessoas e famílias, a fim de buscar, no ordenamento jurídico-constitucional, uma solução jurídica para o tema da infertilidade, que pode ainda se agravar em função da frequente dificuldade de acesso aos procedimentos de Reprodução Assistida para aqueles que deles dependam para a realização de seu desejo de ter filhos.

É provável que muitas pessoas e casais deixem de ter os filhos que desejaram e planejaram ter, simplesmente por não conseguirem acessar as técnicas de RA adequadas para a solução de suas dificuldades reprodutivas, seja pela ausência de recursos financeiros, seja pelas dificuldades de acesso e permanência aos centros de tratamento, seja por desconhecimento ou, mesmo, preconceitos, relacionados ao tema e várias outras razões.

Parece-nos que a não configuração adequada da existência e dos limites deste direito pode vir a contribuir ou a agravar este quadro.

Por fim, o terceiro eixo da interpretação constitucional aqui proposta reside na constatação segundo a qual, a partir das primeiras pesquisas e experimentos clínicos, nos - até o nascimento do primeiro “Bebê de Proveta”, já na década de setenta, as técnicas e procedimentos de RA sofisticaram-se e, ao mesmo tempo, se popularizaram, tornando-se capazes de solucionar ou mitigar a maior parte dos problemas de saúde relacionados a este tema e, com isso, viabilizar a concepção e permitir o início de uma gravidez.

Este terceiro aspecto apontado também é importante porque, unindo-se aos demais aspectos já indicados, é revelador da injustiça consistente em permitir ou viabilizar o acesso a tratamentos de RA a apenas alguns poucos, em detrimento de outros muitos, que não dispõem dos meios para tanto.

¹² Apresentaremos maiores detalhes acerca de problemas de saúde relacionados à infertilidade no Capítulo 4 deste Trabalho.

Esta injustiça é potencialmente violadora, ademais, do princípio da igualdade de todos os brasileiros, e que consiste justamente em, por um lado, a medicina disponibilizar tratamentos aptos a curar a infertilidade e, de outro, os obstáculos reais e concretos com que se deparam a grande maioria das pessoas no Brasil para acessar tais tratamentos, por razões de natureza diversa e que serão melhor examinadas mais adiante.

Isto posto, e embora seja importante para a contextualização desse trabalho, o reconhecimento do ponto de partida da pesquisa e interpretação realizadas não nos impediu de tentar buscar, com a isenção possível em uma tarefa como essa, o sentido real do texto constitucional, à luz de seus princípios e valores fundamentais, notadamente no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e a seus desdobramentos, tratados separadamente nos tópicos seguintes deste trabalho.

Neste sentido, se por um lado a interpretação sistemática da CF não pode ser forçada a ponto de estender sua aplicação a um direito não previsto na mesma Carta, por outro, o intérprete-aplicador do texto constitucional não pode esquivar-se a apontar o imperioso reconhecimento do direito que está ali previsto, ainda que não de forma explícita, mas que, independentemente disso, deve ser incontestavelmente garantido a todos.

Dito isto, e considerando que de fato não há um dispositivo expresso na CF acerca da existência de um Direito à Reprodução Assistida, com o caráter de direito fundamental da pessoa humana, resta ao intérprete-aplicador do texto constitucional, verificar se tal direito pode exsurgir do exame combinado de todos os demais direitos fundamentais, que interagem a fim de, justamente, permitir que tal interpretação possa ser considerada válida.

A nosso ver, a presença de princípios como Dignidade e Igualdade, assim como o Direito à Saúde, todos expressamente contemplados na CF, são determinantes da conclusão a que se busca chegar porque, mesmo que houvesse ou venha a haver legislação a respeito do tema aqui proposto, esta não poderia afastar-se dos princípios em questão, restringindo, forma indiscriminada e sem fundamento constitucional, o acesso a procedimentos de RA.

ALARCON, em trabalho acerca de tema conexo ao presente, dado que relativo à proteção constitucional do patrimônio genético humano, também afirma a

existência de um “pano de fundo” constitucional relacionado a temas como o presente, uma vez que, ainda segundo ele, haveria uma “intencionalidade pré-definida” na CF, criadora de um arcabouço de princípios que impõe ao legislador seguir no mesmo caminho e direção do texto constitucional¹³.

O Autor seguiu os ensinamentos de CANOTILHO a este respeito, na medida em que este afirma:

5.2 – As imposições constitucionais são ordens de actuação positiva, dirigidas sobretudo ao legislador, no sentido de este emitir várias leis de ‘execução’ simultâneas e necessárias: 1) à conformação da jurídica das situações de situações de facto; 2) à regulamentação de questões específicas; 3) à criação de pressupostos necessários para nova evolução do regime constitucional; 4) adaptação das leis antigas aos novos princípios da lei fundamental.¹⁴

A partir de tais considerações, o que procuramos examinar a seguir é se o princípio da dignidade da pessoa humana, no ponto em que se relaciona ao direito fundamental à saúde e à felicidade são suficientes a compor um cenário em que o Direito à Reprodução Assistida exsurge quase que naturalmente, por tarefa do intérprete, claro, mas por decorrência evidente e necessária da relação entre os princípios constitucionais citados– o “pano de fundo” principiológico a que se referiu ALARCON acima – e a realidade concreta.

Consideramos, neste sentido, que é justamente da interação entre os princípios e direitos fundamentais presentes no texto constitucional que surge o Direito à Reprodução Assistida. Tal interação considera, ainda, e é alimentada, pela realidade social e pelo avanço tecnológico, que atuam simultaneamente em prol da dinâmica constante de afirmação de novos direitos.

Em síntese, examinamos em que ponto o Direito à Reprodução Assistida conecta-se com os princípios constitucionais e direitos fundamentais apontados.

¹³ ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2024. p. 242.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra: Coimbra, reimpressão, 1994, p. 480.

1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, positivado pelo artigo 1, inciso III, da CF, é o ponto fulcral do ordenamento jurídico-constitucional no Brasil, espraiando-se por todas as normas organizadoras da vida e das ações do Estado e da sociedade¹⁵ e informando o caminho a ser trilhado pelo legislador e pelo aplicador do direito¹⁶.

Mais de quarenta anos antes do advento da CF, na esteira da desumanização representada pela Segunda Guerra Mundial e como uma reação da civilização contra a barbárie ali ocorrida, a dignidade de todos os seres humanos foi destacada no “Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1948, que afirmou textualmente que “... o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”¹⁷.

Não há vida de fato se esta não for digna.

ROCHA, em obra seminal acerca do tema e intrinsecamente relacionada a este trabalho, afirma que a dignidade da pessoa humana é o núcleo do ordenamento constitucional brasileiro, do qual jamais poderá se afastar o legislador. É graças à garantia da dignidade de todos os seres que o legislador está impedido de criar normas que provoquem a degradação ou o sofrimento e, ao mesmo tempo, imbuído da tarefa de promoção desta mesma dignidade, garantidora de que todas as pessoas poderão se desenvolver plenamente, de acordo com seus desejos, potencialidades e aptidões, e respeitados os seus limites.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Dispõe o art. 1., inc. III, da CF: “Art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ...) III – a dignidade da pessoa humana;”. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2025.

¹⁶ ALARCON, ob e p. cit.

¹⁷ BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1.948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 17.1.2025.

Afirma esta Autora:

O direito à existência digna abrange o direito de viver com dignidade, de ter todas as condições para uma vida que se possa experimentar segundo os próprios ideais e vocação, de não ter a vida atingida ou desrespeitada por comportamentos públicos ou privados, de fazer as opções na vida que melhor assegurem às pessoas a sua realização plena.¹⁸.

O princípio da dignidade da pessoa humana não afeta apenas a atuação do Poder Legislativo, mas também os Poderes Executivo e Judiciário, aquele no sentido de estar obrigado à criação positiva e à realização de ações e políticas públicas que venham a garantir a sua eficácia e, este, pela tarefa maior de garantir a efetividade da CF. Em todos os casos, trata-se, por fim, de garantir a concretização dos princípios da CF¹⁹.

Isto posto, e para os fins da fundamentação constitucional proposta por esse trabalho, interessa-nos, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas sob uma ótica considerada “negativa”, ou seja, como um princípio impeditivo de que todos os seres humanos sejam oprimidos, torturados ou degradados. Além desta perspectiva, consideramos que a dignidade humana deve ser encarada como o princípio constitucional que permite e garante a todos os seres humanos o pleno desenvolvimento de sua personalidade individual, bem como a realização de seus potenciais e aspirações, inseridos, em qualquer caso, nos limites e condições da sociedade que integra.

Fundado que está no homem - “*a medida de todas as coisas*” -, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ignorar ou distanciar-se deste mesmo homem, garantindo, por um lado e, evidentemente, que ele não seja oprimido ou degradado, mas, muito mais do que isso, oferecendo-lhe e garantindo-lhe todas as condições e recursos para que se realize plenamente.

¹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). Vida Digna: Direito, Ética e Ciência (Os Novos Domínios Científicos e seus Reflexos Jurídicos). In: **O direito à vida digna**. Minas Gerais: Fórum, 2004, 1. Edição., p. 26

¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ob. cit., p. 88.

Para SARLET, o princípio da dignidade da pessoa humana é “...simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional”²⁰.

ROCHA afirma ainda que, ao inserir-se no Direito contemporâneo como núcleo central do ordenamento jurídico-constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha novos contornos, dado que segue abrangendo a integridade física do homem, mas, igualmente, sua dimensão espiritual e a saúde mental, alcançando o homem em toda a sua completude e complexidade²¹.

É à dignidade existencial, portanto, que se refere o mesmo princípio.

A nosso ver, a Autora promoveu desejável detalhamento do conteúdo deste Princípio, demonstrando, com isso, suas múltiplas facetas, integradas a um todo coeso assim como os seres que visam proteger.

A concepção do princípio da dignidade da pessoa humana como o princípio ou direito que evita a degradação e o sofrimento humanos, em suas diversas dimensões mas, igualmente, como o princípio ou direito garantidor do desenvolvimento e da realização de todos os seres, da ampla expansão de sua personalidade e de seu potencial – ou seja, de sua realização -, nos leva sem maiores digressões a inferir que o desejo de reproduzir-se está, em grande parte das vezes, a ele relacionado, dado que vincula-se justamente à autorrealização e ao autodesenvolvimento.

Como já dito, na espécie humana e ao menos na nossa História recente, a reprodução não é exclusivamente um fato da natureza ou da Biologia, ou, ainda, um meio de perpetuação da espécie, mas um desejo ou aspiração relacionados ao desenvolvimento e à realização de todas as pessoas que desejam constituir uma família integrada pelos filhos.

A partir desta concepção ampla do princípio da dignidade humana, é então possível delinear que o reconhecimento da existência de direitos reprodutivos está a ele vinculado exatamente porque diz respeito à realização dos desejos e aspirações de

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 91.

²¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, ob. p. 39.

cada pessoa, em um tema tão privado e sensível como a reprodução e a formação de suas respectivas famílias²².

Não permitir ou, mesmo, não viabilizar, por outro lado, que a realização de desejos e aspirações relacionadas à constituição da família e à reprodução, assim como o controle de cada pessoa sobre a formação de sua família, parece-nos violar a dignidade intrínseca de cada um, como também trataremos de forma mais detida adiante.

Por ora, destacamos que é justamente a partir da ampla concepção do princípio da dignidade da pessoa humana, na forma acima exposta, que entendemos ser possível considerar que o Direito à Reprodução Assistida nele se baseia e sustenta de forma primordial, a fim de permitir que as pessoas com dificuldades clínicas relacionadas à fertilidade, ou, mesmo, pessoas solteiras e casais formados por uniões homoafetivas, tenham garantido o acesso aos tratamentos de que necessitem para iniciar uma gravidez e realizar o sonho de constituir uma família em que a presença dos filhos é elemento central e determinante de sua formação.

1.3 Tutela constitucional do direito à saúde no Brasil.

1.3.1 Conceito e abrangência do direito à saúde.

O segundo direito fundamental cuja extensão nos pareceu determinante examinar neste caso é a garantia constitucional do direito à saúde, alçada à categoria de direito social fundamental a partir do advento do artigo 6. da CF, que o inclui entre os chamados “direitos sociais”²³. Além do artigo 6, o artigo 196 da CF afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante as políticas

²² Os “Direitos Reprodutivos” estão tratados especificamente no Capítulo 3 deste Trabalho.

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Dispõe o art. 6 da CF: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. ”. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2025.

públicas e ações correspondentes, e mediante o aporte da saúde privada e da saúde complementar²⁴.

Do ponto de vista do direito internacional, o Preâmbulo²⁵ da Constituição da Organização Mundial da Saúde, OMS, de 22 de julho de 1946, da qual o Brasil é membro integrante inclui o Direito à Saúde não apenas como aquele que visa eliminar ou, ao menos, reduzir, o sofrimento humano pela prevenção, mitigação e tratamento de doenças de todos os tipos, mas também como um direito garantidor do bem-estar global de cada pessoa, na medida em que este bem-estar é maior ou mais amplo do que simplesmente não sofrer especificamente por alguma doença.

Para BOBBIO, o advento da garantia aos direitos sociais trouxe novos desafios ao Estado, cujo poder, por um lado, deveria continuar a ser contido pelos direitos de liberdade, mas, por outro, deveria ser ampliado para que pudesse prover aos cidadãos a realização plena de tais direitos. Afirma este Autor:

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela ‘prática’ de que falei no início. É que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado-social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e , portanto, com o objetivo de limitar o Poder – os direitos sociais exigem, para a sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal, à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos Poderes do Estado²⁶.

ROCHA afirma, em relação à CF, que pela primeira vez o Estado garantiu a extensão do direito à saúde a todos os brasileiros, o que demonstra a importância da

²⁴ BRASIL *Constituição* (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 196. Dispõe o art. 196 da CF: “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.” Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2025.

²⁵ BRASIL. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Preâmbulo, item 1. Dispõe que “... a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3205332&forceview=1>. Acesso em 17.1.2024

²⁶ BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 72.

análise de sua abrangência e de seus limites, a obrigação do detalhamento de seu conteúdo e, mais do que tudo, a estrita conexão dos direitos sociais com o princípio da igualdade perante a lei, desdobrado, ainda, na garantia de que todos possam acessar plenamente estes mesmos direitos²⁷.

LUCENA, em um recorte aproximado do que se busca conceituar neste trabalho, considera que o direito à saúde, além de direito social ou de “segunda geração” coloca-se também entre os “direitos de quarta ou quintas gerações”, dada, justamente, sua faceta relacionada à genética e à biologia, relacionados por sua vez ao desenvolvimento e à aplicação da tecnologia nesta seara. Afirma a Autora:

(...) De outro lado, crê-se que os direitos de quarta geração trazem insito em si o direito à saúde, haja vista as polêmicas discussões sobre engenharia genética, clonagem, bioética, que nele repercutem. E, ainda, o direito à saúde poderia ser alcançado na concepção ampla que é conferida aos direitos de quinta geração, na medida em que se consideram os frutos da revolução cibernética que tem propiciado o intercâmbio de técnicas de tratamento de saúde entre diferentes pontos do país.

Assim, o direito à saúde é, a um só tempo, um direito subjetivo, individual, fundamental, social, transindividual, de quarta e quinta gerações, em constante transformação, posto que imbricado na hipercomplexidade social onde cresce e se desenvolve.²⁸

Dito isto, consideramos que a saúde deve ser compreendida não apenas de uma forma literal e, nesse sentido, restritiva, consistente na estrita ausência de enfermidades, mas também em um sentido que podemos considerar como mais amplo ou positivo, na forma proposta pela OMS – e que neste sentido vincula-se estritamente com a ampla concepção do princípio da dignidade da pessoa Humana, na forma exposta no item precedente deste Capítulo.

Com efeito, consideramos, a partir dos conceitos e definições acima expostos, que usufruir de boa saúde equivale a dispor de uma espécie de bem-estar físico e mental global, necessários, inclusive, para que cada pessoa esteja apta e segura para realizar seus sonhos e projetos de vida também nesta esfera. Neste sentido, o

²⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, ob. cit., p. 252.

²⁸ LUCENA, Cíntia. **Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Minas Gerai: Ed. Fórum, 2004, p. 246.

direito à saúde toca igualmente o Direito à Felicidade, exposto no item 1.5, e sem dúvida está relacionado à saúde na seara reprodutiva, como exposto a seguir.

1.3.2 A saúde reprodutiva.

O Relatório resultante da “Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento”, realizada na Cidade do Cairo, no Egito, em setembro de 1994, é considerado o marco inicial do reconhecimento dos Direitos Reprodutivos no mundo. Este Relatório estendeu a definição de saúde preconizada pela OMS para o que denominou como “saúde reprodutiva”, destacando que, também na seara da reprodução humana, o desenvolvimento e a garantia do bem-estar de todas as pessoas é o elemento que deve prevalecer.

Destaca-se, neste sentido, entre os princípios fundamentais contidos no Relatório, o item 7.2, que afirma especificamente que, também na esfera reprodutiva, a saúde caracteriza-se não apenas pela ausência de doenças, mas pelo completo bem-estar físico, mental e social.²⁹

Mais adiante, o Princípio 8 do Relatório da Conferência do Cairo dispõe sobre a obrigatoriedade de os Estados proporcionarem a todos os cidadãos o acesso universal a serviços de saúde reprodutiva³⁰, uma vez que é pressuposto da consecução de um direito social a ser garantido a todos, que haja uma atuação concreta do Estado em prol da sua realização.

Além do já exposto, afirmou-se também, no mesmo Relatório, e com destaque para o item 7.2 já referido, que a saúde reprodutiva abrange não apenas a prevenção e o tratamento de doenças nesta área, mas, além disso, à garantia de que todas as pessoas tenham o direito à decisão e aos meios sobre quantos e em que tempo deverão conceber os filhos que pretendem ter. O direito ao planejamento familiar, contido que está nesta ideia, é tema central deste trabalho e, justamente por isso, será examinado num tópico específico a respeito, mais adiante.

²⁹ BRASIL. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo, 1994**. Disponível em <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 17.1.2025.

³⁰ BRASIL, **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo, 1994**. Disponível em <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 17.1.2025.

Isto posto, o conceito de saúde reprodutiva também foi incorporado às políticas públicas no Brasil, no que, podemos dizer, é uma afirmação dos princípios do Relatório da Conferência do Cairo em nosso país.

Podemos citar como exemplo a publicação, em 2.023, de documento do Ministério da Saúde brasileiro que destaca, justamente, o vínculo existente entre a saúde reprodutiva a felicidade e o bem-estar e a realização de cada pessoa. Extraí-se do mesmo documento:

A saúde reprodutiva, por sua vez, envolve o bem-estar físico, mental e social relacionado ao sistema reprodutivo. Seu objetivo é permitir que as pessoas tenham uma vida sexual satisfatória e segura, garantindo uma abordagem abrangente para o cuidado com a reprodução³¹.

Assim, e a nosso ver, a saúde reprodutiva e o conseqüente reconhecimento de um direito neste sentido, a ser garantido pelo Estado, implica o igual reconhecimento da possibilidade de que o Direito à Reprodução Assistida esteja inserido neste grande ramo dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Essa afirmação apoia-se, inicialmente, na premissa segundo a qual a reprodução humana está diretamente relacionada à mitigação ou, mesmo, à eliminação de problemas de saúde relacionados à capacidade reprodutiva, dentre os quais, em relação aos homens, podemos citar a baixa produção de espermatozoides ou, mesmo, de espermatozoides pouco aptos à fecundação, com baixa velocidade ou mobilidade, e, em relação às mulheres, distúrbios ovulatórios, endometriose, aderências pélvicas e obstruções das trompas³², além de doenças como o câncer, cujos tratamentos também podem afetar a produção de óvulos. Fatores ambientais, de estilo de vida e a idade da mulher também podem afetar este quadro, mas neste momento nos referimos às questões de saúde propriamente dita que podem levar à infertilidade.

Diante de tais considerações, parece-nos claro que é possível considerar o Direito à Reprodução Assistida como uma das facetas do direito à saúde, mais

³¹ BRASIL. Ministério da Saúde do Governo Federal. **Saúde Sexual e Reprodutiva**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/saude-do-adolescente/saude-sexual-e-reprodutiva>. Acesso em 17.1.2025.

³² LAMAITA. Rívia Mara. **Principais causas da infertilidade feminina**. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO); 2.023. Capítulo 4, p. 55 (Série Orientações e Recomendações FEBRASGO – Manejo inicial do paciente infértil pelo ginecologista).

especificamente no que diz respeito à saúde reprodutiva, mas não limitado a ele. Isto porque, consideramos que o Direito à Reprodução Assistida não pode ser afirmado apenas sob a ótica da saúde de cada um, dado que, como se verá mais adiante, também deve ser garantido em situações diversas daquelas em que há uma doença propriamente dita, como no caso das famílias monoparentais e das uniões homoafetivas³³, em relação às quais o próprio CFM reconheceu e disciplinou o assunto mediante as disposições da Resolução CFM de n. 2.320/2.022.

1.3.3 A concretização do direito à saúde.

A enumeração dos direitos sociais em um dispositivo constitucional como o artigo 6 da CF, é importante, mas, em um primeiro momento, deve ser considerada meramente enunciativa, uma vez que não garante, por si só, que tal direito esteja de fato assegurado.

Para BOBBIO, felizmente já superamos o momento histórico em que ainda era necessário buscar o consenso acerca da existência e positivação de um direito fundamental. Segundo o Autor, o grande desafio para todos os que estudam e operam o Direito, é concretizar, no plano da realidade social, o feixe de direitos enunciados pelo ordenamento jurídico-constitucional³⁴.

Para CANOTILHO:

No campo do direito a prestações se evidencia, igualmente, a agonia da Constituição dirigente a uma máxima de ‘desejabilidade constitucional’ de direitos econômicos, sociais e culturais, corresponde, em geral, uma relativização dos mesmos direitos, derivada da interpositivo necessária do legislador e da subordinação à relatividade constitucional à proclamada reserva do possível (em termos econômicos, sociais e, naturalmente, também políticos³⁵).

³³ O acesso de famílias monoparentais e homoafetivas a tratamentos de RA está tratado no Capítulo 4, abaixo.

³⁴ BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 25.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 365.

A CF atribuiu a tarefa de concretizar o direito à saúde aos três entes federativos³⁶, além de ainda permitir a atuação da iniciativa privada e da saúde complementar³⁷.

A Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, instituiu o “Sistema Único de Saúde” - o SUS³⁸, com fundamento no artigo 198 da CF³⁹.

O objetivo da Lei foi justamente o de criar condições para a prevenção, proteção e recuperação da saúde no Brasil, mas, também, viabilizar a organização e o funcionamento dos serviços a ela correspondentes.

Mais do que isso, trata-se da concretização de princípio básico contido no artigo 196 da CF⁴⁰, que prevê expressamente a universalidade do acesso aos serviços de saúde como condição essencial para garantia, nesse sentido, não apenas do direito à saúde, mas, também, ao princípio da igualdade fixado pela CF⁴¹.

Mais uma vez, a saúde reprodutiva está inserida neste conceito, sendo dele parte integrante e um de seus elementos essenciais.

A atividade coordenada de todas estas esferas deveria garantir a concretização do direito à saúde, também em sua faceta relacionada à reprodução: o direito à saúde reprodutiva.

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Dispõe o art. 23, inc. II, da CF: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência”. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2025.

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Dispõe o art. 199 da CF: “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Parágrafo 1 – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2025.

³⁸ BRASIL. **Lei 8.080, de 19.9.1980**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 17.1.2025.

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Dispõe o art. 198 da CF: “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes.”. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2025.

⁴⁰ V. Nota 24, acima.

⁴¹ O exame do até aqui exposto em relação ao princípio da igualdade é o objeto do próximo item deste Trabalho.

Apesar disso, em termos concretos, não parece ser isto o que ocorre, tanto no âmbito legislativo, quanto na efetivação do acesso a tal direito, sendo esta lacuna a questão crucial que motivou a realização desse trabalho.

Isto porque, além da ausência de legislação federal a respeito, que reconheça e discipline o Direito à Reprodução Assistida, especificando, inclusive, quem dele pode fazer uso e em que condições – o que, *a priori*, já seria condição essencial para sua concretização – o número e o acesso aos centros disponíveis, assim como a inexistência de obrigação de cobertura dos tratamentos, por parte das operadoras de Planos de Saúde, demonstra a fragilidade da garantia de tal direito. Trataremos destes aspectos a seguir.

1.4 O princípio da igualdade como fundamento central do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

O *caput* do artigo 5 da CF garante a todos os brasileiros a “*igualdade perante a lei*”, o que, muito resumidamente, equivale a dizer que o legislador não pode estabelecer qualquer forma de discriminação, sob pena de inconstitucionalidade evidente⁴².

Não é mesmo demais pensar, que seria inimaginável, nos dias de hoje, que a própria lei discriminasse os cidadãos de um país com base em critérios de gênero, econômico, raciais ou quaisquer outros.

Porém, é necessário avançar nesta ideia porque apenas o reconhecimento da igualdade perante a lei – a “igualdade formal”, como apontado – não é suficiente para que se afirme que um determinado direito está igualmente garantido a todos. Muitas vezes, em um país estruturalmente desigual como o Brasil, a desigualdade se revela justamente pela falta de acesso a determinados direitos, disponíveis apenas aos mais privilegiados do ponto de vista financeiro, geográfico ou sociocultural.

⁴² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Dispõe o *caput* do art. 5 da CF: *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes*”. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2025.

Em outras palavras, somente é possível falar em igualdade material perante a Lei se um determinado Direito é garantido de forma proporcional e igualitária a todos os cidadãos que se encontram em situação equivalente⁴³.

CANOTILHO afirma a necessidade de superação da “igualdade formal”, para ingressarmos no que denomina como “igualdade material”, relacionada, por sua vez, à defesa ativa das Cartas Constitucionais, de forma a que os princípios, garantias e direitos nela contidos de fato sejam implementados e utilizados para a superação de conflitos e limites surgidos na vida cotidiana⁴⁴.

STRECK segue o mesmo caminho, ao propor a evolução do princípio da igualdade em prol do que também chama de “igualdade material”, e que se assenta, segundo ele, em “conteúdos materiais da vida”, ou seja, em um projeto de superação da realidade originalmente injusta⁴⁵, exatamente por propiciar a apenas alguns algo que deveria estar garantido a todos.

Em sentido parecido, mas em uma clara evolução do que se está expondo, dado que embute nesta ideia a presença daqueles que efetivamente são tratados de forma desigual, BANDEIRA DE MELLO, em obra que se configura como referência sobre o tema, afirma:

2. Se fôssemos percorrer os caminhos mais tradicionais, poderíamos apenas acompanhar a trilha elaborada a partir da célebre lição de Aristóteles e que desemboca na assertiva segundo a qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das respectivas desigualdades. Sem dúvida este é um excelente ponto de partida, mas não é um termo de chegada onde se resolva o âmago da questão. Com efeito, poder-se-ia sempre indagar: quem são os iguais ou, inversamente quem são os desiguais?⁴⁶.

A partir do conceito proposto, de uma “igualdade material”, que garante a todos os cidadãos o acesso a todos os direitos a ele garantidos, compreendemos que o Estado deve buscar garantir que o princípio da igualdade de todos os cidadãos do Brasil

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., pg. 380.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 380

⁴⁵ STRECK, Lénio Luiz. Ob. cit, p. 284

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores. 3. Edição, 20. Tiragem, p. 23.

permeie integralmente a sua esfera de atuação, por intermédio dos três Poderes constituídos.

A igualdade assim considerada não significa apenas que a lei não pode discriminar onde diferença não há, mas, também, a efetivação de políticas públicas que permita a todos o acesso ao complexo de direitos presente no nosso ordenamento jurídico deve ser assegurado a todos, sem discriminação, assim como a garantia de que todos poderão buscar o Poder Judiciário para a efetivação deste direito, caso descumprido por ação ou omissão dos demais Poderes Públicos.

A discriminação não pode ser afastada apenas pela atuação do legislador: é igualmente necessário que os demais Poderes constituídos não criem obstáculos ou, mesmo, deixem de criar os meios para que um determinado Direito possa ser acessado e garantido.

ROCHA é mais uma vez precisa ao tratar da aplicação do princípio da igualdade ao acesso de todos os cidadãos a procedimentos de saúde, notadamente no que diz respeito ao uso da tecnologia para tratamentos nesta área. Em relação ao presente trabalho, equivale a afirmar que não é justo nem razoável que apenas os socialmente privilegiados possam se valer dos tratamentos de RA, enquanto a enorme parcela da população desfavorecida não consegue utilizá-los.

Cabe-nos transcrever o seguinte trecho da obra daquela Autora, dado constituir fundamento essencial deste Trabalho:

Os recursos, métodos e avanços biotecnológicos são, não poucas vezes, desenvolvidos por laboratórios e clínicas particulares, por profissionais liberais, os quais são remunerados por seus trabalhos em relações obrigacionais que se firmam segundo normas de direito privado. Ocorre que tal circunstância não pode significar a exclusão do direito ao acesso a esses direitos e recursos pelos que não podem pagar diretamente pelos serviços assim prestados. Compete à sociedade e ao Estado organizar-se de tal modo que se realize, materialmente, o princípio constitucional da igualdade, para que um ser humano não seja considerado tão superior a outro que possa pagar pelo supérfluo médico (a cirurgia de cesariana que não precisa ser feita, não o é por recomendação médica, mas que se torna escolha facilitada da mulher que não quer passar pelo processo natural do parto), enquanto o outro seja tão inferior que não possa ter acesso ao mínimo de um comprimido que lhe permita sobreviver sem dor, sem males de momento ou sem um tratamento que lhe permita sobreviver

segundo o uso de técnicas médicas perfeitamente conhecidas e reiteradamente utilizadas com êxito indiscutível⁴⁷.

Neste sentido, e ainda segundo esta Autora, com quem concordamos, disponibilizar o acesso a técnicas de Reprodução Assistida apenas a quem dispõe de recursos financeiros e/ ou reside em localidades em que tais serviços são disponibilizados pelo SUS, parece violar o princípio da igualdade não no que diz respeito à existência de norma discriminatória, mas no sentido de que a realidade concreta viola tal direito ao permitir que apenas algumas pessoas tenham acesso a um direito que todas deveriam acessar⁴⁸.

Trata-se, neste sentido, de violação do acesso aos tratamentos respectivos, o que ofende, justamente, a garantia de acesso universal já comentada no item I.2, acima.

Evidentemente, cabe aqui abrir um parêntesis para a seguinte ressalva: na hipótese em que o Direito à Reprodução Assistida esteja mesmo reconhecido como um direito fundamental da pessoa humana e que, em razão do Princípio da Igualdade, este deva ser garantido a todos os que dele necessitarem por desejarem ter filhos e não conseguirem concebê-los, isto não poderá, em absoluto, significar que sua disposição a todos e consequente aplicação também não dependerá de critérios a serem definidos pelos órgãos responsáveis, considerando, ainda, os princípios da Bioética e do Biodireito, como, inclusive, as Resoluções do CFM já vêm buscando fazer e será examinado no Capítulo 4, abaixo..

Além disso, é necessário considerar, também, questões orçamentárias, uma vez que a realização ilimitada de tratamentos deste tipo não nos parece a melhor solução, parecendo-nos necessário que critérios de acesso aos procedimentos também sejam definidos sob este prisma.

Dito isto, destacamos que não-reconhecimento do Direito à Reprodução Assistida implica uma espécie de ~salve-se quem puder~ para aqueles que se encontram

⁴⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ob. cit., pg. 122.

⁴⁸ Neste sentido, abundam notícias sobre as dificuldades de acesso aos tratamentos de RA no âmbito da saúde pública, conforme alentada série sobre Direitos Reprodutivos divulgada pelo jornal Folha de São Paulo (in ww1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2024/03/sus-ainda-nao-oferta-fiv-a-casais-inferteis-quase-20-anos-apos-politica-de-reproducao-assistida.shtml). De acordo com o texto, há hoje, apenas 10 centros de Reprodução Assistida que atendem pelo SUS, todos na região Sul e Sudeste do Brasil e nem sempre o atendimento é totalmente gratuito. Acesso em 27.1.2025.

na terrível situação de se deparar com problemas de fertilidade, impeditivos ou redutores de suas capacidades de gerar os filhos biológicos que pretendam ter.

Note-se, a este respeito, o número de Centros de Reprodução Assistida, vinculados ao Sistema Único de Saúde – SUS é claramente insuficiente, para não dizer francamente inexistente, quando se considera a demanda envolvida.

Em síntese, nenhum morador das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste do Brasil tem acesso próprio a um Centro de Reprodução Assistida pelo SUS.

Além disso, mesmo os Centros disponíveis muitas vezes não oferecem ou reembolsam os medicamentos necessários para a realização do tratamento⁴⁹.

É de se observar que não é, apenas, a questão do transporte que dificulta o acesso de tais pessoas a tratamentos de Reprodução Assistida. Com efeito, não é difícil imaginar também os custos com hospedagem nestes casos, uma vez que tratamentos de Reprodução Assistida em geral impõem que os pacientes possam ir quase que diariamente aos centros que oferecem tais serviços, sobretudo porque é necessária a ingestão diária de hormônios e o correspondente acompanhamento médico dos efeitos de tal prática sobre o corpo da mulher.

Assim, além de ter que se deslocar até o Município mais próximo onde haja um Centro de Reprodução Assistida disponível, a paciente deveria lá se hospedar por um período considerável, até mesmo por um mês. Em casos de Centros distantes da localidade de origem do paciente, este provavelmente também teria dificuldade em se manter trabalhando em sua cidade durante o tratamento, questão que não se coloca para aqueles que podem se tratar em local próximo à sua própria residência.

Além do sistema público propriamente dito, também no âmbito da saúde suplementar, as operadoras de Plano de Saúde não estão obrigadas a custear este tipo de tratamento. Com efeito, muitas pessoas no Brasil já buscaram o Poder Judiciário para tentar obrigar as Operadoras de Planos de Saúde a custearem e/ou a reembolsarem os custos com as técnicas de RA. A alta demanda junto ao Poder Judiciário sobre este assunto culminou no julgamento do Tema n. 1.067, pelo e. STJ, haja vista, justamente, a existência de diversos Recursos Especiais sobre o tema, o que motivou a prolação de uma decisão sob o rito dos “Recursos Repetitivos”.

⁴⁹ V. nota 48, acima.

A decisão deste Tema foi proferida em outubro de 2021 e pacificou a jurisprudência daquela Corte, no sentido de que as Operadoras de Planos de Saúde não estão obrigadas a custear tratamentos de Reprodução Assistida, salvo disposição contratual em contrário.

A Tese firmada pela 2 Turma do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Tema n. 1.067 foi exarada nos seguintes termos: "*Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização in vitro.*"⁵⁰.

Em síntese, o STJ entendeu, por intermédio da decisão referida, que não haveria um direito dos segurados ao custeio de tais tratamentos, salvo se estes estivessem contratualmente previstos

Em não podendo contar com o SUS ou com o custeio e/ou reembolso pelas Operadoras dos Planos de Saúde, resta às pessoas que dependem de procedimentos de Reprodução Assistida para engravidar, o pagamento de tratamentos caríssimos com recursos próprios, que chegam facilmente à casa da dezena de milhares de reais⁵¹.

Em trecho de seu trabalho diretamente relacionado a este tema, ROCHA afirma, mais uma vez de forma exemplar:

A carência de condições materiais de algumas pessoas pode impedir-las de ter acesso aos recursos que lhes permitiriam exercer o direito autônomo à procriação, por não terem condições de pagar pelos tratamentos que lhes seriam necessários para vencer dificuldades pessoais. Enquanto outras poderiam dispor de técnicas médicas que lhes proporcionariam condições até mesmo de escolher sexo, além dos diagnósticos pré-natais e dos recursos que lhes permitiriam acompanhamento pleno e tranquilo do percurso embrionário--fetal sem qualquer surpresa ou embaraço. A igualdade jurídica garante o pleno e universal acesso de todos às condições, recursos, métodos e técnicas biomédicas, sem que se possa afirmar ser legítima a política que importe em discriminação, menos ainda baseada nas condições sociopolíticas e econômico-financeiras das pessoas.⁵²

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (ST). Julgamento de Tema Repetitivo n. 1.067. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1067&cod_tema_final=1067. Acesso em 19.1.2025.

⁵¹ O o custo de um tratamento privado de Reprodução Assistida na cidade de São Paulo, em 2024., encontra-se entre 25 e 50 mil reais. V. Nota 48, acima.

⁵² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ob, cit., pg. 124.

A nosso ver, e lastreados no entendimento acima, a violação ao princípio da igualdade em relação aos tratamentos de Reprodução Assistida revela-se pela impossibilidade de acesso a um direito constitucional, e não porque a lei distinguiu onde não deveria distinguir.

Trata-se, assim, de violação à “igualdade material” ou, mesmo, de um mínimo acesso aos serviços, na forma defendida pelos doutrinadores já acima apontados.

Feitas tais considerações, concluímos que CF elevou o Princípio da Igualdade à categoria de pedra fundamental do ordenamento jurídico-constitucional. Em se tratando do Direito à Reprodução Assistida, a violação a este princípio / direito é bastante evidente, parecendo-nos que a única possibilidade de reparação desta situação é a existência de uma lei federal que o reconheça e garanta o acesso a todos os que dele necessitem.

1.5 O direito à felicidade.

Tradicionalmente, a felicidade pode ser encarada como um ideal a ser buscado, tanto do ponto de vista de cada um dos cidadãos, mas também pelo conjunto da sociedade. A busca da felicidade é, possivelmente, o objetivo final da atuação do Estado e de todo o ordenamento jurídico-constitucional.

Embora devamos reconhecer a impossibilidade de eliminar a dor e o sofrimento do mundo, mitigá-lo é o projeto e o dever de todos os cidadãos e dos poderes constituídos do Estado, que compartilham ideias, aspirações e direitos, em um território comum.

A Declaração da Independência dos Estados Unidos da América elevou a “busca da felicidade” como direito inalienável de todos os cidadãos⁵³.

Para LEAL, em obra emblemática acerca do tema, os “pais fundadores” dos Estados Unidos da América estariam inspirados, neste sentido, não por futilidades ou excessos, mas pelo bem-estar e pela tranquilidade conquistados em razão de uma

⁵³ BRASIL. **Declaração da Independência dos Estados Unidos da América**. Disponível em <https://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em 17.1.2025.

vida virtuosa, citando, para tanto, trechos de George Washington e Thomas Jefferson, que embasam sua posição⁵⁴.

O Preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, surgida na França em 1789⁵⁵, considerado como a primeira Carta de Direitos humanos com vocação universal, também trazia esta ideia em seu âmago, certamente como uma reação ao sofrimento e à injustiça provocados pelo despotismo e pela violência da Monarquia que vigorara até aquele momento, mas, além disso, como a reafirmação, de que a busca pelo ideal da felicidade é legítima e deve estar disponível a todos os seres humanos.

Para nós, o direito à felicidade é, neste sentido, também um direito à esperança.

É verdade que não há menção expressa ao direito à felicidade na CF, mas o Preâmbulo da Carta refere-se ao bem-estar de toda a sua população como princípio e objetivo fundamentais do Estado brasileiro⁵⁶. Evidentemente, este bem-estar – e a felicidade dele decorrente – estão diretamente relacionados, por sua vez, ao princípio da dignidade da pessoa humana, como já referimos acima.

É possível que bem-estar seja uma definição ainda mais precisa do que “felicidade”, de caráter bastante subjetivo, e que certamente vai além da ausência de sofrimento ou dor.

Nos termos do Preâmbulo da CF, compete ao Estado atuar positivamente no sentido de contribuir para que cada ser humano desenvolva sua personalidade e, justamente em função disso, torne-se o mais feliz possível, a partir de seus potenciais e limites.

Examinando o tema em relação ao presente trabalho, podemos nos perguntar: quem poderá ser feliz se não tiver, ao menos, a possibilidade de constituir a família com que desejou e sonhou? Ou, ainda mais especificamente: a garantia da

⁵⁴ LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade. História, Teoria, Positivção e Jurisdição**. Tese de Doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2013. Disponível em <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6202/1/Saul%20Tourinho%20Leal.pdf>. Acesso em 17.1.2025.

⁵⁵ BRASIL, **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** (1789 – Revolução Francesa). Disponível em <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em 22.1.2025.

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Preâmbulo. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2025.

felicidade não deveria incluir, para quem assim o desejar, a garantia de acesso os meios necessários para a realização do desejo de ter filhos?

O STF também afirmou a existência do direito à felicidade como fundamento para decisões diretamente vinculadas ao direito de família, na mesma linha até aqui exposta e sobre a qual voltaremos no Capítulo 2.

Não por acaso, a decisão paradigmática daquele Tribunal acerca do reconhecimento do direito à felicidade, em perspectiva com a qual concordamos, é justamente a do reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas, em que ficou claro que o desejo de as pessoas constituírem suas famílias a partir de relacionamentos homoafetivos não poderia ser limitado por uma interpretação restritiva e discricionária da CF, desconhecadora, inclusive, da própria realidade social vigente⁵⁷.

Neste sentido foi, inclusive, a declaração do Ministro Luiz Fux no v. Acórdão que decidiu aquele caso, em que ficou claro que o direito à felicidade inclui o reconhecimento da capacidade dos indivíduos de se autodeterminarem, serem autossuficientes e, nesta exata medida, escolherem o que é melhor para si⁵⁸, tendo como único limite a violação a direito de outrem.

É interessante observar que este entendimento afasta a possibilidade de que a felicidade seja excessivamente frívola ou caprichosa ou por demais individualista. Haveria, neste sentido, limites para a busca da felicidade? Ou, melhor, haveria limites para a felicidade cuja consecução é a finalidade última do Estado?

Embora pareça, evidentemente, que tais limites existam, a nós parece que desejar e buscar reproduzir-se não se encontra entre tais limites, dado relacionar-se à essência da existência humana.

Ao contrário, a partir da constatação de que a reprodução é um desejo individual legítimo e uma aspiração social reconhecida e compartilhada pelos demais cidadãos, podendo vir a constituir-se, mesmo, como fonte de profundas satisfação e

⁵⁷ BRASIL, STF. **Decisão proferida no julgamento conjunto da ADI 4.277 e ADPF 132**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 17.1.2025.

⁵⁸ BRASIL, STF. Voto do Ministro Luiz Fux, extraído da decisão proferida no julgamento conjunto da ADI 4,277 e ADPF 132. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 17.1.2025.

realização pessoais, além de intrinsecamente inserida na centralidade da família como núcleo fundamental da sociedade, parece-nos bastante evidente que o desejo de se reproduzir insere entre aquilo que vimos considerando, inclusive do ponto de vista do ordenamento jurídico-constitucional, como um meio de alcançar a felicidade, também esta juridicamente protegida.

O reconhecimento do Direito à Reprodução Assistida, também sob esta ótica, poderia ser considerado, assim, um meio de concretização do direito à felicidade e, neste sentido, alcançar não apenas aqueles que sofrem de alguma doença propriamente dita, mas, inclusive, as uniões homoafetivas já reconhecidas juridicamente, como veremos de forma mais específica no Capítulo 4 deste trabalho.

1.6 Síntese conclusiva do Capítulo 1: o direito à reprodução assistida como resultante de uma interação de direitos constitucionais.

A interação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, assim como o direito à saúde, somados, à necessidade das pessoas que padecem de infertilidade e aos avanços da Medicina nesta seara, parece de fato apontar para a existência do Direito à Reprodução Assistida, mesmo que este não esteja explicitado no texto constitucional.

Da mesma forma, o direito à felicidade deve incluir a aspiração legítima e reconhecida de se desejar e planejar a construção de uma família com a presença dos filhos e, isto, independentemente da configuração que esta família virá a ter e da existência de problemas de saúde propriamente ditos.

Entendemos, neste sentido, que o Direito à Reprodução Assistida decorre, justamente, da interação dos princípios e direitos constitucionais apontados até agora e, neste sentido, da interpretação sistemática da Constituição Federal. Optamos por afirmar que é a interação destes princípios o que nos leva a concluir que o Direito à Reprodução Assistida existe porque “interação” nos remete à ideia de dinamismo da ordem constitucional e da realidade social, que nos leva, a todo tempo, ao reconhecimento de novos direitos. KRELL, em sentido parecido, afirma a existência

de um “entrelaçamento” de direitos que impõe o reconhecimento de que o Direito à Reprodução se encontra entre eles⁵⁹.

Além da afirmação do Direito à Reprodução Assistida em si, o exame dos princípios constitucionais a ele pertinentes pode vir a auxiliar o operador do Direito em relação à solução das diversas questões jurídicas relacionadas à Reprodução Assistida, carecedoras, muitas vezes, da devida fundamentação constitucional e legal. Em outras palavras, ao afirmarmos o Direito à Reprodução Assistida como um desdobramento necessários dos princípios e direitos fundamentais relacionados neste Capítulo 1, estaremos, também, contribuindo para que questões polêmicas sejam solucionadas mediante a aplicação dos mesmos princípios e direitos fundamentais, de forma a que a concretização do Direito à Reprodução Assistida se dê de forma coerente e coesa em relação a todo o ordenamento jurídico-constitucional.

Feitas estas considerações acerca do caráter mais abstrato do Direito à Reprodução Assistida, examinamos a seguir a intersecção do Direito à Reprodução Assistida com questões mais especificamente relacionadas à família e à reprodução propriamente dita.

⁵⁹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **O direito fundamental à reprodução assistida no Brasil e suas repercussões na filiação civil: uma abordagem de *lege ferenda***. Tese de Doutorado apresentada ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3945/1/arquivo5205_1.pdf . Acesso em 1.12.2024,

Capítulo 2. A proteção constitucional da família no Brasil.

2.1 A constitucionalização do direito de família

A constitucionalização do direito civil é uma tendência amplamente reconhecida, que se torna muito evidente em matéria de direito de família, assim como na miríade de situações em que os chamados direitos da personalidade coincidem com os direitos fundamentais da pessoa humana.

Não é exagero afirmar que a CF foi exemplar neste sentido.

Isto porque, a partir de sua promulgação, a proteção do Estado brasileiro à família, considerada o núcleo essencial da nossa sociedade, foi alçada ao nível constitucional⁶⁰, conforme disposto no artigo 226 da CF, segundo o qual “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”.

Para PEREIRA, a CF instaurou uma verdadeira revolução no direito de família no Brasil, baseada em três eixos essenciais: a igualdade de direitos entre homens e mulheres, a legitimação dos diversos tipos de filiação e o reconhecimento jurídico das diversas configurações familiares existentes na realidade social⁶¹, sendo este último ponto o que interessa primordialmente a este trabalho.

A nosso ver, a constitucionalização dos aspectos concernentes à família revela clara interseção entre o que é íntimo e privado – e em relação ao que o Estado não deve interferir – e aquilo que é de domínio público e, por isso mesmo, demanda ativa intervenção estatal.

Ao mesmo tempo em que contribui para a efetividade da proteção do núcleo familiar, as disposições do artigo 226 da CF também implicam que o Estado também deverá se relacionar – e, em alguma medida, interferir - em questões familiares. Neste sentido, é de se notar desde já que os limites da intervenção estatal nem sempre estão claros, dado, por um lado, que não foram explicitados pela CF e, por outro, que o assunto acaba tocando outras esferas que não a do Direito

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, artigo 226. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2024.

⁶¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2.024, 5. Edição, *e-book*, p. 2

propriamente dito, como os princípios e concepções morais e religiosos, assim como aquilo que se convencionou chamar como os “costumes” de cada um.

Buscando esclarecer este ponto, FACHIN afirma que é necessário contemplar criticamente a relação entre autonomia privada e intervenção estatal, a fim de que a proteção da pessoa humana seja “... *compreendida em sua concretude, por intermédio da livre composição de sua personalidade*”⁶².

Além das disposições centrais do art. 226, a CF consagrou diversos dispositivos à proteção da família, em suas mais amplas e diversas configurações, e como mais bem tratado nos tópicos 2.2 e 2.3, a seguir, assim como outros a ela diretamente vinculados, dado que relacionados à defesa e à criação de mecanismos de proteção dos direitos dos idosos, dos direitos da criança e do adolescente, assim como a proteção da maternidade.

A constitucionalização da família, como, inclusive, um dos desdobramentos possíveis da constitucionalização do direito civil, é, por isso mesmo, relevante e evidente, cabendo afirmar, inclusive, que a CF consolidou a figura da família constitucional, como será visto nos tópicos seguintes deste trabalho.

2.2 A família constitucional.

A família é a base da sociedade no Brasil e, justamente por isso, conta com a proteção especial do Estado, nos termos do artigo 226 da CF.

Também no campo internacional, o Relatório da Conferência do Cairo, reiteradamente citado ao longo deste trabalho, dispõe, como um de seus pilares, mas, também, como uma recomendação aos países dele participantes, que a família receba proteção especial do Estado, o que, claramente, está em perfeito acordo com o que buscou fazer a CF mediante a promulgação do artigo 226. De acordo com o Princípio 9 do Relatório, “*A família é a unidade básica da sociedade e, como tal deve ser fortalecida. A família tem o direito de receber proteção e apoio totais. Em diferentes sistemas culturais políticos e sociais, há várias formas de família*”⁶³.

⁶² FACHIN, Luiz Edson. **Famílias – entre o público e o privado**, p. 159. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/274.pdf>. Acesso em 17.1.2025.

⁶³ BRASIL. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo, 1994**. Disponível em <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 17.1.2025.

Mas, o que é a família a que a CF se refere? Como se define o núcleo familiar que o Estado brasileiro deve proteger, por imperativo constitucional?

O primeiro aspecto desta definição reside em que a família é um agrupamento de ao menos duas pessoas, unidas por laços sanguíneos e/ ou de afeto, com a característica da permanência e que, em alguma medida, deve visar o desenvolvimento e o bem comum de seus integrantes.

PERLINGIERI reconhece a família como local de desenvolvimento e realização de seus membros, individual e coletivamente considerados, e nunca como um grupo formado visando o mal ou opressão de quem está nela incluída⁶⁴.

A definição acima nos ajuda a elucidar o que podemos considerar como o grupo de pessoas reconhecido e protegido pela CF como uma “família”: trata-se de um agrupamento de pessoas unido com a finalidade de preservação e permanência no tempo, e que busca, ao mesmo tempo, que todos os seus integrantes se realizem em sua plenitude, tanto de um ponto de vista individual, mas, também, de acordo com a perspectiva do grupo de pessoas que ali se formou e constituiu. Ou seja, a família busca o desenvolvimento de cada um de seus membros, mas também dela mesma, enquanto agrupamento coletivo.

Ainda que a missão do núcleo familiar – de permanência e desenvolvimento de seus integrantes – não se realize por completo, dado que muitas vezes e por diversas razões, a família acaba por se dividir ou, mesmo, se desintegrar – a intenção e o desígnio fundamentais de permanência, união e desenvolvimento, são suficientes para que o agrupamento de pessoas assim considerado se configure como uma família e seja, por isso mesmo, protegido pelo ordenamento jurídico-constitucional, dada a sua centralidade para a coesão e preservação de toda a sociedade.

O casamento é a primeira e mais evidente forma de constituição de uma família, estando presente desde a Constituição Federal de 1.824 no Brasil⁶⁵, que consagrou apenas o casamento religioso, em detrimento de qualquer outra forma de celebração ou afim.

⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Ed. Renovar: São Paulo, 2008, p. 972.

⁶⁵ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1.824. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 19.1.2025.

Atualmente, e dada a laicidade do Estado brasileiro⁶⁶, o casamento civil restou consagrado pelo CC, na medida em que seu art. 1.512 dispõe que *“O casamento é civil e gratuita a sua celebração”*⁶⁷.

Sem prejuízo, o reconhecimento jurídico da união estável como entidade familiar, promovido pelo artigo 226, parágrafo 3, da CF⁶⁸, segundo o qual *“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”*, e pelo artigo 1.723 do Código Civil⁶⁹, que detalha suas características, afirmando que *“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”*, assim como, em outros aspectos, pelos Tribunais, como seguiremos examinando, indica, igualmente, que a intenção de permanência, a publicidade e a duração, são sinais distintivos da intenção de constituir validamente uma família, e que esta intenção é suficiente, inclusive, para dispensar as formalidades legais e, muitas vezes, francamente burocráticas, inerentes ao casamento propriamente dito.

Isso é assim também porque, além dos elementos acima considerados, o afeto que une os integrantes do grupo familiar passou a ser o elemento aglutinador do agrupamento de pessoas considerado como uma família, sobretudo a partir do advento da CF, como será mais bem examinado no tópico seguinte deste trabalho.

Voltando à proteção constitucional da família pelo Estado, esta revela-se não apenas pelo exposto no artigo 226 da Constituição Federal, mas, também, pela criação de mecanismos legais que responsabilizem ou, mesmo, punam especificamente os membros de uma família por atentarem contra ela.

⁶⁶BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Dispõe o art. 19, inc. I, da CF: *“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”* Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2025.

⁶⁷ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2.002**. Institui o Código Civil (CC). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 19.1.2025.

⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, artigo 226, parágrafo 3. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2025.

⁶⁹ BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2.022. Institui o Código Civil. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 19.1.2025.

A Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2.006 (“Lei Maria da Penha”)⁷⁰ é exemplo eloquente da criação de um mecanismo legal que impõe o respeito aos direitos humanos no núcleo familiar, de forma a que, em casos extremos como os de violência doméstica, o Estado não apenas possa, mas deva intervir para que os direitos fundamentais daquela família não sejam violados no primeiro núcleo em que, inversamente, deveriam ser protegidos.

Esta afirmação decorre, inicialmente, de que, entre outras hipóteses, a Lei Maria da Penha busca coibir a violência doméstica que, na maioria das vezes, é praticada no âmbito familiar, com potencial de destruição física e mental dos integrantes daquela família, mas, inclusive, do grupo de pessoas ali constituído.

Por outro lado, a Lei Maria da Penha também é exemplar do que estamos tentando demonstrar porque nos apresenta a justificativa pela qual o Estado deve interferir no núcleo familiar para que a criação, desenvolvimento e permanência da família ocorram em conformidade com os parâmetros do ordenamento jurídico-constitucional vigente, sobretudo no que diz respeito à observância e à aplicação dos direitos fundamentais.

Não seria possível afirmar o respeito aos direitos fundamentais no âmbito familiar se, nos termos do exemplo de que estamos nos valendo, a violência doméstica não fosse coibida.

PERLINGIERI confirma o quanto já exposto e vai além, ao afirmar que a comunidade familiar também deve pautar-se pelo ideário social não apenas dos Direitos Fundamentais - não havendo, inclusive, qualquer direito da unidade familiar que se sobreponha aos demais, mas da própria democracia como um todo. Afirma este Autor:

A delineada função serviente da família, assim como a de qualquer formação social, esclarece o papel da intervenção do Estado na comunidade familiar. Ela se traduz na necessidade de se respeitar o valor da pessoa na vida interna: isso, não por um motivo de Estado,

⁷⁰ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do parágrafo 8 do artigo 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 17.1.2025.

nem de ‘família’, isto é, superior ao interesse das partes. A comunidade familiar deve se inspirar, como qualquer formação social, no princípio da democracia.⁷¹

Isto posto, é correto afirmar que a atuação e/ ou interferência do Estado em relação à família é o que podemos chamar de uma “via de mão dupla” ou, melhor dizendo, da existência de uma correlação entre direitos e deveres: a família respeita os Direitos Fundamentais e a Democracia e, ao contribuir neste sentido para o desenvolvimento do Estado como um todo, dele também recebe a devida garantia de respeito e proteção.

Para FACHIN:

...ao dizer, portanto, que a família é a base da sociedade, a família é a base da sociedade constituída pela Constituição e, portanto, as características da sociedade constituídas pela Constituição devem estar presentes na família por ela também constituída⁷².

Dado que a família protegida pela CF deve ser entendida e reconhecida como o agrupamento de pessoas que visa a permanência, o bem-estar e o desenvolvimento de seus integrantes, o passo adiante no exame do assunto é o que diferencia a família de outros agrupamentos ou coletividades ou, melhor, o que une o grupo de pessoas assim referido.

A resposta a esta pergunta está, atualmente, em que não apenas a família formada pela genética e por vínculos consanguíneos pode ser considerada como tal, devendo a concepção de família ser ampliada a fim de incluir a presença do afeto como elemento aglutinador dos seres humanos em um grupo que deve ser considerado como uma família.

O elo que une os integrantes de uma família, segundo a CF - e como já mencionado rapidamente -, é o afeto. Em consequência, não apenas a família consanguínea, mas, igualmente – e com o mesmo *status* – a denominada ~família

⁷¹ PERLINGIERI (2008), ob. cit., p. 976.

⁷² FACHIN, Luiz Edson. **As famílias constitucionais**. Palestra proferida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, em evento promovido pelos Núcleos Virada de Copérnico e de Direitos Humanos e Vulnerabilidades, pelo PPGD/UFPR e pela CAPES, em 2.3.202. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 67, n. 2, p. 189-203. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8717>. Acesso em 17.1.2025.

socioafetiva⁷³ é igualmente protegida e respeitada pelo ordenamento jurídico-constitucional, como passamos a examinar.

2.3 A alteração do paradigma constitucional de família no Brasil: a família socioafetiva.

A inserção da família na CF acarretou não apenas a especial proteção do Estado conferida a este instituto - com as consequências mencionadas no tópico anterior -, mas colaborou, igualmente, para a construção de um novo paradigma acerca do que é uma família para o ordenamento jurídico brasileiro.

Isto porque, nos termos do artigo 226 e incisos da CF, o vínculo da consanguinidade – vigente nos ordenamentos anteriores, mas já de fato um tanto ultrapassado como único e exclusivo elemento formado de uma “família” – foi substituído pelo afeto.

A família, no país da CF, é a família socioafetiva.

Para DIAS, a evolução dos paradigmas de convivência entre os seres humanos, cujas relações passaram a se pautar sobretudo pelos princípios de dignidade, liberdade e igualdade, contribuiu para alterar a configuração de novas e variadas formas de famílias, elevando o afeto à condição de principal elemento unificador dos relacionamentos familiares⁷³.

Para SCHREIBER⁷⁴, a benvinda flexibilização das configurações familiares formadas por vínculos não exclusivamente sanguíneos e caracterizados pelo que este Autor chama como um “*complexo de relações*”, trouxe uma perplexidade, a que ele se refere como um “familiarismo redescoberto”. Para este Autor:

Ao contrário da prometida abolição da família, as décadas seguintes assistiram, não sem alguma perplexidade, ao que já foi denominado de um familiarismo redescoberto, em que as antigas vítimas do modelo dominante - mulheres, crianças, homossexuais etc. - passaram a perseguir não a ruptura com toda e qualquer noção de família, mas o reconhecimento de uma nova concepção, plural e igualitária, do fenômeno familiar. Este cenário levou os juristas a

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Pluriparentalidade: a realidade ética do afeto**. Disponível em <https://berenicedias.com.br/pluriparentalidade-a-realidade-etica-do-afeto/>. Acesso em 20.5.2024.

⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. Famílias simultâneas e redes familiares. In **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 298.

empreenderem considerável esforço na elaboração de um novo conceito de família, que fosse capaz de abarcar as diferentes manifestações fáticas de convivência afetiva. A antiga concepção jurídica do instituto, exclusivamente calcada no matrimônio, foi progressivamente substituída pelas chamadas "entidades familiares", expressão plúrima que pretende conjugar situações tão distintas quanto variadas, incluindo, em listagem sempre crescente, as famílias monoparentais, as uniões homoafetivas, a família matrimonial, as uniões estáveis, as famílias recompostas, as famílias anaparentais, e assim por diante.

Não é excessivo destacar que o surgimento da família socioafetiva não significa que o vínculo da consanguinidade deixou de ser importante. Ao contrário, a biologia e a consanguinidade permanecem relevantes como sempre foram. O que mudou com a evolução do conceito de família é que esses traços não são mais os únicos que distinguem esta espécie de agrupamento de pessoas, podendo haver outros vínculos tão ou ainda mais determinantes para esta definição.

Estas afirmações, mais uma vez nos termos do artigo 226, parágrafo 7, da CF⁷⁵, derivam: i) do princípio da dignidade humana, pedra angular de todo o ordenamento jurídico, como já destacamos anteriormente e ii) em um de seus corolários, o princípio da autonomia da vontade privada, que consagra a ideia de que cada indivíduo pode decidir e planejar como será a sua família, desde que, claro, não se furte a todas as obrigações, responsabilidades e consequências a ela inerentes⁷⁶.

O que distingue a formação do núcleo familiar é o desejo e a escolha - livres e informados, como toda escolha deve ser -, e que se fundamentam, por sua vez, no afeto que agrega os seres humanos e que justifica que eles se unam em prol do bem comum de todos os integrantes da sociedade, de forma mais genérica e abrangente e, também, da unidade familiar, de forma mais especificamente considerada.

PERLINGIERI, ainda uma vez, distingue os aspectos sanguíneo e afetivo na constituição da família, mas destaca que este último se torna cada vez mais preponderante, afirmando:

⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, artigos 226, parágrafo 7. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2025.

⁷⁶ A garantia do direito ao planejamento familiar será objeto do próximo Capítulo deste Trabalho.

O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo família.⁷⁷

Afirmou-se acima a mudança de paradigma constitucional em relação à família, de forma até mesmo radical, porque, ao contrário do que se poderia entender anteriormente, a família usualmente considerada como ‘tradicional’, formada por um casal, homem e mulher, heteroaletivos., com um, mas em geral, dois ou mais filhos, e como regra unida por laços de sangue, ampliou-se e diversificou-se significativamente, passando as famílias unidas ou entrelaçadas pela afetividade, mas, igualmente, as famílias monoparentais, as homoafetivas., o que permite a formação das mais vastas e imagináveis configurações, tudo nos termos do próprio artigo 226 da CF.

Neste sentido, devemos destacar que esta espécie de “flexibilização” inaugurada pela CF estendeu-se, também, ao reconhecimento da existência de ~famílias monoparentais~, assim entendidas como aquelas formadas por um único pai ou uma única mãe e seus descendentes.

Sobre este ponto, consideramos que, ao tratar especificamente das “famílias monoparentais”, o constituinte originário não restringiu esta possibilidade àqueles que se tornaram viúvos, divorciados ou, mesmo, que foram abandonados, “com filhos para criar”, entendendo, nesse sentido, que apenas as famílias monoparentais constituídas pelo infortúnio representado pelo abandono ou pelo rompimento do casal originalmente formado, é que mereceriam a devida proteção constitucional.

Justamente em razão da substituição do paradigma do sangue pelo do afeto, já comentado acima, consideramos que não faria sentido que apenas as famílias criadas por alguma espécie de ruptura – mães solteiras que assim não planejaram, famílias em que houve o divórcio ou o falecimento de um dos pais - contassem com a devida proteção constitucional. Uma vez que as bases da formação da família são o afeto e a autonomia privada, todas as pessoas que conscientemente decidem criar uma família, da forma que melhor lhes aprouver e desde que possam arcar com as

⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. Ob. cit., p. 973.

responsabilidades a ela inerentes, deverão também poder contar com a proteção do Estado para que a família assim formada se viabilize enquanto tal e prospere.

Note-se que este ponto é de central importância para este trabalho, na medida em que, mais adiante trataremos, também, da possibilidade de famílias “monoparentais” também fazerem uso de procedimentos deste tipo para realizarem seu sonho de ter filhos. Ou seja, uma única mulher, ou, até mesmo, um único homem, nesse último caso por intermédio de uma gestação de substituição, poderia ter uma família formada entre si e seus filhos, desde que possam, para tanto, acessar os tratamentos necessários para que a reprodução aconteça. Este aspecto será mais bem detalhado no Capítulo 4, mais adiante.

MOUSNIER detalhou as mudanças sofridas pela família, demonstrando, ponto a ponto, como essa estrutura mudou, ao migrar de um modelo mais rígido, pré-definido e, por que não dizer, fixo ou fechado, centrado que esteve na estrutura patriarcal e na hierarquia entre pais e filhos, para uma maior flexibilidade de modelos e configurações, em busca de maiores liberdade, felicidade e afeto⁷⁸.

O STJ também já se posicionou sobre esse tema, em decisões dentre as quais podemos citar a proferida no REsp de n. 1.574.859, no qual foi reconhecida a formação do vínculo familiar na convivência entre netos e avós, independentemente da geração intermediária, dos filhos/ pais - o que, embora seja igualmente uma família formada pela consanguinidade, esta não ocorreu da forma considerada “típica”, como ocorreria se ainda houvesse a presença dos pais / filhos – a geração “intermediária” e que se justifica, também, mas não só por isso, pela presença do afeto entre seus membros. Assim afirmou o Relator, Min. Campbell Marques, em trecho importantíssimo para o que estamos buscando sustentar:

A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 transformaram o conceito de família e deram relevância ao princípio da afetividade, por meio do qual ‘o escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social para a realização das condições necessárias ao

⁷⁸ MOUSNIER, Conceição A. A nova família à luz da Constituição Federal, da Legislação e do novo Código Civil. In **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, vol. 20, p. 244. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_244.pdf. Acesso em 21.1.2025.

aperfeiçoamento e ao progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto.⁷⁹.

Como já referido, a equiparação da união estável ao casamento, para todos os fins de direito, também é um exemplo de flexibilização da ideia de família, ainda que neste caso não se esteja tratando especificamente da substituição da consanguinidade pelo afeto. Porém, ainda assim não se pode negar que neste caso também existe alguma flexibilização, na medida em que um dos pilares desta instituição - o casamento - também foi revisto a fim de permitir que a união estável figure a seu lado para todos os fins do direito.

Embora já completamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como na sociedade do nosso país, o fato de o casamento e a união estável passarem a ter o mesmo reconhecimento jurídico também serviram como exemplo de que a flexibilização da ideia de família e do casamento passaram a imperar no Brasil.

Nesse sentido, entendemos ser correto afirmar que o afeto substitui não apenas o sangue, mas também o excesso de formalismo e rigor jurídicos, o que permitiu, inclusive, uma explosão de novas configurações familiares.

Daí para a união estável homoafetiva, foi um novo salto na garantia de direitos e da flexibilização de novas configurações familiares.

Como não poderia deixar de ser, esta alteração também não passou despercebida ao STF que, em julgamento, bastante notório e eloquente, manifestou-se acerca da preponderância do princípio da autonomia da vontade privada, do afeto e da não-discriminação – e, conseqüentemente, de uma maior flexibilidade das configurações familiares, em uma espécie de superação do formalismo ou rigor jurídicos, quando tomamos tais elementos como premissa -, ao decidir a ADPF, de n. 132-RJ e a ADI de n. 4.277-DF.

Mediante tal decisão, o STF reconheceu validade das uniões homoafetivas para todos os efeitos jurídicos e equiparou-as, em todos os aspectos jurídicos, às heteronormativas, afastando, com isso, a interpretação literal ou, como afirmado pelo próprio STF, reducionista, da CF acerca do que deve ser entendido como uma família.

⁷⁹BRASIL, STJ. **Decisão do REsp 1.574.859**. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201503187353&dt_publicacao=14/11/2016. Acesso em 21.1.2025.

No mesmo sentido, consagrou valores como o pluralismo, a liberdade individual acerca da própria sexualidade, o princípio da autonomia da vontade, o direito à intimidade e à vida privada, a proibição do preconceito e o direito à felicidade, como já acima mencionado⁸⁰.

Além disso, afirmou o STF a necessidade de interpretação conforme à CF dos dispositivos infraconstitucionais relacionados ao tema, notadamente o art. 1.723 do CC, a fim de que este dispositivo não fosse interpretado de forma discriminatória e, neste sentido, inconstitucional.

Embora o referido julgamento do STF tenha ocorrido há doze anos, representa um marco acerca da evolução constitucional dos temas tratados neste tópico, sobretudo em relação ao direito das pessoas a fazerem suas escolhas em relação à família a que querem pertencer e que desejam formar e a não serem discriminadas por isso.

⁸⁰ BRASIL, STF. **Decisão proferida na ADI 4277**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 17.1.2025. Transcrevemos a ementa da decisão referida, no trecho que consideramos mais relevante para este trabalho: “(...). 3. *Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria socio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5o). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. 6. Interpretação do art. 1.273 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da interpretação conforme)’. (...) Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.*

Além deste julgamento, mais recentemente também vêm sendo proferidas decisões acerca da presença de mais de um pai ou mais de uma mãe na Certidão de Nascimento dos filhos, configurando, assim, a chamada “multiparentalidade”. Como regra, trata-se de situações em que, ao lado do pai ou da mãe biológicos, também figuram o pai ou a mãe socioafetivos. Não há, em tais situações, prevalência ou hierarquia de um em desses pais ou mães, em detrimento do outro.

A coexistência de mais de um pai ou mãe somente é possível e pode ser viabilizada juridicamente a partir da constatação de que o afeto pode vincular a família e a parentalidade tanto quanto o sangue, uma vez que é justamente a partir dos laços afetivos formados entre as pessoas que podemos considerar também a existência de dois ou mais pais e mães de uma mesma pessoa, ao passo que, evidentemente, isto não seria possível caso a consanguinidade ainda fosse o único elemento unificador da configuração do núcleo familiar.

O Poder Judiciário também reconheceu a validade e os efeitos jurídicos da parentalidade socioafetiva, cabendo ao STF o julgamento do Tema n. 622, oriundo do RE de n. 898.060, no qual foi expressamente reconhecida a existência de uma parentalidade de caráter socioafetivo, em paralelo ou conjuntamente àquela de caráter biológico, e que, segundo tal entendimento, está em conformidade com o artigo 226 da CF.

O RE de n. 898.060, relatado pelo Exmo. Ministro Luiz Fux, é o *leading case* que gerou o Tema de n. 622, decidido em 2.019 nos seguintes termos: *“Paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”*⁸¹.

Todas estas decisões são exemplos evidentes do reconhecimento judicial acerca da evolução do paradigma constitucional da família, que a tornou mais flexível e abrangente, de forma a incluir outros arranjos que não aqueles criados exclusivamente pela consanguinidade.

A centralidade da família no ordenamento jurídico-constitucional, entretanto, não foi alterada. Ao contrário, o reconhecimento do afeto como traço

⁸¹ BRASIL, STF. Decisão do tema 622. Disponível em [//portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp](http://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp). Acesso em 21.1.2025.

comum e a conseqüente flexibilização das configurações familiares - fundadas também no desejo de seus membros – reforçou a importância de tal configuração na sociedade brasileira.

2.4 Síntese conclusiva do Capítulo 2.

Toda a caracterização da Família Constitucional⁸², na forma apresentada neste Capítulo 2, é importante para o presente trabalho por duas razões.

A primeira delas porque não há como pensarmos no conceito de família, em qualquer de suas configurações, sem incluir nesta família ideia a reprodução. Neste sentido, a reprodução é elemento essencial da família, o que nos impõe considerar que aquela – a reprodução – deve ser protegida pelo Estado da mesma forma que essa.

Em outras palavras, consideramos que, se a reprodução é elemento essencial da família, aos direitos reprodutivos deve ser dispensada a mesma proteção estatal atribuída à família, tanto no que diz respeito à mínima interferência do Estado em relação às escolhas individuais de cada um, quanto no que diz respeito à intervenção ativa do Estado para que os projetos de cada pessoa, em relação à constituição de sua família e à concepção e à geração de seus filhos, possam se concretizar.

Isto posto, a presença cada vez mais frequente de arranjos familiares que em até outros tempos poderiam ser considerados não convencionais, mas que atualmente são amplamente aceitos pelo ordenamento jurídico, como de famílias monoparentais, famílias homoafetivas, a multiparentalidade e outras, tornam ainda mais evidente que seus membros muitas vezes precisem de procedimentos de Reprodução Asssitada para garantir que consigam se reproduzir e gerar descendentes, viabilizando seus sonhos e projetos neste sentido, e acarretando a necessária intervenção do Estado e do Direito para que isto ocorra.

Não é demais afirmar, assim, a partir, justamente, da amplitude e da abrangência das “novas famílias”, que a todos deve ser garantido o direito a ter uma família, em configuração pertinente à esfera íntima e privada de cada um.

⁸² FACHIN, Luiz Edson, **Famílias constitucionais**.

Capítulo 3. A garantia constitucional do direito ao planejamento familiar.

3.1 O direito ao planejamento familiar como expressão máxima dos direitos reprodutivos.

Já foi destacado acima que a CF, no artigo 226, parágrafo 7, garante o direito ao planejamento familiar, como livre expressão do princípio da autonomia da vontade privada de cada um dos integrantes de uma família e da dignidade inerente a todos os seres humanos⁸³.

Em idêntico sentido dispôs o artigo 1.565, parágrafo 2, do CC⁸⁴, que também atribuiu ao Estado a tarefa de propiciar meios educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Em outras palavras, a CF e o CC reconheceram e respeitaram a vontade de todas as pessoas em relação à formação e à configuração de suas respectivas famílias, tema muito sensível e pertinente à esfera mais íntima e privada de cada um de nós. Ao Estado, foi atribuída a proteção a esta escolha individual, desde que isso não signifique interferência direta na decisão de cada um.

Note-se que tais considerações estão alinhadas com o comentado no Capítulo 2 acerca da proteção estatal à família.

Neste sentido, o direito ao planejamento familiar também revela-se em dois aspectos simultâneos e complementares.

O primeiro destes aspectos que se completam é a garantia de acesso à informação e aos meios adequados para que cada pessoa possa de fato conceber e planejar a formação de sua família, o que significa, por exemplo, a informação sobre como decidir o melhor momento para iniciar uma gravidez, como evitá-la, se esta for indesejada, inclusive com o acesso a meios contraceptivos, e à melhor forma de decidir e determinar o espaçamento entre uma gestação e outra, caso se decida pela

⁸³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, artigos 226, parágrafo 7. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2025. Acesso em 17.1.2025.

⁸⁴ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2.002**. Institui o Código Civil (CC). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 1.12.2025

presença de um ou mais filhos. Este é o comando normativo a ser extraído da primeira parte do parágrafo 7 do dispositivo constitucional.

O segundo destes aspectos, por sua vez, reside em que, se por um lado compete ao Estado contribuir para o planejamento da família, na forma exposta, por outro, esta contribuição jamais poderá significar o exercício de qualquer controle demográfico, tanto no sentido de impor, como no de restringir, a escolha de cada ser humano a respeito dos filhos que desejam ou não ter.

O Relatório da Conferência do Cairo, já diversas vezes citado, incluiu o direito ao planejamento familiar como elemento essencial de seu programa de princípios e ações. Este ponto é afirmado expressamente em seu item 7.12, que dispõe, ainda que a responsabilidade pessoal de cada um nesta matéria decorre justamente da informação adequada e suficiente sobre este tema, que deve lhe ser obrigatoriamente fornecida pelos órgãos governamentais⁸⁵.

Se até agora procuramos sustentar que a realização do desejo de ter filhos é um desdobramento do direito à felicidade, também não podemos ignorar, no sentido oposto, que engravidar involuntariamente, ter filhos não desejados ou, mesmo, o excesso de filhos, também podem ser fonte importante de infelicidade e frustração para muitas pessoas.

Como já dito, deve prevalecer, em relação a este tema, o princípio da autonomia da vontade privada, que tem como um de seus principais desdobramentos, justamente, a possibilidade de se decidir, de forma íntima e pessoal, se se quer ou não ter filhos, quantos estes serão e em que espaço de tempo.

Mais do que isso, tal desejo e a decisão a ele correspondente estão relacionados à realidade concreta de cada um.

⁸⁵ **Relatório da Conferência do Cairo.** Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 24.1.2025. Dispõe o item 7.12 do Relatório: *7.12 O objetivo de programas de planejamento familiar deve ser o de capacitar casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e a ter a informação e os meios de assim o fazer e assegurar opções conscientes e tornar disponível toda uma série de métodos eficientes e seguros. O sucesso de programas de educação da população e de planejamento familiar, numa variedade de circunstâncias demonstra que o indivíduo informado pode agir e agirá, em toda parte, com responsabilidade, de acordo com as suas próprias necessidades e das necessidades de sua família e da comunidade. O princípio da livre escolha consciente é essencial ao sucesso em longo prazo de programas de planejamento familiar. Não há lugar para qualquer forma de coerção. Em toda sociedade há muitos incentivos e desestímulos sociais e econômicos que afetam decisões”.*

Esta afirmação apoia-se no voto do Ministro Celso Mello, à época no Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn, de n. 3.510, ao decidir pela constitucionalidade da chamada “Lei de Biossegurança”, em matéria que será melhor examinada no Capítulo 4 deste Trabalho, mas que trata da prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e da autonomia da vontade, em se tratando do planejamento familiar – leia-se, “famílias” - no Brasil⁸⁶, exatamente na perspectiva que estamos considerando neste momento.

É de se notar, ainda no que diz respeito à decisão referida, e conforme será melhor explicado mais adiante, que embora esta se refira à utilização de células embrionárias em pesquisas científicas, não deixou de mencionar expressamente que *“A opção do casal por um processo “in vitro” de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional”*, ou seja, que também tem como base o princípio da autonomia da vontade e o direito constitucional ao planejamento familiar.

A nosso ver, a afirmação do STF, acima apontada, constitui precedente importantíssimo para a configuração do Direito à Reprodução Assistida, mas também que este deve ir ainda além, na medida que deve ser garantido pelo Estado a todos os que dele necessitem.

⁸⁶ **BRASIL. STF. Decisão da ADI 3.510-0** -Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>. Acesso em 20.1.2025. *V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo “in vitro” de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou “in vitro”. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º) , aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF) . Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226)”*.

Neste sentido, não se trata apenas de garantir aos cidadãos a opção pela utilização de técnicas de RA quando estas se fazem necessárias, mas, também, de permitir o acesso efetivo a tais técnicas.

PIOVESAN sustenta a consolidação dos direitos reprodutivos como direitos humanos fundamentais, ao mesmo tempo em que propõe a ampliação de sua abrangência, para que estes possam compreender a ampla e cada vez mais diversificada esfera dos direitos e garantias relacionados à reprodução e à sexualidade humanas⁸⁷.

PIMENTEL também entende que os direitos reprodutivos estão incluídos entre os direitos fundamentais da pessoa humana, considerando ainda que estes devem estender-se às relações familiares e à intimidade doméstica, assim como à garantia do pleno desenvolvimento pessoal de cada indivíduo.

Mais do que isso, o direito ao planejamento familiar é importante mecanismo de garantia dos direitos das mulheres, na medida em que, na maioria das vezes, são estas as mais afetadas pela ocorrência de gravidezes indesejadas e do consequente excesso do número de filhos.

Afirma esta Autora, destacando a importância de uma abordagem garantista da problemática concernente à reprodução humana e estendendo-as para todo o universo de direitos das mulheres:

(...) os direitos humanos devem abarcar, apesar da invisibilidade que ainda os cerca, as brutais questões relativas às violências doméstica e familiar; sexual, moral, psicológica e patrimonial, como também, dentre outras, a problemática da reprodução humana que exige uma abordagem que garanta o exercício dos direitos individuais de todos e, especialmente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.⁸⁸

Porém – e sem qualquer ressalva à importância destas colocações -, seguimos notando que as definições acima geralmente conceituam e examinam os direitos reprodutivos sob o prisma da informação acerca da evitação, organização ou

⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. Ed. São Paulo, Max Limonad, 2003, p. 242.

⁸⁸ PIMENTEL, Sílvia. Convenções de direitos humanos sobre direitos da mulher. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/527/edicao-1/convencoes-de-direitos-humanos-sobre-direitos-da-mulher>. Acesso em 17.1.2025.

espaçamento das gestações e/ou do número de filhos, o que, claro, concerne diretamente ao direito ao planejamento familiar, como já destacado anteriormente.

Neste sentido, e considerando todo o já exposto, consideramos que a intervenção do Estado se faz igualmente necessária para que os Direitos Reprodutivos incluam o acesso aos tratamentos necessários àqueles que desejam ter filhos e não podem ou conseguem.

Em outras palavras, mas ainda neste sentido, que não se trataria, aqui, unicamente do acesso à informação necessária mas, mas do que isso, às técnicas de RA propriamente ditas.

Parece-nos que, embora a aceção do direito ao planejamento familiar, na forma aqui proposta, extrapole aquilo que vem se consolidando do ponto de vista doutrinário, é razoável e constitucionalmente válido que se amplie a conceituação do mesmo direito, a fim de que ele abranja também o acesso aos métodos e procedimentos que auxiliam e viabilizam a reprodução humana.

E não, apenas, aproximadamente na linha do. que mencionamos acima sobre a decisão do STF na ADI de n. 3.510-0, sobre o direito a decidir livremente pela Reprodução Assistida no sentido de iniciar ou aumentar o número de filhos em uma determinada família.

O Relatório da Conferência do Cairo também traz várias menções expressas às técnicas de Reprodução Assistida, mencionado os procedimentos de inseminação artificial e fertilização *in vitro*, e afirmando não apenas a garantia de acesso, na forma que sustentamos neste momento mas, igualmente, o respeito aos padrões éticos aplicáveis⁸⁹, haja vista todas as questões desta natureza relacionadas ao assunto, as quais, embora difíceis, não podem impedir que o tema seja devidamente debatido e tratado também pelo Direito, como, inclusive, abordaremos mais adiante.

⁸⁹ **Relatório da Conferência do Cairo.** Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 24.1.2025 Vejamos o item 7.17 da Conferência do Cairo, que inclui expressamente o tratamento de fertilização *in vitro* entre suas diretrizes: “7.17 Os governos, em todos os níveis, são instados a instituir sistemas de acompanhamento e avaliação de serviços ao usuário com vista a identificar, evitar e controlar abusos de administradores e provedores de planejamento familiar e a assegurar uma contínua melhoria na qualidade dos serviços. Para esse fim, devem assegurar a conformidade com os direitos humanos e com os padrões éticos e profissionais na prestação de serviços de planejamento familiar, e relativos a saúde reprodutiva com vistas a assegurar o consentimento responsável, voluntário e consciente e também à prestação de serviço referente. Técnicas de fertilização *in vitro* devem ser usadas de acordo com as devida diretrizes éticas e padrões médicos”.

Assim, com base em tais informações, entendemos que é possível e desejável uma ampliação do entendimento acerca do direito ao planejamento familiar, a fim de garantir o acesso às técnicas de Reprodução Assistida recomendáveis a cada caso, respeitados os limites éticos e jurídicos e os outros princípios constitucionais passíveis de aplicação inclusive para a definição de seus contornos e limites.

3.2 O planejamento familiar sob a ótica da Lei n. 9.263.

Na linha do que vimos tratando até agora, e buscando, justamente, dar efetividade ao direito ao planejamento familiar, a Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996⁹⁰, buscou disciplinar este direito, também do ponto de vista infraconstitucional.

Os artigos 1 e 2 da Lei do Planejamento Familiar afirmam, como não poderia deixar de ser, que todas as pessoas, homens, mulheres e/ ou casais, terão acesso a este direito, de forma a que, ainda em seus termos, homens, mulheres e casais possam acessar igualmente ações de constituição, limitação ou aumento do número de filhos.⁹¹

Além deste, o artigo 9 da Lei do Planejamento Familiar menciona o direito de todos ao acesso a métodos de concepção e contracepção cientificamente aceitos, e desde que não coloquem a vida de seres humanos em risco⁹².

Note-se, neste ponto, a menção também a métodos de concepção, o que poderia ser um indicativo de que métodos de Reprodução Assistida estariam incluídos entre eles.

⁹⁰ BRASIL. **Lei n. 9.263, de 12.1.2996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#art226%C2%A77. Acesso em 17.1.2025.

⁹¹ BRASIL. **Lei n. 9.263, de 12.1.2996**. Dispõe o art. 2 da Lei: *Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se 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*”. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#art226%C2%A77. Acesso em 17.1.2025.

⁹² BRASIL. **Lei n. 9.263, de 12.1.2996**. Dispõe o art. 9º da Lei n. 9.263: *Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#art226%C2%A77. Acesso em 17.1.2025.

Embora tenha se referido também à possibilidade de aumento de número de filhos, em seu artigo 2 e ao acesso a métodos de concepção e contracepção, em seu artigo 9, como citado, também é correto afirmar que a Lei n. 9.263 silenciou sobre a tarefa de trazer algum tipo de tratamento legislativo ao acesso aos tratamentos de reprodução assistida, cabendo-nos destacar, justamente, que não há nenhuma menção expressa da Lei n. 9.263 a este tema específico.

Na nossa visão, o silêncio da Lei do Planejamento Familiar acerca do Direito à Reprodução Assistida não é um indicativo de que este Direito não existe no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, mas, mais uma vez, apenas que ele não foi devidamente disciplinado do ponto de vista legal, como vimos sustentando ao longo deste trabalho⁹³.

3.3 A paternidade responsável.

Não há direito absoluto ou ilimitado ou, em outros termos, não há direito sem a obrigação correlata.

A aplicação dessa premissa ao tema deste tópico contribui para esclarecer as disposições do texto constitucional acerca do direito ao planejamento familiar, dado que, nos exatos termos da CF, este direito não dispensa que seu exercício se dê conjuntamente com a o exercício da paternidade responsável, nos termos do artigo 226, parágrafo 7, da CF, já citado.

Neste sentido, parece-nos correto afirmar a existência de um dever constitucional, relacionado justamente ao direito ao planejamento familiar. Isto porque, a CF, ao atribuir ao Estado o dever de orientar, informar e auxiliar as pessoas em todos os aspectos relacionados à reprodução humana, sobretudo naquilo que diz respeito à constituição de uma família com filhos, também não deixou de conferir aos beneficiários de tal direito a obrigação de exercê-lo de forma responsável.

E, isto, não apenas no que diz respeito ao início da constituição de uma família, mas também durante todo o tempo em que esta família perdurar.

De uma certa forma, trata-se de mais um desdobramento do exposto no Capítulo 2, acerca das duas faces da participação do Estado em relação ao núcleo

⁹³ Mais adiante, mencionaremos os PLs que buscam solucionar esta lacuna legislativa.

familiar, quais sejam: ao mesmo tempo em que o Estado deve garantir a todos o direito a uma família, pode, também, interferir para que esta família respeite os princípios e direitos fundamentais, inerentes ao Estado democrático.

No presente caso, tal interferência deve se dar na busca de que a paternidade seja exercida de forma informada e responsável, inclusive para que a própria família possa persistir e prevalecer.

O direito ao planejamento familiar, coroado pelo necessário exercício da paternidade responsável, também é fundamento para decisões do STF, que o encara justamente sob esta ótica de uma via de “mão dupla”, ou seja, ao mesmo tempo em que compete ao Estado disponibilizar os meios à informação adequada, tal informação não pode ser ignorada ou mal utilizada pelas pessoas que decidem ter filhos, cabendo-lhes, justamente porque foram devidamente informadas, exercer a paternidade de forma segura e criteriosa.

Exemplo de decisão do STF neste sentido é a proferida em caráter de Repercussão Geral – Tema 622, no julgamento de RE relatado pelo Exmo. Min. Luiz Fux, em que a tese que prevaleceu acerca da possibilidade de reconhecimento jurídico da multiparentalidade, biológica e afetiva, permitiu a simultaneidade da existência de dois pais e/ ou de duas mães, como inclusive já mencionado no Capítulo 2 deste Trabalho.

Mais do que isso, a decisão em questão reafirmou que a entidade familiar, independentemente da forma de sua constituição, deve também ser exercida sob a ótica da paternidade responsável⁹⁴.

⁹⁴ **BRASIL, STF. Decisão do tema 622.** Disponível em [//portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp](http://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp). Acesso em 21.1.2025. A ementa desta decisão está assim redigida e a destacamos por condensar vários dos princípios examinados nos dois últimos Capítulos deste Trabalho: *Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento.* - grifamos.

Em outras palavras, e ainda segundo o entendimento do STF, ao Estado não compete interferir ou decidir quem ou quantos podem vir a ser os pais de uma pessoa, mas, todos eles, devem exercer est função responsabilmente.

3.4 Considerações adicionais sobre o Capítulo 3.

Apresentadas tais considerações sobre o direito ao planejamento familiar, é de se notar também que este trabalho se destina especificamente à garantia do direito das pessoas a conceberem os filhos que desejam ter, quando encontram dificuldades para tanto. Apesar disso, não se deve ignorar a realidade concreta de muitas pessoas, homens e mulheres, que simplesmente decidem não ter filhos, por razões que também competem exclusivamente à autonomia privada de cada um e que, justamente por isso, devem ser respeitadas.

O que não se pode considerar razoável, a nosso ver, e como vimos sustentando neste trabalho, é que a decisão por não ter filhos não seja uma escolha de natureza íntima e pessoal, mas uma imposição decorrente da impossibilidade de acesso aos tratamentos médicos que poderiam vir a viabilizar a concretização de um desejo nesse sentido. Ou seja, a situação das pessoas que simplesmente decidem não ter filhos não se confunde com a das que desejam fazê-lo, mas não conseguem.

É justamente neste sentido que consideramos que o direito ao planejamento familiar deve se sustentar em relação ao Direito à Reprodução Assistida, ou seja, que este deve servir como fundamento para que o acesso à Reprodução Assistida possa ser efetivado, não bastando, para tanto, o acesso à informação qualificada, ainda que, claro, esta seja de suma importância.

De qualquer forma, e mesmo que a existência crescente de casais e famílias que não desejam ter filhos nos leve a algum grau de reflexão, esta reflexão não altera a consideração de que o Estado não pode interferir nas escolhas individuais, mas, ao contrário, deve viabilizá-las, sejam elas quais forem, e desde que respeitados os limites jurídicos pertinentes a cada uma das situações.

Mais adiante, examinaremos também, de forma mais detida, o direito ao planejamento familiar no que concerne a formações familiares monoparentais ou homoafetivas, extrapolando, nesse sentido, a ideia inicialmente concernente à decisão

sobre o número ou espaçamento dos filhos. Sob esta ótica, o direito ao planejamento familiar deve incluir, também, a decisão sobre a formação da família sob qualquer configuração – aí incluídas as monoparentais e homoafetivas – como também já tratamos no Capítulo 2 e, mais do que isso, incluir em famílias constituídas desta forma a presença dos filhos.

Capítulo 4. Questões controvertidas relacionadas ao Direito à Reprodução Assistida.

Todo o acima exposto caminhou no sentido do reconhecimento jurídico do Direito à Reprodução Assistida do ponto de vista de sua fundamentação constitucional.

Porém, as dificuldades decorrentes da ausência de legislação federal – e da consequente limitação com que se depara o operador do Direito ao tentar valer-se unicamente dos princípios constitucionais a ele relacionados - dizem respeito não apenas ao reconhecimento do mesmo direito, mas à sua aplicação às diversas situações controvertidas a ele relacionadas.

Passamos a apontar neste Capítulo algumas destas questões, não com a finalidade de esgotá-las - o que, claro, seria francamente impossível em um Trabalho como o presente - mas, sim, visando contribuir para a apresentação do tema de uma forma mais concreta do ponto de vista da operação do Direito, o que também reforça a necessidade de melhor disciplinamento do assunto do ponto de vista infraconstitucional.

Além disso, buscaremos demonstrar também como os princípios constitucionais citados, ao mesmo tempo em que fundamentam o Direito à Reprodução Assistida, contribuem, também, para a solução dos problemas jurídicos detectados. Neste sentido, ainda que tais princípios dependam da atuação do legislador para uma solução mais adequada, servem como sustentação também para a resolução das controvérsias que o legislador até agora não resolveu.

Dito isso, não podemos deixar de destacar a existência de diversos PLs que tramitam perante o Congresso Nacional, e não deixam de demonstrar o interesse dos congressistas em relação à garantia e o disciplinamento do Direito à Reprodução Assistida do ponto de vista legal. Neste sentido, apontamos o PL 5.624/2.005, PL 4.892/2.012, PL 115/2.015, estes três visando a criação de um marco legal para a reprodução assistida, e o PL 4.224/2.023, que visa garantir o acesso aos tratamentos de RA a famílias monoparentais e a uniões homoafetivas⁹⁵.

⁹⁵ BRASIL. **PL 5.624/2.005**. Câmara dos Deputados. 2.005, de autoria do Deputado Neucimar Fraga. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra. Acesso em 22.1.2.025.

Porém, e até onde pudemos constatar, não há previsão para que tais PLs avancem e sejam discutidos e votados, reduzindo, assim, ao menos parte da controvérsia e dos problemas jurídicos com que vimos nos deparando.

O primeiro item deste Capítulo visará aprofundar o enquadramento das premissas deste trabalho, para fins de aplicação às questões controversas a ele pertinentes. Serão apresentadas, assim, as principais técnicas de Reprodução Assistida utilizadas no Brasil, bem como comentários complementares ao que já foi sucintamente apontado acerca dos princípios e normas da Bioética e da Resolução CFM n. 2.320/2.022.

É a partir destes conceitos, bem como dos princípios constitucionais já enumerados, que esperamos contribuir para o panorama do Direito à Reprodução Assistida no Brasil também no que diz respeito à solução das questões jurídicas apontadas.

4.1 Aspectos complementares à Reprodução Assistida.

4.1.1 Principais técnicas de Reprodução Assistida⁹⁶.

4.1.1.1 Reprodução Assistida via inseminação artificial.

A inseminação artificial (IA), também chamada de inseminação intrauterina, é uma técnica de Reprodução Assistida em que os espermatozoides são

BRASIL. **PL 4.892/2.012**. Câmara dos Deputados. 2.012. De autoria do Deputado Eleuses Paiva. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra. Acesso em 22.1.2025.

BRASIL. **PL 115/2015**, de autoria do Deputado Federal Juscelino Filho. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em 17.1.2024.

BRASIL. **PL 4224/2023**, de autoria da Deputada Federal Erika Híltton. Altera a Lei n° 9.263, de 12 de janeiro de 1996, para garantir aos casais homoafetivos e às famílias monoparentais o direito ao planejamento familiar, por meio de procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do Sistema Único de Saúde, e dá outras providências. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=238436>. Acesso em 17.1.2024.

⁹⁶ As informações deste item foram obtidas no *site* da Associação Brasileira de Reprodução Assistida (ABRA). Disponível em: <https://sbra.com.br/sobre-a-sbra-pacientes>. Acesso em 17.1.2025.

inseridos na cavidade uterina mediante a utilização de um cateter, considerando, ainda, o período de ovulação e maior probabilidade de fecundação. Assim, a fertilização acontece dentro do corpo da mulher, da mesma forma que teria ocorrido em uma fertilização “natural”, mas é induzida pela injeção dos espermatozoides na forma mencionada.

Trata-se de um método relativamente menos invasivo, haja vista que não implica a extração dos óvulos do corpo da mulher, assim como a fecundação e eventual conservação de embriões em laboratório.

A relativa “simplicidade” desta técnica de RA tem levado a uma aparente popularização da denominada “inseminação caseira”, sobretudo para mulheres em união homoafetiva, e dados os custos desta prática em clínicas de fertilização *in vitro*. Este é um tema que certamente será alcançado pelo Direito em breve.

4.1.1.2 A Reprodução Assistida via Fertilização *in vitro* - FIV.

Mediante a denominada Fertilização In Vitro (FIV), a fecundação do óvulo pelo espermatozoide ocorre em ambiente laboratorial, ou seja, extrauterino, a fim de formar embriões que serão cultivados, selecionados e, só posteriormente, transferidos ao útero, em até catorze dias após a fecundação.

Nas situações em que este é o procedimento mais recomendado, a ovulação é estimulada por injeções de hormônios, o que implica controle criterioso do ponto de vista clínico, seja para a evitação de efeitos colaterais indesejáveis, seja para averiguar se de fato os óvulos alcançarão as condições adequadas para a fecundação vindoura.

Após esta etapa, os óvulos são extraídos do corpo da mulher para posterior fecundação com os espermatozoides obtidos de seu parceiro ou a partir de um doador. Em até catorze dias após a fecundação, os embriões assim formados são transferidos para o útero da mulher, que aguardará, então, a confirmação da gravidez.

Note-se desde já que é aspecto inerente a este procedimento a obtenção de muitos embriões – o qual frequentemente chega a mais de dez em um único ciclo de fertilização *in vitro*. Frequentemente, espera-se mesmo que isto ocorra porque a obtenção de diversos embriões aumenta as chances de sucesso do procedimento como

um todo, evitando que se deva fazer uma nova hiperestimulação ovariana em caso de fracasso, com a conseqüente evitação, também, dos efeitos colaterais daí decorrentes.

A existência de embriões considerados excedentários, ainda que intrínseca a este processo e desejável do ponto de vista clínico, também nos impõe perplexidades do ponto de vista jurídico sobretudo se consideramos que fatalmente uma parte destes embriões fecundados jamais será transferido ao útero, a fim de iniciar uma gravidez⁹⁷.

Como em qualquer tratamento e, mesmo, na reprodução natural, as chances de sucesso também são variáveis e dependem de múltiplos e complexos fatores em cada caso, relacionados, exemplificativamente, à idade da mulher, à qualidade de óvulos e espermatozoides, à existência de um ou mais problemas de saúde relacionados à fertilidade, no homem, na mulher ou em ambos, a compatibilidade entre o material genético do homem e da mulher e outros.

4.1.1.3 Injeção intracitoplasmática de espermatozoides – ICSI

A ICSI é uma variação da Fertilização *in vitro* e consiste em introduzir um único espermatozoide previamente selecionado dentro do óvulo e, desta forma, realizar a fecundação, para posterior transferência ao útero da mãe. Aplica-se, sobretudo, às situações em que a produção dos espermatozoides pelo homem é baixíssima.

4.1.1.4 Outras técnicas de Reprodução Assistida.

O coito programado, a gestação por substituição e a criopreservação de embriões também são consideradas técnicas de Reprodução Assistida.

4.1.2 Bioética, Biodireito e Reprodução Assistida.

A Bioética é uma ciência cujo conceito ainda precisa ser delimitado. Sem prejuízo, a cisão do vocábulo (“Bio”: vida e “Ética”) já nos indica que a Bioética a ciência que, ao fundir diversos ramos do conhecimento, relaciona-se especificamente à Ética da vida humana e dos demais seres vivos.

⁹⁷ V., adiante, tópico específico acerca da proteção jurídica do embrião excedentário.

Em outros termos, a nós parece que a existência de um ramo do conhecimento científico denominado como Bioética nos indica que não há como pensar nas grandes questões existenciais relacionadas à vida na Terra, sem uma Ética que nos apoie.

Usualmente, a Bioética tem sido compreendida como o ramo multidisciplinar ou, como preferimos, interdisciplinar, do conhecimento humano, voltado à intersecção entre questões filosóficas, existenciais, médicas e científicas, relacionadas, por sua vez, ao surgimento e ao fim da vida do homem e dos demais seres vivos.

Para SANTOS, a Bioética é uma Ética Aplicada, relacionada, sim, à vida e à saúde não só dos seres humanos, mas de todos os seres vivos, do meio-ambiente e dos ecossistemas⁹⁸.

DINIZ, em obra referencial sobre o assunto, afirma:

A Bioética deverá ser um estudo deontológico, que proporcione diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina, que giram em torno dos direitos entre a vida e a morte, da liberdade da mãe, do futuro ser gerado artificialmente, da possibilidade de doar ou de dispor do próprio corpo, da investigação científica e da necessidade de preservação de direitos das pessoas envolvidas e das gerações futuras.⁹⁹

E, mais adiante, a Autora avança em suas considerações para definir como, a partir da Bioética, tem se constituído também o que comumente vimos chamando como Biodireito. Mais uma vez como grande referência que é sobre o assunto, afirma:

... o Biodireito é um estudo jurídico que, tomando por fontes mediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.¹⁰⁰

⁹⁸ SANTOS, Maria Celeste Leite Cordeiro dos. Bioética. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito, Abril de 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/53/edicao-1/bioetica>. Acesso em 21.1.2025.

⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2018, 10. edição, 2. tiragem, p. 57.

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2018, 10. edição, 2. tiragem, p. 32.

No mesmo sentido, ALARCON¹⁰¹ afirma que o Biodireito se refere:

... ao estudo sistemático das dimensões morais – incluindo decisão, visão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde, atualizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar, objetivando solucionar questões provocadas pelo avanço das ciências biomédicas.

A confluência entre a Bioética e o direito constitucional também é bastante evidente, uma vez que este, como aquela, também está lastreado em princípios que guardam relação com a Ética, o que é evidentemente revelado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

ALARCON aponta, inclusive, os vínculos existentes entre a Bioética e o direito constitucional, destacando neste sentido: a proteção em comum da vida humana, a necessidade de eficácia das normas da Bioética e do direito constitucional; a equivalência de princípios que sustentam o relacionamento da Bioética e o direito constitucional; e a definição do bem comum como valor da Bioética e como finalidade do Estado Democrático de Direito¹⁰².

Concordamos com este Autor, no sentido de que, à toda evidência, a Bioética está diretamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, como já acima indicado em Capítulo próprio, pois a dignidade também está apoiada em uma Ética de respeito a todos os seres.

Neste sentido, e como procuramos sustentar no Capítulo 1 deste trabalho, o próprio reconhecimento do Direito à Reprodução Assistida está, também, relacionado à aplicação dos princípios da Bioética e à sua interligação com o direito constitucional, mais especificamente no que diz respeito aos princípios e garantias dos Direitos Fundamentais.

Além disso, a aplicação desta ideia à temática deste trabalho faz todo sentido, dado, por um lado, que a Reprodução Assistida se relaciona diretamente com as grandes questões humanas – veja-se, de início, as questões concernentes ao início da vida e à possibilidade de manipulação de embriões não apenas para fins reprodutivos, mas, também, para pesquisa e terapêuticos, como tratado mais adiante.

¹⁰¹ ALARCON, Pietro de Jesús Lora. Ob. cit., p. 151.

¹⁰² ALARCON, Pietro de Jesús Lora. Ob. cit., p. 151.

Ao mesmo tempo, os avanços da Medicina nos colocam questões sobre os limites do uso da tecnologia e da ciência quando diretamente relacionadas à vida humana. Exemplo clássico de discussão desta ordem é a chamada “clonagem humana”, proibida em todos os países de que temos conhecimento, justamente por representar uma interferência indevida no campo da reprodução e da identidade de cada ser.

À toda evidência, a normatização do assunto, não apenas, mas, igualmente, nos temas relacionados à Reprodução Assistida, em muito contribuiria para que este direito fosse devidamente aplicado dentro dos limites legais e éticos.

Disto isto, a aplicação da Bioética em matéria de reprodução assistida deve relacionar-se não apenas ao reconhecimento e à garantia deste direito, bem como à aplicação dos demais princípios e direitos constitucionais, mas, mais do que isto, aos limites e condições a que tal direito deve se submeter.

As questões apresentadas nos tópicos subsequentes estão diretamente relacionadas a este aspecto.

4.1.3 A Resolução CFM 2.320/2.022.

Em uma tentativa de normatizar os aspectos éticos e jurídicos relacionados à Reprodução Assistida no Brasil, o CFM já editou, e segue editando, uma série de normas a este respeito, de caráter deontológico e normativo. Atualmente, o diploma normativo em vigor sobre o tema é a já mencionada Resolução CFM 2.320/2.022 que, além de tratar do assunto de forma ampla, também revogou todas as disposições anteriormente vigentes sobre este tema e que se sucederam ao longo dos anos, tentando disciplinar este assunto.

Assim, o Preâmbulo da Resolução CFM n. 2.320/2.0222 define as atribuições da mesma norma e afirma seu compromisso com princípios éticos a serem necessariamente observados em relação ao tema, sobretudo no que diz respeito à atuação dos profissionais da área médica e de saúde como um todo, especializados em tratamentos e procedimentos deste tipo¹⁰³.

¹⁰³ CFM. **Resolução CFM 2.320, de 20 de setembro de 2022.** Disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em 19.1.2025. O Preâmbulo da Resolução CFM de n. 2.320/2022 estabelece: *O Conselho Federal de*

Do ponto de vista dos beneficiários de tais procedimentos, enquadram-se como pacientes potenciais das técnicas de Reprodução Assistida todos o que solicitarem o procedimento em razão de indicação médica confirmar, e não excedam os limites previstos na mesma Resolução, examinados mais adiante.

Note-se desde já que a Resolução CFM 2.320/2.022 permite a utilização de técnicas de reprodução assistida por uniões homoafetivas¹⁰⁴, com fundamento expresso na CF e no reconhecimento do tema pelo STF¹⁰⁵.

A Resolução CFM 2.320/2.022 também outros alcança questões controversas, do ponto de vista ético e jurídico, acerca da Reprodução Assistida, como a gestação por substituição, a fertilização *in vitro post mortem*, a reprodução heteróloga e outras, algumas delas tratadas mais adiante.

Desde já podemos consignar as vicissitudes relativas ao tratamento de um tema tão complexo em uma norma de caráter infralegal e, neste sentido, inclusive, precária, haja vista que poderá vir a ser revogada sem o devido debate no foro adequado, a nosso ver, o Congresso Nacional.

Com efeito, embora importantíssima, dado, inclusive, o “vácuo” legislativo sobre o tema, parece-nos que a Resolução CFM 2.320/2.022 é um ato normativo em certa medida vulnerável, justamente porque carece da força legislativa que seria recomendável e, até mesmo, impositiva, numa seara complexa como essa. Não é difícil cogitar, inclusive, que poderia ser questionada judicialmente em relação a sua legalidade e constitucionalidade, caso se argumente que viola princípios constitucionais ou legais aplicáveis ao assunto.

Neste sentido, a nosso ver, não apenas a conceituação da Reprodução Assistida e de seus métodos, mas, igualmente, as normas pertinentes ao tema e que se

Medicina adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida, sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância dos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos médicos, torna-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.”

¹⁰⁴ **CFM, Resolução CFM 2.320, de 20 de setembro de 2.022.** Disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em 19.1.2025. Dispõe o item III.2: “É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina.”

¹⁰⁵ BRASIL, STF. **Decisão proferida no julgamento conjunto da ADI 4.277 e ADPF 132.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 17.1.2025.

relacionam com à Bioética, deveriam ser veiculadas por lei federal, inclusive para que pudessem contar com o necessário debate legislativo, e não ficassem restritas a um órgão específico e diretamente vinculado a apenas um dos setores relacionados a este assunto, como é o CFM. Não nos parece difícil imaginar que o debate qualificado, integrado pelos diversos setores da sociedade interessados no tema, seria muito bem vindo e certamente acrescentaria à discussão.

Feitas tais apresentações, passamos então ao tópico principal deste Capítulo 4, referente aos aspectos controversos relacionados à Reprodução Assistida.

4.2 Aspectos jurídicos relacionados à reprodução heteróloga.

Diz-se “homólogo” o procedimento de Reprodução Assistida, em que o material genético envolvido, tanto masculino quanto feminino, provém dos futuros genitores do embrião que será fecundado. Não se faz necessário, portanto, o recurso a doadores de material genético, assim como aos bancos de óvulos e embriões.

Do ponto de vista jurídico e da Bioética, a Reprodução Assistida do tipo Homólogo também nos parece mais simples, haja vista que não coloca questões relacionadas à parentalidade e à filiação.

Assim, a Reprodução Assistida é considerada do tipo “heteróloga”, nos casos em que óvulos e espermatozoides são doados por terceiros.

A Resolução CFM 2.320/2.022 autoriza a doação de gametas e embriões, desde que não haja intuito lucrativo ou comercial e o anonimato dos doadores seja preservado. A doação entre parentes é permitida - e nesse caso o princípio do sigilo do doador é afastado – desde que não resvale em consanguinidade que implique risco ao ser humano que virá a ser criado¹⁰⁶.

¹⁰⁶ **CFM. Resolução CFM 2.320, de 20 de setembro de 2.022.** Disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em 19.1.2025. Dispõe o item IV da Resolução: “IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES 1. A doação não pode ter caráter lucrativo ou comercial. 2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas ou embriões para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos), desde que não incorra em consanguinidade. 2.1. Deve constar em prontuário o relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos. 2.2. A doadora de óvulos ou embriões não pode ser a cedente temporária do útero”.

O CC tratou do assunto, porém de forma indireta, dado que unicamente em relação à presunção de filiação nos casos em que o material genético masculino não pertence, originalmente, ao futuro genitor do embrião fecundado. De acordo com o artigo 1.597, inciso VI, do CC, os filhos havidos por fecundação heteróloga presumem-se concebidos na constância do casamento, desde que o marido tenha autorizado expressamente que o procedimento seja realizado mediante a utilização de material genético diferente do seu¹⁰⁷.

Por outro lado, em decisão inédita e recentíssima, o STJ julgou que há presunção de maternidade da mãe não biológica de uma criança gerada por inseminação artificial heteróloga, no curso de união estável homoafetiva, com base, justamente, em uma interpretação extensiva do referido artigo 1.597, inciso V, do CC. Em síntese, em uma união estável homoafetiva feminina, apenas uma das mulheres terá doado o óvulo, mas a outra também será considerada mãe da criança gerada desta forma.

Foi reconhecido, ainda, o direito de ambas as mães a inserirem seus nomes no registro de nascimento da filha gerada desta forma.

Do ponto de vista constitucional, a decisão proferida baseou-se, sobretudo, na garantia do direito ao planejamento familiar e, ao mesmo tempo, na melhor proteção à criança¹⁰⁸, superando, a nosso ver, e com base nestes princípios e nas outras decisões já citadas neste trabalho, posicionamentos marcados por preconceitos e visões conservadoras, muitas vezes desconectadas da realidade social envolvida.

4.3 A proteção jurídica do embrião humano excedentário.

O embrião humano ainda é, para muitos, uma entidade envolta em beleza e mistério, sobre a qual recaem considerações de ordem existencial, filosófica, moral

¹⁰⁷ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2.002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 19.1.2025. Dispõe o artigo 1597, inciso V, do Código Civil: Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: "(...); V - *havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido*".

¹⁰⁸ Notícia extraída do site do STJ em 22.11.2024, porém sem que fosse possível localizar o número do respectivo processo, haja vista a observância de "segredo de justiça". Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/17102024-Mae-nao-biologica-tera-seu-nome-no-registro-civil-da-filha-gerada-com-semen-de-doador>. Acesso em 26.1.2025.

religiosa. Ao mesmo tempo, o exame do tema também vincula-se à Medicina, à Ética e à Bioética, bem como, evidentemente, ao Direito e ao Biodireito, ângulos a partir dos quais evidencia-se a sua complexidade.

Nesse sentido, o advento e a popularização de métodos de Reprodução Assistida acrescentaram a todas estas camadas, já de difícil enfrentamento, uma outra dimensão, igualmente induzidora de dúvidas éticas e jurídicas. Isto porque, a possibilidade de fecundação de embriões em laboratório tem como consequência intrínseca e inevitável o surgimento de embriões considerados “excedentários”, vale dizer, embriões que “excedem” o número daqueles que serão efetivamente transferidos para o útero materno e que, justamente por isso, poderão até mesmo vir a perecer sem que tal transferência tenha ocorrido.

Note-se que estes embriões somente podem existir na medida em que resultam de procedimentos de FIV, nos quais ocorre a hiperestimulação ovariana, o que, justamente, promove um excedente de óvulos a serem fecundados¹⁰⁹.

Entendemos que não é possível tratar do Direito à Reprodução Assistida, na forma proposta por esse trabalho, sem enfrentar de alguma forma a proteção jurídica dispensada aos embriões excedentários.

Este item do nosso trabalho não se propõe, portanto, a examinar o estatuto jurídico do embrião humano fecundado em função de relações sexuais regulares, ou, mesmo da prática de inseminação artificial, porque este já estará, desde o momento inicial da concepção, inserido no corpo da mulher. Nossa proposta, neste trabalho, é a de examinar a proteção jurídica dispensada aos embriões gerados na atípica situação da fecundação em laboratório, que tem, entre outros efeitos, justamente a produção de um número maior do que o daqueles que serão transferidos ao útero para, potencialmente, iniciar uma gravidez.

Entendemos que este aspecto é importante porque, caso se possa considerar juridicamente válido que a esta espécie peculiar de embrião deve ser dispensada idêntica proteção à garantida às pessoas já nascidas ou, mesmo, ao feto

¹⁰⁹ No Brasil, a produção de embriões em laboratório não é permitida para qualquer outra destinação que não os tratamentos de Reprodução Assistida.

resultante do início de uma gravidez, os procedimentos de Reprodução Assistida poderiam restar, até mesmo, inviabilizados¹¹⁰.

Na reprodução dita natural ou espontânea, ou, mesmo, nos procedimentos de Reprodução Assistida do tipo da inseminação artificial, a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher e, assim, o embrião já está lá inserido desde o início, e lá se desenvolverá, permitindo e garantindo o início de uma gravidez, salvo outras intercorrências.

Situação diversa, porém, é a do embrião resultante de procedimentos de Fertilização *in vitro*, nos quais a fecundação ocorre em um ambiente artificial – a clínica de fertilização ou laboratório – e que é, portanto, externo ao corpo feminino.

Nesta situação, e como já referido, o embrião aguarda por alguns dias em laboratório, até que a transferência se dê. Feito isso, ainda serão necessários outros dias para que possa ser certificado que o embrião transferido ao útero de fato garantiu o início de uma gravidez.

A possibilidade de que embriões humanos sejam fecundados *in vitro* é um elemento de discriminação no que diz respeito à proteção jurídica a eles dispensada, uma vez que pressupõe sua permanência em laboratório por um lapso temporal anterior à transferência ao útero e, inclusive, o seu congelamento - sendo que, caso tal transferência não ocorra ou não seja congelado, o embrião perecerá.

Além disso, durante este período será possível detectar problemas em sua formação genética, mediante o chamado diagnóstico genético pré-implantacional, também a ser examinado mais adiante, impeditivos da garantia de início uma gravidez.

Por fim, e como já dito, este procedimento implica necessariamente um excedente de embriões cujo destino é incerto, excedente este que jamais ocorreria em uma situação de fecundação integralmente natural.

O embrião fecundado em laboratório não tem, portanto, a mesma imediata relação com o início da gravidez, dado que há um risco maior de perecimento ou inviabilidade.

¹¹⁰ Recentemente, a PEC 164/12, em trâmite perante o Congresso Nacional e já aprovada pela CCJ, pretende garantir o direito do embrião desde a concepção, com o potencial de renovar esta discussão inclusive em relação aos tratamentos de RA. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=543252>. Acesso em 27.1.2025.

É justamente em função dos riscos envolvidos em tal procedimento que, como regra médica e princípio deontológico, a realização de ciclos de fertilização *in vitro* inclui a ingestão de hormônios visando a hiperestimulação ovariana, produtora de maior quantidade de óvulos, os quais, por sua vez, também permitirão que um número potencialmente maior de embriões seja gerado e transferido ao útero. Com isso, elevam-se, também, as chances de que ao menos um de tais embriões venha de fato a gerar uma gravidez de sucesso¹¹¹.

Ao tratar do tema já em sua perspectiva jurídica, ROCHA afirma que a existência de embriões excedentários é inerente às técnicas de fertilização *in vitro* e visa, justamente, aumentar as chances de sucesso de tais procedimentos, que são custosos não apenas financeiramente, mas também do ponto de vista da saúde física da mulher¹¹².

Ainda segundo esta Autora,

Os embriões supranumerários, tecnicamente, podem ser: a) objeto de doação consentida a outra pessoa, para a sua implantação; b) objeto de destruição, quando não mais possível ou desejada a sua utilização pelos doadores; c) objeto de armazenamento para futura utilização, pelo método da criopreservação; d) objeto de utilização em pesquisa, transferindo-se a titularidade do direito do seu uso...”¹¹³

O argumento jurídico contrário à necessidade de surgimento de embriões excedentários em procedimentos de RA reside, assim e justamente, na inevitabilidade de que um ou mais deles venham a ser descartados antes da transferência ao útero materno.

Depois disso, e se de fato iniciada uma gravidez, esta somente será passível de interrupção que não por vias naturais, nos estritos casos em que o aborto é descriminalizado no Brasil – vale dizer, em casos de risco de vida para a mãe e de

¹¹¹ CFM. Resolução CFM 2.320, de 20 de setembro de 2.022. Disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em 19.1.2025. A este respeito, o item 7 da Resolução prevê que: “7. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, determina-se, de acordo com a idade: a) mulheres com até 37 (trinta e sete) anos: até 2 (dois) embriões; b) mulheres com mais de 37 (trinta e sete) anos: até 3 (três) embriões;”, o que, note-se, também se relaciona com a menor possibilidade de êxito do procedimento na medida em que a idade da mulher avança.

¹¹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, ob. Cit., p. 107.

¹¹³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, ob. Cit, pg. 108.

estupro, ambas as situações previstas no artigo 128 do CP¹¹⁴, bem como nos casos em que se constata, ainda durante a gestação, que o feto é anencéfalo, hipótese em que a interrupção da gravidez foi autorizada pelo STF¹¹⁵.

A Resolução CFM 2.320/ 2.022, evidentemente, não poderia autorizar o a destinação dos embriões à pesquisa se não estivesse amparada nos princípios constitucionais e na jurisprudência do STF, que tratou minuciosamente do assunto ao julgar a constitucionalidade do artigo 5 da Lei n. 11.105, a chamada “Lei de Biossegurança”, nos autos da ADI de n. 3.510-0¹¹⁶.

Desta forma, o presente tópico também examinará o assunto sob a ótica desta decisão, precedente importantíssimo e consolidado do STF, e que justamente por isso, mas também pela proibição do retrocesso, muito dificilmente virá a ser revertido algum dia.

Disto, passamos a examinar detidamente esta decisão, a fim de contribuir para nossas afirmações acerca do peculiar estatuto do embrião excedentário, que não dispõe do mesmo estatuto jurídico do embrião ou feto que desde o início encontra-se no corpo da mulher, bem como apontar os fundamentos para a posição contrária, manifestada, no caso, pelo voto do Exmo. Min. Menezes Direito.

4.3.1 A decisão proferida na ADI de n. 3.510-0.

O questionamento acerca da constitucionalidade do artigo 5 da Lei n. 10.105, de 24 de março de 2.005¹¹⁷ - chamada “Lei de Biossegurança” - motivou o ajuizamento ADI n. 3.510-DF.

¹¹⁴ BRASIL. Decreto 2.848, de 7.12.1940. Código Penal. Dispõe o artigo 128: “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; e II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 26.1.2025.

¹¹⁵ STF. Decisão da ADPF 54. A decisão do STF foi prolatada na ADPF 54, julgada em 12.4.2024, e relatada pelo Exmo. Min, Marco Aurélio Mello. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em 26.1.2025.

¹¹⁶ BRASIL. STF. Decisão na ADI 3.510-DF. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396>. Acesso em 17.1.2025.

¹¹⁷ BRASIL, Lei n. 11.105, de 24.3.2005., Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de

O julgamento e a decisão proferidas pelo STF foram consideradas pelo Ministro Ayres Brito, Relator do caso, como os mais importantes da história do STF, dada, justamente, a importância dos temas ali tratados e sua relevância para toda a humanidade. Por isso, e em consonância com o posicionamento do Min. Ayres Britto, transcrevemos a ementa da mesma r. decisão do STF:

Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5 da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de Biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação¹¹⁸.

É importante destacar que o artigo 5 da Lei da Biossegurança teve a constitucionalidade questionada justamente em razão da permissão, contida em seu bojo, no sentido de que os embriões excedentários, resultantes de procedimentos de fertilização *in vitro*, possam ser destinados às pesquisas com células-tronco, voltadas, por sua vez, ao tratamento de doenças degenerativas.

Foi questionado, neste sentido, se sua utilização em pesquisas representaria a violação da integridade intrínseca ao embrião e, mais do que isso, aos próprios princípios da dignidade e da vida humana.

janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. O artigo 5 está assim redigido: *Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.* Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em 17.1.2025.

¹¹⁸ BRASIL. STF. Decisão na ADI 3.510-DF. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396>. Acesso em 17.1.2025.

Isto posto, é importante ressaltar que não há, no Brasil, permissão legal para a produção de embriões destinados a outra finalidade que não a utilização em procedimentos de fertilização *in vitro*, e que visam, neste sentido, única e exclusivamente o início de uma gravidez¹¹⁹.

Neste sentido, é correto afirmar que a produção de embriões humanos em laboratório, com vistas a qualquer outra finalidade que não a reprodução da nossa espécie, viola o princípio da dignidade humana, nesse caso igualmente aplicável aos embriões, dado que tal prática representaria, em algum nível, a instrumentalização da vida, destinada em tal caso a outro fim que não a sua própria perpetuação. Este aspecto foi reiteradamente mencionado na decisão do STF ora comentada.

Este consenso é revelado pelas disposições da legislação e pela decisão do STF, conforme abaixo relatado. ALARCON afirma categoricamente que a produção de embriões unicamente para pesquisa seria, inclusive, inconstitucional¹²⁰.

Justamente por isso, portanto, o referido artigo 5 autoriza que os embriões excedentários, que não puderam ser utilizados em procedimento de fertilização *in vitro* anterior, sejam, então, encaminhados para pesquisa e, conseqüentemente, destruídos. A destruição dos embriões refere-se, portanto, à específica situação de extração de suas células para fins de pesquisa, finalidade esta considerada “nobre” e constitucionalmente assegurada.

Note-se, ainda neste sentido, que a destinação dos embriões à pesquisa deve contar com o consentimento expresso dos genitores, nos termos do artigo 5, parágrafo 1, da Lei de Biossegurança¹²¹.

A fim de que o julgamento referido concluísse pela constitucionalidade do artigo 5 da Lei de Biossegurança, os eminentes Ministros do STF foram obrigados a encarar justamente os aspectos constitucionais relacionados à proteção jurídica do embrião, considerando, inclusive, se estes já seriam pessoas, cuja vida estaria

¹¹⁹ **Resolução CFM 2.320, de 20 de setembro de 2.022.** Disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em 19.1.2025. Neste sentido, dispõe o item 6 da Resolução CFM 2.320/2.022: “É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana”.

¹²⁰ ALARCON, Piero de Jesús Lora. Ob cit.

¹²¹ BRASIL, **Lei n. 11.105, de 24.3.2005.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em 17.1.2025.

integralmente protegida, em uma interpretação ampla do direito à vida e do princípio da igualdade.

Caso se entenda que o direito à vida possui tal amplitude, de forma a aplicar-se igualmente a uma pessoa e a um embrião fecundado em laboratório, a utilização das células embrionárias - cuja retirada acarreta, na prática, a destruição do embrião¹²²-, não seria cabível sequer para fins de pesquisa na área médica, na forma prevista no artigo 5 da Lei de Biossegurança, e por isso este dispositivo teria que ser declarado inconstitucional.

A declaração de constitucionalidade do artigo 5 da Lei de Biossegurança, após amplo debate, que contou, inclusive, com representantes de diversos setores da sociedade civil envolvidos no assunto, resultou na afirmação de que embriões humanos merecem proteção jurídica, mas essa não é a mesma proteção destinada a uma pessoa e, nem mesmo, ao feto já instalado no útero. Além disso, foi considerado também, na forma acima exposta, que há uma diferença entre os embriões excedentários decorrentes de um processo de fertilização *in vitro* e aqueles decorrentes da concepção espontânea, já presentes no útero materno.

Para Débora DINIZ, citada pela r. decisão proferida, “... o *Direito protege diferentemente cada etapa da vida do ser humano, conforme Dworkin, no Livro Domínio da Vida.*”, devendo-se considerar, neste sentido, a proteção progressiva ou gradual da vida humana.¹²³

A decisão do STF afirma, assim, que o embrião conta com uma proteção jurídica intermediária, dado que, evidentemente, deve ser protegido pelo Direito, ainda que não da mesma forma que o feto ou que um bebê já nascido¹²⁴.

Um outro aspecto interessante da decisão proferida – e que aqui guarda estreita relação com o tema deste trabalho – é que justamente em razão do diferente tratamento jurídico dispensado aos embriões excedentários, que não pode ser o mesmo do dispensado a uma pessoa, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhum

¹²² Discutem-se técnicas sobre a retirada de células embrionárias sem que o embrião seja integralmente destruído, conforme, inclusive, mencionado às fls. 308 da decisão do STF.

¹²³ BRASIL. STF. **Decisão na ADI 3.510-DF**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396>. Acesso em 17.1.2025. Pagina 33 da decisão do STF., p. 33.

¹²⁴ BRASIL. STF. **Decisão na ADI 3.510-DF**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396>. Acesso em 17.1.2025. Decisão do STF, pg. 45.

dispositivo constitucional ou legal que obrigue que todos os embriões fecundados em laboratório sejam transferidos para o útero da mulher¹²⁵.

Em outras palavras, é inevitável que ao menos alguns destes embriões tenham destino diverso – e, neste ponto, a pesquisa com células tronco-embrionárias destaca-se justamente por sua nobreza de propósito, que parece superior, não apenas do ponto de vista ético, mas do Direito à Saúde como um todo, do que o descarte.

É de se notar, ainda nos termos da mesma decisão, não apenas esta mulher estaria em risco pelo excesso de embriões transferidos e/ ou pela cumulação de gravidezes indesejadas, mas, além disso, o próprio princípio constitucional do planejamento familiar e da paternidade responsável estariam sendo afrontados, haja vista que não seria possível planejar a gravidez e o número de filhos quando estes decorrerem de procedimentos de Reprodução Assistida, mesmo que se considere que algum grau de imprevisibilidade é inerente a tais procedimentos.¹²⁶.

O único voto dissonante no julgamento em questão – e neste ponto, inclusive, reside a riqueza desta discussão – foi proferido pelo Exmo. Min. Menezes Direito, que fez questão de externá-lo e de contribuir, assim, para o debate. Para este Ministro, o que se discutiu no STF, no âmbito de tal julgamento, é justamente o alcance constitucional do direito à vida. Para ele, extrair células-tronco do embrião, de forma a destruí-lo, viola o direito à vida, inviabilizando tal prática e tornando inconstitucional o artigo 5 da Lei de Biossegurança¹²⁷.

Para ALARCON:

a terapia genética com finalidades de corrigir vícios genéticos não só prestigia a valoração constitucional em vigor, mas também constitui uma obrigação do Estado, decorrente dos avanços científicos neste campo. É exigível do Poder Público a reintegração das condições adequadas de desenvolvimento daqueles afetados por doenças genéticas, na medida das possibilidades concretas da ciência.¹²⁸

¹²⁵ BRASIL. STF. **Decisão na ADI 3.510-DF**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396>. Acesso em 17.1.2025., pg. 49.

¹²⁶ BRASIL. STF. **Decisão na ADI 3.510-DF**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396>. Acesso em 17.1.2025. pg. 50.

¹²⁷ BRASIL. STF. **Decisão na ADI 3.510-DF**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396>. Acesso em 17.1.2025. Voto do Exmo. Sr. Min. Menezes Direito.

¹²⁸ ALARCON, Piero de Jesús Lora. Ob. cit., p. 242.

A nosso ver, a decisão proferida pelo STF sobre tema tão apaixonante acertou, seja ao não proibir as pesquisas, o que acabaria por revelar certo obscurantismo daquela Corte, seja por não impedir que as pessoas se valham dos benefícios de tais pesquisas, seja do ponto de vista do destino da pesquisa científica no Brasil, que se por um lado não pode prescindir de padrões éticos para avançar, por outro não poderia ser paralisada por questões relacionadas à destinação dos embriões excedentários.

Da mesma forma, demonstra que a proteção jurídica do embrião não é a mesma a ser dispensada ao feto ou a uma pessoa, o que igualmente favorece a conclusão de que não há óbice ao reconhecimento do Direito à Reprodução Assistida em virtude da eventual destruição de embriões excedentários.

4.3.2 O diagnóstico genético pré-implantacional.

Ainda no que diz respeito à proteção jurídica do embrião, examinamos o chamado “diagnóstico genético pré-implantacional”, que também visa, sobretudo, a prevenção de doenças e o pleno desenvolvimento do embrião, mas que, ao mesmo tempo, pode implicar a sua destruição, dada a faculdade atribuída aos genitores de descartá-los se constatadas doenças genéticas.

O tema também está contemplado pelo item VI da Resolução CFM 2.320/2.022¹²⁹.

Para HABERMAS (*apud* ANTUNES ROCHA), em tradução livre:

... a aplicação da técnica de pré-implantação está ligada à questão normativa de saber se o fato de “ter sido criado ‘sob reserva’ e de

¹²⁹ **CFM. Resolução CFM 2.320, de 20 de setembro de 2.022.** Disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em 19.1.2025. Este dispositivo está assim redigido: VI – **DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES** 1. *As técnicas de reprodução assistida podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças, podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s), devidamente documentada com consentimento informado livre e esclarecido.* 2. *As técnicas de reprodução assistida também podem ser utilizadas para tipagem do Antígeno Leucocitário Humano (HLA) do embrião, no intuito de selecionar embriões compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.* 3. *O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro é de até 14 (quatorze) dias”.*

não ter recebido o direito ao desenvolvimento e à existência antes de uma pesquisa genética, é compatível com a dignidade humana. Nós temos o direito de dispor livremente da vida humana, com finalidades de seleção? O diagnóstico pré-implantacional e a pesquisa sobre células-tronco são, um e outro, provenientes da perspectiva de autoinstrumentalização e ‘auto otimização’ que o homem está em vias de aplicar às fundações biológicas de sua existência, em um mesmo conjunto ‘correlativo’. Ou, talvez, poderá trazer à luz as trocas normativas tácitas entre a inviolabilidade da pessoa, pertencente à ordem do comando moral e o fato de ser objeto de uma garantia jurídica, e o fato que ela não pode dela dispor como bem dispuser, considerando sua imanação corporal intrínseca. Mesmo hoje, quando se considera o diagnóstico pré-implantacional, é bem difícil de respeitar a linha de demarcação entre a seleção de fatores indesejáveis a a otimização dos fatores desejáveis¹³⁰.

A posição de tão importante jusfilósofo merece ser respeitada, sobretudo em função dos riscos de a manipulação genética tornar-se uma panaceia, parecendo a solução para todos os problemas e vinculando-se a escolhas fúteis.

A nosso ver, porém, o diagnóstico genético pré-implantacional está de acordo com o entendimento do STF acerca da pesquisa de células tronco-embrionárias, sendo aceitável juridicamente neste sentido.

4.3.3 O caso Costa Rica.

Foi divulgada, no passado a existência de proibição legal expressa na Costa Rica, acerca da realização de procedimentos de Fertilização *in vitro*, haja vista, justamente, o risco de descarte ou perda indesejada de embriões. A Costa Rica foi considerada o único país do mundo que criminalizou o descarte de embriões, chegando ao ponto de qualificá-lo como homicídio.

¹³⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, Ob. cit., p. 109: Transcrevemos a citação no original, em francês: “à l’application de la technique de préim-plantation est liée la question normative de savoir ‘si le fait d’avoir été crée sous réserve et de n’avoir reçu le droit au développement et à l’existence qu’après une enquête génétique est compatible avec la dignité humaine.’ Avons-nous le droit de disposer librement de la vie humaine à des fins de sélection?”... “Le diagnostic préimplanta-toire et la recherche sur les cellules souches sont l’un et l’autre issus de la perspective de l’auto-instrumentalisation et de l’auto-optimisation que l’homme est sur le point d’appliquer aux fondations biologiques de son existence, dans un même ensemble corrélatif. Or voilà qui met en lumière l’échange normatif qui se joue tacitement en-tre l’invocabilité de la personne, qui est de l’ordre du commandement moral et fait l’objet d’une garantie juridique, et le fait qu’elle ne peut pas disposer comme elle le souhaite du mode naturel qui préside à son incarnation corporelle. Déjà aujourd’hui, en ce qui touche le diagnostic préimplantatoire, il est bien difficile de respecter la ligne de démarcation entre la sélection des facteurs indésirables et l’optimisation de facteurs désirables.”

Porém, esta situação, referida no processo *Artavia Murillo x Costa Rica*, foi julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2012, e o mesmo Tribunal declarou que os Estados-Partes da Convenção Americana possuem a obrigação de efetivarem políticas públicas que garantam o direito de acesso e uso da técnica de fertilização *in vitro* a toda a população¹³¹, não podendo restringi-los unicamente em razão da possibilidade inafastável de descarte de embriões¹³².

Consideramos que esta decisão é mais um precedente importantíssimo para as finalidades deste trabalho, justamente porque confirma o que vimos sustentando até agora no sentido de que as técnicas de reprodução assistida constituem um direito fundamental da pessoa humana, que não se sobrepõe ao destino dos embriões fecundados para esta finalidade específica, ainda que, eventualmente, parte deles possa vir a ser descartada.

4.3.4 O caso Alabama.

O Estado do Alabama aprovou a lei que garante a aplicação dos procedimentos de fertilização *in vitro*, após polêmica decisão de um juiz local, afirmando que embriões excedentários não poderiam ser destruídos, em função, justamente, de sua proteção integral desde a concepção. O caso assumiu tamanha repercussão que foi noticiado, até mesmo, pela mídia brasileira¹³³.

O caso causou grande comoção, em virtude dos riscos potenciais de processos em caso de descarte indevido de embriões ou, até mesmo, de criminalização dos profissionais da área médica envolvidos em tal prática.

O efeito da decisão, porém, acabou sendo, justamente, a mobilização popular e partidária, no sentido de evitar que decisões deste tipo, ainda que isoladas,

¹³¹ BRASIL. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Decisão proferida no caso : *Artavia Murillo x Costa Rica*. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em 27.1.2025.

¹³² MORAIS, Leonardo Stoll e Outros. Direito de Acesso e uso da Técnica de Fertilização In Vitro na Perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Revista de Direito Brasileira | São Paulo, SP**, v. 17, n. 7,

¹³³ FOLHA DE SÃO PAULO. **Alabama aprova projeto de lei para garantir acesso a fertilização in vitro**. Matéria divulgada em 24.2.2024. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2024/02/alabama-aprova-projeto-de-lei-para-garantir-acesso-a-fertilizacao-em-vitro.shtml>. Acesso em 17.1.2025.

pudessem inviabilizar o direito à reprodução das pessoas com problemas de fertilidade. Por essa razão, o Estado do Alabama acabou, depois deste evento, autorizando expressamente a realização de procedimentos deste tipo via legislação específica para tanto.

4.4 A reprodução assistida em famílias monoparentais e homoafetivas.

Em consonância com o que vimos tratando, o avanço da Medicina, sobretudo no que diz respeito às técnicas relacionadas à preservação e à doação de gametas e à fecundação *in vitro*, aliado ao reconhecimento jurídico das famílias monoparentais e homoafetivas, impõe igualmente questionar se as famílias constituídas apenas por um pai ou uma mãe, ou, ainda, por dois homens¹³⁴ ou duas mulheres, também possuem o direito de utilizarem-se das técnicas de RA a fim de realizar seu desejo de ter filhos.

Em casos como os ora mencionados, os procedimentos de RA são imprescindíveis não apenas por questões de saúde, mas, igualmente, para viabilizar uma gravidez que não poderia ocorrer sem interferência externa. A nosso ver, é nesse sentido, inclusive, que a Resolução CFM 2.320/2.022 inicia por afirmar que técnicas de RA podem ser utilizadas por razões “*médicas e não médicas*”¹³⁵.

Da mesma forma, e ainda em seus “Considerando”, a Resolução CFM 2.320/2.022, inclui, justamente, o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva, declarada pelo STF em decisão histórica e já reiteradamente mencionada acima, como um dos fundamentos de suas disposições e de sua aplicação¹³⁶.

A partir disso, a Resolução CFM autoriza expressamente a disponibilização dos métodos de RA às uniões estáveis homoafetivas femininas, mediante a denominada “gestação compartilhada”, em que o óvulo de uma das

¹³⁴ A Resolução CFM 2.320/2.022 não menciona a possibilidade de acesso a técnicas de reprodução assistida por dois homens, mas esta pode se dar mediante a doação de gametas e da utilização da gestação por substituição.

¹³⁵ Item 1.2 da Resolução CFM 2.320/2.022

¹³⁶ Consta do Preâmbulo da Resolução CFM 2.320/2.022: “(…) CONSIDERANDO o reconhecimento e qualificação como entidade familiar a união estável homoafetiva pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, ao julgar a ADI 4.277 e a ADPF 132;”

companheiras, fecundado com o espermatozoide de um doador, é transferido ao útero da outra. Esta situação está expressamente contemplada em seu item III.2¹³⁷.

O reconhecimento expresso acerca da aplicação das técnicas de RA às famílias homoafetivas é importantíssimo e, a nosso ver, está em consonância com as decisões do STF acerca do reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva, reiteradamente mencionadas ao longo deste trabalho¹³⁸.

Além disso, revela-se como garantia da aplicação do princípio da igualdade a este tema, uma vez que não parece haver razão jurídica válida para a discriminação destas famílias, privilegiando-se, apenas, os casais formados tradicionalmente por um homem e uma mulher.

Para esta afirmação, baseamo-nos na citação de BANDEIRA DE MELLO, contida ainda no Capítulo 1 deste Trabalho, em que o renomado Autor aponta, justamente, a necessidade de detectarmos e definirmos quem são os desiguais¹³⁹.

Mais do que isso, voltamos também ainda por esta vez à decisão do STF proferida na ADI de n. 4.277, em que foi afirmado, expressamente:

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do artigo 3 da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos'. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana 'norma geral negativa', segundo a qual 'o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da 'dignidade da pessoa humana: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade

¹³⁷ CFM, Resolução CFM 2.320, de 20 de setembro de 2.022. Disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em 19.1.2025. Dispõe o item III.2: "É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) óvulo(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira".

¹³⁸ BRASIL, STF. **Decisão proferida na ADI 4277**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 17.1.2025.

¹³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob., p. cit.

constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.¹⁴⁰

Feitas tais considerações, baseadas na aplicação do princípio da igualdade à possibilidade de utilização das técnicas de RA por mulheres em união homoafetiva, destacamos também a posição de SILVA NETTO, em interessante e recente trabalho e quem este Autor analisa a questão sob a ótica não específica da não discriminação do sexo ou gênero, mas do direito ao planejamento familiar e à impossibilidade de o Estado interferir na escolha íntima de cada um¹⁴¹.

Neste sentido, afirmamos que se trata de interpretação ampla da garantia do planejamento familiar também no que diz respeito a optar por uma família homoafetiva ou monoparental e nela incluir a presença dos filhos.

Isto posto, parece-nos por fim necessário – e, isto, sem qualquer crítica a sua importância para a definição da abrangência do Direito à Reprodução Assistida –, que Resolução CFM 2.320/2.022 é insuficiente para a garantia deste direito em relação a famílias monoparentais e homoafetivas, uma vez que outra Resolução do mesmo órgão poderia simplesmente vir a revogá-lo.

Mais uma vez, portanto, parece-nos que a existência de lei federal sobre o assunto é imperiosa, também por este motivo.

Neste sentido, inclusive, reiteramos a existência do PL 4.224/2.023¹⁴², e já referido na Introdução deste trabalho, parece oportuno e adequado justamente porque visa garantir o direito específico das famílias monoparentais e homoafetivas ao acesso às técnicas de RA.

¹⁴⁰ BRASIL, STF. **Decisão proferida na ADI 4277 e ADPF 132**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 17.1.2025.

¹⁴¹ SILVA NETTO, Manuel Camelo Ferreira da Silva. Planejamento familiar nas produções independentes e nas famílias homoafetivas: o acesso às técnicas de reprodução assistida para além da bi parentalidade heterossexual. In **Novas fronteiras da Reprodução Assistida. Acessos, Direitos e Responsabilidades**. BARBOSA, Heloísa Helena e ALMEIDA, Vítor. São Paulo: Ed. Foco, 2.024. p. 25.

¹⁴² V. Nota 95, acima.

4.4.1 O exemplo francês.

A França possui tratamento legislativo acerca do Direito à Reprodução Assistida, lá denominado “*Procréation médicalement assistée*”, desde 1.994, com a Lei 94.653.

Recentemente, e após muita discussão acerca do acesso a tratamentos do tipo, custeados pelo Poder Público, inclusive por mulheres solteiras e casais formados por uniões homoafetivas, foi publicado naquele país Decreto legislativo permitindo o acesso aos tratamentos de RA a todas estas mulheres, custeados pelo Poder Público, e independentemente da configuração familiar por elas integrada¹⁴³.

Também foi divulgado pelo Governo que o reconhecimento do acesso a tal direito foi acompanhado por um “pacote” de medidas visando a sua efetivação. São elas: i. a garantia de apoio financeiro suplementar aos denominados Centros de Assistência Médica à Procriação; ii. o desenvolvimento de uma grande campanha de doação de gametas e iii. o reconhecimento do direito à filiação de duas mulheres, em se tratando de união homoafetiva feminina.

4.5 A gestação por substituição.

A “gestação por substituição”¹⁴⁴, também chamada de “cessão temporária do útero” – e, muito popularmente, como “barriga de aluguel” -, está diretamente relacionada à Reprodução Assistida porque os pais que dependem do útero de outra mulher para gestarem seu filho não poderiam fazê-lo sem a possibilidade de fecundação do embrião em laboratório, para posterior transferência ao útero daquela que o cedeu. Neste sentido, é, em si, considerada, inclusive, uma técnica de RA para aqueles que dela necessitam, conforme já destacado no item 4.1.1.4, acima.

Basicamente, define-se a “gestação por substituição” como a cessão do útero de uma mulher a terceiros, de quem é recebido o embrião fecundado em um

¹⁴³ FRANÇA. **Agência de Informações do Governo Francês.** Disponível em: <https://www.info.gouv.fr/actualite/la-pma-pour-toutes-les-femmes-est-desormais-autorisee-en-france> . Acesso em 17.12.2025.

¹⁴⁴ Neste trabalho, vamos nos referir a esta realidade como “gestação por substituição”, por ser a nomenclatura amplamente majoritária nas referências que localizamos.

procedimento de fertilização *in vitro* ocorrido anteriormente. A cedente do útero gestará o embrião durante todo o período da gravidez e fará o parto da forma mais indicada do ponto de vista médico, entregando em seguida o bebê assim gestado a seus pais.

Em conformidade com esta realidade, a Resolução CFM 2.320/22 a autorizou expressamente, mas não sem limitar as situações e condições para que seja recomendada do ponto de vista clínico, bem como considerada juridicamente válida. Além disso, é necessário que a cedente do útero i) já tenha ao menos um filho no momento da realização do procedimento, ii) e que pertença à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo em até quarto grau. O assunto consta do item VI desta Resolução¹⁴⁵.

Além disso, no Brasil, a gestação por substituição não pode ter intuito lucrativo ou comercial¹⁴⁶, o que exclui *a priori* o termo popularizado como “barriga de aluguel”, situação em que a cessão do útero seria remunerada.

Não são poucas as questões jurídicas decorrentes da prática da gestação por substituição.

¹⁴⁵ **CFM. Resolução CFM 2.320, de 20 de setembro de 2.022.** Disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em 19.1.2025. Prevê o item VII: “As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de reprodução assistida para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista uma condição que impeça ou contraindique a gestação. 1. A cedente temporária do útero deve: a) ter ao menos um filho vivo; b) pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos); c) na impossibilidade de atender o item b, deverá ser solicitada autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM). 2. A cessão temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente. 3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações devem constar no prontuário da paciente: a) termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; b) relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos; c) termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; d) compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de reprodução assistida, públicos ou privados, com tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mulher que ceder o útero temporariamente até o puerpério; e) compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez; e f) aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável”.

¹⁴⁶ V. nota 146., item VII.2. A proibição à remuneração da gestação por substituição está em conformidade com a mesma vedação relativa à comercialização de qualquer parte do corpo humano, sob pena de violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, e naturalmente, porque, no dizer de Gérard Cornu (*apud* LIMA), em tradução livre, “... a reprodução assistida coloca em questão a unidade natural da maternidade”¹⁴⁷. Com efeito, concordamos que a primeira perplexidade trazida por esta figura reside, justamente, na separação física existente entre a figura da mãe do bebê e a gestante por substituição, que lhe cede seu útero e entrega o bebê ao final da gestação, sem com ele guardar qualquer relação de parentesco.

É de se notar, neste sentido, que a obrigação contratual da gestante por substituição, que deve ter sido devidamente informada e esclarecida e, inclusive, contar com a autorização de seu próprio marido ou companheiro para a realização de tal prática, é, unicamente, a de gestar e parir o bebê¹⁴⁸.

Segundo o CNJ, inclusive, o nome da parturiente sequer constará dos documentos de registro do nascimento da criança assim gestada, nos termos do artigo 513, parágrafo 1, do seu Código Nacional de Normas – Foro Extrajudicial¹⁴⁹.

Dito isso, parece-nos que as maiores dificuldades acerca deste assunto decorrem, justamente, da atipicidade do “contrato” celebrado entre a gestante por substituição e a mãe do bebê, contrato este que não encontra paralelo em outras modalidades contratuais existentes no Brasil.

Para SOUZA BARBOSA, esta atipicidade ainda poderia nos levar a considerar, inclusive, que o princípio da dignidade da pessoa humana poderia ser aplicado, em relação à gestação por substituição, não apenas no que diz respeito à ausência de remuneração válida para a realização desta prática, mas pela própria contratação em si, o que equivaleria a dizer que toda cessão do corpo humano, ainda que não remunerada, seria considerada indigna.¹⁵⁰

¹⁴⁷ LIMA NETO, Francisco Vieira. A Maternidade de Substituição e o Contrato de Gestação por Outrem. In **Biodireito, ciência da vida, os novos desafios**. Org. SANTOS, Maria Celeste Leite Cordeiro. São Paulo :Revista dos Tribunais, 2001, p. 132. Transcrevemos também a citação no original, em francês: “... la procréation médicalement assistée rémet en cause l’unité naturelle de la maternité.”

¹⁴⁸ V. nota 164, item VII.3.

¹⁴⁹ **CNJ. Código Nacional de Normas. Foro Extrajudicial**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/codigo-nacional-de-normas-da-corregedoria-nacional-de-justica-v6b-31-08-2023-1.pdf>. Acesso 17.1.2025. Dispõe o referido art. 513, parágrafo 1: “§ 1.º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação”.

¹⁵⁰ SOUZA BARBOSA, Amanda. A licitude da gestação de substituição no Brasil: atualizações a partir da Resolução CFM n. 2.294/2.021. **Revista Conversas Civilísticas**, Salvador, v. 1, n. 2, p. 1–19, 2023. DOI: 10.9771/rcc.v1i0.47532. Disponível em:

Neste sentido, é de se considerar, inclusive, o exemplo da Espanha, abaixo citado, na medida em que este país proíbe integralmente a gestação por substituição, em qualquer situação.

A nosso ver, qualquer contratação concernente à realização da gestação por substituição esbarra em uma questão essencial: os enormes problemas que viriam a ocorrer caso qualquer das partes contratantes, seja a mãe, seja a gestante por substituição, desista da realização do procedimento.

Como ficaria a situação de ambas e, ainda muito mais grave, da criança concebida desta forma, após o rompimento do acordo entre as partes neste sentido¹⁵¹?

Não nos parece haver, ainda, resposta jurídica adequada para questões deste tipo.

Até por isso, parece-nos, mais uma vez, que a autorização do CFM para tal prática, ainda que louvável e cuidadosa, é insuficiente para que se considere que o assunto está devidamente tratado do ponto de vista jurídico.

Já no que tange à questão da remuneração, a nosso ver mais simples de solucionar do ponto de vista jurídico, seguimos na mesma esteira de LIMA, para quem este contrato, ainda que válido em relação ao objeto, viria a ser nulo caso previsse a remuneração referida. Afirma o Autor que “... o contrato de gestação com compensação financeira não possui validade, sendo nulo por ser ilícito o seu objeto”¹⁵².

4.5.1 Gestação por substituição na Colômbia.

A Colômbia é um dos países da América Latina que parece estar em situação equivalente à do Brasil, no que diz respeito à gestação por substituição. Isso porque, ainda que a presença desta modalidade de reprodução seja inequívoca do ponto

<https://periodicos.ufba.br/index.php/conversascivilisticas/article/view/47532>. Acesso em: 23 jan. 2025.

¹⁵¹ Esta questão, a nosso ver de extrema importância, extrapola os limites do presente trabalho, mas aqui é apontada novamente como um exemplo das dificuldades de operação e da aplicação das técnicas de reprodução assistida.

¹⁵² LIMA NETO, ob.. p. cit.

de vista da realidade social, a disciplina jurídica do assunto é insuficiente, limitando-se ao reconhecimento em decisões judiciais, como a decisão 7-968/2009¹⁵³.

4.5.2 Gestação por substituição na Espanha.

Contrariamente ao que vimos apresentando neste tópico, a gestação por substituição é totalmente proibida na Espanha, em linha com o que mencionamos acima ao tratar do trabalho de SOUZA BARBOSA¹⁵⁴, no sentido de que toda e qualquer cessão de parte do corpo é ilegal, por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵⁵.

4.6 A fertilização *in vitro post mortem*.

A Resolução CFM permitiu a reprodução assistida *post mortem*, assim entendida como aquela em que o genitor faleceu em momento posterior à fecundação dos embriões em laboratório, mas anteriormente à transferência dos embriões ao útero feminino¹⁵⁶.

Esta situação pode ocorrer se os embriões fecundados forem inicialmente destinados à criopreservação ou congelamento, para transferência em um momento posterior ainda não definido ou, mesmo, na hipótese em que o genitor venha a falecer nos dias imediatamente subsequentes ao da fecundação, mas ainda antes da transferência dos embriões ao útero materno, uma vez que, como dito, a transferência

¹⁵³ HIGUITA, S. Jaramillo, & GÓMEZ RUA, Natalia. Eugenia. (2023). Gestación subrogada: un análisis de la regulación en algunos países de América Latina. *Estudios Socio-Jurídicos*, 25(2).

<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12781>, p. 3

¹⁵⁴ SOUZA BARBOSA, Amanda. Ob. cit.

¹⁵⁵ SANTIAGO, Juliana Faria. **Gestação por substituição: a ordem pública internacional e o melhor interesse do menor**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob a orientação da Professora Doutora Inez Lopes Matos Carneiro de Farias. 2020. Disponível em http://icts.unb.br/jspui/bitstream/10482/39024/1/2020_JulianaFariaSantiago.pdf. Acesso em 17.1.2025.

¹⁵⁶ **Resolução CFM 2.320, de 20 de setembro de 2.022**. Disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em 19.1.2025. Dispõe o item VIII da Resolução: “*É permitida a reprodução assistida post mortem, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente*”.

ocorre em média 12 (doze) dias após a fecundação em laboratório. A nosso ver, as duas situações devem ser tratadas de forma equivalente.

Do ponto de vista da filiação, o art. 1.597, inc. III, do CC, presume que as crianças nascidas por fecundação artificial homóloga são filhas do marido, mesmo que este já tenha falecido¹⁵⁷.

O item VIII da Resolução CFM 2.320/2.022 permite a RA *post mortem*, desde que haja autorização específica para a utilização do material biológico criopreservado, nos termos legais, inclusive após o falecimento do genitor¹⁵⁸. Ou seja, de acordo com esta norma, parece-nos que não basta que o genitor autorize o congelamento inicial dos embriões, para transferência futura, em data ainda não definida. É necessário que ele autorize, expressamente, a transferência dos embriões para o útero materno mesmo que venha a falecer antes disso.

Em consequência, o homem que se submete a um procedimento de fertilização *in vitro*, do qual resulta a fecundação de embriões com seu material genético, precisa autorizar, de forma expressa, que tais embriões por ele gerados sejam transferidos ao útero de sua esposa ou companheira, se esta assim o desejar, mesmo após a sua morte.

A complexidade deste tema motivou ampla discussão perante os Tribunais, em razão de necessárias considerações acerca da forma a ser adotada pela autorização prévia do genitor que vem a falecer posteriormente à fertilização dos embriões *in vitro*. O assunto chegou ao STJ por intermédio do REsp de n. 1.918.421-SP¹⁵⁹, no qual aquele Tribunal decidiu pela necessidade de Instrumento Público de autorização para a transferência de embriões *post mortem*.

Em artigo de nossa autoria, juntamente com LA TERZZA, comentamos que a exigência de Instrumento Público para a autorização acerca de a transferência dos embriões, após a morte do genitor, nos parece excessiva, seja porque não conta

¹⁵⁷ **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2.002..** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 1.12.2024. Dispõe o art. 1.597, inc. III: *Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.*

¹⁵⁸ 3. *Antes da geração dos embriões, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino dos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los.*

¹⁵⁹ BRASIL. STJ. Decisão proferida no julgamento do REsp 1.918.421-SP. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100242516&dt_publicacao=26/08/2021. Acesso em 25.1.2025.

com previsão legal, seja porque, no limite, impediria a viúva de gestar e parir os embriões que fecundou quando o genitor, seu marido, ainda estava vivo.

Neste sentido, comentamos, em análise ao voto-vencido, que:

Exigir instrumento público ou equivalente, neste sentido, representaria, segundo tal entendimento, criar exigência formal para a manifestação de vontade, que o próprio Código Civil não criou, o que acabaria contrariando, justamente, a interpretação correta dos dispositivos em questão. Mais do que isso, exigir tal formalidade, não prevista em lei, implicaria inviabilizar o direito da viúva-recorrida a gestar e parir os embriões que fecundou à época em que seu cônjuge estava vivo e com expresso consentimento desse e em relação aos quais detinha a custódia na forma prevista na documentação firmada com o hospital em que realizado o procedimento em questão. Sobre este ponto, é possível até mesmo afirmar que o voto-vencido não se revestiu da mesma tecnicidade do voto-vencedor, mas que, diante da situação concreta, qualquer exigência não prevista em lei sobre este tema parece-nos excessiva, se utilizada com o objetivo final de impedir a viúva de ser mãe¹⁶⁰.

Parece-nos, assim, que embora do ponto de vista normativo a fertilização *in vitro post mortem* esteja garantida, questões como a pertinente à autorização prévia do genitor podem dificultar ou, no limite, inviabilizar a sua realização.

Destacamos, ainda, que caso os embriões não sejam destinados à reprodução em razão da ausência de Instrumento Público prévio que autorize sua transferência *post mortem*, eles necessariamente teriam que ser descartados, a menos que, da mesma forma, houvesse prévia e expressa destinação à pesquisa em uma situação como essa.

Neste sentido, parece-nos que a exigência de uma formalidade deste tipo acabaria por se revelar como contrária ao espírito da norma, dado que a proteção excessiva à vontade do pai restringiria não apenas os direitos e desejos da mãe, mas a própria possibilidade de que aquele embrião viesse a se transformar mais adiante numa pessoa ou, mesmo, fosse nobilitado pela sua destinação à pesquisa.

¹⁶⁰ SILVEIRA, Marcela Vergna Barcellos e LA TERZZA, João Guilherme Perroni. Necessidade de autorização para a fertilização *in vitro post mortem*: comentário à decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.918.421-SP. In **Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) – Famílias e Sucessões**, n. 62 São Paulo, 2024, p. 182.

Parece-nos, inclusive, que esta situação representa verdadeira colisão de direitos fundamentais, dado que o direito do pai deveria prevalecer, inclusive, em relação ao da mãe e à pesquisa científica, assegurada pela decisão do STF na ADI de n. 3.510-0, reiteradamente citada ao longo deste trabalho.

Porém, e em que pese a nossa posição pessoal a respeito, alinhada com o voto-vencido da r. decisão proferida do STJ mencionada, o entendimento acerca da necessidade de Instrumento Público que autorize a *FIV post mortem* parece ser, mesmo, predominante, como inclusive já reconhecido em outros países e tratado a seguir.

4.6.1 A fertilização *in vitro post mortem* na Espanha.

A Espanha é um exemplo de país onde a realização da Fertilização *in vitro post mortem*, está legalmente autorizada, conforme consta do art. 9. da Lei 14/2.006.

O dispositivo em questão baseia-se no princípio de que é o “... *direito à procriação da viúva ou companheira o que deve prevalecer.*”, o que nos parece consonante com o que acima sustentamos acerca da decisão do STJ sobre o tema.

Por outro lado, mas também a exemplo do que ocorre atualmente no Brasil, é necessário documento público do falecido autorizando a transferência dos embriões pela viúva ou companheira.¹⁶¹

4.6.2. A fertilização *in vitro post mortem* no Uruguai

Em alentado estudo sobre o tema, GUZMAN¹⁶² aponta que, dentre os diversos países da América Latina pesquisados, o único que de fato regulamentou a fertilização *in vitro post mortem* foi o Uruguai, mediante a Lei n. 19.167/2.013, autorizando-a. Nos demais, a autorização para este procedimento após a morte do genitor é precária ou insuficiente, a exemplo, a nosso ver, do que ocorre no Brasil e foi comentado acima.

¹⁶¹ GUZMAN, Lozano, Jorge Armando; Takitane, Juliana. **Considerações jurídicas, éticas e médico-legais sobre a reprodução *post mortem* em alguns países da Ibero-América: revisão integrativa.** In: **Revista Latinoamericana de Bioética**, vol. 21, núm. 1, março 2021, Janeiro-Junho, Universidad Militar Nueva Granada

¹⁶² GUZMAN, Lozano, ob. cit.

Capítulo 5. Considerações finais.

A discussão que se buscou trazer não é livre de fatos e consequências do ponto de vista da vida cotidiana.

O reconhecimento do Direito à Reprodução Assistida, fundamentado na interação de princípios e garantias fundamentais já previstos na CF, na forma tratada acima, contribui para que todas as pessoas, de forma bastante abrangente, tenham acesso aos tratamentos de que necessitam para realizar o sonho de engravidar e ter filhos.

E, isso, tanto do ponto de vista da concretização de políticas públicas que visem ampliar e garantir o acesso a este direito, mas, também, a fim de permitir que decisões judiciais ou, mesmo, normas restritivas de direitos, sejam evitadas ou, se necessário, possam ser declaradas inconstitucionais pelo STF.

Não é justo, digno ou, mesmo, saudável, impedir que aos seres humanos que desejam formar uma família seja negado o acesso ou, mesmo, admitidas restrições a esse desejo, por decisões questionáveis sob o ponto de vista da fundamentação jurídica ou, mesmo, não devidamente discutidas.

Nesse sentido, decisões como a acima noticiadas, acerca de o risco de descarte de embrião ser elemento inviabilizador do procedimento de Fertilização *in vitro* não nos parece razoável, se realizada necessária ponderação acerca dos princípios que garantem o acesso à reprodução.

Da mesma forma, alterações que já vêm sendo sentidas e detectadas no mundo todo e, inclusive no Brasil, como o envelhecimento da população e a queda nas taxas de fertilidade, também nos permite vislumbrar um futuro próximo em que tratamentos de Reprodução Assistida se tornem cada vez mais necessários.

Por outro lado, o desejado e bem-vindo reconhecimento deste direito, com o consequente maior acesso às técnicas e procedimentos de RA atualmente disponíveis, nos trarão infinitos questionamentos do ponto de vista ético e, mais especificamente, da Bioética, dadas as situações – algumas delas abordadas acima – em que este direito tangencia princípios deste tipo.

Por esta razão, a maior atenção do Direito a este tema também impõe que limites deste tipo sejam fixados e regulamentados, para que não sejam decididos de forma casuística ou mais atenta a princípios e regras que venham a restringir o direito propriamente dito, e não apenas a forma pela qual ele deverá ser garantido e implementado.

Neste sentido, a promulgação de lei federal deveria abranger não apenas a Reprodução Assistida, mas as questões relacionadas à ética que nela estão envolvidas. A limitação do tratamento do assunto à Resolução do CFM torna-o muito vulnerável e, possivelmente, ainda mais sujeito a questionamentos acerca de sua constitucionalidade.

Como relatado acima, nos dias finais da elaboração deste trabalho, foi noticiado que a CCJ da Câmara Federal aprovou a chamada “PEC do Nascituro” (PEC 164/12), com o objetivo suposto de garantir o direito do nascituro desde a concepção, mediante a alteração do *caput* do artigo 5 da CF que, de acordo com esta proposição, passaria a garantir o direito à vida desde a concepção.

A PEC causou e, apostamos, seguirá causando, muita polêmica na medida em que poderia afetar não apenas o aborto, nas situações previstas pelo CP e pelo STF, mas outras situações que envolvem embriões humanos, como os procedimentos de RA e a pesquisa com células-tronco.

Sob a aparente ampliação de direitos – o que, no limite, driblaria, inclusive, eventual questionamento perante o STF - eventual legislação infraconstitucional, com suposto fundamento em uma compreensão extensiva dos direitos do nascituro e da proteção da vida desde a concepção, poderia vir a restringir o direito à reprodução assistida e, até mesmo, a pesquisa genética com células-tronco embrionárias.

Ainda que procedimentos deste tipo não venham a ser integralmente proibidos – o que ademais nos parece, de fato, improvável – poderiam sofrer restrições em relação a sua utilização, como, por exemplo, impedimentos a famílias monoparentais, homoafetivas, limitação do número de embriões fecundados e transferidos, limitação a técnicas como o diagnóstico genético pré-implantacional e a própria gestação por substituição.

Por todas estas razões, o melhor disciplinamento do tema do ponto de vista legal e jurídico nos parece, mais do que relevante, urgente, inclusive para que não seja

exclusivo do CFM ou do Poder Judiciário, em controle difuso, sujeito às vicissitudes inerentes à profusão de decisões isoladas.

Por fim, consideramos que as questões problemáticas acima apontadas constituem apenas uma introdução a este tema. Outras questões, como o acesso de pessoas idosas, sobretudo mulheres, a estes tratamentos, a gestação por substituição transnacional, em que as partes contratantes são de nacionalidades distintas, e a inseminação caseira, constituem novos e infinitos desdobramentos do assunto, a serem ainda desbravados pelos estudiosos e operadores do Direito.

Referências.

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores. 3. Edição, 20. Tiragem.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Associação Brasileira de Reprodução Assistida (ABRA). Disponível em: <https://sbra.com.br/sobre-a-sbra-pacientes>. Acesso em 17.1.2025.

_____. Agência de Notícias do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/pt/agencia-home.html>. Acesso em 17.1.2025.

_____. Agência de Notícias da Organização Panamericana de Saúde. Disponível em <https://www.paho.org>. Acesso em 17.1.2025.

_____. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Preâmbulo, item 1. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php>. Acesso em 17.1.2025.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1.824. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 19.1.2025.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17.1.2025.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Decisão proferida no caso : Artavia Murillo x Costa Rica. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em 27.1.2025.

_____. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** (1789). Disponível em <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em 22.1.2025.

_____. **Declaração da Independência dos Estados Unidos da América**. Disponível em <https://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em 17.1.2025.

_____ **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1.948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 17.1.2025.

_____ **Decreto 2.848, de 7.12.1.940.** Disponível e https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 26.1.2025.

_____ **Lei 8.080, de 19.9.1980.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em 17.1.2025.

_____ **Lei n. 9.263, de 12.1.1996.** https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Disponível em. Acesso em 17.1.2025.

_____ **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2.002..** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 1.12.2024.

_____ **Lei n. 11.105, de 24.3.2005.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 17.1.2025.

_____ **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 17.1.2025.

_____ **PEC 164/12.** Câmara dos Deputados. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=543252>. Acesso em 27.1.2025.

_____ **PL 5.624/2.005.** Câmara dos Deputados. 2.005. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra. Acesso em 22.1.2.025.

_____ **PL 4.892/2.012.** Câmara dos Deputados. 2.012. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra. Acesso em 22.1.2.025.

_____ **PL 115/2.015.** Câmara dos Deputados. 2.015. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao>. Acesso em 17.1.2025.

_____ **PL 4224/2023,** Câmara dos Deputados. 2.023. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao>. Acesso em 17.1.2025.

_____ **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo, 1994.** Disponível em

<https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 17.1.2025.

STF. Decisão proferida na ADI 4.277 e ADPF 132. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp>. Acesso em 17.1.2025.

STF. Decisão do tema 622. Disponível em [//portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/](http://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/). Acesso em 21.1.2025.

STF. Decisão da ADI 3.510-0. BRASIL. STF. Disponível em "https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396. Acesso em 17.1.2025.

STF. Decisão da ADPF n. 54. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp>. Acesso em 26.1.2025.

STJ. Julgamento do REsp 1.574.859-SP. <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao>. Acesso em 21.1.2025.

STJ. Julgamento de Tema Repetitivo n. 1.067. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em 19.1.2025.

STJ. Notícia extraída do *site* do STJ em 22.11.2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/17102024-Mae-nao-biologica-tera-seu-nome-no-registro-civil-da-filha-gerada-com-semen-de-doador>. Acesso em 26.1.2025.

STJ. Julgamento do REsp 1.918.421-SP. BRASIL. STJ. Decisão proferida no julgamento do REsp 1.918.421-SP. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao>. Acesso em 25.1.2025.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas.** Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994.

CFM. **Resolução CFM 2.320, de 20.9.2.022.** Disponível em em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em 19.1.2025.

CNJ. **Código Nacional de Normas – Foro extrajudicial.** Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/codigo-nacional-de-normas-da-corregedoria-nacional-de-justica-v6b-31-08-2023-1.pdf>. Acesso em 17.1.2025.

DIAS, Maria Berenice. **Pluriparentalidade: a realidade ética do afeto.** Disponível em <https://berenicedias.com.br/pluriparentalidade-a-realidade-etica-do-afeto/>. Acesso em 20.5.2024.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2018, 10. edição, 2. Tiragem.

FACHIN, Luiz Edson. **As famílias constitucionais**. Palestra proferida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, em evento promovido pelos Núcleos Virada de Copérnico e de Direitos Humanos e Vulnerabilidades, pelo PPGD/UFPR e pela CAPES. Realizada de forma remota em dois de março de 2021, a partir das 09h00. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 67, n. 2, p. 189-203. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8717>. Acesso em 17.1.2025.

FACHIN, Luiz Edson. **Famílias – entre o público e o privado**, p. 159. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/274.pdf>. Acesso em 17.1.2025.

FERRIANI, Rui Alberto, Navarro PA. **Abordagem da mulher com desejo de gravidez em consultório de ginecologia, o que é preciso informar, alcance e limitações da reprodução assistida**. São Paulo: Federação Brasileira de Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO); 2023. Cap. 1 (Série Orientações e Recomendações – Manejo inicial da paciente infértil pelo ginecologista).

FOLHA DE SÃO PAULO. **SUS ainda não oferta FIV a casais inférteis quase 20 anos após política pública de reprodução assistida**. 11.3.2024. in ww1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2024/03/sus-ainda-nao-oferta-fiv-a-casais-inferteis-quase-20-anos-apos-politica-de-reproducao-assistida.shtml. Acesso em 27.1.2025.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Alabama aprova projeto de lei para garantir acesso a fertilização in vitro**. Matéria divulgada em 24.2.2024. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2024/02/alabama-aprova-projeto-de-lei-para-garantir-acesso-a-fertilizacao-em-vitro.shtml>. Acesso em 17.1.2025.

FRANÇA. **Agência de Informações do Governo Francês**. Disponível em: <https://www.info.gouv.fr/actualite/la-pma-pour-toutes-les-femmes-est-desormais-autorisee-en-france>. Acesso em 17.1.2025.

_____. **Constituição Francesa de 1958**. Disponível em https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em 17.1.2025.

GUZMAN, Lozano, Jorge Armando; Takitane, Juliana. **Considerações jurídicas, éticas e médico-legais sobre a reprodução *post mortem* em alguns países da Ibero-América: revisão integrativa**. In: **Revista Latinoamericana de Bioética**, vol. 21, núm. 1, 2021, Janeiro-Junho, Universidad Militar Nueva Granada

JARAMILLO, S. Higueta e GÓMEZ RÚA, Natalia Eugenia. **Gestación subrogada: un análisis de la regulación en algunos países de América Latina**. *Estudios Socio-Jurídicos*, (2023).. Disponível em:

<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12781> . Acesso em 22.1.2025.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **O direito fundamental à reprodução assistida no Brasil e suas repercussões na filiação civil: uma abordagem de *lege ferenda***. Tese de Doutorado apresentada ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3945/1/arquivo5205_1.pdf . Acesso em 1.12.2024,

LAMAITA, Rívia Mara. **Principais causas da infertilidade feminina**. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO); 2.023. (Série Orientações e Recomendações FEBRASGO – Manejo inicial do paciente infértil pelo ginecologista).

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade. História, Teoria, Positivção e Jurisdição**. Tese de Doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2013. Disponível em <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6202/1/Saul%20Tourinho%20Leal.pdf>. Acesso em 17.1.2025.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A Maternidade de Substituição e o Contrato de Gestação por Outrem. In **Biodireito, ciência da vida, os novos desafios**. Org. SANTOS, Maria Celeste Leite Cordeiro. São Paulo :Revista dos Tribunais, 2001.

LUCENA, Cintia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In Vida Digna: Direito, Ética e Ciência (Os Novos Domínios Científicos e seus Reflexos Jurídicos). In: **O direito à vida digna**. Minas Gerais: Fórum, 2004, 1 edição.

MORAIS, Leonardo Stoll e Outros. Direito de Acesso e uso da Técnica de Fertilização In Vitro na Perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Revista de Direito Brasileira | São Paulo, SP** , v. 17, n. 7

MOUSNIER, Conceição. A. A nova família à luz da Constituição Federal, da Legislação e do novo Código Civil. In **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, vol. 20, Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_244.pdf. Acesso em 21.1.2025.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2.024, 5. edição, *e-book*.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. São Paulo: Renovar 2008.

PIMENTEL, Sílvia. Convenções de direitos humanos sobre direitos da mulher . **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner

Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/527/edicao-1/convencoes-de-direitos-humanos-sobre-direitos-da-mulher>. Acesso em 17.1.2025.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. Ed. São Paulo, Max Limonad, 2003.

REIS, Daniel Aarão. A Constituição cidadã e os legados da ditadura. **Locus: Revista de História**, [S. l.], v. 24, n. 2, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20879>. Acesso em: 17 jan. 2025.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). Vida Digna: Direito, Ética e Ciência (Os Novos Domínios Científicos e seus Reflexos Jurídicos). In: **O direito à vida digna**. Minas Gerais: Fórum, 2004, 1. Edição.

SÁNCHEZ, Yolanda Gómez. *El derecho a la reproduccion humana*. Madri: Servicio Publicaciones da Universidade Complutense, 1994.

SANTIAGO, Juliana Faria. **Gestação por substituição: a ordem pública internacional e o melhor interesse do menor**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob a orientação da Professora Doutora Inez Lopes Matos Carneiro de Farias. 2020. Disponível em http://icts.unb.br/jspui/bitstream/10482/39024/1/2020_JulianaFariaSantiago.pdf. Acesso em 17.1.2025.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Bioética. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito, Abril de 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/53/edicao-1/bioetica>. Acesso em 21.1.2025

_____. **Imaculada concepção - Nascendo “in vitro” e morrendo “in machina”**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHREIBER, Anderson. Famílias simultâneas e redes familiares. **In Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013

SILVA NETTO, Manuel Camelo Ferreira da Silva. Planejamento familiar nas produções independentes e nas famílias homoafetivas: o acesso às técnicas de reprodução assistida para além da biparentalidade heterossexual. In **Novas fronteiras da Reprodução Assistida. Acessos, Direitos e Responsabilidades**. BARBOSA, Heloísa Helena e ALMEIDA, Vítor. São Paulo: Ed. Foco, 2.024

SILVEIRA, Marcela Vergna Barcellos e LA TERZA, João Guilherme Perroni. Necessidade de autorização para a fertilização *in vitro post mortem*: comentário à decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.918.421-SP. In **Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) – Famílias e Sucessões**, n. 62 São Paulo, 2024.

SOUZA BARBOSA, Amanda. A licitude da gestação de substituição no Brasil: atualizações a partir da Resolução CFM n. 2.294/2.021. **Revista Conversas Civilísticas**, Salvador, v. 1, n. 2, p. 1–19, 2023. DOI: 10.9771/rcc.v1i0.47532. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/conversascivilisticas/article/view/47532>. Acesso em: 23 jan. 2025.

STRECK, L. L. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 8, n. 2, p. 250–302, 2008. DOI: 10.14. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/336>. Acesso em: 17 jan. 2025.

TEPEDINO, Gustavo, *Novas Formas de Entidades Familiares: Efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*, **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, .3 ed., 2004.