



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ÍTALO RENAN DA SILVA ROCHA

**COMENTÁRIOS SOBRE O DIREITO À SAÚDE: Um recorte
sobre os Direitos Reprodutivos no Brasil.**

SANTA RITA

2021

ÍTALO RENAN DA SILVA ROCHA

**COMENTÁRIOS SOBRE O DIREITO À SAÚDE: Um recorte
sobre os Direitos Reprodutivos no Brasil.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof. Dra. Ana Paula
Correia de Albuquerque da Costa.

Santa Rita

2021

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

R672c Rocha, Italo Renan da Silva.

COMENTÁRIOS SOBRE O DIREITO À SAÚDE: Um recorte sobre os Direitos Reprodutivos no Brasil. / Italo Renan da Silva Rocha. - João Pessoa, 2021.

56 f.

Orientação: Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Direito. 2. Saúde. 3. Direitos Reprodutivos. 4. Bioética. 5. Constituição. I. Costa, Ana Paula Correia de Albuquerque da. II. Título.

UFPB/BSDCJ

CDU 34

ÍTALO RENAN DA SILVA ROCHA

**COMENTÁRIOS SOBRE O DIREITO À SAÚDE: Um recorte
sobre os Direitos Reprodutivos no Brasil.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito, do
Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial para à obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof. Dra. Ana Paula
Correia de Albuquerque da Costa.

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: _____

Professora Dra. Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa
Universidade Federal da Paraíba
Orientadora

Professor Me. Igor de Lucena Mascarenhas
Universidade Federal da Paraíba

Professor Dr. Edmundo de Oliveira Gaudêncio
Universidade Federal de Campina Grande

A todos que amo.

AGRADECIMENTOS

É sempre muito difícil conseguir transformar em palavras os sentimentos que nutrimos com tanto zelo. Nestas poucas linhas que me desafio a o fazer, gostaria de começar falando sobre meus pais.

Ao longo deste trabalho, eu vou defender que o desejo de ter filho é sobre a mãe, e não sobre o filho que virá a nascer. Acredito piamente que, quando planejando uma gravidez, são os interesses próprios, sentimentos de autorrealização, que norteiam os pensamentos de uma mãe. Digo que acredito, porque certeza eu tenho de que nunca saberei, uma vez que nasci homem, essa versão humana com menores capacidades e que reclama de tudo.

Sou bem resolvido quanto a questão do planejamento de ter um filho, pois nunca tive a vaidade de ser algo que valia por si só. Inclusive, eu sequer fui o primeiro. Tenho uma irmã que está se casando na semana que deposito esse TCC e que, aproveito a oportunidade para desejar felicidade aos noivos. Ademais, o que me intriga é outra coisa.

Como pode uma mãe ter interesses próprios de gerar um filho, assim o fazer e, quando nasce, parece que metade da existência dela passa a figurar naquele bebê que acabara de conhecer o mundo? Digo isto com muita sinceridade: essa capacidade de amar o filho, ainda que nos momentos mais difíceis – daí ouvimos muito a frase “mãe é mãe” – impressiona-me toda vez que eu penso sobre. Eu não consigo mensurar o quanto minha mãe me ama. O que eu tento fazer é deixar claro para ela o quanto eu a amo também, mesmo sabendo que nunca será o suficiente ante essa grandeza de espírito que a Psicopedagoga Maria Lucicleide carrega consigo.

Do outro lado, temos a figura paterna. Eu também acredito muito que ser pai é um desejo próprio fruto de uma conjuntura da sociedade. Meu pai, Lino Robledo, é cristão, e constituir família é uma das formas de trazer para a prática aquilo que agrada a Deus: “os filhos são a herança”. Quando eu passei na OAB, disse ao meu pai, chorando, o quanto estava feliz. Ele me deu um abraço e, choroso, falou: “imagine eu?”. Meu pai quis cursar Direito quando jovem e, por falta de oportunidades, acabou por não conseguir. Esse fato sempre me levou ao ledô engano de achar que eu cursar Direito era só o meu pai querendo que eu seguisse

os sonhos dele. Hoje, depois desse abraço, eu tenho certeza que é algo muito maior e totalmente diferente que egoísmo. Não consigo mensurar a grandeza de sentir alegria em ver um filho se graduar e, ao mesmo tempo, aquele ter sido o seu sonho em outro momento. Quando todos esperam algum tipo de inveja, o amor do meu pai me mostrou a sincera alegria em me ver terminar este curso. Eu ainda não entendo, mas espero futuramente entender esse amor, que veio da minha mãe e do meu pai. Obrigado por tudo.

Meu tio, Helder Camilo, explicou-me, quando eu era criança, que ser uma boa pessoa para nossa família era estudar e ter um emprego. Por ser assim, a minha mãe se esforçou bastante para concluir seu curso de Pedagogia e também cobrou para que meu tio seguisse os caminhos dos estudos. Ela queria que tivéssemos exemplos. Foi por causa do meu tio que o primeiro curso que ingressei foi o de psicologia. Acontece que, durante todo o processo de ingresso na faculdade naquela época, o contato com o Direito despertou minha vontade de mudar a graduação, e lembro que ele comentou: “a Psicologia serviu para te apresentar o Direito”. Sempre estudioso, cansei de ver, quando criança, meu tio passando as tardes lendo. Ao final de seu curso, graduou-se com honras e com uma homenagem de um grande amigo que o curso lhe deu, que hoje tenho a sorte de ter na minha banca: professor Edmundo. Por estes motivos meu tio foi e é um excepcional Psicólogo, ainda que hoje esteja sendo um excepcional Veterinário – acho que a excepcionalidade é uma característica dele mesmo. É de tal forma que minha irmã optou pela Medicina Veterinária também. Após longos perrengues em Areia, hoje desempenha o papel de Médica de Imagens numa das principais clínicas do Estado. Nos enche de orgulho. Irá casar e já tem 4 gatos. Rebeca segue a tranquilidade de uma vida boa. Obrigado por tudo, Tio Helder e Rebeca.

Foi também neste curso que encontrei o amor. Sempre li nesses blogs, que possuem fundamento em lugar algum, que as chances de encontrar sua companheira da vida na faculdade são grandes. Talvez por isso sempre estive muito atento aos sinais que poderiam aparecer. Em um desses sinais, conheci a paz que habita Ana Luísa. Tive a sorte desse encontro e, com muita felicidade, hoje dividimos a nossa colação de grau. Obrigado, meu bem, minha amiga, pela paciência que sempre teve comigo. Parabéns para nós!

Não poderia terminar sem falar dos meus amigos. Nas pessoas de Arthur, Dherik, Vinicius e Felipe, sou muito grato pela turma a qual fiz parte. Nos momentos

mais difíceis, sempre nos ajudamos e nutrimos uma amizade sincera. Fomos a melhor turma que o Departamento de Ciências Jurídicas teve nos últimos tempos.

Nas pessoas de Gabriel Cortez e João Batista, gostaria de lembrar dos meus amigos de infância. É uma felicidade crescer e ver o que nós estamos nos tornando. Sinto que, diante das intermináveis conversas que tivemos há anos, está tudo caminhando para dar certo. Obrigado pelo apoio, amigos.

Por fim, gostaria de agradecer a pessoa que me deu todas as oportunidades que precisei na graduação. Professora Ana Paula, sem o seu incentivo, eu não sei qual caminho eu teria trilhado na graduação. Lembro-me da nossa primeira conversa, nos corredores do Centro de Ciências Jurídicas, onde lhe perguntei se teria vaga para participar da brilhante extensão que é o ERO. Muito gentil, a senhora abriu as portas pra mim e, desde aquele dia, apoiou-me em tudo aquilo que me propus a fazer na faculdade: fui extensionista, pesquisador e monitor. Muito obrigado por toda ajuda.

São nessas curtas palavras que deixo meus votos de agradecimento. Muito obrigado a todos!

*Tudo no mundo começou com um sim.
Uma molécula disse sim a outra molécula e nasceu a vida.*

RESUMO

O presente trabalho se desenvolve com o fito de comentar a questão do Direito à Saúde no Brasil, especificamente analisando os Direitos Reprodutivos. Iniciando com uma análise sobre a estruturação do Estado brasileiro, compreende-se que o exercício das atribuições de cada poder é imprescindível para o bom funcionamento da máquina estatal. Esta, por sua vez, é o instrumento pelo qual os direitos elegidos pela sociedade como valorosos serão instrumentalizados de forma com que aqueles que os façam jus, o tenham. O direito objeto deste trabalho é o Direito à Saúde. Nele, pode-se observar uma das faces do Direito à Vida, que é um Direito Humano e, como se verá, um Direito Fundamental. Neste sentido, cabe asseverar que a Constituição Pátria possui mesmo a Dignidade da Pessoa Humana como um de seus fundamentos previstos em seu artigo primeiro. Neste sentido, compreende-se que toda a Constituição deva ser interpretada sob este prisma. Por assim ser, entendendo que o Direito à Saúde deve ser também interpretado junto com a Dignidade da Pessoa Humana, os Direitos Reprodutivos se fazem pertinentes, no momento que sua essencialidade à existência é, como se verá, elemento humano. Através de uma releitura bibliográfica, nota-se que no Brasil a legislação sobre o tema é parca, carecendo de mais profundidade nos debates e um ativismo maior do Poder Legislativo.

Palavras-Chave: Direito; Saúde; Direitos Reprodutivos; Bioética; Constituição.

SUMÁRIO

Introdução	10
Capítulo 1 – Da função legislativa à judiciária: a forma de funcionamento do Estado e a importância do exercício das atribuições destes poderes	13
1.1 A separação dos três poderes	13
1.2 O Poder Legislativo	17
1.2 Do Poder Judiciário	19
Capítulo 2 – O Direito, Saúde e o Direito à Saúde	26
2.1 O que não é Direito?	26
2.2 O que é saúde?	28
2.3 O direito à saúde	31
Capítulo 3 – Os direitos reprodutivos	43
3.1 Comentários à Reprodução Humana Assistida	43
3.2 A dignidade da pessoa humana e a bioética	49
3.3 As normativas brasileiras sobre os direitos reprodutivos	52
4 – Conclusões	58

Introdução

Pensar sobre o direito pressupõe uma pretensão de recorte. Diz-se isto porque falar sobre direito pode ser falar sobre tudo, desde que haja essa vontade: os diversos temas de diversos trabalhos ou colunas em sites jurídicos demonstram a tamanha versatilidade que o direito tem. Acontece que isto se dá pelo fato de uma perspectiva jurídica ser adotada quando se propõe a analisar algo, é o ponto de vista onde toda vista é a vista de um ponto.

O sujeito está inserido no Estado. Mais que isso, a sua coletividade é o Estado. Isto implica dizer que a forma como esse Estado funciona, o que ele prestigia e quais os direitos que ele irá assegurar é resultado também da vontade de um povo – por óbvio, este comentário se pauta numa lógica democrática de Estado.

Na realidade brasileiro, organizou-se a República Federativa do Brasil de acordo com o modelo tripartite. Ou seja, a organização em três esferas de poderes, que nasceu da influência de Montesquieu, fora determinada na Constituição de 1998, sendo eles o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Há, então, a necessidade de que estes funcionem de forma colaborativa para que o Estado assim o exista da melhor maneira.

Argumenta-se nesta perspectiva porque os outros direitos previstos constitucionalmente precisam ser garantidos, sendo respeitados ou promovidos, e é dentro da lógica de funcionamento do Estado que isso será possível.

Uma vez que pressupostos como a legalidade são intrínsecos ao Estado, imagina-se que, com o fito de atender as demandas populares, um poder como o Legislativo atue ativamente para que os outros poderes ajam. O Executivo para efetivar os direitos ou, na ausência deste, o Judiciário para garantir que estes sejam realizados.

Quando não funciona desta forma, problemas surgem. Neste trabalho, buscar-se-á demonstrar na seara dos direitos reprodutivos como esse não-funcionamento afeta outros direitos constitucionalmente previstos. É da relação do direito à saúde que se extrairá os argumentos aqui trazidos.

Se dará desta pois este direito é previsto constitucionalmente, mas não só isso, é instrumentalizado pela mesma Carta Maior por meio de um sistema nacional que possui diretrizes claras de funcionamento que visam a promoção de tratamentos de saúde, mesmo que estes sejam menos usuais.

Mais que isso, o direito à saúde é interpretado sob o princípio da dignidade da pessoa humana, constante no rol previsto no artigo primeiro da Constituição, motivo pelo qual se deve levar em conta a mesma para toda interpretação eventualmente feita de previsões constitucionais: o Estado existe a partir das pessoas e funciona para elas. Assim não sendo, estaríamos falando de Estados Despóticos, o que não é o caso.

É nessa esteira que se inscrevem as linhas que segue, perpassando por uma compreensão mais originária da organização do Estado, trilhando possíveis saberes sobre o direito à saúde, caminhando em direção ao recorte que limita as conclusões deste trabalho: os direitos reprodutivos.

Capítulo 1 – Da função legislativa à judiciária: a forma de funcionamento do Estado e a importância do exercício das atribuições destes poderes

Neste primeiro capítulo se pretende traçar uma comunicação entre dois dos três poderes que compõe o Estado brasileiro. Entre as atribuições do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, há uma lógica de funcionamento que interessa compreender bem a desenvoltura para o debate que este trabalho propõe.

Não obstante, ressaltar-se-á que, ante lacunas que possam existir, ou seja, o não exercício das atribuições de um poder, como o legislativo não legislar, infere diretamente, nesses casos de ausência de legislação, no exercício do outro poder, quando este é provocado. É o que se pretende demonstrar, na ocasião, tendo em vista o tema que será, nas linhas que seguem, debatidos.

1.2 A separação dos três poderes

É de conhecimento geral que no Brasil o sistema de poderes adotado é o tripartite, ou seja, há uma separação dos poderes em três esferas. Cabe-nos elucidar que este modelo de governo, que se baseia na especificidade de cada área e atuação, a saber, o executivo, o legislativo e o judiciário, são devidamente atribuídos ao filósofo francês conhecido como Barão de Montesquieu (1689-1755).

Em sua obra consagrada *Do Espírito das Leis* (1748), o pensador propõe uma teoria política da qual toda uma nova forma de pensar a organização dos poderes políticos, e a organização do Estado. Diz-se isto uma vez que, anteriormente a este pensamento, a doutrina remonta à John Locke (1632 – 1704) como principal precursor, até então, da defesa de um modelo de organização de Estado. Lembra-se que a teoria de John Locke defendia a existência de dois poderes distintos, que era o legislativo e o executivo.¹

De volta à Montesquieu, em sua consagrada obra, o mesmo inaugura a percepção de que, na verdade, dentro da lógica do Estado, há três forças, três poderes, que atuam concomitantemente, quais sejam o legislativo, o executivo e

¹ John Locke defende tal ponto de vista em sua obra “Dois Tratados Sobre o Governo”, publicada originalmente sob o título “Two Treatises of Government” em 1689. Fonte: https://en.wikipedia.org/wiki/Two_Treatises_of_Government;

aquilo que seria equivalente ao judiciário. Encontra-se tais argumentos no Livro Décimo Primeiro, Capítulo VI de sua obra, onde argumenta, o autor:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga dos crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.²

Não obstante, a defesa pela separação destes poderes se fundamenta na concepção de que a unicidade, ou a concentração, destes poderes em uma única figura, ou até mesmo esfera, traduz um risco aos sujeitos que pertencem à sociedade então governada desta forma. Haveria, em verdade, a convivência com a tirania, a opressão, a ausência de moderação e de liberdade para com os indivíduos. Conforme explicita o filósofo:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se tivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se tivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.³

Os poderes, para Montesquieu, teriam a necessidade de figurarem como organizações distintas, ou seja, como pessoas de direito diferentes uma das outras, com características e propriedades singulares de cara uma delas, com o fito de, entre si, e com harmonia, pudessem funcionar de uma melhor forma para a sociedade. É o que se extrai das lições de Júnior:

É necessário, pois, que os Poderes se repartam por entre órgãos distintos, de sorte que possa cada um deles, sem usurpar as funções do outro, impedir que os demais abusem de suas funções. Cada Poder, portanto, tem a faculdade de estatuir sobre os assuntos afetos à suas funções, ou seja, tem "o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem"; e dispõe, outrossim, da faculdade de impedir que os outros

² O espírito das leis / Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco – São Paulo: Martins Fontes, 1996 – (Paideia). Pag. 167 – 168;

³ Idem, Pag. 168;

Poderes invistam contra o equilíbrio constitucional das funções estatais, anulando as suas ações ilegais.⁴

Essa ênfase inicial à obra do pensador se faz importante uma vez que a separação dos três poderes é o modelo de organização do Estado no Brasil e, como veremos, o não exercício das atribuições destes poderes leva à problemas para toda sociedade. Ou pelo menos a um grupo específico, como por exemplo o que é objeto deste trabalho.

Toda uma tradição de organização tripartite nasceu a partir da revolução francesa, especialmente a partir da obra em comento:

Foi, contudo, na Revolução francesa que a doutrina da separação tornou-se, definitivamente, dogma universal. Com efeito, no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, se afirma que "Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição". Desde então, o princípio da separação de Poderes passou a ser elemento capital e caracterizador das constituições dos Estados Democráticos.⁵

Por fim, é válido lembrar que a forma proposta pelo autor passou, ao longo do tempo, por adaptações que a tornasse mais harmônica no dia a dia da sociedade como um todo, em essência no seu funcionamento. Não se trata, hoje, de uma divisão engessada a qual cada atribuição de cada um dos três poderes são inflexíveis e não se comunicam, por assim dizer. Como lembra Júnior, isto seria danoso à própria sociedade, inclusive indesejado:

Tudo isso só torna evidente que não é coerente nem factível a manutenção de Poderes independentes e harmônicos dentro de uma estrutura rígida de funções. As funções estatais, como demonstrado, longe estão de ser exclusivas do Poder respectivo. A separação absoluta entre os Poderes não é só impossível - haja vista a unidade do Poder político e a tarefa comum a todos - mas também indesejada, de tal modo que distante de uma separação de Poderes, o que se tem, deveras, é uma verdadeira coordenação ou *colaboração* ou *co-participação* entre os Poderes em certas tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, da função de outro, que a conserva sua, ensejando um funcionamento harmônico ou uma colaboração recíproca, embora independente, na tarefa comum, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do Poder e, em consequência, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum.⁶

É neste sentido também que podemos extrair dos ensinamentos de Moraes que tal separação se demonstra fundamental para o Estado de Direito, que, no entendimento do doutrinado, é espécie do gênero Estado Constitucional:

⁴Curso de direito constitucional / Dirley da Cunha Júnior. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2015. Pag. 435.

⁵ Idem, Pag. 437;

⁶ Idem, Pag. 440.

(...)

Dessa forma, são duas as “grandes qualidades” do Estado Constitucional: *Estado de direito* e *Estado democrático*.

O Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; **(4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos;** (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo.⁷

No Brasil, a tripartição dos poderes é determinada na Constituição de 1988, quando em seu artigo segundo determina que "*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*"⁸ Ato contínuo, quando dispendo das possíveis emendas constitucionais, ou seja, modificações supervenientes na própria constituição, afastou-se a possibilidade de modificação deste modelo tripartido, conforme elucida a Carta Maior que:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

(...)

Por assim ser, constata-se que, neste aspecto, a hipótese proposta pelo constituinte, neste âmbito, demonstra a preocupação de que cada poder seja exercido devidamente por seus partícipes e principalmente por estes, em sua maioria do tempo. Em tempo, buscar-se-á, neste primeiro momento, comentar, dentre os três, sobre o Poder Legislativo.

1.2 O Poder Legislativo

⁷ Moraes, Alexandre de, 1968- Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 37. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19/10/2021.

De início, cabe comentar que este, em seu turno, tem como principais funções a de legislar, também conhecida como função legiferante, bem como fiscalizar os outros poderes – desta forma contribuindo para o sistema de freios e contrapesos. O legislativo é dividido em um sistema bicameral, tendo o senado a atribuição de representar mais fortemente os entes federativos, enquanto à câmara dos deputados incumbe a representação da nação como um todo. Há de ressaltar, contudo, a suma importância do exercício das atribuições deste poder, tanto para a sociedade quanto para a Administração Pública.

O art. 5º, inciso II, da Constituição prevê que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Posteriormente, em seu art. 37, caput, a Carta Maior dispõe que *“a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”*.

Desta forma, como lembra Mazza, essa atribuição principiológica da legalidade prevista na constituição, bem como a garantia fundamental de que ninguém será constrangido a algo que não tenha sido imposto via legal, demonstra que a vontade popular impera tanto na desenvoltura da Administração Pública, quanto nas próprias leis que irão reger a sociedade como um todo:

Inerente ao Estado de Direito, o princípio da legalidade representa a subordinação da Administração Pública à vontade popular. O exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas deve obrigatoriamente respeitar a **vontade da lei**.⁹

O mesmo doutrinador, aprofundando o debate sobre o princípio da legalidade, apresenta a ideia de duas dimensões para interpretar fundamentalmente o princípio da legalidade, em seu funcionamento, que são as da primazia da lei e da reserva legal:

A doutrina europeia costuma desdobrar o conteúdo da legalidade em **duas dimensões fundamentais** ou subprincípios: a) princípio da primazia da lei; e b) princípio da reserva legal. O princípio da **primazia da lei**, ou legalidade em sentido negativo, enuncia que os **atos administrativos não podem contrariar a lei**. Trata-se de uma consequência da posição de superioridade que, no ordenamento, a lei ocupa em relação ao ato administrativo. Quanto ao princípio da **reserva legal**, ou legalidade em

⁹ Mazza, Alexandre. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Disponível em: Minha Biblioteca, (11th edição). Editora Saraiva, 2021. Pags. 66 – 67.

sentido positivo, preceitua que os **atos administrativos só podem ser praticados mediante autorização legal**, disciplinando temas anteriormente regulados pelo legislador. Não basta não contradizer a lei. O ato administrativo deve ser expedido *secundum legem*. A reserva legal reforça o entendimento de que somente a lei pode inovar originariamente na ordem jurídica. O ato administrativo não tem o poder jurídico de estabelecer deveres e proibições a particulares, cabendo-lhe o singelo papel de instrumento de aplicação da lei no caso **concreto**.

Este recorte se faz pertinente a este trabalho por dois motivos que serão desenvolvidos nas linhas que seguem. Primeiramente, tendo em vista que, como acima comentado, a administração pública está essencialmente atrelada à necessidade de haver disposição de lei para praticar quaisquer atos, deduz-se que, para questões de políticas públicas, não poderá ser diferente: um exemplo, que ainda será mais explorado neste trabalho, é o SUS. A Constituição previu, nos artigos 196 e seguintes, o dever do Estado para com a saúde, bem como a criação do Sistema único de Saúde (SUS). Posteriormente, a Lei nº 8.080 de 1990 dispôs sobre a organização e o funcionamento desse sistema, elencando objetivos, diretrizes, atribuições, competências, funcionamento etc.

Continuando o pensamento, compreendendo que é necessária uma lei para que exista a possibilidade de o Poder Executivo atuar, ou, sob outra perspectiva, a Administração Pública, é certo que a existência das leis, fruto da atribuição do Poder Legislativo, prestigia também a questão da segurança jurídica. Extrai-se esse entendimento vez que, como argumenta Ávila a lei é um instrumento da segurança jurídica:

A exigência de lei é, por si só, instrumento de segurança jurídica, porque, ao demandar normas gerais e abstratas, dirigidas a um número indeterminado de pessoas e de situações, contribui, de um lado, para afastar a surpresa decorrente tanto da inexistência de normas escritas e públicas, quanto do decisionismo e das decisões circunstanciais *ad hoc*; de outro, favorece a estabilidade do Direito, porque somente graças a determinados procedimentos é que a legislação vigente pode ser modificada (...).¹⁰

Outrossim, o respeito à primazia da lei, acima comentado, também leva a esta outra característica a qual deve ser buscada no Estado, a segurança jurídica, tão importante para a organização da sociedade como um todo.

1.2 Do Poder Judiciário

¹⁰ ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário / Humberto Ávila. E. ed. São Paulo, Sp: Malheiros Editores, 2012. Pag. 240.

Nesta mesma seara, traz-se a segunda abordagem da importância da legalidade para com a coisa pública, para com o Estado, que é o exercício da atribuição de um outro poder dentro dos três poderes, o Poder Judiciário. Como lembra Moraes:

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios. Esta concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, “a chave do poder do judiciário se acha no conceito de *independência*”.¹¹

Denota-se, por tal, que indissociável um poder do outro. Ao passo que o Legislativo legisla, o judiciário, quando solicitado, certifica-se de aplicar a lei ao caso concreto, ou também como definir a forma de interpretá-la.

Esta questão é profundamente debatida pelo professor, e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, na obra *Por Que Tenho Medo Dos Juízes*”. Introduzindo o debate, lembra o doutrinador que o Estado moderno surgiu com a necessidade de garantir uma segurança às relações mercantis:

Ora, o cumprimento dos contratos não podia ser assegurado sob a equidade, incompatível com a calculabilidade, o primeiro requisito do direito moderno.

Era necessário transformar a *equidade* em um *sistema rígido de normas*, a fim de que fosse assegurada a *calculabilidade* exigida pelas transações econômicas.¹²

É neste sentido que a necessidade de um sistema de leis se fez presente, juntamente com uma multiplicidade de noções do que seria ético ou justo a se aplicar nos problemas então impostos à decisão de quem detinha razão ou não, a quem assistiria o Direito. É o que ele explica:

5. Justiça e direito

¹¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Disponível em: Minha Biblioteca, (37th edição). Grupo GEN, 2021.

¹² Grau, Eros Roberto. Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios) / Eros Roberto Grau. – 10. Ed. Refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. – São Paulo: Malheiros, 2021. Pag. 16 e 17.

Não hão de ter faltado ética e justiça à Humanidade. Tantas éticas e tantas justiças quantas as religiões, os costumes, as culturas, em cada momento histórico, em cada recante geográfico. Muitas éticas, muitas justiças.

Nenhuma delas, porém, suficiente para resolver a contradição entre o universal e o particular, porque a ideia muito dificilmente é conciliável com a realidade.

A única tentativa viável, embora precária, de mediação entre ambas é encontrada na *legalidade* e no *procedimento legal*, ou seja, no direito posto pelo Estado, este como o qual operamos no cotidiano forense, chamando-*direito moderno*, identificado à lei.¹³

Logo, é esta segunda face da necessidade do exercício do poder legiferante que se passa a abordar agora. Diante da indissociável necessidade de segurança jurídica e legalidade para o funcionamento do Estado, não há o que se falar no exercício do Poder Judiciário sem leis, tal qual o *direito moderno* funciona, como sustentado no texto supra.

Como consolida Júnior, dá-se o nome de jurisdição a esta prática própria do judiciário, quando provocado, devendo ser exercida imparcialmente:

Como sabido, a jurisdição é atividade por via da qual se manifesta uma das funções políticas do Estado: a função judicial ou jurisdicional. Através dela o Estado, que deve ser provocado (pois a jurisdição é inicialmente inerte), substituindo-se às partes e de forma imparcial, compõe os conflitos ocorrentes, de interesse ou não, e declara ou cria o direito aplicável ao caso, podendo, inclusive, executar¹⁹ suas próprias decisões na persistência do conflito.

Como função do Estado de declarar, criar e realizar o direito diante de uma situação jurídica controvertida visando solucioná-la, a jurisdição é uma atividade secundária (pois através dela o Estado realiza uma atividade que deveria ter sido primariamente e espontaneamente exercida pelas partes), instrumental (pois é o meio ou instrumental de que o próprio direito dispõe para impor-se à obediência de todos), desinteressada (pois a jurisdição não cede a nenhum dos interesses envolvidos, mas tão-somente ao direito que visa declarar, criar ou executar) e provocada (é atividade inicialmente inerte, dependente de ser suscitada por quem tenha interesse e legitimidade), que alguns Órgãos do Estado exercem, visando remover e solucionar uma situação-obstáculo posta por fato do homem ou por fato da lei, que não pôde ser resolvida por iniciativa dos próprios interessados.¹⁴

De maneira breve, pode-se considerar que o primeiro contato dos sujeitos com a jurisdição, de uma forma prática e cotidiana, dá-se, geralmente, pelo contato com o juízo de primeiro grau. Contudo, há todo um sistema judiciário existente, devidamente construído, onde existe, por exemplo, a possibilidade de reexame da lide – vide recursos – em tribunais de segundo grau ou superiores.

A figura a ser mais analisada, nesta oportunidade, será, contudo, a do juízo de primeiro grau, tendo em vista que, como falado, é comumente o primeiro contato

¹³Idem, Pag. 18 e 19.

¹⁴ Curso de direito constitucional / Dirley da Cunha Júnior. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2015. Pag. 891.

com a jurisdição. Porém, é imperioso ressaltar, que o comentário a ser tecido se estende a toda lógica que rege o judiciário como ele é, especialmente nas ocasiões onde não há legislação específica a dispor sobre um tema: este é o objeto deste trabalho que será melhor abordado na terceira parte.

A competência do juízo, exercida pelo juiz (a), é a de aplicar ao caso concreto a lei. Esse processo é por demais complexo, tendo em vista de que, em que pese a lei delinear dos parâmetros a serem seguidos face ao caso concreto, ou efetivamente determinar o que assiste ou não o direito, assegura ou não o Estado, a figura do juiz é que interpretará e aplicará a lei.

Como argumenta Eros Grau, a norma jurídica é para além do texto jurídico – lei, ela é a interpretação que levará à aplicação. Esta linha de pensamento é importante para compreendermos como o juiz participa da efetivação do direito, como a pessoa que representa o Estado-juiz é subjetivamente participe da concretização do direito:

O fato é que não se interpreta a norma: norma é o resultado da interpretação. E, mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade.

Daí que, na metáfora de Kelsen, a moldura da norma é, diversa mente, moldura do texto, mas não apenas dele. Ela é, concomitante mente, moldura do texto e moldura da realidade.¹⁵

Logo, é por este caminho de duas fases que o sujeito inserido em sociedade, especificamente tratando da brasileira, está inserto. Em um primeiro momento, a produção do texto jurídico por um poder, o legislativo, e, em um segundo momento, a interpretação desse texto para com o caso concreto e, então, a produção da norma jurídica, como continua o autor:

Por outro lado, a concretização do direito é operada em dois momentos: (i) no primeiro deles caminhamos do texto até a norma jurídica; (ii) no segundo, caminhamos da norma jurídica até a norma de decisão (= a solução, a decisão do caso), unicamente então, neste momento, podendo atuar *asa pautas* da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.

É também necessário debater que esta interpretação, este momento segundo do caminho ao direito, não é de livre criação do juiz. Ele está atrelado ao texto normativo o qual se impõe ao caso, não às suas convicções pura e simplesmente,

como erroneamente se pode afirmar. Basta lembrar que a Carta Maior disciplinou no art. 93, IX, o dever de fundamentar as decisões proferidas em juízo, oportunidade que previu a pena de nulidade da própria decisão infundada:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Essa determinação constitucional é repetida pelos cadernos infraconstitucionais que disciplinam cada matéria legal em específico. Pode-se, por exemplo, extrair isto do Código de Processo Civil, quando disciplinando os elementos da sentença, elencou uma série de hipóteses que levariam à compreensão que a sentença exarada estaria carente de fundamentação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

É neste caminho, lembra Eros Grau, que o juiz trilha com o fito de, diante da generalidade da lei, trazê-la ao particular, aos petionários do sistema judiciário. Esta é a construção do que se entende como julgamento:

Explicitando: juízes decidem (= devem decidir) não subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça, mas aplicando o direito (a Constituição e as leis). Isso não significa que cada decisão seja matematicamente previsível, pois - além de o direito ser uma prudência - a lei é abstrata e geral, devendo ser interpretada e aplicada a cada caso. A afirmação do jovem Marx [2006:62] quanto a este ponto é primorosa: a lei é universal; o caso que deve ser decidido através da lei é individual; para submeter o individual ao universal é necessário um julgamento; o julgamento é problemático; o juiz também faz parte da lei; se as leis fossem aplicadas por

si mesmas, os tribunais seriam supérfluos. O intérprete está vinculado pela objetividade do direito. Não a minha ou a sua justiça, porém o direito. Não ao que grita a multidão enfurecida, porretes nas mãos, mas ao direito. O juiz é necessário porque cada caso é um caso: interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente efetivo, no plano dessa singularidade, o universal.

É dentro desta lógica que o doutrinador Paulo Bonavides ensinará que o exercício de julgar é, também, uma fonte de direito. Dá-se o nome deste processo de interpretação e aplicação do texto legal de *interpretação judiciária*, que se difere da “autêntica” – assim nomeia o autor – que é aquela advinda do legislador. É também diferente da doutrinária, que segundo o autor é a fonte de direito produzida pelos juristas:

Tocante às fontes, sujeitos ou agentes, há as seguintes espécies de interpretação: autêntica (do legislador), judiciária (do juiz) e doutrinária (do jurista).

A interpretação autêntica vincula, enfim, os juízes, sendo de eficácia imperativa *erga omnes*. Há juristas que entendem que a lei interpretativa também está sujeita a interpretação, o que constitui um círculo manifestamente vicioso.

A interpretação judiciária ou jurisprudencial procede dos juízes e tribunais, do *usus fori*, das sentenças e arestos que aplicam a norma jurídica aos casos concretos, sendo tanto mais importante quanto mais alta for a competência da instância donde demanda.¹⁶

É oportuno, também, trazer à baila a crítica tecida pelo jurista Rafaelle De Giorgi construída no texto O Desafio do Juiz Constitucional, onde o autor defende que o processo de interpretação da constituição, e o seu resultado, é o que moldará a realidade, e esta função incube ao juiz constitucional. Este pensamento em muito se assemelha ao pensamento já comentado do jurista Eros Roberto Grau, no sentido de que a realidade é fruto de uma interpretação, e não apenas o texto legal posto nas linhas escritas.

Como o autor argumenta, a constituição constrói uma forma para que a partir dessa forma se tenha interpretações do que a constituição é no âmbito da realidade. Como citado anteriormente, incube ao juiz essas leituras constitucionais, suas interpretações e reinterpretações. Constrói-se assim a então conhecida produção de justiça, explica o jurista:

¹⁶ BONAVIDES, Paulo – Curso de Direito Constitucional. 28ª ed. At. 2013 – Malheiros Editores. Pag. 452-453). Grifo nosso.

A realidade da constituição, logo, não é, como também se diz, a constituição material, ou talvez o povo, a nação, a justiça social ou qualquer outro elemento que a tradição tenha usado como conteúdo de sentido. A realidade da constituição é a diferenciação social, a forma daquela diferenciação. Isto no duplo significado: que a constituição descreve aquela forma, que aquela forma se condensa na específica unidade da diferença que é a constituição. Em outras palavras, no sentido que a constituição *descreve* aquela forma. Então, no sentido em que a constituição *interpreta* aquela forma, usando como realidade sua interpretação e as interpretações da constituição como redescritões, isto é, reativações no presente, e logo representações da constituição justamente nesta função. A constituição, desse modo, constitui realidade neste preciso sentido. Ela constitui aquilo que interpreta como realidade, e esta sua interpretação transforma o espaço de realidade na qual atua a diferenciação social. A função do juiz constitucional consiste em reativar continuamente este processo de construção da realidade. O juiz interpreta interpretações, redescrive descrições, reabre começos, reencerra circularidades. (...)

Através da interpretação, o juiz não diz que coisa é a constituição, ele não indica uma tautologia; assim como ele não guarda uma luz inesgotável e não conserva tampouco valores imutáveis. Através da interpretação, o juiz constrói sentido com base no texto, isto é, transforma o próprio texto, porque em cada intervenção sua ele implica a si próprio sem poder se ver. Portanto, somente a interpretação da constituição distingue-se cada vez entre interpretação constitucional e interpretação inconstitucional: a tautologia repete-se, reflete-se sobre si mesma, e nós continuamos pensando que deste modo se produz justiça, igualdade, liberdade.¹⁷

É diante de todas as linhas acima delineadas que se sustenta o argumento de que a produção de segurança jurídica perpassa o exercício do Poder Legislativo, posteriormente ao Poder Judiciário. Essa compreensão será necessária no momento que se analisará normatividade então existente sobre os Direitos Reprodutivos e seus recortes.

¹⁷ Raffaele de Giorgi – O desafio do juiz constitucional. Campo Jurídico, Vol. 3 n. 2, p. 107-120, Outubro de 2015. Grifo nosso. Pag. 117 – 118.

Capítulo 2 – O Direito, Saúde e o Direito à Saúde

Neste segundo capítulo, buscar-se-á introduzir o tema do Direito e da Saúde, debatendo o que cada um pode ser, ou quais caminhos podem ser trilhados para interpretar o que significam estas duas palavras que tanto são necessárias nas discussões deste trabalho.

Esta discussão serve de plano de fundo para os capítulos terceiro e quarto, onde se discutirá o Direito à Saúde e os Direitos Reprodutivos propriamente ditos, nesta sequência.

2.1 O que não é Direito?

Para discutir o caráter ontológico do Direito seria necessário um trabalho de conclusão com apenas esse objetivo, o qual provavelmente não esgotaria as possibilidades de interpretações e explicações que podem ser oferecidas para a pergunta “o que é direito?”.

Diante disso, propõe-se uma abordagem partindo do ponto de vista do que não é o Direito. De outra forma, falar-se-á através de um exemplo que ilustra como o Direito não deve ser definido de uma forma simples, rasa. Há muito o que se discutir sobre o que isto, o Direito, vem realmente a ser.

Pensar o que é propriamente o Direito, ou seja, compreender abstratamente o que isto vem a ser, é uma tarefa que exige um cuidado maior com as definições comumente apresentadas. Por exemplo, uma forma de interpretar o que isto vem a significar é simplesmente considerar que o Direito é a lei. Em outras palavras, quando se pensa sobre o assunto, é comum considerar que um código, ou alguns códigos, são as representações do Direito – ou seja, essa forma de proteção àquilo que em algum grau promove a sensação de expectativa de respeito a um determinado limite ou previsão de atos no âmbito jurídico. Em outras palavras, acredita-se que o que está na lei será “meu Direito”.

Esse pensamento, como explica Roberto Lyra Filho, advém de uma lógica que favorece a figura do Estado, que é a instituição de onde as leis surgem. Por isso mesmo é o maior interessado na lógica de compreensão de que o direito é aquilo que seja necessariamente atrelado à lei:

A identificação entre Direito e lei pertence, aliás, ao repertório ideológico do Estado, pois na sua posição privilegiada ele desejaria convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo Direito a procurar além ou acima das leis.¹⁸

Esta forma de entender o Direito pode ser danosa, uma vez que ignora o fato de haver situações onde não há proteção legal que disponha sobre estas mesmas situações, havendo o que se chama de lacuna jurídica.

Em outras palavras, há que se atentar para aos casos onde não houve lei editada especificamente para tratar de uma situação concreta. Esta ausência da lei, já comentada no capítulo primeiro, pode-se dá por inércia do legislativo, falta de interesse geral e até mesmo falta de representatividade política das partes envolvidas. De toda forma, o Direito que pertence ao sujeito inserido em sociedade não poderá ser vilipendiado: isto será discutido em breve.

Roberto Lyra Filho defende que é necessária uma contextualização do direito, uma interpretação que não esteja tão somente atrelada à lei, à coisa codificada. Esta última, como comentado, representa, nas palavras do autor, uma *dominação ilegítima* do Estado sobre o sujeito:

Uma exata concepção do Direito não poderá desprezar todos esses aspectos do processo histórico, em que o círculo da legalidade não coincide, sem mais, com o da legitimidade, como notava, entre outros, inclusive o grande jurista burguês Hermann Heller. Diríamos até que, se o Direito é reduzido à pura legalidade, já representa dominação ilegítima, por força desta mesma suposta identidade; e este "Direito" passa, então, das normas estatais, castrado, morto e embalsamado, para o necrotério duma pseudociência, que os juristas conservadores, não à toa, chamam de "dogmática".¹⁹

Estes comentários introdutórios à noção do que é o Direito se mostram pertinentes no momento em que se constata, como é o caso da terceira parte deste trabalho, que há, na sociedade, situações onde a lacuna legal leva a uma falta de acesso à direitos. Estes direitos até então não positivados não deixam de existir ou serem pertinentes à existência de quem quer que seja seu titular.

Destes casos, haverá de se analisar outras normas que possam ser norteadoras à compreensão de que tal direito não necessariamente positivado encontra espaço ou não nesta sociedade em questão, a brasileira.

¹⁸ FILHO, Roberto Lyra. O que é direito. Editora Brasiliense. 11ª Ed. São Paulo – SP. Pag. 4 e 5.

¹⁹ Idem, Pag. 5.

Contudo, antes de adentrar neste ponto em específico – adianta-se, a questão dos direitos reprodutivos propriamente, especificamente técnicas as quais o ordenamento jurídico brasileiro insiste em furta-se a debater – é necessário compreendermos, ainda que em um nível não tão profundo, o que vem a ser a Saúde e como o direito brasileiro entende o Direito à Saúde.

2.2 O que é saúde?

Pensar sobre saúde é reflexionar sobre o que se entende por saúde, em determinada cultura, sociedade, por fim em cada povo.

Como conceito, tem-se o oferecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) que diz: *“A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”*. Porém, bastar-se ao conceito oferecido é um erro, especialmente porque a estrutura que o define evidencia-se a cada dia impossível ao alcance em completude. Sobretudo, entender que saúde não é simplesmente a ausência de enfermidades tão somente biológicas é o início da caminhada à compreensão da saúde.

Saúde entendida como conceito é fruto da cultura. E cultura é uma produção humana. O conceito, em seu tempo, pode ser traduzido como a compreensão abstrata transcrita em palavras, que por sua vez busca indicar o real significado do termo. Se saúde é cultura, então não pode ser entendida universalmente, ao tempo que se torna conceito vivo, organismo de cada sociedade. Neste ínterim, o que se entende por saudável varia.

Primeiramente, algo deve ser colocado em mente. Saúde não se basta à enfermidade. Estar saudável não é simplesmente haver a ausência de uma enfermidade física. E o contrário da saúde, a doença, também não se basta à enfermidade. Entender saúde como algo além da simples enfermidade é ideia existente desde Hipócrates, que defendia saúde como equilíbrio. Isso se encontra bem evidenciado no conceito oferecido pela OMS. Deste plano, pode-se investigar à compreensão mais ampla do conceito.

Saúde é, também, equilíbrio social. E equilíbrio social é estado dependente de inúmeras variantes. Se entende que o homem, na construção do si, tem forte influência do meio em que está, e saúde é discurso de cultura, observar as

mudanças de uma sociedade e como ela se comporta influi totalmente na noção de saúde construída e a saúde própria do indivíduo. Cotidianamente, a cada transtorno externo, a cada benefício externo, o estado de saúde é moldado e construído.

Saúde, como produto de construção social, pode ser entendida como um conjunto de métodos habituais impostos ao sujeito com a finalidade da manutenção do bem-estar. De toda forma, o pensamento sobre o ser saudável é fôrma e entendimento de cada sociedade, como já citado o exemplo de Hipócrates, que, na Grécia antiga, defendia a saúde como equilíbrio do ser.

Saúde passa a ser ainda mais preocupação pública durante o século dezessete, onde a medida de ordem prática é também questão de estado. Dar-se o nome de Polícia Médica – este termo fora reinventado no século dezenove e passou a ser entendido como Saúde Pública: a fiscalização dos lugares, a necessidade de um controle de áreas públicas, busca por não-higiene em recintos particulares são práticas, agora, de cunho público e preocupação estatal. Novos costumes são incentivados, no âmbito mais impessoal, quanto ao âmbito mais pessoal. A exemplo das mudanças de estruturas das construções, agora procura-se a ventilação maior na cidade, adaptando largas ruas para a circulação, e também nos estabelecimentos, com janelas para iluminação e arejamento. No pessoal, os programas de saúde, sobre tudo para o controle de pestes, com a exclusão e o tratamento do sujeito moribundo. Controlar as ameaças que surgem à Saúde Pública é papel obrigatório do Estado, e para isso é necessária a interferência no que se compreende como particular. A vida saudável passa a ser diretriz das construções sociais. Viver em sociedade requer uma preocupação com a própria saúde, buscar os hábitos, ditos pela própria sociedade o qual está inserido, como saudável. Essa preocupação se dá, contudo, pela apreensão não somente para consigo mesmo, mas para com o próximo, o grupo que se está presente.

Saúde é conceito idealístico, por fim, abstrato. Mensurá-la ou objetivar o significado é tarefa impossível – sob um ponto de vista universal. Porém, termos como “qualidade de vida” ou “índice de Desenvolvimento Humano” têm sido constantemente usados para avaliar o comprometimento dos Estados para com a Saúde. Quanto mais alto o índice, que é avaliado com diversos aspectos e configurações que o compõe, como taxa de mortes por habitantes, que assim baseia

a periculosidade, taxas de enfermidades e tratamentos das mesmas, menos comprometimento tem aquela sociedade para com a saúde.

Uma nova ideia de interpretar Saúde é oferecida por Adam e Herzlich, que trata Saúde como: *saúde como ter, saúde como fazer, saúde como estar*. *Saúde como ter* é saúde como aptidão e bem-estar. *Saúde como fazer* é saúde como capacidade de desempenhar papéis sociais e funcionar como sujeito. *Saúde como estar* trata-se, por fim, como a ausência de enfermidades. Havendo esse pensamento deve-se levar em consideração, então, a compreensão de uma *Saúde objetiva* e uma *Saúde subjetiva*. A *objetiva* diz respeito à interpretação laboratorial, a avaliação fisiológica do sujeito, taxas concebidas por exames clínicos e avaliações da homeostase²⁰ corporal no sentido *objetivo*. A *Saúde Subjetiva* compreende o estado do sujeito quanto à sua noção de estar ou não saudável, sua capacidade tanto de realizar trabalho como realizar o prazer.

Saúde é mais que avaliações fisiológicas, tem haver também com o modo de se sentir e de ser. É possível estar dentro das normalidades das taxas corporais e, mesmo assim, não se sentir capaz de agir. A Saúde, já que inalcançável em plenitude, é interpretada da melhor forma em que o sujeito se identifica subjetivamente somada à normalidade laboratorial. Quanto mais distante a homeostase, maior é a presença de doenças. Doenças essas psíquicas ou na fisiologia. A condição para adoecer é estar saudável, da mesma forma que estar saudável é condição básica para adoecer. Se já se entende o que pode ser saúde, o que distancia o seu alcance é a doença. E é na doença que o caminho para à Saúde começa. Doença que também é interpretada tanto da forma *objetiva* como *subjetiva*. Alterações nas taxas corporais como também na incapacidade social, de produzir ou sentir-se no bem-estar. Doença é tudo aquilo que não pode ser visto como Saúde. É enfermidade e mais: é adoecer mental, refletido no social e no particular.

2.3 O direito à saúde

²⁰ Como ensina BRITO e HADDAD (2017), o conceito de homeostase fora originalmente oferecido por Walter Cannon em 1926, buscando transcrever os arranjos que o corpo desenvolve com o fito de estabelecer o *status quo* do corpo após algum desequilíbrio lhe afligir. Brito, Ivana. HADDAD, Hamilton. A formulação do Conceito de Homeostase por Walter Cannon. Filosofia e História da Biologia, v. 12, nº. 1, Pag. 99-113, 2017. Pag. 104.

Transpondo a discussão do que é Saúde, ainda que tenha sido abordado de forma breve, outra faceta sobre tal assunto se mostra pertinente a este trabalho. Se a saúde é este conceito cultural, ato contínuo, fruto de uma produção humana, há que se concordar que, especialmente em uma sociedade que funciona com uma lógica de um sistema legal, deve haver dispositivos que garantam a saúde como direito de todos.

Em outras palavras, se para com a saúde há esta preocupação tão profunda, se a construção do que entendemos como saúde é uma construção humana, é indissociável que, nas oportunidades que se pense sobre o que é intrínseco ao ser humano, pense-se sobre saúde.

É neste sentido, ensina Fábio Konder Comparato, que quando buscou-se institucionalizar dos ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)²¹, adotou-se o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em ambos os casos, o Brasil ratificou por meio de Decreto Legislativo que fora promulgado em 1992.²²

Como explica o autor, neste momento buscava-se tornar prática as concepções elaboradas na DUDH, de maneira que os Estados signatários pudessem agir efetivamente para prestigiar aquilo que fora colocado como Direito Humano:

Completava-se, assim, a segunda etapa do processo de institucionalização dos direitos do homem em âmbito universal e dava-se início à terceira etapa, relativa à criação de mecanismos de sanção às violações de direitos humanos. Nesse particular, porém, a atuação do Comitê de Direitos Humanos restringe-se aos direitos civis e políticos e, ainda assim, sem que ele tenha poderes para formular um juízo de condenação do Estado responsável pela violação desses direitos. Além disso, contrariamente ao que fora estipulado na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950², a competência do Comitê para receber e processar denúncias, mesmo quando formuladas por Estados-Partes, depende de reconhecimento expresso do Estado do apontado como violador dos direitos humanos. A elaboração de dois tratados e não de um só, compreendendo o conjunto dos direitos humanos segundo o modelo da Declaração Universal de 1948, foi o resultado de um compromisso diplomático. (...) ²³

Estes pactos visavam especificar as tratativas relativas à devida efetivação dos Direitos Humanos Universais, separando, em cada pacto, sua abordagem.

²¹ <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

²² <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-226-12-dezembro-1991-358251-publicacaooriginal-1-pl.html>

²³ Comparato, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos / Fábio Konder Comparato.- 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pag. 292, 293. Grifo nosso.

Contudo, em que pese se tratar de dois documentos próprios, a unicidade entre eles foi confirmada em Assembleia Geral da ONU em 1986 que, por conseguinte, confirmou-se na Declaração de Viena, seguindo o entendimento de complementariedade entre um e outro, e não um facultativo ao outro.

Pois bem. Em continuidade a isto, a ONU, em dezembro de 1986, através da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento²⁴ de 1986, trouxe o entendimento de que haveria que se falar, também, de um processo multidisciplinar que levasse ao desenvolvimento das nações, da humanidade. Dentro desta declaração, em oportuno, é prestigiada a questão da saúde, especificamente no artigo oitavo:

Artigo 8º

§1. **Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento**, e devem assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, **serviços de saúde**, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais.

§2. Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.

Como bem destacado, cabe ressaltar o papel do Estado para com o dever de promover o acesso aos serviços de saúde, sendo estes essenciais ao desenvolvimento, como bem assinalado. Isto quer dizer que o espectro de atuação deverá ser amplo, contendo desde leis que disciplinem procedimentos a políticas públicas que envolvam a saúde.

Em tempo, cabe explicar que o termo “Direitos Humanos” cumpre a função de traduzir aquilo que se entende como essencial a ser respeitado e promovido à existência da pessoa humana. Diz-se isto para comentar o fato de doutrinadores divergirem sobre qual terminologia é apropriada para transcrever esse sentimento de essencialidade de proteção de direitos.

Por exemplo, Dirley da Costa Júnior defende que o termo “Direitos Humanos” tem uma perspectiva mais internacionalista, uma vez que seu uso é repetido nos tratados internacionais e declarações. Por assim ser, não se demonstraria totalmente apropriado o uso do termo nas discussões em âmbito nacional:

²⁴<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>

(...)

Os direitos humanos compreendem, assim, todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual. Cuida-se da expressão mais utilizada no âmbito das declarações internacionais, por refletir exatamente a preocupação da comunidade internacional com a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de todas as pessoas e dos povos, independente de sua nacionalidade, vinculação política e opção ideológica. São exemplos dessas declarações: a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU; Convenção Americana de Direitos Humanos; Convenção Europeia de Direitos Humanos; Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.²⁵

Ante isto, o autor consigna que o termo mais cabível em se tratando destes direitos seria o de Direitos Fundamentais. Inclusive, o mesmo argumenta, este é o termo presente na Constituição Cidadã, trazendo os diversos momentos da Carta os quais o termo é designado para intitular esses direitos próprios à existência humana:

Examinadas, em breve escorço, as várias terminologias utilizadas para designar os direitos do Homem, reiteramos a opção metodológica deste Curso pela expressão direitos fundamentais, que está alinhada com a terminologia utilizada pela Constituição de 1988, que adota como epígrafe do Título II o termo "Direitos e Garantias Fundamentais" dispondo-o como gênero ou categoria genérica que abrange todas as espécies de direitos sejam eles referentes às liberdades, à igualdade e à solidariedade, ou, em especial e designadamente, os direitos civis individuais e coletivos (capítulo 1), os direitos sociais (capítulo II e título VIII), os direitos de nacionalidade (capítulo III), os direitos políticos (capítulo IV) e os direitos dos partidos políticos (capítulo V), além dos direitos econômicos (título VII).²⁶

Nessa esteira se entende que é necessário, ainda, tecer apontamentos sobre a natureza dos Direitos Fundamentais. Desde logo, sustenta-se que os Direitos Fundamentais prestigiam esta parte mais objetiva da relação existente entre o Estado e o Sujeito, no tocante aos direitos intrínsecos à existência humana em sociedade.

Ainda nos ensinamentos de Júnior, estes direitos vistos sob esta perspectiva são realmente frutos dos processos das positivações que cada Estado proporcional aos Direitos Humanos. Em outras palavras, no momento em que uma Constituição de uma nação se alinha a estes direitos, positivando normativas que estruturam caminhos para a efetivação deles, daí se terá o que interpretamos como Direitos Fundamentais:

Preliminarmente, é preciso esclarecer que os direitos fundamentais não passam de direitos humanos positivados nas Constituições estatais. Nessa

²⁵ Curso de direito constitucional / Dirley da Cunha Júnior. Impressão: Salvador, JusPODIVM, 2015. Pag.450.

²⁶ Idem, pag. 450.

perspectiva, há forte tendência doutrinária, à qual aderimos, em reservar a expressão "direitos fundamentais" para designar os direitos humanos positivados em nível interno, enquanto a "direitos humanos" no plano das declarações e convenções internacionais. De conseguinte, os direitos fundamentais são direitos assentes na ordem jurídica. São direitos que, embora radiquem no direito natural, não se esgotam nele e não se reduzem a direitos impostos pelo direito natural, pois há direitos fundamentais conferidos a instituições, grupos ou pessoas coletivas (direitos das famílias, das associações, dos sindicatos, dos partidos, das empresas, etc.) e muitos deles são direitos pura e simplesmente criados pelo legislador positivo, de harmonia com as suas legítimas opções e com os condicionamentos do respectivo Estado.²⁷

Concorda neste sentido o doutrinador José Afonso da Silva, quando falando da natureza e da eficácia dos direitos fundamentais, argumentando que a positivação deles no plano constitucional os confere a característica devida e adquirindo o status de direitos constitucionais:

A natureza desses direitos, em certo sentido, já ficou insinuada antes, quando procuramos mostrar que a expressão direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Desde que, no plano interno, assumiram o caráter concreto de normas positivas constitucionais, não tem cabimento reto mar a velha disputa sobre seu valor jurídico, que sua previsão em declarações ou em preâmbulos das constituições francesas suscitava. Sua natureza passara a ser constitucional, o que já era uma posição expressa no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a ponto de, segundo este, sua adoção ser um dos elementos essenciais do próprio conceito de constituição.

Mas também não são normas de valor supraconstitucionais ou de natureza supra estatal como querem Duguit e Pentes de Miranda, embora o sejam cada vez mais de dimensão internacional, como lembramos antes.

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nas cem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular.

Agora, partindo para o plano constitucional, onde há a positivação de direitos, a codificação e a construção através da lei de segurança de direitos e até a promoção destes, há de se falar, primeiramente, das disposições constitucionais brasileira sobre a saúde.²⁸

Um último comentário à questão dos direitos fundamentais é cabível quando analisamos os ensinamentos de Paulo Bonavides, quando este discorre sobre a relação intrínseca entre a estabilidade das constituições e a positivação dos direitos fundamentais nos textos das mesmas. Argumenta o autor que é de suma importância a parte da constituição onde há proteção contra reformas, e se os direitos fundamentais se encontram nesta parte:

²⁷ Idem, pag.451 e 452.

²⁸ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo / José Afonso da Silva. – 39. Ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 90, de 11.9.2015 – São Paulo: Malheiros, 2016 Pag. 181.

O coração das Constituições estáveis se localiza como órgão de continuidade nas disposições do processo legislativo de reforma constitucional. A parte intangível do ordenamento que se furta à intervenção reformista é também de capital importância. Guardamos a esse respeito uma tradição de rigidez presente a cada texto constitucional do período republicano.

Mas uma novidade da maior importância trouxe, de último, a nova Constituição: os direitos e garantias individuais recebem ali uma proteção suprema, vedando-se ao poder constituinte derivado a introdução de emenda que tenda a suprimi-los.

A garantia se robustece por igual com dispositivo idêntico tocante à separação de poderes, pois sem esta não há liberdade nem direitos humanos debaixo da proteção constitucional. O constituinte deu assim um passo significativo de cunho formal, que coloca fora de deliberação as propostas de emenda tendentes a abolir aqueles direitos.²⁹

Superando o debate sobre o conceito de Direitos Fundamentais, é necessário partir para análise de como se tem a positivação destes direitos no plano constitucional brasileiro. Ou seja, de que forma o legislador constitucionalista dispôs do Direito à Saúde na Carta Maior do Estado brasileiro.

A saúde aparece pela primeira vez dentro do Título II da Constituição de 1988, que é nomeado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Especificamente, aparece no Capítulo II deste título, que por sua vez é nomeado “Dos Direitos Sociais”. Por fim, no artigo sexto da Carta Maior, aparece a saúde em seu Caput:

Art. 6º 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Posteriormente, no Título VIII da Constituição – “Da Ordem Social” – inserido no Capítulo II – “Da Seguridade Social”, Seção II – “Da Saúde”, o tema dispõe dos artigos 196 a 200 que tratam especificamente de disposições de como a Saúde será implementada pelo Estado na sociedade brasileira:

Art. 196. 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.
(...)

É notória a rigidez trazida pelo legislador quanto à possibilidade de alterações legislativas em relação a este direito. Passa a ostentar, este direito, a condição de

²⁹ Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 71, de 29 .11.2012) São Paulo: Malheiros, 2013. Pag. 596.

cláusula pétrea, munido de grande importância pública, tendo em vista ser uma das faces do direito à vida. Como argumenta Felipe Asensi:

Neste contexto, atribuiu-se às ações e serviços de saúde o caráter de relevância pública, o que implica dizer que a alteração de tal preceito depende de amplo e rígido processo legislativo. Esta condição cristalizou a relevância jurídica, política e social da saúde no ordenamento brasileiro, sobretudo a partir de sua forte associação com o princípio da dignidade da pessoa humana. O direito à saúde ainda se constitui como cláusula pétrea no âmbito constitucional, uma vez que, em virtude de sua associação direta com o direito à vida, tal não pode ser excluído do resguardo que lhe foi alçado pela Carta Constitucional e pelas legislações posteriores.³⁰

Essa proteção legal conferida desde a origem, ou seja, desde sua previsão constitucional, dá-se pela fundamentalidade deste direito, por sua essencialidade à existência humana. Como já debatido, é incontroverso que o direito à saúde é um direito fundamental. A doutrina é inequívoca sobre o tema. Como também se extrai dos ensinamentos de Sarlete e Figueiredo:

Nesse sentido, assume particular relevância a compreensão de que a salvaguarda do direito à saúde também se dá pela proteção conferida a outros bens fundamentais, com os quais apresenta zonas de convergência e mesmo de superposição (direitos e deveres), fato que reforça a tese da interdependência e mútua conformação de todos os direitos humanos e fundamentais. Dentre esses bens constitucionais podem ser citados, por exemplo, a vida, a dignidade da pessoa humana, o ambiente, a moradia, a privacidade, o trabalho, a propriedade, a seguridade social, além da proteção do consumidor, da família, de crianças e adolescentes, dos idosos.³¹

Nessa esteira, é oportuno memorar o voto proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, na oportunidade o então presidente do tribunal, nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE. Tratava-se de uma ação onde a autora pleiteava a obrigação do Estado arcar com as custas de um medicamento para tratamento de uma doença genética rara.

A União, por sua vez, sempre buscou o indeferimento do pedido, o que não logrou êxito em nenhuma instância, por fim agravando regimentalmente a decisão da presidência do STF a qual não lhe assistia em seu pleito.

Pois bem, interessante é a argumentação trazida pelo Ministro sobre o papel do Estado no direito à saúde, no sentido de que, para além de uma simples garantia de proteção, há o dever positivo estatal para com o direito:

³⁰ Direito sanitário / Felipe Asensi, Roseni Pinheiro (organizadores). - Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Pag. 4.

³¹ Idem, Pag. 29 e 30.

(...)

Tais teses buscam definir se, o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. As divergências doutrinárias quanto âmbito de proteção da saúde decorrem, norma especialmente, ao efetivo constitucional do direito à da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar "mínimo existencial" e "reserva do possível" (Vorbehalt des Möglichen). Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen im Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161.). Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (Recht auf Organization und auf Verfahren), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

A lição aplicada pelo Ministro foi clara o suficiente para trazer uma maior aplicabilidade ao artigo 196 da Constituição. Ainda, ao decorrer de seu voto, o mesmo analisa cada elemento presente no caput do artigo. Convém citar o primeiro analisado, que é a questão do direito de todos:

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

Ora, o princípio da isonomia resta bastante evidenciado no voto, não podendo o Estado deixar de assistir a determinado grupo, como bem sustentou o ministro. É notável a preocupação do legislador quanto à promoção deste direito a todos no momento em que, para além das atividades preventivas ou assistenciais, ele, de plano, determina a diretriz de atendimento integral. Ou seja, buscou o legislador universalizar os serviços prestados, ao passo que não cabe à administração pública decidir qual serviço poderá se recusar a prestar, qual demanda poderá se furtar de atender.

É nesse arrimo de proteção às particularidades que lembra Asensi que o fato da constituição prevê o direito à saúde da forma que previu, ou seja, neste tratamento igual e integral, nascem as dificuldades de prestação do direito a todos os brasileiros:

Com efeito, tornar a saúde um direito universal traz avanços e, paralelamente, novos desafios para a sua implementação e efetivação. Mais precisamente, na medida em que a saúde é um direito de todos, ou seja, de mais de cento e oitenta milhões de brasileiros, surgem desafios e questões sobre como tornar este direito alcançável e exercido por todos de forma capilar; ou, mais propriamente, como constituir um arranjo de recursos e investimentos que torne as ações em saúde uma prerrogativa efetiva de todos.³²

Ato contínuo, a Constituição também disciplinou que os serviços de saúde que seriam prestados pelo Estado estariam organizados em uma rede nacional, com organização própria. Um Sistema Único de Saúde, multidisciplinar, que objetivava viabilizar este contato prático do Estado com os sujeitos. É o que demanda o artigo 198:

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: (Vide ADPF 672)
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade.

É através desse instrumento previsto constitucionalmente e efetivado posteriormente vide Lei n 8.080 de 1990 que trará a efetivação das prestações concernentes ao acesso à saúde. Como bem ensina Asensi havia a necessidade de o direito sair do plano constitucional e efetivamente passar ao plano prestacional:

Nesse sentido, o fato de o direito à saúde ser assegurado na Constituição não significa que ainda não falem instâncias, espaços, leis, regulamentos e diretrizes que otimizem e operacionalizem a sua concretização. O direito à saúde e seus princípios correlatos, à época da promulgação da Constituição, consistiam em verdadeiras texturas abertas que ainda necessitavam de regulamentação. Tendo em vista a abrangência semântica e o alcance do direito à saúde, é preciso considerar as normas regulamentadoras posteriores à Constituição, tais como as leis que implementam o SUS, as instâncias de participação e as normas operacionais. Tais normas buscam, em múltiplos aspectos, construir arcabouços jurídico-institucionais para a sua efetivação.³³

Neste sentido, argumentam Sarlete e Figueiredo, que o Sistema único de Saúde também ostenta uma *garantia institucional fundamental*, tendo em vista as proteções legislativas que o envolvem, no sentido de modificações em seu funcionamento, e sua intrínseca existência para com o direito à saúde:

³² Direito sanitário / Felipe Asensi, Roseni Pinheiro (organizadores). - Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Pag. 4.

³³ Idem, Pag. 8

Tendo sido estabelecido e regulamentado pela própria Constituição de 1988, que estipulou os princípios pelos quais se estrutura e os objetivos a que deve atender, além de consistir no resultado de aperfeiçoamentos efetuados a partir de experiências anteriores frustradas e, de outra parte, constituir reivindicação feita pela sociedade civil organizada, sobretudo no Movimento de Reforma Sanitária que precedeu a elaboração do texto constitucional, o SUS pode ser caracterizado, enfim, como uma garantia institucional fundamental. Sujeita-se, por conseguinte, à proteção estabelecida para as demais normas jusfundamentais, inclusive no que tange à sua inserção entre os limites materiais à reforma constitucional, além de estar resguardado contra medidas de cunho retrocessivo em geral.³⁴

Qual é o SUS que se tem no Brasil? Enquanto sociedade, qual o SUS que se almeja? Essas perguntas nascem ao passo que entendemos que, numa realidade econômica como a do Brasil, prioridades precisam ser definidas para compor uma política pública a nível nacional, como também igualitária, sobre determinada questão de saúde. Diz-se isto na certeza de que a forma como funciona o Sistema Único de Saúde não é mera coincidência, é resultado de uma lógica de prioridades, como explica Jairnilson Silva Paim:

Em síntese, a saúde possui três dimensões: estado vital, setor produtivo e área do saber. Diante delas, entende-se o modo pelo qual as sociedades identificam problemas e necessidades de saúde, buscam a sua explicação e se organizam para enfrenta-los sofre influências econômicas, políticas e culturais. Assim, cada sociedade organiza o seu sistema de saúde de acordo com as suas crenças e valores, sob a influência de determinantes sociais.³⁵

Neste sentido, deduz-se que os serviços ofertados pelo SUS que sejam de fácil acesso são produtos de demandas existentes dentro da sociedade brasileira, as quais estejam em maior necessidade, por serem moléstias mais comuns ou por serem prioridades de políticas públicas de saúde – podemos citar o exemplo das campanhas contra o tabagismo, por exemplo.

De toda forma, em que pese o Sistema funcionar nesta lógica de prioridades e também resposta às demandas – é o que se extrai da prática – não se pode olvidar que existem outros deveres inerentes ao SUS, uma vez que o mesmo é regido por princípios. Comentar-se-á dois deles.

Primeiro, é preciso memorar que o princípio da universalidade do SUS advém do princípio da universalidade da saúde. Essa constatação advém do artigo 196 da Carta Maior, quando, tratando sobre a saúde, dispõe sobre o acesso universal e

³⁴ Idem, Pag. 41.

³⁵ Paim, Jairnilson Silva. O que é o SUS. / Jairnilson Silva Paim – Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009. Pag. 12

igualitário. Isto nos permite deduzir logicamente que ainda que não se trate de uma doença comum ou de um tratamento corriqueiro, ou até mesmo não abraçado por uma política pública de saúde, o mal que aflige o sujeito de direitos que busca auxílio de saúde no SUS deverá ser atendido, ainda que isso exija um grau de complexidade instrumental não tão comum. Como explica Paim:

Assim, o princípio da universalidade supõe o direito à saúde para todos, incluindo *acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência*. Já a integralidade de assistência é *entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema*. (...). Portanto, o SUS não se restringe à atenção básica. A legislação vigente assegura que, a depender da necessidade de cada situação, a pessoa tenha acesso a serviços preventivos e curativos de caráter especializado ou hospitalar, ou seja, em todos os níveis de complexidade do sistema.³⁶

Este é o entendimento, como vimos, proferido no famoso voto do Ministro Gilmar Mendes, mas também é o entendimento majoritário dentro da doutrina do direito brasileiro. Na já citada obra do autor Asensi, a interpretação do princípio da universalidade é idêntica, como se pode constatar:

O princípio da universalidade diz respeito ao reconhecimento da saúde enquanto um direito fundamental de todo e qualquer ser humano, cabendo ao Estado garantir as condições indispensáveis ao seu pleno exercício e o efetivo acesso à atenção e a assistência à saúde em todos os níveis de complexidade. Portanto, tal princípio pressupõe uma relação em que os cidadãos têm um direito que se configura como um dever do Estado, sem qualquer possibilidade de restrição à sua universalidade³⁷.

O segundo princípio a ser comentado é o da autonomia da escolha do tratamento. Pois bem, já é claro que o SUS deve promover tratamentos que vão além da atenção básica, o que abrange tratamentos de complexidade em saúde. Logo, este segundo princípio soa como complementar, ao passo que manifesta a possibilidade do sujeito optar por um tratamento ou outro. Como veremos, este princípio tem como base a dignidade da pessoa humana, no sentido de respeitar a vontade particular do sujeito em suas tomadas de decisões.³⁸

Outro princípio muito importante do SUS diz respeito à *preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral*. O

³⁶ Paim, Jairnilson Silva. O que é o SUS. / Jairnilson Silva Paim – Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009. Pag. 56.

³⁷ Direito sanitário / Felipe Asensi, Roseni Pinheiro (organizadores). - Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Pag. 11.

³⁸ No direito brasileiro não é novidade falarmos sobre a importância de respeitar as decisões do sujeito. Basta olharmos para questões como as disposições de última vontade.

respeito à dignidade humana e a liberdade de escolha das pessoas sustentam o princípio da autonomia dos cidadãos diante das ações e serviços de saúde colocados à sua disposição. As decisões informadas e as escolhas saudáveis supõem a emancipação dos sujeitos e não a tutela ou imposição do poder público.³⁹

Assim, vemos que é basilar que o Estado, através do SUS, promova os tratamentos necessários por mais complexos que estes possam ser, ou até mesmo menos usuais. Saliencia Sarlete e Figueiredo que é da própria natureza do direito a promoção de tratamento ainda que estes não abranjam grande parcela da sociedade. É que o direito à saúde possui uma face generalista, mas isto não inibe a face particularista do mesmo:

A caracterização do direito à saúde como um direito coletivo, ou mesmo como um interesse difuso em certas hipóteses, não lhe serve para afastar a titularidade individual que apresenta, visto que, a despeito das questões relativas à saúde pública e coletiva, jamais perderá o cunho individual que o liga à proteção da vida de cada um, da integridade física e corporal pessoal, assim como da dignidade da pessoa humana individualmente considerada em suas particularidades, até mesmo no que concerne à garantia das condições que constituam o mínimo existencial de cada pessoa.⁴⁰

É neste sentido que também corrobora o princípio da integralidade, no momento que este prevê a prestação de serviços que vão do espectro mais amplo ao mais estrito:

O princípio da integralidade significa, originariamente, a garantia do fornecimento de um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos, curativos e coletivos, exigidos para todos os níveis de complexidade de assistência. Desse modo, tal princípio engloba ações de promoção, proteção e recuperação da saúde.⁴¹

Ante todo o exposto, é incontroverso que a saúde ostenta fundamentalidade na estrutura social brasileira. A responsabilidade do Estado, inclusive, se constrói com capilaridade quando se trata da saúde, no momento em que se compreende o funcionamento do SUS e quais os princípios que o regem, observando-se as particularidades de cada sujeito inserido no Estado, cada cidadão, por assim dizer, que goza, ou deve gozar, de acesso aos tratamentos devidos à sua situação de saúde. Agora, passa-se ao capítulo final, onde será explorado o objeto deste trabalho com mais profundidade, que são os direitos reprodutivos.

³⁹ Paim, Jairnilson Silva. O que é o SUS. / Jairnilson Silva Paim – Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009. Pag. 57.

⁴⁰ Direito sanitário / Felipe Asensi, Roseni Pinheiro (organizadores). - Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Pag. 39

⁴¹ Idem Pag. 11.

Capítulo 3 – Os direitos reprodutivos

Neste terceiro capítulo, buscar-se-á desenvolver o principal objeto desse trabalho, mais precisamente os direitos reprodutivos. Abordando a temática, será necessário introduzir o tema da reprodução humana, que perpassa a medicalização do corpo feminino, bem como o sentimento de filiação.

Por continuidade, também é necessário comentar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, que é intrínseco aos direitos reprodutivos, o que já abre caminho para a análise das normativas existentes hoje no Brasil sobre o tema em debate.

Por fim, não menos importante, é necessário identificar como a bioética enfrenta o tema, particularmente no Brasil, o que desde já, diga-se, acredita-se que seja num sentido permissivo às técnicas de reprodução humana assistida, ainda que menos convencionais.

3.1 Comentários à Reprodução Humana Assistida

O tema da Reprodução Humana Assistida (RHA) é indissociável da própria história da Medicina. Diz-se isto porque deve-se pensar sobre o papel que a medicina passou a desempenhar na sociedade, uma vez que a impossibilidade de gerar uma prole pelos “meios naturais” não é mais tido como um fato terminal ao sonho de germinar um filho: antes, considera-se a possibilidade de esterilidade em um dos parceiros e a decisão de procurar uma ajuda médica. Assim, é inegável de que a Técnica Médica, hoje, é intrínseca ao modo de viver. Neste sentido, escreve Lilia Blima Schraiber:

Eis um imaginário que se funda em uma potente eficácia prática, de cotidiano, “todo dia”, e duplamente positiva: a medicina propôs uma dada intervenção, enfrentando a dor, o sofrimento e, mesmo, a morte; operou-a diretamente, expondo-se a ser perscrutada, aferida, avaliada. Desse modo, não apenas deixou-se confundir com o Estado e a Sociedade modernos, mas o fez declarando-se de público responsável por tal tarefa. Seu sucesso técnico e histórico garantiu, em contrapartida, o reconhecimento do que era de seu valor.(...) A medicalização confunde-se aqui com a própria história da sociabilidade moderna: não só se altera a relação entre o visível e o

invisível ou entre o presumido e o positivado (objetividade de sentidos e reflexão).⁴²

Isto posto, um novo horizonte de possibilidades passará a existir, com o uso da técnica médica, superando dificuldades biológicas antes impensáveis: *“de um modo geral, as novas tecnologias de procriação aumentam significativamente o alcance da escolha na área reprodutiva, uma área considerada pertencente ao domínio da contingência natural.”*⁴³

Hoje, as facilidades que a ciência trouxe, dentro deste tema, afetam diretamente os novos direitos de famílias. Há a possibilidade, por exemplo, da formação familiar de casais homoafetivos os quais podem gerar filhos com seus materiais genéticos, por via das barrigas solidárias⁴⁴. É neste sentido que argumenta a professora Vera Lúcia Raposo sobre o direito à reprodução biológica:

A possibilidade de reprodução biológica é um direito e, por conseguinte, deve estar ao alcance de qualquer pessoa, independentemente do seu estado civil, da sua orientação sexual ou de outras características que tradicionalmente foram invocadas para excluir certas pessoas do uso destas técnicas. Daqui não decorre que aqueles que estão impossibilitados de utilizar os seus próprios gametas não possam formar família: aí está a adoção a demonstrar o contrário.⁴⁵

Por outro lado, é válido pensar sobre como essa desenvoltura do discurso médico figura não apenas o campo técnico. É impensável que tamanhas mudanças na forma como lidamos com o corpo não atingisse, também, a forma como percebemos a sociedade, ao passo que, para onde a ciência vai, ali também irá uma sociedade na qual esta é prestigiada:

(...), .mas este indivíduo, que se é livre agora, e, pois, cidadão, apreende o ser sujeito em uma nova ordem de subjetividade: sujeitos não apenas o são, mas corretamente o devem ser, pois a ciência, neste caso através da medicina, regerá o comportamento adequado socialmente. Definindo juízos sobre a experiência da vida, disciplinará condutas ditadas pelo

⁴² A medicalização do Corpo Feminino – Elisabeth Meloni Vieira - Vieira, Elisabeth Meloni. A medicalização do corpo feminino – Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002. (Lília Blima Schraiber – PREFÁCIL, pag. 12-13)

⁴³ Provetas e Clones: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas. Luana, Naara. Provetas e Clones: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas. Naara Luna – Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. (Pag. 21)

⁴⁴ No Brasil, o termo mais adequado seria “barriga solidária” ou “gestação de substituição”, mas há quem use “barriga de aluguel”. Aqui, esta questão é regida por resoluções do Conselho Federal de Medicina. A mais atual é a Nº 2.168/2017. A resolução dispõe, inclusive, da impossibilidade de transformar este ato em um ato mercadológico. <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>. Acesso em 04/2020.

⁴⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. O direito à imortalidade, 2014. Coimbra, Portugal. Pag. 47.

conhecimento científico; moralidade retirada dos consensos intersubjetivos originários das interações do e no cotidiano social vivido e retirada até mesmo do Direito, da jurisprudência do magistrado, da norma jurídico-política, para situar-se na lei científica, de que emana como forma cientificamente correta de ser: inter-relacionamentos sociais saudáveis.⁴⁶

Assim, a medicina perpassa nas mais variadas áreas de conhecimento e sociais. O discurso científico possui uma valorização, e, com esta, influencia estruturalmente como algumas coisas são concebidas e quais as formas de observar alguns casos.

Em se tratando de reprodução, este monopólio social da técnica pela medicina passa a reger a forma como se interpreta o corpo feminino, como explica Elisabeth Meloni Vireira (2002), “(...) a história da apropriação do corpo feminino pelo saber médico foi efetivamente marcada pelo desenvolvimento de um conhecimento cirúrgico e tecnológico promovido pela aproximação da medicina com o momento do parto(...)”⁴⁷. Tal aproximação trouxe, inclusive, a já mencionada mudança de interpretação da sociedade através da medicina. Historicamente, pode-se observar as políticas de controle de natalidade implantadas no Brasil, conforme assinala a autora retro mencionada:

A medicalização do corpo feminino está profundamente articulada à emergência da nova visão da prática médica que se consolida no século XIX. O significado dessa nova visão traz uma questão fundamental para o entendimento deste, já que existe um caráter específico na concepção de sua natureza, que está relacionada à questão da reprodução focalizada na mulher e na necessidade da sociedade de controlar as populações.⁴⁸

Neste sentido, é válido lembrar que a questão da infertilidade é tida como doença, uma vez que consta no Código Internacional de Doença (CID), na numeração 97 e suas variações, o que corrobora com a ideia de que a medicina define o que é o natural, tratando como estranho à mulher a incapacidade do seu corpo de gerar um filho:

A concepção da infertilidade como doença, em oposição à sua prévia consideração como um dos desígnios divinos, caminhou associada ao desenvolvimento das técnicas de PMA e sua qualificação como remédio dessa doença⁴⁹

⁴⁶ A medicalização do Corpo Feminino – Elisabeth Meloni Vieira - Vieira, Elisabeth Meloni. A medicalização do corpo feminino – Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002. (Lilia Blima Schraiber – PREFÁCIL, pag. 12-13.

⁴⁷ Idem. Pag. 23

⁴⁸ Idem. Pag. 21.

⁴⁹ RAPOSO, Vera Lúcia. O direito à imortalidade, 2014. Coimbra, Portugal. Pag. 51.

Essa linguagem passa a ser utilizada, trazendo consigo a ideia de que a infertilidade é uma doença, o que socializa a discussão. Diz-se isto no sentido de que, por se tratar de uma doença, ainda que atinja uma pessoa em particular, as tratativas passarão a ser pensadas para uma coletividade, tendo em vista que mais de uma pessoa terá essa doença. Com isso, uma outra discussão surge, a qual é: o direito discutido se refere ao direito à reprodução ou o direito à filiação, ou seja, de ter um filho? Diz-se isto porque, para além das técnicas reprodutivas conceptivas, temos a saída da adoção. No Brasil, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁵⁰, há 9.262 (nove mil, duzentas e sessenta e duas) crianças cadastradas para adoção, as quais poderiam cumprir o propósito de “constituir” uma família. Porém, como assinala Naara Luna, a questão está longe de ser simples:

Por que tantas mulheres inférteis buscam esses meios para serem mães por meio da gravidez, em vez de resolver a falta de filhos com a adoção? Por que ter filhos dessa forma, com alto ônus financeiro, riscos e custos físicos e psicológicos? Como experimentam um tratamento que não cura a infertilidade e que proporciona filhos independentemente da relação sexual do casal? Que tipo de vínculo se constitui com filhos gerados desse modo? (...)

É imprescindível investigar entre os usuários da reprodução assistida como definem seus vínculos como os filhos assim gerados. Será que se trata de simples laços genéticos? Caso a conexão de substância hereditária com a prole se revele importante, cabe inquirir se os caracteres que se supõe transmitidos ao filho não se resumem ao biológico, mas abrangem a dimensão moral. Afirma-se a hipótese de que a busca do filho genético está menos relacionada no discurso nativo à necessidade da transmissão de genes, conforme a sociobiologia vulgar (Sahlins, 1976), do que com a expectativa de um sentimento de pertença mais forte a partir do vínculo de substância entre pais e filho.⁵¹

Ora, é perceptível a complexidade que envolve o problema, abrangendo temas que evidenciam a necessidade de uma discussão jurídica mais aprofundada e, conforme se argumentará posteriormente, positivada. Os laços familiares estão além das interpretações tecnicistas que muitas das vezes são oferecidas através da linguagem científica, mais especificamente médica. Antes, consolidam-se em uma estrutura social:

Como os usuários da reprodução assistida pensam seus vínculos com os filhos gerados? Considerando a conexão de substância hereditária, cabe inquirir se os caracteres que se supõe transmitir ao filho abrangem as dimensões biológica e moral. A necessidade da transmissão de genes, nos

⁵⁰ <https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> - consulta realizada dia 20/04/2020.

⁵¹ Luna, Naara. *Provetas e Clones: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas*. Naara Luna – Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. (Pag. 18 – 19)

termos da sociobiologia vulgar (Sahlins, 1976), tem menos peso no discurso nativo. A hipótese é que a busca do filho genético traduz a expectativa do sentimento de pertença mais forte fundamentado no vínculo de substância entre pais e filho.⁵²

Isto mostra um fator biológico que influencia fortemente como tais relações são construídas e até como tais processos reprodutivos são desenvolvidos. Desta forma, o “direito de ser mãe”, no sentido de gestar o filho, desempenha uma função tão importante que, no contexto da reprodução, o direito à filiação não participa necessariamente como uma saída sempre viável ou considerada.

A reprodução corresponde a uma das mais básicas necessidades humanas, quase um imperativo natural e que, como tal, deve ser satisfeito, uma vez que é central para a nossa identidade pessoal, dignidade e sentido da vida, de tal forma que a privação do controle acerca da nossa reprodução impede-nos de vivermos a vida segundo os nossos mais profundos valores e convicções.

Por conseguinte, a permanência, incondicionalidade e extrema importância desde desejo elevam-no à categoria de direito fundamental.⁵³

Diante de tal argumento, é indispensável considerar que nem sempre será objeto de cogitação dos casais que pretendem ter um filho a questão da adoção. Conforme mostra o relato obtido por Naara Luna, o direito de ser mãe, de gestação, é um discurso presente nestes processos:

Entre os casais que tentam gerar filhos sem conseguir é comum, após certo período de espera, discutirem outros meios de tê-los: o tratamento ou a adoção. Uma informante de serviço público de reprodução assistida não engravidava devido ao “fator masculino”: seu marido tinha varicocele. Ele era contra o tratamento e preferia a adoção. Ela admitiu que adotaria, se o problema fosse dela, mas não queria perder o “direito de ser mãe”.⁵⁴

Neste mesmo viés, há o fator *sangue* que também rege as decisões que circundam o tema. Este material plasmático biológico – vide a desbiologização da filiação – traduz, aqui, ou melhor, simboliza de forma prática a complexidade dos laços a serem constituídos, que englobam não somente o fator genético, mas fortemente o social:

O parentesco revela-se como um idioma de pertencimento: o “meu” filho “mesmo”! Se opõe ao filho “dos outros”. Deseja-se a comunhão de substância com os filhos, por isso se fala em “minha carne”, “meu sangue”. Outra informante define filhos: “Nossos, do nosso sangue (...) que tenham as nossas características, as nossas células” (Usuária, serviço privado de reprodução assistida, 32 anos). O “sangue”, “as características”, “as células”

⁵² Idem. Pag. 182.

⁵³ RAPOSO, Vera Lúcia. O direito à imortalidade, 2014. Coimbra, Portugal. (Pag. 111 – 112)

⁵⁴ Luna, Naara. Provetas e Clones: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas. Naara Luna – Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. (Pag. 188).

são símbolos de comunhão de substância física como sinal de pertencimento.”

(...)Sangue é a imagem central para descrever a comunhão de substância no parentesco. Embora se possa entender os laços de sangue como conexão biogenética (Schneider, 1968), referindo-se às características físicas, as que manifestaram receio quanto à adoção mencionaram mais traços de temperamento sociais.⁵⁵

Como visto, o sangue transcende a questão biológica. É, na verdade, e também, um significante social. É uma das faces presentes naquilo que se entende por pertencer – neste caso pertencer a uma família.

Neste arrimo, é interessante observar o elemento humano que corresponde à necessidade de “prolongar a linhagem”. Essa vontade é instintiva, ou seja, é natural que o desejo de gerar uma prole existe. Não é uma questão de sentimentalismo, é uma questão biológica. Neste sentir, argumenta Vera Lúcia Raposo, que não se trata de uma “apologia a biologia”, mas tão somente o reconhecimento desta condição humana, o que leva à necessidade de promoção das técnicas de reprodução assistida. É uma das interpretações do “direito à imortalidade” que a autora desenvolve em seu trabalho:

Não se pense que ao operarmos esta distinção partimos de algum essencialismo biológico. Estamos longe de hierarquizações que subjuguem o direito a constituir família ao direito reprodutivo ou que elevem o critério genético a elemento definidor da família. Procedemos apenas a uma especificação no sentido de, dentro do direito a constituir família (que abrange as múltiplas situações de pessoas que se unem movidas por sentimentos) autonomizar uma derivação específica desse direito. Não se trata de uma apologia da biologia (muito pelo contrário, como se verá pela solução que damos aos casos de maternidade de substituição, ou pela recusa da paternidade/maternidade dos dadores de gametas), mas simplesmente do reconhecimento de que as técnicas reprodutivas se fundam essencialmente nessa instinto genético que nos faz querer transmitir o nosso ADN à descendência. Se não fosse esse instinto a mover-nos nem necessitaríamos da PMA. Por outras palavras, se o afecto nos bastasse, as técnicas reprodutivas seriam inúteis e todos viveríamos felizes adoptando crianças.⁵⁶

3.2 A dignidade da pessoa humana e a bioética

Não menos importante, falar sobre o tema dos direitos reprodutivos é também falar sobre a dignidade da pessoa humana. Ainda, falar sobre o direito à saúde é falar sobre dignidade da pessoa humana. Fluindo do direito à vida, o direito à saúde,

⁵⁵ Idem. Pag.189.

⁵⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. O direito à imortalidade, 2014. Coimbra, Portugal. Pag. 47.

quando prestigia questões como a autonomia da escolha ou até mesmo quando o objeto de debate são tratamentos menos usuais, observa-se um respeito à dignidade intrínseca do ser humano.

São considerações necessárias ao debate, ao passo que discutir a realização pessoal que é trazer à vida uma outra vida, ainda que por técnicas reprodutivas, tem estrito ligamento com este princípio tão importante. Como bem assinala Sarlet, Marinoni E Mitidiero:

É no âmbito do direito à saúde que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu respectivo objeto (no caso da dimensão positiva, trata-se de prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar etc.) com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. A despeito do reconhecimento de certos efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, o fato é que a dignidade atribuída ao ser humano é essencialmente da pessoa humana viva. O direito à vida (e, no que se verifica a conexão, também o direito à saúde) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psíquica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.⁵⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos previstos no artigo primeiro da Constituição de 1988, especificamente no inciso terceiro. Este posicionamento logo no princípio da Carta Maior não é despretensioso. Antes, já anuncia que as normativas dispostas nas linhas que seguem o texto fundamental serão regidas com base neste princípio. Por exemplo, pode-se pensar em casos concretos que por ventura venham a surgir e que na oportunidade haja dúvida sobre qual direito prestigiar, preservar-se-á a dignidade da pessoa humana.

É neste sentido que argumenta o professor Adriano Marteleto Godinho, defendendo a essencialidade que se propôs à dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, centrando-se no respeito à pessoa e sua autonomia:

Disto se deduz que a dignidade da pessoa humana implicará o irrecusável reconhecimento da prioridade de cada indivíduo, de natureza e qualidade irrepetível, de sua autonomia ética enquanto ser singular e concreto, em favor de quem se prostram os poderes públicos e as políticas estatais, e nunca o oposto. Uma vez incorporada ao texto da Constituição da República como um dos seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana passa a valer como ratio de todo o sistema. normativo, como "o sol do universo de valores, onde os demais gravitam ao seu redor". Trata se de um

⁵⁷ Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. - 8. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Pg. 834.

preceito cujo respeito se toma o mais relevante critério de valoração da legitimidade da atuação do Estado, vinculando-o ao dever de prover, em prol das pessoas, meios de prevenção e proteção da dignidade que lhes é imanente contra todo tipo de intervenção, proveniente de outros particulares ou de quaisquer entidades, que de algum modo sejam suscetíveis de afetá-la.⁵⁸

Numa perspectiva mais ontológica sobre a dignidade da pessoa humana, sustenta José Oliveira Ascensão que antes de quaisquer considerações é necessário compreender que o termo “pessoa” pressupõe uma construção entre um elemento biológico, que é o homem, e o espírito.

Em continuidade ao pensamento, defende o autor que reside na pessoa a capacidade de autodeterminação, de consciência e liberdade. Isto é o que distingue o homem, o caracteriza e o que lhe atribui intrinsecamente a sua dignidade:

O homem é pois digno porque é dele constitutivo um projecto a realizar. Alardear dignidade sem atender à essência do homem é girar no vácuo. Por isso a universalizada referência à "eminente dignidade da pessoa humana" soa a oco, enquanto estiver esvaziada da sua essência. Devemos antes afirmar que o homem é um universo único e irrepetível, com liberdade e potencialidade de auto-realização. Sintetizando: o homem tem dignidade porque é pessoa. É um ser ético, porque é auto-consciente e dotado antes de mais de autodeterminação e consciência moral. Não é apenas um ser biológico ou um ser ao sabor do arbítrio: é um ser com fins de realização próprios. É responsável pela condução da sua vida. Nisso reside a sua a dignidade.⁵⁹

Para este trabalho, importa ressaltar a ligação existente entre o que está sendo defendido no plano da dignidade da pessoa humana e os direitos reprodutivos. É que, como já fora visto, os direitos reprodutivos advêm também do respeito à autonomia da escolha em gerar uma prole. Essa escolha deve ser protegida pelo estado, entre outras coisas, pelo respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que a compreendemos intrínseca à pessoa. Por conseguinte, assim o é, como vimos, devido justamente à autonomia.

Em outras palavras, por ser uma escolha os métodos científicos que levam a reprodução, estes devem ser protegidos tendo em vista que o fato de poder escolher é a essência da pessoa, e da pessoa emana a dignidade, protegida fundamentalmente pelo Estado brasileiro.

Essa mesma proteção da dignidade pelo Estado, prestigiada logo no primeiro artigo da Carta Maior é também o plano de fundo para argumentarmos como a

⁵⁸ Godinho, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e atos de limitação voluntária./ Adriano Marteleto Godinho./ Curitiba: Juruá, 2014. Pag. 33.

⁵⁹ ASCENÇÃO, José Oliveira. A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos. Revista Mestrado em Direito. Osasco, ano 8, nº 2. Pag. 79-101.

bioética sinaliza positivamente para os tratamentos de procriação medicamente assistida. Desde já, ressalta-se que seria irresponsável não haver comentários sobre o que vem a ser a bioética, tendo em vista que ela é parte essencial das discussões sobre os direitos reprodutivos.

Logo, cumpre ressaltar que a bioética é, em linhas parcas, a presença da reflexão ética sobre o desenvolvimento e as ações científicas que envolvem a vida humana. Este termo aparece pela primeira vez na década de 70, num trabalho publicado pelo médico Van Rensselaer Potter, sob o título de “*Bioethics, the Science of survival*”. Ainda, nota-se que os estudos sobre a bioética se desenvolveram com mais afinco nos Estados Unidos, uma vez que de lá surgiu o *Relatório Belmont*. Este relatório tem como principal ponto a noção de que três princípios básicos devem nortear a compreensão daquilo que é ético dentro das pesquisas científicas, que são: 1) o respeito pela pessoa; 2) a beneficência e; 3) a justiça⁶⁰. Desta forma, compreendendo a importância dos estudos bioéticos, também é importante consignar como no ordenamento jurídico brasileiro podemos a interpretar.

Como lembra George Salomão Leite, “*questões bioéticas são, sim, questões jurídicas, haja vista que a vida é o eixo de atuação do saber bioético. São, portanto, problemas afetos à Constituição, pois esta consagra a vida como bem jurídico inviolável*”. Este mesmo autor traça uma conexão entre a constituição e a bioética, tendo como ponte para este estudo a dignidade da pessoa humana:

Afora a dignidade da pessoa humana ter sido eleita como valor supremo do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição a colocou como fundamento da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º, III; como finalidade da ordem econômica e financeira, em seu art. 170, caput; como fundamento do planejamento familiar, no art. 226, §7º, dentre outras passagens constantes no Texto Constitucional. Podemos dizer que a dignidade humana é a fonte material de todo o nosso ordenamento jurídico.⁶¹

Este mesmo fundamento é o que se vê nos estudos da bioética, pois “*se a dignidade é um atributo inato ao ser humano, e se este é o núcleo da bioética, certamente que a dignidade deverá ser concebida como fundamento bioético.*”⁶²

Conclui o autor que através da capacidade de mutação constitucional nosso ordenamento dispõe da possibilidade de incorporar novos entendimentos propostos:

⁶⁰ <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34256/relatorio-de-belmont-1978>

⁶¹ GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana. Tratado Brasileiro Sobre Direito Fundamental à Morte Digna. São Paulo: Almedina, 2017. Outros Autores. Pag. 31.

⁶² Idem. Pag. 31.

Deste modo, percebe-se que a Constituição tem a capacidade de absorver todos os valores que norteiam a bioética, de modo que as situações trazidas por esta nova realidade possam ter não apenas uma justificação moral, mas também uma justificação jurídica, como mecanismo legitimador da proteção à dignidade da pessoa humana.⁶³

Essa interpretação bioética é útil aos direitos reprodutivos quanto àqueles que carecem de legislação específica, como se verá no tópico seguinte, no sentido de se pode superar esta esfera da discussão que, na oportunidade de edição de leis que tratem sobre algum procedimento abrangido pelo tema da procriação medicamente assistida, se fará presente.

3.3 As normativas brasileiras sobre os direitos reprodutivos

Este penúltimo tópico do trabalho se propõe a comentar como funcionam legalmente os direitos reprodutivos no Brasil. É importante investigar a legislação propriamente dita tendo em vista que, como explicado no primeiro capítulo, a atuação do Estado pressupõe a existência destas leis. Por outro lado, é incontestável que o tema traz verdadeiros desafios para o mundo jurídico, pois abarcam novas configurações dos direitos de famílias, como tal já citado exemplo de casais de mesmo sexo, bem como as garantias jurídicas a serem proporcionadas às pessoas que interagem em um processo de reprodução assistida, sejam eles o doador (caso haja), a barriga solidária (caso seja a situação), a empresa que fornece o serviço de manipulação da reprodução, os pais e, por último, mas não menos importante, o próprio bebê. Como bem recorda, Naara Luna:

O direito civil apresenta representações de parentesco similares ao sistema proposto por Schneider, opondo a verdade biológica à verdade afetiva, complemento da primeira. Segundo Leite (1995), a relação de direito e a verdade biológica devem coincidir. Práticas tradicionais, como a adoção, revelam a importância da vontade individual para o estabelecimento da relação. O uso de tecnologias de procriação com recurso à doação de gametas ou às mães de substituição faz prevalecer a vontade individual sobre a “verdade biológica”. A fertilização *in vitro* (FIV), ao criar embriões fora do corpo com transferência posterior para o útero, permite separar a maternidade genética da gestacional, quando se implanta o óvulo fecundado de uma mulher no útero da outra. Cria-se situação inédita no direito ocidental, em que o parto deixa de estabelecer a certeza da maternidade. Tal prática propicia a fragmentação do papel materno. A mãe gestacional pode não corresponder à mãe genética, nem à mãe social. A representação da maternidade vai se assemelhar à de paternidade no sentido de atribuição social. Não se pode mais associar a função materna com o natural e a paterna com o social. Ambas se revelam socialmente

⁶³ Idem. Pag. 33.

construídas (Strathern, 1992b). A intencionalidade no parentesco permite a inclusão dos parceiros “biologicamente excluídos” da procriação na doação de gametas e na gestação substituta, enquanto a agência está no desejo dos pais de conceber (Franklin, 1997).⁶⁴

No Brasil, os processos de Reprodução Humana Assistida (RHA) são regidos, sobretudo, por meio das resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), atualmente vigorando a Resolução nº 2.294/2021. Ainda, cabe ressaltar a existência da Lei nº 11.105 de 2005, também conhecida como a Lei de Biossegurança.

É importante lembrar que, por esta última não tratar especificamente do tema da RHA, nota-se que existe, no sistema brasileiro, uma fragilidade para com a segurança jurídica do tema, na contramão de países vizinhos, como a Argentina, ou países europeus, como é o caso de Portugal, país onde uma lei sobre o tema existe desde 2006.⁶⁵

Para este trabalho nos basta o caso do Diagnóstico Genético Pré-Implantacional, também conhecido por sua sigla DGPI. Trata-se de um procedimento de análise de compatibilidade genética entre o embrião que virá a nascer e um outro filho que já tenha nascido.

Esse tipo de análise é interessante em casos onde o filho já nascido seja acometido de uma doença genética a qual não há cura senão por via de doação de material genético compatível. Este filho que virá a vida após selecionado *in vitro* por ser compatível é conhecido como *Savior Sibling*, o irmão salvador.

Em que pese a Resolução do CFM prever logo em seu início que “*as técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente.*”⁶⁶, posteriormente adota um posicionamento diferente em se tratando de DGPI.

É que no capítulo específico sobre essa técnica, o sexto, o Conselho se mostrou favorável ao uso da técnica de seleção de embriões com o fito de compatibilidade com o seu irmão já nascido, desde que isso seja a única forma de adquirir o gene compatível:

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES

⁶⁴ Luna, Naara. *Provetas e Clones: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas*. Naara Luna – Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. Pag. 181.

⁶⁵ Lei n.º 32/2006 - Diário da República n.º 143/2006, Série I de 2006-07-26

⁶⁶ Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>.

1. As técnicas de RA 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 em consentimento informado livre e esclarecido específico.
2. As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-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 será de até 14 dias.

Em que pese esse posicionamento, pode-se observar que no item dois supramencionado há uma referência à legalidade, quando cita “de acordo com a legislação vigente”. No caso do Brasil, não há lei específica que trate sobre o DGPI. Não há sequer uma lei que unifique o debate sobre os direitos reprodutivos. Ainda que haja as resoluções do CFM, estas mesmas não possuem efeito vinculante nem ao médico, sequer ao Estado.

Com todas ressalvas necessárias ao estudo do direito comparado, entendendo que cada país possui um processo de desenvolvimento enquanto sociedade próprio e que este desenvolvimento reflete no Estado que ali se constitui, pode-se observar, em um país ao qual compartilha-se a língua, que pode existir uma maturidade sobre o debate, inclusive legislativa. É o caso de Portugal.

Em Portugal, a manipulação genética através do Diagnóstico Genético Pré-Implantacional – DGPI, é devidamente prevista na lei que regula as técnicas de Procriação Medicamente Assistida. O Capítulo V da Lei nº 32/2006⁶⁷ dedica os artigos 28 e 29 para a definição, limites de uso, tipos de lugares aptos a realização do diagnóstico e também a quem este diagnóstico deverá ser realizado – aqui, nota-se a preocupação do legislador português com o histórico de doenças genéticas que possa existir na família, como se observa:

CAPÍTULO V

Diagnóstico genético pré-implantação

Artigo 28 -Rastreo de aneuploidias e diagnóstico genético pré-implantação.

1 - O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objetivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 7º.

(...)

Artigo 29

Aplicações

1 - O DGPI destina-se a pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência.

⁶⁷ <https://dre.pt/pesquisa/-/search/539239/details/maximized>

Não obstante, a mesma lei, por conseguinte, dispõe sobre a criação do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Este conselho possui importantes atribuições, pois o mesmo é o responsável por emitir pareceres sobre a eticidade ou legalidades que envolvam determinado método de procriação assistida. Não só isso, autoriza a criação de novos centros, acompanha atividades e também determina a aprovação ou até mesmo a rejeição de eventuais projetos de investigação, científica ou como técnica, que envolvam embriões. Ademais, a própria lei prevê a deliberação do conselho sobre a questão do uso de técnicas reprodutivas com o fito de encontrar embriões compatíveis para eventual tratamento medicamentoso, que são os *Savior Siblings*:

CAPÍTULO VI

Artigo 30 -Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

1 - É criado o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, adiante designado por CNPMA, ao qual compete, genericamente, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA.

(...)

q) Deliberar caso a caso sobre a utilização das técnicas de PMA para seleção de grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

Desta feita, nota-se que Portugal tem uma complexa legislação sobre o tema desde 2006, onde há definições de técnicas, limites, determinação de criação de conselho e determinação e emissão de pareceres técnicos. Tudo isto contribui para um avanço nos usos das técnicas de reprodução assistida, uma vez que, quando há decisão, não restam questões como se há legalidade ou eticidade em determinado procedimento, como o DGPI com o objetivo da viabilidade de um *Savior Sibling*. Como lembra a professora Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa:

Com o advento da Lei nº 32/2006 e diante de questionamentos sobre o DGPI, proteção ao embrião e outros aspectos sensíveis relacionados à matéria, o CNECV emitiu parecer de nº 51/2007, sobre o Diagnóstico Genético Pré-Implantacional. No documento, o Conselho opina que o DGPI, enquanto técnica de investigação e diagnose, não viola, por si só, princípios éticos fundamentais, todavia, reconhece-se que decisões tomadas com base nos resultados obtidos podem levar a situações de conflitos de valores.

(...)

Importante ressaltar que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida admite que a utilização do DGPI para fins de seleção de doadores de células estaminais para familiares com doenças fatais pode ensejar sérios dilemas éticos, mas estes poderiam ser superados pelo princípio da solidariedade. Afirma, ainda, que a resolução de tais dilemas "supõe a análise ponderada das possibilidades terapêuticas oferecidas pelas tecnologias disponíveis, atende à manifestação da vontade dos progenitores

e deve ser sempre sujeita à apreciação positiva, caso a caso, por comissão especializada.⁶⁸

Este seria um bom caminho para o desenvolver do tema na realidade brasileira. A produção de uma lei pressupõe o interesse social no tema que conseqüentemente será proposto por seus representantes. Há espaço para o debate e para construção de argumentos que solidifiquem a promoção desses direitos reprodutivos.

Infelizmente, em que pese as técnicas de reprodução assistida não serem nenhuma novidade na medicina brasileira, o legislativo nacional continua na inércia de cumprir sua função e editar uma lei que finalmente discuta o tema.

⁶⁸ COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa. Reflexões Acerca dos *Savior Siblings* no Atual Estado da Arte. Em Responsabilidade civil e medicina / Adriano Marteleto Godinho...[et al.] ; coordenado por Joyceane Bezerra de Menezes, Luciana Dadalto, Nelson Rosenvald. - 9. ed. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. Pag. 247.

4 – Conclusões

Este trabalho de conclusão de curso buscou tecer comentários sobre o direito e a saúde, propondo um recorte entre estes dois âmbitos do saber. De início, propôs-se um primeiro contato com o funcionamento do Estado brasileiro. Desde a origem, buscando na leitura clássica de Montesquieu a compreensão da estrutura estatal, até problemas atuais.

Compreendendo que há uma função legislativa a ser desempenhada pelo congresso nacional – aqui objetivando mesmo a amplitude dos ditames gerais que só a União pode legislar, vide a disposição constitucional – a sua atuação se mostra imprescindível quando tratamos de quaisquer direitos, pois, como se viu, o Poder Executivo está vinculado à legalidade.

De outro norte, o sujeito que, preso neste limbo entre ter a expectativa dos direitos, por sua vez gerada por interpretações de normas indiretas, não poderá ficar à espera da boa vontade legislativa. É o momento que se aciona o terceiro poder, o Poder Judiciário, que por sua vez também está atrelado ao texto legal. Na ausência desse, buscará se apoiar em normas alternativas e até mesmo em princípios, passando a criar uma nova norma, esta agora fluindo do Estado-Juiz.

O tema abordado, que é o Direito à Saúde, demonstrou-se delicado. Diz-se isto porque este direito constitucional envolve esferas do direito que devem ser de máxima proteção por parte do Estado. Envolve-se na trama os Direitos Fundamentais, a Dignidade da Pessoa Humana e também a questão da Autonomia da Vontade. Não obstante, o próprio Sistema Único de Saúde, que é o contato entre os dizeres constitucionais e o cidadão, possui uma diretriz específica que prevê o tratamento para além das generalidades, respeitando a particularidade dos sujeitos.

Isso se dá em respeito ao princípio previsto logo no início da Carta Maior, que é o da Dignidade da Pessoa Humana, o que já sinaliza que o mesmo norteará o que veio depôs das linhas as quais fora escrito. É também sob a perspectiva dele que se compreende que os Direitos Reprodutivos são além do simples fato de “ter um filho”: há toda uma complexidade que gravita essa questão, havendo o que se falar sobre a própria realização das pessoas partícipes deste processo. É, também, pelo respeito à capacidade da escolha – elemento constitutivo da ideia de pessoa – que se defende a profundidade dos estudos para com o tema.

Ainda, em relação às questões bioéticas, restou pacífico o entendimento de que o plano constitucional brasileiro abraça os procedimentos necessários à RHA, tendo em vista que a bioética também está sob o prisma também da dignidade da pessoa humana, no momento em que, como já dito, a própria constituição a prevê como norteadora das interpretações que fossem feitas quando necessário.

Por fim, nota-se que no Brasil há uma ausência de legislação específica sobre o tema. Como relatado particularmente sobre o Diagnóstico Genético Pré-Implantacional, o que há é tão somente uma resolução do Conselho Federal de Medicina. Esta situação brasileira de arcaísmo legal difere, como se viu, de Portugal, país o qual se compartilha a mesma língua.

Essa ausência legislativa leva a questões como a falta de obrigatoriedade para com o Estado adotar políticas públicas de promoção desse âmbito da saúde. Diz-se isto porque, em que pese já restar fundado o direito às técnicas de reprodução assistidas, o mesmo não pode ser dito em relação à atuação de promoção das mesmas, uma vez que o Estado funciona vinculado à legalidade.

Sob outra perspectiva, é problemática também pelo fato de que o judiciário terá que buscar em outros textos normativos para que possa fundamentar uma sentença que eventualmente trate sobre o acesso à uma RHA de alguém. Por não serem unificadas, estas sentenças podem gerar aquilo que vimos como insegurança jurídica, mas não só isso, deliberam indiretamente sobre a dignidade da pessoa.