



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FLÁVIA CAROLINE RODRIGUES FONSECA

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DA
COBERTURA DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO
HUMANA ASSISTIDA PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE
(SUS)**

Salvador
2017

FLÁVIA CAROLINE RODRIGUES FONSECA

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DA
COBERTURA DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO
HUMANA ASSISTIDA PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE
(SUS)**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ana Thereza Meirelles

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

FLÁVIA CAROLINE RODRIGUES FONSECA

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DA COBERTURA DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017

À
Minha família, por todo suporte e amor.

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes”.

Marthin Luther King

RESUMO

Os quadros de infertilidade e esterilidade acometem significativa parcela de pessoas, e para os sujeitos inseridos nesse contexto, o abandono do projeto parental pela via natural provoca quadros de frustração pessoal, eivados de angústia e sofrimento, situação que atinge diretamente o viés psicológico da saúde, uma vez que, segundo o conceito ampliado deste atributo, o ser humano deve gozar de um completo bem-estar, em todos os seus complexos patamares, ou seja, ser saudável se relaciona com a satisfação das necessidades físicas, mentais e sociais do indivíduo. Dentro dessa perspectiva, ao longo da pesquisa, argumenta-se a existência de um direito à procriação artificial, calcado na fundamentalidade e materialidade dos direitos fundamentais, em específico o direito à saúde. Erige-se um viés reprodutivo do respectivo direito, em virtude de interpretação constitucional e legal acerca de diversos valores e normas previstos, como o planejamento familiar, o dever estatal de assistência à concepção, a dignidade da pessoa humana e os direitos sexuais. O referido entendimento legitima a busca pela cobertura gratuita dos procedimentos de reprodução humana assistida através do Sistema Único de Saúde. Adentrando a procura pela existência de políticas públicas acerca do tema, pode-se perceber a existência da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida, apresentando esta parcelas positivas e parcelas que ainda intentam melhorias e aperfeiçoamentos, de modo, a coadunar com as diretrizes e princípios informadores do referido sistema público, assim como, com a visão de sistema de saúde, acerca da noção de cidadania. Ainda, surge como aspecto atual, a procura por acesso às técnicas de reprodução humana assistida por meio de postulações jurisdicionais. Nesse âmbito, percebe-se que os provimentos judiciais são diversos e apresentam distintas fundamentações, assim, carecendo de investigação e debate, em prol do alcance de uma uniformização judicial, assim como, a percepção pelos magistrados da noção ampla do direito a saúde e dos aspectos da reprodução humana assistida e suas técnicas.

Palavras-chave: reprodução humana assistida, direito à saúde, política pública, SUS, judicialização.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
RHA	Reprodução Humana Assistida
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
IA	Inseminação Artificial
GIFT	Transferência Intratubária de gametas
ZIFT	Transferência Intratubária de zigotos
ICSI	Injeção Intracitoplasmáticas de espermatozoides
OMS	Organização Mundial da Saúde
CID10	Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados à saúde.
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	12
2.1 O DIREITO À SAÚDE	12
2.1.1 Direitos sociais e contextualização doutrinária	13
2.1.2 Direito à saúde	15
2.1.3 Aspecto subjetivo do direito à saúde	16
2.2 A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL	18
2.3 PONTOS CRÍTICOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	22
2.3.1 Orçamento público e responsabilização do gestor	22
2.3.2 A contraposição do mínimo existencial e a reserva do possível	24
2.3.3 A violação da Universalidade do direito à saúde	26
3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O CONCEITO DE SAÚDE	30
3.1 SISTEMAS DE SAÚDE	30
3.2 O CONCEITO DE SAÚDE AMPLIADO E O BEM ESTAR	34
3.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE DO BRASIL	36
3.4 OS PRINCÍPIOS FINALÍSTICOS E ESTRATÉGICOS DO SUS	40
3.4.1 A universalidade de acesso aos serviços em todos os níveis de assistência à saúde	41
3.4.2 Igualdade na assistência à saúde sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie e a Equidade	42
3.4.3 Integralidade na Assistência à Saúde	44
3.4.4 Participação da comunidade	48
3.4.5 Descentralização político administrativa	46
4 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	50
4.1 ASPECTOS CONCEITUAIS E CONSIDERAÇÕES INICIAIS	51
4.2 INFERTILIDADE E ESTERILIDADE	56
4.3 AS PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	62
4.3.1 Inseminação Artificial (IA)	63
4.3.2 Fertilização <i>in vitro</i> (FIV)	65

4.3.3 Transferência intratubária de gametas (GIFT) e transferência intratubária de zigotos (ZIFT)	69
4.3.4 Injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)	71
4.4 DIREITO À PROCRIAÇÃO ASSISTIDA	72
5 A COBERTURA DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PELO SUS	76
5.1 A POLÍTICA NACIONAL DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	76
5.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	82
5.2.1 O Poder Judiciário na Eficácia do direito à reprodução humana assistida	83
5.2.2 Análise da Jurisprudência acerca do tema	85
6 CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS	91

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a pesquisar a cobertura dos procedimentos de reprodução humana assistida, através do Sistema Único de Saúde, buscando ilustrar como as demandas estão sendo retratadas no campo judicial.

Os valores culturais e existentes na sociedade contemporânea, sempre impuseram a fertilidade como um aspecto positivo e a esterilidade com um aspecto negativo sobre a pessoa. A frustração do projeto parental sob a forma natural, constitui motivação para desalinhamento do sujeito consigo mesmo, uma vez que, a sociedade espera e insurge o desejo e a concretização da procriação humana.

Para muitas pessoas, a maternidade ou paternidade constitui elemento dos seus projetos de vida, e o insucesso na geração de filhos, impulsiona o surgimento de sentimentos de inferioridade, tristeza e falta de plenitude. Essa perspectiva emocional, propõe manter a infertilidade enquanto estigma ou tabu, assim, afastando o entendimento de que a ausência de potencial natural na geração de filhos faz surgir uma problemática relacionada ao direito à saúde.

Há a compreensão de que os casos de infertilidade e esterilidade impossibilitam ou dificultam a procriação humana pela forma biológica e natural, assim como, ocorre que estas acometem parcela significativa da população, assim, constituindo sentenças que destacam a relevância do assunto enquanto temática. Nesse sentido, diante da relevância no contexto social atual e das altas taxas de infertilidade mundial, ilustra-se que a Organização Mundial da Saúde (OMS) aborda as referidas patologias como problemas de saúde pública.

Pode-se perceber que a Constituição Federal de 1988, mostra-se voltada ao conceito amplo de saúde, proposto pela Organização das Nações Unidas (OMS), que disciplina a saúde como o completo estado de bem-estar físico, mental e social.

Esclarece-se a assistência ao acesso aos procedimentos de reprodução humana assistida como parcela do direito à saúde, especialmente pelo direto envolvimento com o viés psicológico da proposta do conceito amplo de saúde.

Nesse sentido, se apreende que a evolução dos direitos fundamentais, pode ocorrer da positivação de novos valores, como também, da ampliação no conteúdo dos já

previstos no ordenamento, ainda, poderia se pensar em direitos extraídos materialmente da Constituição.

Para além do acometimento das enfermidades biológicas, capitaneado pela perspectiva de que a frustração do desejo de gerar filhos envolve precipuamente a noção de saúde no viés de bem-estar psicológico, percebe-se que o direito à saúde necessita englobar o tema, impulsionando à assistência pelo Estado, mediante o fornecimento do acesso digno às técnicas de reprodução humana assistida, face a insuficiência de recursos financeiros pessoais para o custeio dos respectivos serviços, assim como, se vislumbrar a possibilidade de busca ao Poder judiciário, ante a inefetividade da política pública.

Por esse contexto, procurará se investigar quais as políticas públicas que estão sendo adotadas pelo Poder Público acerca do acesso às técnicas e procedimentos de procriação humana artificial, como estas funcionam e se estão em coadunação com a carga principiológica e organizativa do Sistema Único de Saúde.

Ademais, frente a possibilidade de judicialização, caberia se pensar, o papel do Poder Judiciário na relação destas demandas, pensando de que forma este influencia e como estaria enfrentando as postulações de acesso as técnicas de reprodução humana assistida, segundo uma análise jurisprudencial.

A importância científica da pesquisa se apresenta no sentido de que, trata-se de uma questão extremamente delicada para o ser humano, uma vez que, a ausência ou diminuto tratamento da temática, infringe direitos sociais de grande parte das pessoas, que não possuindo condições financeira e sociais para custear o acesso aos recursos artificiais em comento, não poderão realizar o seu anseio íntimo de geração de filhos biológicos.

Ademais, do ponto de vista jurídico, muito se repercute acerca da judicialização da saúde, mas sobre o aspecto da saúde reprodutiva, pouco é abordado, dessa forma, faz-se sentido investigar o campo, visando perceber o comportamento dos tribunais, para assim, possibilitar levantar informações que contribuam com a discussão e reflexão do tema.

Intenta-se fornecer subsídios e argumentos para o conhecimento e compreensão da reprodução humana assistida inserida no campo de competências da assistência

pública, pensando-se a repercussão desta no sistema único de saúde, vislumbrando-se uma potencial satisfação pelo viés judicial.

O primeiro capítulo retratou a judicialização da saúde, inicialmente abordando a noção de direitos sociais, a conceituação e possível aspecto subjetivo do direito à saúde. Em tempo, apontou-se a diferença entre judicialização e ativismo judicial, assim como, houve a identificação e abordagem de algumas das principais problemáticas, resultantes do excessivo processo de judicialização da saúde.

O segundo capítulo importou conhecer o Sistema Único de Saúde e o conceito ampliado de saúde, dissertando desde a noção geral e inespecífica dos sistemas de saúde, até adentrar as particularidades do sistema brasileiro, mediante a retratação dos princípios finalísticos e estratégico-organizativos da atuação estatal no campo saúde.

O terceiro capítulo impõe a abordagem da reprodução humana assistida, apresentando aspectos conceituais da seara de estudo, assim como, a retratação das patologias que impulsionam a procura pelas técnicas de reprodução humana assistida, técnicas que são posteriormente discriminadas e explicitadas. Ao final desta seção, argumenta-se a existência de um direito à procriação humana artificial, mediante a identificação de elementos constitucionais e legais.

Por derradeiro, investiga-se a política nacional de reprodução humana assistida, refletindo acerca dos desafios impostos na formulação atual, percebendo as inconformidades com as diretrizes do sistema único de saúde. Face ao quadro apresentado, cabível se fez vislumbrar a judicialização da temática, explicitando-se o papel do Poder Judiciário na efetividade dessa política e as conclusões adquiridas mediante análise jurisprudencial das demandas envolvendo a referida temática, quer seja, o acesso gratuito aos procedimentos e técnicas da reprodução humana assistida por intermédio da assistência estatal à saúde.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A judicialização da saúde relaciona-se com a procura ao Judiciário como a derradeira alternativa para obtenção de satisfação a uma demanda de saúde, que se encontra reprimida por diversos motivos, seja por escassez orçamentária, pela inaplicabilidade de políticas públicas, ou ainda, por ausência de previsão do fornecimento estatal de determinado serviço ou insumo da saúde pelos diplomas administrativos ou jurídicos. Em suma, intenta-se pela via judicial o suprimento da efetividade do direito à saúde previsto constitucionalmente frente às omissões do Poder Executivo ou Poder Legislativo.

Sendo assim, necessário se vislumbrar a conceituação de direito a saúde e sua contextualização doutrinária, para assim, perceber o contexto da judicialização, vislumbrando-se a diferenciação com o ativismo judicial e discutindo-se ao final, seus pontos mais conflitantes, em resultado ao processo excessivo de judicialização.

2.1 DIREITO À SAÚDE

A saúde se apresenta como bem jurídico de extrema relevância, por isso, mesmo que não houvesse sua previsão específica e típica, diante da importância para o ser humano, haveria a possibilidade de extração implícita do seu sentido através da proteção do direito à vida e pela máxima da dignidade humana.

O Estado, no entanto, previu singularmente o direito à saúde, como um atributo jurídico de ordem social, erigido no bojo da condição de cidadania, disciplinando que, caberia as esferas públicas o oferecimento dos meios e atributos para satisfação das ideais condições de saúde da população.

Contudo, essa definição não foi uma realidade de tempos anteriores, conforme se percebe com o estudo da evolução dos direitos fundamentais ou ainda, da própria história do Brasil. Por isso, resta necessário, a abordagem doutrinária do referido direito, para que logo a frente, se vislumbre a perspectiva brasileira (SUS) e especificadamente a assistência à reprodução humana, e com isso o direito de acesso gratuito às técnicas de reprodução humana assistida.

2.1.1 Direitos sociais e contextualização doutrinária

Em um Estado Democrático, o povo escolhe os seus representantes, cabendo a estes decidir os comandos que direcionarão a nação. Esse poder delegado pelo povo encontra-se limitado, não pode ser interpretado como absoluto. Dentre esses freios, destaca-se o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais por meio de constituições escritas, que em certos períodos históricos consagraram internamente nos países, normas diretamente ligadas às declarações de direitos do homem (MORAES, 2012, p. 28).

Os referidos direitos fundamentais apresentam duas nuances, a primeira como normas de competência negativa para o Estado, conforme acima mencionado, e segunda, como uma capacidade de poder exercer positivamente os direitos fundamentais, bem como, exigir dos entes públicos condutas de abstenção em face dos seus atos privados (CANOTILHO *apud* MORAES, 2012, p. 29).

A sedimentação dos direitos fundamentais, como de existência obrigatória, constitui resultado de um amadurecimento histórico, permitindo a compreensão de que esses direitos não foram os mesmos sempre, em todos os tempos, por outro lado, obtiveram coerência lógica com os contextos vivenciados.

No decorrer da evolução dos direitos fundamentais, a primeira preocupação levantada teve origem liberal, preconizando a liberdade do particular, para que assim, este pudesse exercer livremente a sua autonomia pessoal, religiosa e de expressão, assim como, a satisfação dos direitos de propriedade e inviolabilidade de domicílio. Portanto, foi um momento que se assegurou um ideário individualista, visto que, intentavam se desvencilhar das noções adquiridas nos períodos de centralização do poder (SANTOS, 2014, p. 17-18).

Observou-se que houve um período de introdução de direitos denominados negativos ou de primeira geração, marcado pela aspiração de que o Estado se ausentasse das questões individuais: dos direitos civis e políticos (SILVA NETO, 2013, p. 672).

Criava-se obrigações de não fazer ao Estado, assim, vedando a intervenção sobre os aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. Assim, na senda de Gilmar Mendes

e Paulo Gonet Branco (2015, p. 137), havia o paradigma de titularidade desses direitos ao homem, individualmente considerado.

Contudo, essa concepção individual e de abstenção das condutas estatais, impulsionaram uma intensificação no cenário de desigualdades sociais, o que ensejou a reclamação por direitos sociais ou direitos à prestação, que impusessem uma atuação positiva do Estado nas sociedades, voltada a alcançar objetivos de justiça social (SILVA NETO, 2013, p. 672).

Associado às pressões decorrentes da industrialização, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, surgiu-se reivindicações, impondo ao Estado um papel ativista (BRANCO; MENDES, 2015, p. 137).

Tais direcionamentos, impulsionaram o alcance de um Estado envolvido diretamente com a dinâmica social. O período foi denominado de Estado de Bem- Estar Social, pois houve a associação do homem com a vivência em sociedade, assim, fazendo surgir a necessidade de se pensar em um Estado positivo, produtor de intervenções em prol da existência digna (NOGUEIRA *apud* SANTOS, 2014, p. 19).

Os direitos sociais representariam uma mudança de paradigma do Direito, abrindo mão de um Estado abstencionista, para valorizar um Poder Público voltado ao exercício de prestações, dignificando e assegurando o viver bem, a qualidade de vida de todos, observando-se as necessidades postas no seio social (SANTOS, 2014, p. 20)

Vale destacar que, os direitos sociais remetem historicamente ao período pós-guerra, pois, foi no resultante cenário de intensa desigualdade social que se observou a necessidade de criação das referidas categorias jurídicas, de modo a garantir por meio da execução de políticas públicas o amparo e proteção social àqueles mais pobres e fragilizadas (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 603).

Inaugura-se nos ordenamentos jurídicos, direitos postos como de segunda dimensão, quer seja, aqueles direitos que sucederam o período de abstenção do Estado nas relações privadas (MEIRELES, 2008, p. 75).

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 603), conceitua-se direitos sociais como:

Aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitem realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Portanto, pode-se afirmar que esses direitos, além de importarem liberdades sociais, demandam do Estado prestações positivas. As entidades estatais devem atuar ativamente em prol do alcance da Justiça Social, assim, perpassando pela efetiva garantia do mínimo existencial às pessoas.

Contudo, diante dessa imposição de condutas comissivas estatais, observa-se que a satisfação dos direitos sociais depende de disponibilidade econômica do Estado. O alcance dessa eficácia pressupõe a existência de recursos financeiros ou meios jurídicos necessários. Por isso, parcela da doutrina relaciona os direitos sociais à teoria da reserva do possível, ou seja, a atividade prestacional estará sujeita a disponibilidade de recursos financeiros e a existência de autorização orçamentária (CUNHA JÚNIOR, 2015, p.604).

A supramencionada tensão na relação constituída entre a proteção do mínimo existencial e a finitude da disponibilidade financeira do Estado será discutida à diante.

2.1.2 Direito à Saúde

A Constituição Federal de 1988 inseriu os direitos sociais no seu texto ao local denominado Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II (“Dos Direitos Fundamentais”), manifestando assim, a clara natureza jurídica de direito fundamental. E, dentre o rol dos direitos previstos no artigo 6º está o da proteção à saúde.

O direito à saúde possui direta ligação com o bem jurídico vida, encontrando-se especificadamente previsto no artigo 196 da Constituição Federal como um direito universal e de responsabilidade do Estado, prestado por meio da elaboração e execução de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos. Ademais, se regerá pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços, ou seja, a assistência à saúde deve ser prestada sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, e, se relacionando com a intenção de garantir a promoção, proteção e recuperação da saúde. (BRANCO; MENDES, 2015, p. 661).

Em relação a natureza da saúde, Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 1933) celebra, que haveria para além de um direito à saúde, um direito à proteção e promoção da saúde. Assim, não há direito somente para garantir o tratamento dos agravos e doenças, a ideia de redução dos riscos e proteção, como também, a busca pela oferta de ações e serviços que visem a busca pela qualidade de vida dos indivíduos.

Retomando, uma vez positivado, o constituinte estabeleceu que o direito a saúde fosse observado mediante a elaboração e execução de políticas públicas. O exercício vislumbrará o limite das normas e regulamentações que comporão a estrutura da saúde, bem como, serão de responsabilidade dos entes federativos a criação e expedição destas (NASCIMENTO, 2013, p. 53).

A Constituição Federal ainda prevê que o poder público deverá regulamentar por meio de leis e atos normativos, a fiscalização, o controle social, e de que forma serão executadas as políticas públicas criadas. As ações e serviços em saúde se darão por intermédio de uma rede hierarquizada e regionalizada, observando-se a presença de três princípios norteadores da criação de políticas públicas no âmbito da saúde, o da descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (NASCIMENTO, 2013, p.53).

A referida principiologia e as diretrizes que organizam a assistência à saúde por intermédio do Poder Público, serão retratadas no capítulo específico do Sistema Único de Saúde.

2.1.3 Aspecto subjetivo do direito à saúde

Primeira diretriz que se apreende do discurso constitucional (“direito de todos”) é a de que, o direito a saúde pode ser visto tanto por um aspecto individual como pelo coletivo. A dimensão individual já foi destacada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade de pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional” (BRANCO; MENDES, 2015, p. 660).

Esse direito subjetivo público será assegurado por meio de políticas públicas. Nesse sentido, pondere-se que não constitui direito absoluto a todo e qualquer

procedimento ou material, pois, necessita-se que inicialmente haja a existência de uma política que o assegure. Dessa forma, o direito subjetivo a saúde pressupõe a promoção, recuperação e proteção através de uma política social ou econômica existente (BRANCO; MENDES, 2015, p. 661).

Ressalta-se, acerca dos direitos sociais fundamentais, a íntima relação com a dignidade humana, e, por isso, sendo este um valioso fundamento da República Federativa do Brasil, haverá de ser resguardada na maior medida possível. Situação que impulsiona o nascimento da obrigação de fazer para o Estado e o direito subjetivo ao cidadão (MEIRELES, 2008, p. 395).

Se o enunciado da Constituição Federal ao prever os direitos sociais não especifica o seu conteúdo, leva a crer que este não era um propósito. Assim, formulada uma indeterminabilidade, podendo o direito ser interpretado à realidade social, econômica e cultural, no caso da presente pesquisa acadêmica, sendo importante para se vislumbrar a possibilidade de um direito de acesso gratuito aos procedimentos de reprodução humana assistida, diante do contexto ampliado de saúde e dos avanços na tecnologia científica e médica.

Levando-se em consideração a realidade brasileira de omissão ou insuficiência dos recursos em saúde, somado a garantia fundamental prevista no art. 5^a, XXXV, da CF/88, notadamente referente à sentença de que qualquer violação a direito, seja mediante ameaça ou efetiva lesão, autoriza a procura ao Poder Judiciário para correção do dano injustificado, pode-se inferir a autorização do exercício do aspecto individual aqui discutido (MORAES, 2012, p. 86). Surgindo subjetivamente a titularidade do bem jurídico saúde e a divisibilidade do direito social.

O direito de ação, erigido ao patamar de direito fundamental, em virtude da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal, compreende o conjunto de situações jurídicas, que respaldam o titular do direito, em acessar os tribunais e exigir destes uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 283).

Pode-se destacar que o referido direito, apresenta feição abstrata, ou seja, poderá corresponder a uma rejeição ou um acolhimento da pretensão deduzida em juízo.

Conclui-se que o direito a saúde não encontra obstáculo jurídico para o exercício em seu aspecto individual, a problemática em relação à judicialização da saúde surge

como consequência, quando se observa a exagerada quantidade de demandas somada a falta de aparelhamento e subsídios dos poderes e entidades públicas em lidar com a questão extraordinária, assim provocando, um caráter cíclico e desarmonioso na Administração Pública.

Ademais, cabe perceber que o Poder Judiciário que deveria atuar como fiscalizador (controle) e requerente da definição e execução das políticas públicas, acaba atuando em certas oportunidades e demandas com função mais criativa.

2.2 A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

Observa-se que o Poder Judiciário, atualmente, exerce papel ativo na vida institucional brasileira, visto que, as demandas sociais, políticas e econômicas dos cidadãos e do país, cada vez mais, são apresentadas à referida esfera, em busca da efetividade de direitos e normas jurídicas. E, nesse sentido, compreende destaque o contexto do fenômeno denominado pela doutrina especializada de judicialização.

Conforme Luís Roberto Barroso (2008, p. 03) define, a judicialização se manifesta pela situação que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo transferidas do Congresso Nacional e Poder Executivo, instâncias políticas tradicionais, aos juízes e tribunais.

O referido autor elenca algumas justificações para a ocorrência da judicialização, sendo esta, resultada da redemocratização do país, da constitucionalização abrangente e ainda, do próprio sistema de controle de constitucionalidade do Brasil.

O grande marco histórico da redemocratização brasileira se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois propiciou a reconfiguração de um cenário, onde aparece como vertentes, o fortalecimento da cidadania, a elevação nos níveis de informação da população e um aparente crescimento pela sociedade da consciência dos seus direitos, e tais coisas, impulsionam a busca da proteção dos seus interesses perante o Poder Judiciário, a intenção de alcançar Justiça estimula-se pela aquisição desses discernimentos (BARROSO, 2008, p 03).

Ademais, pode-se destacar o fortalecimento das instituições brasileiras, o Judiciário deixou de ser um órgão estritamente técnico e aplicador rígido do direito vigente, e

se transformou em um poder político, capaz de interpretar e materializar as disposições da Constituição Federal e das leis, mesmo que em confronto com os outros Poderes. Ainda, cabe destacar em prol da redemocratização, a ampliação das atribuições de outras instituições jurídicas, como as Defensorias Públicas e o Ministério Público, que atuando em amplos setores contribuem para a afirmação de um contexto democrático (BARROSO, 2008, p. 03).

Outro motivo se denomina constitucionalização abrangente, e pode ser definida como as inaugurações ocorridas no texto constitucional de certas matérias, que antes pertenciam a leis ordinárias ou mesmo pertencentes ao próprio processo político. Com isso, ocorre a criação de potenciais pretensões jurídicas – objetivas ou subjetivas - passíveis de tutela jurisdicional, visto que, as normas constitucionais relacionam-se com aplicabilidade, seja direta e imediata ou mediata, ou ainda quando dependem de regulamentação (BARROSO, 2008, p. 04).

A terceira e última causa da judicialização, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, onde “adota-se entre nós o controle na modalidade incidental e difusa, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional” e por outro lado, existe paralelamente o controle por meio das ações diretas, quer sejam a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (BARROSO, 2008, p. 04).

Onde se reconhece a supremacia e poder vinculativo da Constituição Federal nos Poderes Públicos, assim justificando, o efetivo controle, para proteção da Lei Fundamental (BRANCO; MENDES, 2015, p. 1046).

Essa aparelhagem de controle aproxima as situações jurídicas, sociais e políticas do Poder Judiciário, contribuindo para sua constante presença na sociedade.

Constata-se que nos últimos anos a corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, se manifestou em situações bastantes polêmicas e de grande repercussão política e social, contudo, para compreensão da judicialização, é importante ponderar que as demandas chegam ao Judiciário, e este em virtude dos princípios da inafastabilidade e indelegabilidade, não pode arbitrariamente quedar-se

em conhecer ou não o mérito de uma ação judicial, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade (BARROSO, 2008, p. 05).

Dessa forma, a judicialização se relaciona com os pronunciamentos judiciais realizados nos moldes e limites daquilo que é provocado, ou seja, relacionam-se exclusivamente com a causa de pedir e o pedido, aqueles que ocasionaram a quebra da inércia jurisdicional.

E nas palavras de Luís Roberto Barroso (2008, p. 06), a corte constitucional “limitou-se a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente”.

Apresentada a Judicialização, cabe relaciona-la e ao mesmo tempo propor a diferença desta em face do ativismo judicial. A primeira, conforme exposto anteriormente, se relaciona com o próprio modelo institucional, que deflagra ao Judiciário vasto rol de atuação, todavia, resguardando seu julgamento a devida provocação e limitação em relação ao expediente processual.

Por outro lado, o ativismo judicial inaugura, é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. E comumente, essa conduta mais ampla e intensa por parte dos magistrados e tribunais, se contextualiza nas situações de omissão dos outros Poderes. Quando a ausência de tratamento estatal provoca uma necessidade de correção do distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, de modo a impedir que as demandas sociais não sejam atendidas (BARROSO, 2008, p. 06).

Quando ocorre a aplicação de sentidos normativos, que não estão expressamente previstos no texto constitucional, estaria o Judiciário atuando proativamente. Ativamente ainda estaria, ao proferir decisões declaratórias de inconstitucionalidade de atos emanados pelo Poder Legislativo, bem como, quando interfere nas políticas públicas do Poder Público, por meio da imposição de certas condutas ou abstenções às instituições (BARROSO, 2008, p. 06).

Antes da Constituição Federal de 1988, o Brasil vivia a autocontenção judicial, que ao revés do comportamento supramencionado, os juízes e tribunais pautavam suas condutas em interpretações mais restritas ao texto, sem invasão da esfera destinada à legislação ordinária, utilizavam-se de critérios mais rígidos e conservadores, além de evitar a interferência nas políticas públicas (BARROSO, 2008, p. 07).

Esse comportamento criterioso e comedido não mais se observa no cenário jurídico do país, visto que a promulgação da nova Constituição inaugurou um Judiciário mais procurado, participante da interpretação e aplicação do Direito na sociedade. Claramente, podem-se apontar atualmente, situações em que o referido Poder manifestou-se ativamente, inclusive instaurando sentidos, institutos, e situações jurídicas antes não vislumbradas.

Pondera-se que o fenômeno possui grande parcela positiva, pois socorre atendimento a demandas da sociedade, que diante das omissões do Legislativo são negligenciadas, fazendo impulsionar a procura da tutela jurisdicional, para alcance da devida regulação.

Contudo, por outro lado apresenta-se faceta negativa, pois a partir de tais condutas exhibe-se a fragilidade do sistema e a fraca interação entre os poderes, visto que não evitam as constantes sobreposições e usurpações. As dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo, remontam aquela velha ideia de reforma política, “para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil” (BARROSO, 2008, p. 09).

Assim, trazendo para a questão da saúde, veremos a tensa relação do que é uma judicialização saudável, daquilo que se sobrepõe, se manifestando como ativismo judicial, fazendo surgir com as eventuais concessões processuais dos pleitos em saúde a desorganização orçamentária e afetação da execução das políticas públicas planejadas. Por isso, a judicialização requer a racionalização do problema, com a elaboração de critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação judicial no campo particular do direito à saúde. Nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso (2008, p. 13):

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, “querer ser mais do que se é, é ser menos.

Hoje, com o envolvimento do Conselho Nacional de Justiça, observa-se algumas medidas para afastar a prolação de decisões que não sejam técnicas e estritamente adequadas, proporcionais e razoáveis, como a criação do órgão consultivo NAT (Núcleo de Apoio Técnico), a capacitação dos juízes, o fortalecimento das

Ouvidorias e o incentivo a criação e varas especializadas e a solução dos conflitos por meio alternativos, como a mediação (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p. 46).

2.3 PONTOS CRÍTICOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Quando ocorre a judicialização de modo excessivo, quer seja, quando as demandas de saúde se acumulam no Poder Judiciário e provocam diversos provimentos positivos ao mesmo tempo, assim como, quando se percebe sentenças que impõem o fornecimento estatal de materiais ou serviços não previstos nos diplomas administrativos e de fluxo regular na entidade pública, pode-se verificar algumas situações conflitantes.

Embate esse com a estruturação organizativa da administração pública, com os orçamentos públicos e com as qualidades do direito à saúde, notadamente universal e livre do acometimento de quaisquer privilégios injustificáveis.

Nesse sentido, importante se faz identificar algumas questões que se destacam na temática, dissertando sobre estas, em vistas de provocar a reflexão acerca da judicialização excessiva da saúde.

2.3.1 Orçamento Público e Responsabilização do Gestor

Os orçamentos são expedientes que expressam todos os aspectos financeiros de um ente administrativo em determinado lapso temporal, regularmente referente ao período de um ano. O cômputo conterà o balanço entre as despesas e as receitas autorizadas para o funcionamento dos serviços públicos e para outros fins. Os orçamentos públicos pertencentes ao Poder Executivo passarão pelo crivo autorizativo do Poder Legislativo (BALEIRO, 2012, p. 525).

O estudo desse instituto apresenta quatro características: a jurídica, a política, econômica e técnica. A primeira se relaciona com a natureza do ato à luz do direito e com as instituições constitucionais do país, assim, vão decorrer direitos e obrigações atribuídos aos agentes públicos e governados. O aspecto fundamental político se

refere ao critério transparência, que contribui para o exercício do controle social. O econômico envolve a apreciação dos efeitos da política fiscal e da Economia, podendo o utilizar o orçamento como meio para influenciar a conjectura econômica, bem como, deve seguir a regra do equilíbrio, buscar a equiparação entre receita e despesa. E por último, o aspecto técnico, compreende a criação e execução de regras práticas com o intuito de que o instituto alcance suas finalidades, bem como, para que haja a classificação e organização das despesas e receitas, retratando o aspecto contábil (BALEIRO, 2012, p. 526).

No contexto do aspecto jurídico, cumpre sinalizar, que a Constituição Federal prevê a representação legal do orçamento, consubstanciada nas leis orçamentárias, notadamente o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. As referidas leis possuem finalidades distintas, o plano plurianual representa os objetivos, metas e diretrizes em relação ao período mais longo, o de quatro anos, a lei de diretrizes irá prever para o exercício seguinte, as metas e prioridades que a Administração Pública deverá se basear, a última corresponde ao efetivo orçamento, compreendendo o fiscal, o de investimentos e o de seguridade social (BALEIRO, 2012, p. 556).

Uma vez ocorrendo à autorização orçamentária, esse regimento deverá ser seguido pelos gestores e servidores públicos. As despesas, ou seja, os dispêndios financeiros do Estado, oriundos da execução de normas constitucionais ou legais, constituem natureza fixa, e por assim ser, vinculam a atuação dos atores da administração pública, sob pena de responsabilização.

Os gestores, diante das decisões judiciais coercitivas, tentam realizar uma reorganização dos recursos, uma articulação entre as unidades de saúde, ao longo do exercício financeiro. Atitudes estas que não são seguras, restando sempre alguns casos de não fornecimento ou fornecimento com atraso, uma vez que, não se percebe o estabelecimento de fluxos regulares sobre as demandas judiciais. Assim, impõe-se ao Gestor medidas administrativas que possuem potencial de configuração em violação à responsabilidade fiscal, em virtude do não cumprimento específico do orçamento público previsto, face as referidas demandas extraordinárias.

2.3.2 A Contraposição do Mínimo Existencial e a Reserva do Possível

Em virtude das omissões estatais ou diante da precarização e insuficiência dos serviços públicos em saúde, a procura pela concretização do direito social à saúde no Poder Judiciário, se mostra cada vez mais recorrente, e da análise dessas demandas processuais e argumentos levantados pelas partes, quer seja, particular e União, Estado e Município, ou ainda, as três esferas federativas em litisconsórcio passivo solidário, observa-se a contraposição do valor mínimo existencial em face do princípio da reserva do possível.

Essa relação de um em face do outro, embasa as decisões dos magistrados, pois configura uma análise que deve ser observada no caso concreto, mediante a aplicação conjunta dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Tratando primeiramente do mínimo existencial, pode-se destacar que esse mandamento de otimização se define como o respeito a certos requisitos mínimos indispensáveis a garantia de existência digna de um indivíduo (ANDRADE, 2013, p. 11).

Contudo, a exigibilidade desse mínimo de subsistência digna, não perpassa somente pela manutenção de questões vitais, de mera sobrevivência, mas, sim, condições suficientes para uma vida com qualidade (ALMEIDA, 2013, p. 298).

O núcleo do mínimo existencial é a dignidade da pessoa humana, e para se preservar uma vida digna, além da alimentação, é indispensável ao ser humano o acesso à saúde básica, a uma educação fundamental, à assistência social, à habitação e à justiça (ANDRADE, 2013, p. 11).

Cumprido ressaltar, que o mínimo existencial constitui cláusula aberta, pois se relacionará com o contexto social no qual um caso concreto está inserido. Compreendendo-se na situação particular uma afronta à dignidade humana no que diz respeito à violação do referido mínimo, caberá o gozo do direito de ação, para acionar o Estado em busca da efetividade dos seus direitos fundamentais (ANDRADE, 2013, p. 11).

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal consolidou-se a noção de que as prestações estatais devem sempre resguardar a garantia do mínimo existencial,

e, havendo necessidade, está autorizado o Poder Judiciário intervir na formulação e implementação das políticas públicas (ALMEIDA, 2013, p. 299).

Por outro lado, a concessão desses direitos perpassa por prestações estatais, e estas guardam relação direta com disponibilidade financeira, e assim, nesse contexto, surge o princípio da reserva do possível, compreendido como os obstáculos econômicos que impedem a realização das condutas positivas (ANDRADE, 2013, p.12).

A reserva do possível surgiu primeiramente na Alemanha, quando a Corte Constitucional Federal ao decidir contrariamente à concessão da satisfação de um direito social, alegou a impossibilidade de execução por ausência de recursos financeiros da instituição estatal. E ao mesmo tempo, ressaltou-se, essa presença ou não de disponibilidade financeira somente pode ser aferida pelo Executivo e Legislativo, pois pertencente ao campo dos orçamentos públicos (ANDRADE, 2013, p.12).

Os tribunais e a doutrina brasileira importaram a referida construção jurisprudencial alemã, esta que diz que o cidadão somente poderá exigir do Estado uma prestação que adeque aos limites da razoabilidade financeira (ANDRADE, 2013, p. 12).

A fixação do mínimo existencial possui natureza variável, volatilidade tanto em relação ao local como em relação ao período histórico (MEIRELES, 2008, p. 428).

Portanto, é preciso compreender que a construção da reserva do possível se deu em outro contexto social, econômico e político. E por isso, faz-se necessário a devida cautela na adaptação da teoria à realidade brasileira, porque são dois cenários completamente diferenciados. No Brasil a problemática se relaciona com a definição do que seria o conceito indeterminado “possível” e a legitimidade para implementação das políticas públicas, visto que, se fizermos exclusivamente essa relação de condição, chegaríamos a uma ineficácia dos direitos sociais, uma vez que é comum a escassez de recursos financeiros e estruturais frente às infinitas necessidades a serem supridas (BOTELHO *apud* ANDRADE, 2013, p. 12-13).

Em conformidade com essa ponderação, os Tribunais Superiores, hoje, ao tratarem do Direito à Saúde, mostram-se tendentes a aplicação do mínimo existencial, bem como ao resguardo do direito à vida, em detrimento da teoria da reserva do possível (ANDRADE, 2013, p. 13).

Nesse sentido, observa-se que o STF preserva que a cláusula da reserva do possível, pode por vezes ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, frustrar e inviabilizar a satisfação do direito subjetivo à saúde encontra limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, representação direta da dignidade da pessoa humana.

Assim, a cláusula da “reserva do possível” não pode ser invocada pelo Estado intentando a liberação da responsabilidade deste frente às obrigações constitucionais oriundas dos direitos e garantias fundamentais (SILVA, 2014, p. 312).

Também, a população não pode perceber o direito a saúde, assim como outros direitos, exclusivamente pelo viés de concessão do Estado, deve-se compreender que o valor jurídico se relaciona com sua condição de cidadão, a conquistas sociais históricas, e por isso foram erigidos internamente à categoria de fundamentais, porque vinculados à condição humana, sendo vedado o Retrocesso, a diminuição do protecionismo da Constituição Federal (ANDRADE, 2013, p. 13).

Tudo para legitimar a conduta das pessoas, principalmente a não se acomodarem com as situações de descaso com a saúde do indivíduo, ocorridas em diversos setores dos poderes públicos (SCHWARTZ *apud* ANDRADE, 2013, p. 14).

A promoção do direito à saúde deve ser realizada por todos os entes federativos e poderes do Estado. Ao Judiciário deveria a delegação de corrigir imperfeições do sistema de saúde, quando acionado (ANDRADE, 2013, P. 14).

2.3.3 A violação da universalidade do direito à saúde

Os direitos sociais, e nessa classificação compreendendo-se o direito à saúde, possuem como escopo a criação e garantia de um patamar de igualdade entre os indivíduos, prelecionam o alcance da justiça social (MEIRELES, 2008, p. 78).

Para José Afonso da Silva “os direitos sociais se ligam ao direito à igualdade, pois são pressupostos do gozo dos direitos de liberdade à medida que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real” (SILVA *apud* MEIRELES, 2008, p. 79).

Nesse contexto, quando a Constituição Federal prevê o direito social à saúde, em seu artigo 196, ela disciplina que o referido valor deve consagrar um acesso universal e igualitário entre as pessoas integrantes da sociedade, nesse sentido, não pode haver discriminação na destinação das prestações e ações em saúde. Com tal sentença, o texto constitucional prevê os princípios da universalidade e equidade, apresentando eles com a devida natureza basilar, ou seja, constitui pressuposto para a existência do direito e o desenvolvimento deste no plano da eficácia.

Pela Universalidade se compreende que toda pessoa, inclusive independente de ser estrangeiro ou não, que se encontre convivendo no Brasil, a despeito de quaisquer condições individuais, terá direito e acesso aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde (FERREIRA, 2015, p. 48).

Cumprir ressaltar, que o aludido princípio antes de pertencer ao âmbito da saúde, ele encontra-se disciplinado como norteador da seguridade social, e por isso, englobando necessariamente o setor aqui em debate como também a assistência social e a previdência social (FERREIRA, 2015, p. 48).

A equidade corresponde ao atendimento livre de preconceitos e privilégios. A toda população se concede o igualitário direito de buscar o adimplemento das obrigações estatais, no que diz respeito às prestações de saúde, posto que, se trata de direito social, compreendido como atuação positiva do Estado (FERREIRA, 2015, p. 49).

Por todo o exposto, e em relação aos princípios e a discursão da legitimidade do direito, não há questionamentos em relação ao dever de prestação do Estado e a garantia do mínimo existencial em relação à saúde. Diante da ineficiência e omissão do atendimento aos serviços públicos pelos gestores das políticas destinadas a população, a via judicial tem se mostrado a solução para os problemas dos valores fundamentais, mesmo que o alcance se der no aspecto da microjustiça, ou seja, no individual (RIBEIRO, 2014, p. 80).

E, uma vez ocorrendo à decisão judicial para algum caso, vislumbra-se que ela somente se aterá aos limites da propositura, ou seja, ao do direito social subjetivo deduzido, e, nesse sentido, ao magistrado não é permitido compreender e disciplinar as questões plurilaterais, o enfoque político e social que envolve indiretamente aquilo que será nessa oportunidade concedido individualmente (MACHADO *apud* RIBEIRO, 2014, p. 81).

Nesse contexto instaura-se um dilema inevitável, porque a responsabilidade do magistrado somente poderá se ater a satisfação de direitos de uma minoria. Essas concessões se mostram legítimas e justas, contudo, se materializam em detrimento de uma maioria.

Essa situação fática, de início, pode ser tratada com naturalidade, posto que a tutela jurisdicional é um recurso extremamente importante ao auxílio da concretização das políticas públicas, mas, em um pensamento a longo prazo, pode-se traçar consequências irreparáveis (CHAVES, 2015, p. 13).

As decisões judiciais demandam a inserção de grandes despesas nos orçamentos públicos, provocam a desorganização do planejamento administrativo, podendo vislumbrar-se a afetação de recursos que seriam destinados ao custeamento das políticas públicas permanentes, bem como, observa-se o comprometimento das prioridades preventivas.

Sabe-se que grande parcela da culpa pela ineficácia dos serviços pode ser atribuída as más gestões em saúde e que a judicialização se mostra positiva para o pressionamento da atuação do Poder Executivo, bem como, efetiva o direito dos pleiteantes, contudo, cabe a defesa de que a população, principalmente a parcela mais pobre e com menos instrução, não pode ser a principal lesada dessa estrutura.

Por falta de condições financeiras e pela ausência de conhecimento (acesso à justiça), essa parcela social não vislumbra que há a possibilidade de exercer o direito através da via judicial. Assim, o seu atendimento ficará exclusivamente sujeito aos procedimentos administrativos do SUS. E então, por diversas vezes, poderá algumas pessoas, em decorrência das decisões judiciais que invadem a esfera administrativa e obrigam o imediato atendimento de quem se beneficia da sentença, ter suas pretensões frustradas e conseqüentemente sofrer prejuízos irreparáveis à saúde.

Não se pode esquecer que o Poder Judiciário possui o poder geral de adequação, e assim é válida a utilização de medidas coercitivas, como por exemplo, a possibilidade de prisão civil dos secretários de saúde. Essa imperatividade impulsiona que os gestores do Sistema Único de Saúde serão então obrigados a proceder ao fornecimento de determinado tratamento ou insumo àquelas pessoas, em face daqueles que não possuem a força judicial executiva a seu favor.

A partir de tais ensinamentos, conclui-se que uma sentença judicial que determine a concessão de algum benefício em favor de alguém, influencia diretamente no direito do próximo em gozar do mesmo, uma vez que o serviço de saúde pública ficará vinculado a tal decisão e o caráter universalista poderá ser posto em segundo plano (CHAVES, 2015, p. 15).

Assim, observa-se que a função dos direitos sociais de compensar desigualdade de origens sociais e econômicas, ou seja, de garantir que a liberdade e a igualdade se convertam de formais em materiais, não está sendo plenamente alcançado, se pensar em uma judicialização da saúde baseada em decisões judiciais superficiais e atécnicas, que não considerem a razoabilidade e proporcionalidade no caso concreto, bem como, não vislumbrem os eventuais impactos orçamentários, e, por conseguinte, o aspecto da macrojustiça social (MEIRELES, 2008, p. 88).

3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O CONCEITO DE SAÚDE

Conforme abordado, a constitucionalização da saúde como direito fundamental configura uma modificação introduzida pela Constituição Federal de 1988. Anteriormente, as constituições revogadas se referiam à saúde das pessoas de forma extremamente limitada, atribuindo-se somente a distribuição de competências executivas ou a salvaguarda de específicos direitos dos trabalhadores (SARLET, 2013, p. 1926).

Nesse sentido, a referida inauguração, trouxe diversos pontos positivos, a estruturação de um sistema de saúde, a superação de uma concepção de saúde voltada exclusivamente para a perspectiva curativa, a ideia de uma universalidade no acesso à assistência em saúde, a fixação da relevância pública das ações e serviços de saúde e a adoção de um conceito ampliado de saúde.

Diante dessas premissas, será abordado os pontos mencionados, de modo a compreender os elementos que acompanham o fornecimento de serviços públicos em saúde no Brasil, vislumbrando suas diretrizes e cargas principiológicas a serem almeçadas e concretizadas.

3.1 SISTEMAS DE SAÚDE

Analisando-se a denominação Sistema Único de Saúde, consegue-se extrair sem esforços algumas premissas acerca do seu significado, notadamente, primeiro destaca-se a noção sistemática, ou seja, há a reunião de elementos que, concretos ou abstratos, se interligam de modo a formar um todo organizado, assim, procedendo em conjunto o funcionamento de alguma coisa. Segundo, a palavra único refere-se à originalidade de gênero ou espécie, somente existe aquele exemplar determinado, bem como, ao mesmo tempo há a ideia de algo que é comum a todos. Por último, o termo saúde aparece como objeto dessa sistematização singular e isonômica, que popularmente fica restringida à relação com o aspecto biológico, referindo-se à existência ou ausência de patologias.

Contudo, essa percepção intuitiva acerca do SUS, não alcança a total compreensão do conceito, princípios, características e até da complexidade e organização do SUS, que se manifestam como algo distinto e especial, sendo importante a difusão desse conhecimento para todos os cidadãos.

Antes de adentrar as especificidades do sistema brasileiro, se introduzirá a temática a partir de um contexto mais amplo, desenvolvendo a noção de sistema de saúde, que segundo o autor Jairnilson Silva Paim (2009, p. 13) “ é o conjunto de agências e agentes cuja atuação tem como objetivo principal garantir a saúde das pessoas e das populações”.

Minuciando o supramencionado conceito, se compreende um sistema de saúde como algo amplo, que engloba todas as organizações relacionadas com a atenção à saúde dos indivíduos e da coletividade, sejam estas pessoas jurídicas de natureza pública ou privada, governamentais ou não-governamentais e com ou sem finalidade lucrativa. Ademais, ao lado dessas instituições e relacionando-se por meio de contratos de trabalho, credenciamentos ou convênios, estão os profissionais e trabalhadores da área da saúde, que se comprometem no setor com a realização das ações e cuidados perante a população (PAIM, 2009, p. 14-15).

Então, verifica-se uma grande quantidade de componentes no conceito de sistema de saúde, alcançando tanto as organizações ou instituições de diversas naturezas como os sujeitos que prestam os serviços em saúde.

Saliente-se, os profissionais de saúde concretizam a prestação dos serviços públicos em saúde, uma vez que, estão na ponta de todo sistema, em contato e relacionando-se diretamente com a população.

Cabível se faz ressaltar que, os serviços e as ações em saúde também são componentes do sistema de saúde.

A noção ampla de sistema de saúde, fica evidenciada quando se pontua que a mídia, os financiadores, os grupos e as instituições de educação e pesquisa, a indústria farmacêutica e a de equipamentos, dentre outros, participam indiretamente da dinâmica da saúde, seja informando e educando a população, empreendendo estudos e avanços tecnológicos ou apenas custeando as finanças e as necessidades desse setor (PAIM, 2009, p. 16).

Dessa forma, pode-se perceber que pensar a saúde de forma sistêmica, envolve a observância de uma série de elementos e componentes, que em conjunto, formarão a dinâmica do funcionamento da atenção à saúde.

Os referidos fundamentos podem ser caracterizados como básicos. Os sistemas de saúde da maioria dos países, reunirão esses atributos para formular o conjunto de partes inter-relacionadas e inter-dependentes que irão concretizar o alcance à determinado fim, no caso a garantia da saúde (GIOVANELLA; LOBATO, 2014, p. 90).

Em suma, esses elementos são: as organizações, os profissionais, a rede de serviços, os insumos, as tecnologias e o conhecimento.

Todos os sistemas de saúde apresentam similaridade nesses pontos, contudo, não terão igualdade de funcionamento, pois não se trata de um todo fechado, especialmente por haver relação destes com a dinâmica social estabelecida em determinado tempo e localidade, ou seja, não pode se separar da sociedade, um influencia o outro, nesse sentido, os sistemas de saúde se apresentarão diferentes, haja vista, as particularidades de cada nação e de cada período histórico (GIOVANELLA; LOBATO, 2014, p. 90).

Nesse sentido, se pode dizer que o sistema de saúde brasileiro, foi resultado de um longo processo social, que intentou modificar a forma como o Brasil garantia a saúde de seus cidadãos. No entanto, observa-se que muito do que foi formulado e pensado para o sistema único de saúde ainda não foi implementado, então, diante dessa relação de influência com o social, permitido se faz concluir que para certas previsões ocorre uma resistência da sociedade ou então ainda necessitam de amadurecimento, em virtude de se tratar de algo mais problemático (GIOVANELLA; LOBATO, 2014, p. 91).

Para ilustrar esse impedimento, pode-se retratar a ocorrência de despreparo ou ausência de interesse de instituições, profissionais envolvidos ou do próprio governo em implementar certas mudanças ou concretizar algumas previsões.

Conforme mencionado anteriormente, a relação de influência tem via dupla, e assim, o SUS também pode impulsionar mudanças na sociedade, como por exemplo, visualiza-se que hoje é muito mais forte e difundida a compreensão de direito à saúde, bem como, o contexto da saúde ampliada, do que fora antigamente.

Com o passar do tempo e estabelecimento dessa dinâmica de influências, consegue-se erigir os valores sociais para a proteção à saúde. E, nesta senda, a proteção à saúde será tanto mais ampla quanto mais a sociedade entender a saúde como uma problemática coletiva, não de cada indivíduo ou família, mas sobretudo de todos os cidadãos (GIOVANELLA; LOBATO, 2014, p. 91).

Para visualizar essa perspectiva, observa-se que a proteção à saúde é mais ampla, naquelas localidades em que se estabeleceu sistemas públicos e universais de saúde, uma vez que, incorporaram essa proteção à saúde como uma garantia erigida no seio da cidadania.

No caso, tenta-se evitar que os serviços de saúde se tornem mercadorias de pagamento individual, acessíveis segundo a capacidade financeira do sujeito, ou que se tornem exclusivamente objeto de lucro de instituições ou sujeitos. Ao contrário dessa sentença, quando se aproxima proteção social de cidadania, a responsabilidade se torna de todos, seja para o Estado ou cidadãos (GIOVANELLA; LOBATO, 2014, p. 91).

Os autores Lenaura Lobato e Lígia Giovanella (2014, p.91) quando relacionam a proteção à saúde com cidadania, estabelecem uma vinculação com o conceito de bem-estar:

Em primeiro lugar, as doenças e males de toda sorte são riscos aos quais todos os seres humanos estão expostos durante toda a vida, independentemente de sua vontade. Além disso, o bem-estar dos indivíduos é importante para uma sociedade mais justa e democrática; não basta a cura de doenças e agravos. É preciso que a sociedade atinja níveis razoáveis de bem-estar para todos, ou nunca será um lugar de boa convivência. A falta de condições de saúde e bem-estar também fragiliza os indivíduos, comprometendo sua participação integral na sociedade.

Dessa forma, pode-se refletir como o bem-estar da pessoa, em seu aspecto de sentir-se bem e realizado, influência nas relações interpessoais e conseqüentemente na sociedade. Conclusão que se perfaz importante na presente pesquisa, vez que, esta apresenta a questão da frustração do projeto parental pela via natural, a falta de acesso gratuito aos procedimentos de reprodução assistida e a noção de conceito amplo de saúde.

3.2 CONCEITO AMPLO DE SAÚDE E O BEM-ESTAR

A saúde em uma perspectiva jurídica, percebemos de imediato o seu patamar de direito social, no entanto, deve-se perceber o sentido e conteúdo desse direito. Nesse contexto, o texto constitucional apresenta algumas pistas, mas não insere especificadamente a sua substância.

Seguindo os pontos ofertados pelo diploma máximo, consegue-se perceber um distanciamento daquela saúde voltada exclusivamente para perspectiva curativa, uma vez que, sinaliza a necessidade de desenvolvimento da seara preventiva e da realização da promoção da saúde.

Com isso, infere-se uma separação face ao conceito tradicional de saúde, que se relacionava ao paradigma biomédico, impondo a saúde como ausência de doença, dor ou defeito. A combinação desses aspectos, era o que impulsionava a satisfação ou caracterização da condição de ser humano saudável.

Consente-se a ruptura, porque os vieses da prevenção e da promoção da saúde, como se verá adiante, não se relacionam com esses elementos exclusivamente biológicos, por outro lado, impõe uma ampliação do que seria considerado saúde.

Com essa acepção, a saúde deve buscar um pleno equilíbrio entre a pessoa e o meio que a circunda, assim como, a cogente concepção de que a garantia do mínimo existencial não se relaciona com o mínimo vital, mas com a salvaguarda do equilíbrio na visão social, física e psicológica, visando assim, o alcance de uma vida efetivamente saudável (SARLET, 2013, p. 1933).

Vislumbrar o ser humano saudável, seria pensar este indivíduo para além do biológico e do corpo físico, mas também pensar na qualidade do meio em que este vive, na sua satisfação emocional e sanidade psíquica, assim como, na qualidade das relações interpessoais e da vivência em sociedade, ou seja, abarcar diversos pontos, que se relacionam diretamente com o seu bem-estar.

Corroborando na defesa da adoção dessa perspectiva, temos o artigo 3º da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990), dispondo sobre diversos fatores condicionantes e determinantes da saúde, como por exemplo, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente e o acesso aos bens e serviços

essenciais. Além dessas condicionantes, aponta ao fim do dispositivo uma abertura, no sentido de que também deverá se respeitar a saúde com ações que empreguem o bem-estar da saúde físico, mental e social.

Esmiuçando ainda mais, quando se retrata bem-estar, cabe para a presente pesquisa, promover o emprego da multidisciplinariedade, e retratar o bem-estar subjetivo, sendo este relacionado com a capacidade de avaliação de si mesmo, usando critérios subjetivos, ligados à sentimentos e valores pertencentes a cada ser humano (LAWTON apud CRUZ, 2003, p.15).

E nesses questionamentos, a inferência precípua que surge, é a função do sentido da vida, a proposição humana fundamental seria a busca pelo significado da sua existência. Quando a pessoa não consegue vislumbrar sentido, razão ou meta para seguir vivenciando experiências, resta presa ao passado e sem perspectiva no futuro (CRUZ, 2003, p. 16).

Assim, a proposta é que não haja a concentração somente na reparação, não se visualize um modelo concentrado na doença, mas também, um modelo de funcionamento que valoriza a construção e qualidades positivas (CRUZ, 2003, p. 17).

Compreender que de vários aspectos subjetivos, pode-se alcançar ações e políticas coletivas, fomentando a satisfação, a esperança, o otimismo e a felicidade nas pessoas e na sociedade. Lembrando, conforme abordado anteriormente, todos esses aspectos subjetivos provocam efeitos diretos nas relações sociais e assim na sociedade.

Por todo o exposto, a partir do conceito extensivo da saúde, intenta-se perceber que o ser humano em meio a sua complexidade, possui necessidades de saúde que para além de propor a cura ou tratamento de algo biológico, carece de atividades e medidas que provoquem cuidados na seara psicológica, que possui relevância e padece de observância de no contexto da saúde.

3.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE DO BRASIL

A presente seção visa apresentar o momento e as circunstâncias do surgimento do Sistema Único de Saúde no Brasil, destacando os aspectos constitucionais e normativos acerca da sua criação e implementação, além de expor sua conceituação e alcance.

Houve em Brasília, na data de março de 1986, a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, e, nesse evento houve a participação de diversos setores organizados da sociedade, inclusive a presença de usuários, discutindo-se a visão da saúde enquanto direito de cidadania, a reformulação do Sistema Nacional de Saúde e o financiamento do setor, alimentando intenso debate travado até a promulgação do texto constitucional de 1988. Pode-se perceber que o relatório produzido nessa oportunidade, foi referência para os parlamentares durante o processo constituinte (ANDRADE, 2007, P. 37).

Nessa conferência, observou-se que para o setor saúde no Brasil não era suficiente uma simples reforma administrativa e financeira, mas sim, uma modificação institucional que vislumbresse a noção ampliada de saúde proposta pela reforma sanitária (ANDRADE, 2007, P. 37).

Perceber a saúde não mais como a ausência de doenças, mas como um atributo complexo, que necessita da satisfação de diversos aspectos (físico, psíquico e social), para assim propor efetivamente qualidade de vida às pessoas.

Recorde-se também, que até então a saúde garantida pelo Poder Público não possuía acesso universal, uma vez que, somente ocorria o atendimento a quem contribuía para a Previdência Social, ou seja, a assistência médica constituía-se privilégio de poucos, no caso os trabalhadores, além de que, somente se vislumbrava a perspectiva curativa.

Então o SUS pode ser compreendido como uma “Política de Estado”, que materializou o resultado decisório adotado pelo Congresso Nacional, ao tempo da construção da denominada Constituição Cidadã, em considerar a saúde como um direito de cidadania e um dever do Estado (TEIXEIRA, 2011, p. 1).

Com a promulgação da Constituição de 1988, houve a previsão do Sistema Único de Saúde, especialmente em seu artigo 198, disciplinando a adoção de “um conjunto de conceitos, princípios e diretrizes extraídos não da prática corrente e hegemônica, mas propondo uma nova lógica organizacional”, baseada na proposição construída ao decorrer de quase duas décadas pelo denominado movimento sanitário (ANDRADE, 2007, P. 37).

O referido artigo propõe a integração das ações e serviços públicos em saúde, numa rede regionalizada e hierarquizada e a constituição de um sistema único, organizado de acordo com algumas diretrizes, notadamente, a descentralização, o atendimento integral à saúde e a participação da comunidade (BRASIL, 1988).

O direito social à saúde e o SUS foram previstos no contexto da Seguridade Social, estabelecendo-se uma ordem protetora do bem-estar e da justiça social, nesse bloco integra-se ao lado da saúde a previdência social e a assistência social.

Retratando essa conjuntura, Jairnilson Paim (PAIM, 2009, p. 43) aduz, que a proposta do Sistema Único de Saúde foi alicerçada no preceito constitucional de que a saúde é um direito ofertado a todos. O referido enunciado esclarece uma concepção da seguridade social, pois, demonstra a ligação do atributo jurídico saúde com a condição de cidadania, pressupondo um campo de solidariedade e democracia, impulsionada por valores de igualdade e equidade, sem discriminações ou privilégios.

Cabe destacar, que a cidadania envolve a desconexão do indivíduo enquanto sujeito privado, este deixando de pensar somente em perspectivas autônomas, isoladas e competitivas, alçando uma dimensão pública, integrando-se e cooperando com a comunidade, assim, agindo segundo o princípio fundamental da solidariedade (FLEURY; OUVÉRERNEY, 2012, p. 26).

E a expansão do conceito de cidadania, por meio da integralização do direito à saúde, também pode se articular com os processos de democratização do sistema político, uma vez que, a igualdade ganha ampliação se o escopo da cidadania é implementado, pois há a garantia de que cada vez mais, um maior número de pessoas obtenha acesso e integração na sociedade, e conseqüentemente possam influir nos processos políticos e sociais (FLEURY; OUVÉRERNEY, 2012, p. 26).

O texto constitucional demonstra nitidamente que a idealização do SUS estava baseada na formulação de um modelo de saúde direcionado para as necessidades da população, buscando reassumir o compromisso do Estado para com o bem-estar social (CONASS, 2011, p. 24).

Se apresentando uma contraposição à perspectiva liberal e neoliberal, que defende a diminuição do papel estatal na garantia de condições de vida da população (TEIXEIRA, 2011, p. 1).

A consagração constitucional do SUS previu a necessidade de criação legislativa para a regulamentação da nova sistematização da saúde.

Ao longo do ano de 1989, decorreram-se negociações para a promulgação da lei complementar que ofereceria os alicerces operacionais à reforma e promoveria construção do SUS (CONASS, 2011, p. 24).

Com a promulgação da Lei Orgânica da Saúde (lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, complementada pela lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990) inicia-se a implantação do SUS, sistema responsável pela materialização das políticas de saúde e diretrizes firmadas na Constituição Federal de 1988.

A CF/88 firmou que deveria haver a criação de políticas sociais e econômicas abrangentes que visassem a redução do risco de doenças e quaisquer agravos, assim como, o acesso amplo e isonômico às ações e serviços em saúde, visando a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Questões econômicas, porque estas também podem influir na saúde dos indivíduos e da sociedade, como por exemplo, políticas que visem a distribuição de renda, a geração de empregos, proteção salarial, acesso à terra para plantio, dentre outras. As questões sociais podem representar o fomento e efetiva acessibilidade a atividades de lazer, esporte, cultura, segurança pública, previdência e assistência social, que serão capazes de influenciar na redução das doenças e agravos¹. Então, é inegável que as políticas sociais e econômicas impactam diretamente nas condições de saúde (PAIM, 2012, p. 44).

Apesar de constituir dever do Estado a garantia da promoção, prevenção e recuperação da saúde, devemos lembrar, a relação com cidadania e com a noção

¹ A terminologia agravos, que a CF/88 retrata, diz respeito aos quadros que não representam, obrigatoriamente, uma tipologia de doença classificada e definida.

de sistema de saúde anteriormente explicitada, assim, a responsabilidade pela proteção à saúde é de todos, dever que não reduz a obrigação do Poder Público.

A referida legislação regulamentadora, conceitua o SUS como: “o conjunto de ações e serviços públicos de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (BRASIL, 1990).

O sistema de saúde brasileiro direcionará suas atividades às pessoas, tanto no aspecto individual da saúde como no coletivo, voltando-se para a promoção e prevenção da saúde, diagnóstico, tratamento e reabilitação de agravos e doenças (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2014, P. 366).

Promover a saúde é fomentar, cultivar, estimular, por intermédio de ações gerais e específicas a saúde, bem-estar e a qualidade de vida dos indivíduos. Proteger significa a redução dos riscos, a recuperação envolve diagnóstico precoce e oferecimento de tratamento adequado, com a preocupação de não provocar complicações ou sequelas às pessoas (PAIM, 2012, p. 46).

Haverá no SUS a prestação de serviços no âmbito ambulatorial e hospitalar, assim como, o fornecimento em unidades de apoio diagnóstico e terapêutico, geridos pelo governo (todas as esferas federativas), ou outros espaços, inclusive o domiciliar (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2014, p. 366).

A atenção à saúde contemplada pelo Sistema Único de Saúde vislumbrará o alcance à ações de distintas complexidades e custos, variando desde a administração de vacinas e realização de consultas médicas até a realização de transplantes (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2014, p. 366).

Importante se faz lembrar, que o SUS também deve se preocupar com as questões ambientais, em seu sentido amplo, buscando primar por ideais condições sanitárias.

Abrangerá também, as instituições públicas voltadas para o controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, sangue e hemoderivados e equipamentos de saúde (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2014, P. 366).

Dessa forma, percebe-se que o Sistema Único de Saúde possui diversas atribuições e preocupações, constitui um sistema complexo e abrangente.

E quando as disponibilidades se mostrarem insuficientes em garantir a cobertura e assistência à população, o SUS poderá recorrer aos serviços prestados pelo setor privado, configurando uma participação complementar, a ser realizada mediante a pactuação de contratos e convênios, sem deixar de atender as normas, princípios e diretrizes públicas (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2014, P. 367).

Ainda, cabe informar, que existe legislação específica para estabelecer as diretrizes da organização operacional do SUS. Este aspecto evoluiu mediante a edição de leis denominadas de Normas Operacionais Básicas (NOB), estando em vigor a NOB de 1996. Contudo, pode-se perceber que a normatividade da saúde não se esgota na CF/88 e nas legislações indicadas no presente trabalho, uma vez que, o Ministério da Saúde e o Conselho das Conferências Nacionais de Saúde emitem uma série de portarias e resoluções, intentando o incremento do constante processo de aperfeiçoamento do Sistema Único de Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000, p. 7-8).

3.4 OS PRINCÍPIOS FINALÍSTICOS E ESTRATÉGICOS DO SUS

Dar-se seguimento ao estudo proposto, mediante o esclarecimento dos princípios que informam o Sistema Único de Saúde, possibilitando visualizar a estruturação do referido sistema.

Esses princípios podem ser denominados de finalísticos, quando dizem respeito a própria natureza do sistema, a forma como ele se materializará, e nessa categorização apresenta-se o acesso universal às ações, bens e serviços que garantem a saúde, a equidade na prestação e a integralidade na assistência à saúde. Ao lado desses princípios finalísticos, ainda se observa os princípios estratégicos, que direcionam os vieses políticos, operacionais e organizativos do SUS, objetivando implementar o modo *operandi* que o sistema deverá se conformar (TEIXEIRA, 2011, p. 2).

Acerca da conceituação do termo princípio e segundo o autor Jairnilson Silva Paim (2012, p. 56), vislumbrando uma perspectiva de obra do campo da saúde, estes seriam aspectos valorizados pelas relações sociais, derivando-se de diversas perspectivas (moral, ética, filosófica, política e do direito), constituindo atributos que

orientam a forma de pensar e agir. Já as diretrizes, são orientações gerais de natureza organizacional ou técnica, que impulsiona as partes do sistema de saúde a influir na mesma direção ou caminho.

Ambas as abordagens, apesar de apresentar expressões distintas, concluem que há princípios que visam formar a essência do sistema de saúde e outros que podem ser percebidos como formadores da atuação, dotados de funcionalidade.

A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) estabeleceu previsão dos princípios e diretrizes que nortearão o funcionamento do Sistema Único de Saúde, no texto legislativo encontram-se descritos: a universalidade de acesso em todos os níveis de assistência; igualdade na assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; integralidade na assistência; participação da comunidade e descentralização político administrativa, dentre outros, mais de natureza específica.

3.4.1 A universalidade de acesso aos serviços em todos os níveis de assistência à saúde

A adoção desse princípio, a partir da Constituição Federal de 1988, representou um imenso avanço democrático, que transformou a saúde em direito de todos e dever do Estado.

A Universalidade é um dos princípios fundamentais do Sistema Único de Saúde (SUS) e disciplina que todos os cidadãos brasileiros, sem qualquer tipo de discriminação, têm direito ao acesso às ações e serviços de saúde.

Dessa forma, todos os cidadãos possuem o direito de obter o acesso quando do SUS necessitarem, independentemente de complexidade, custo ou natureza dos serviços envolvidos, e também, não se vinculará a disponibilidade à qualquer modelo contributivo de seguro social, qualquer sujeito pode perceber os benefícios oferecidos pelo sistema de saúde, inclusive aos estrangeiros em trânsito no país (LIMA; MACHADO; NORONHA, 2014, p. 367).

Assim, rompe-se claramente com o modelo histórico de saúde voltado para o atendimento exclusivo às pessoas que tinham vínculo formal de emprego ou que estavam filiados à previdência social.

Com o advento da noção de universalidade, as condições socioeconômicas da população não devem acarretar em acessibilidade diferenciada aos tipos de serviços oferecidos pelo Poder Público, uma vez que, os dispêndios e riscos são repartidos solidariamente pelos cidadãos, independentemente de classe econômica (LIMA; MACHADO; NORONHA, 2014, p. 367).

Dessa forma, o referido princípio intenta transpor as barreiras econômicas, sociais e culturais apresentadas na sociedade, conduzindo o sistema de modo a superar as desigualdades econômicas, propondo levar os serviços de saúde tanto as pessoas moradoras de municípios com baixo desenvolvimento ou aquelas residentes em periferias, como as pessoas residentes em centros urbanos ou com capacidade financeira superior (TEIXEIRA, 2011, p. 4).

Além da universalidade na superação da perspectiva econômica, faz-se preciso garantir a compreensão das informações prestadas pelos servidores e gestores de saúde aos usuários, pois, diante da diversidade cultural e educacional da população brasileira, certa parcela pode ser excluída do acesso em virtude de uma barreira comunicativa. Portanto, o Estado deve empreender esforços no sentido de desenvolver ações de educação e informação, com intuito de concretizar efetivamente a universalidade (TEIXEIRA, 2011, p. 4).

3.4.2 Igualdade na assistência à saúde sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie e a Equidade

A igualdade na assistência à saúde constitui um dos princípios norteadores do Sistema Único de Saúde (SUS) e possui vinculação direta com os preceitos de equidade e de justiça.

Pela igualdade, reitera-se que não se pode haver diferenciações no acesso aos serviços públicos, vendando-se discriminações segundo a cor, gênero, sexo, renda ou religião (LIMA; MACHADO; NORONHA, 2014, p. 367).

Contudo deve-se rememorar, que a igualdade se impõe materialmente, e na esfera do SUS, esse aspecto do princípio se evidencia, por exemplo, no atendimento aos indivíduos de acordo com suas demandas, oferecendo mais a quem mais necessita

e menos a quem requisita menores cuidados. Pretende-se, com este princípio, perceber as distintas condições de vida e saúde, assim como, as diferentes necessidades das pessoas, visando o oferecimento de uma atuação justa.

Ilustrações fáticas de igualdade, em uma perspectiva de equidade, ocorrem frequentemente nas unidades de saúde, principalmente nas que implementaram a categorização de risco, uma vez que, a prioridade no atendimento é definida segundo requisitos combinados, como a ordem de chegada, a urgência do caso e a gravidade da situação.

Para o autor Jairnilson Paim (2012, p. 57-58), esta conduta supramencionada, se apoia especificamente na diretriz funcional de “utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, alocação de recursos e a orientação paragramática”, não considerando acertada a colocação da denominação equidade ou discriminação positiva para o caso, em virtude do surgimento de ambiguidades no campo de estudo da saúde, uma vez que, constitui expressão utilizada por organismos internacionais que não apoiam o desenvolvimento de sistemas universais de saúde.

Então, para ele há uma separação nos dois princípios, sendo a expressão que contém igualdade, a que está prevista nas normas constitucionais e legislativas. No entanto, parece que ambos os aspectos axiológicos caminham no mesmo sentido, se complementando.

Retomando-se, o referido mandamento também direciona as políticas de saúde, impulsionando o reconhecimento de necessidades de grupos específicos e propondo uma atuação estatal voltada para a redução de determinantes sociais ² as quais as pessoas estejam inseridas. Dessa forma, no país, existem programas de saúde em conformidade com a diversidade da população, contemplando as parcelas sociais rurais e urbanas, em situação de rua, idosos, mulheres, pessoas com deficiência, pessoas que cumprem pena privativa de liberdade, dentre outros.

No mesmo sentido aponta a docente Carmen Teixeira (2011, p. 5), disciplinando que o sistema público de saúde pode proporcionar superação das desigualdades sociais

² Em conformidade com a definição proposta pela Organização Mundial de Saúde (OMS), os determinantes sociais da saúde se relacionam com as circunstâncias que envolvem a forma como a pessoa vive e trabalha. Também podem ser considerados fatores sociais, culturais, econômicos, psicológicos, comportamentais e étnicos/raciais, que influem na ocorrência de problemas de saúde e fatores de risco à respectiva população.

em saúde, porque poderá se realizar a redistribuição ou redefinição de uma oferta ou do seu perfil, em virtude da intenção de se priorizar a atenção a determinados grupos sociais, cuja condições de vida e saúde se apresentem mais debilitadas. De igual forma, será legítima a conduta estatal de enfatizar ações específicas para determinados grupos ou pessoas, uma vez que, apresentem acentuados riscos diferenciados de adoecer e morrer, por particulares adversidades.

São exercidos esforços, intentando a formulação e implementação de políticas específicas direcionadas à assistência das necessidades de parcelas da população que acabam sendo expostas à riscos diferenciados de adoecer e morrer, em razão de especificidades genético-hereditárias, econômico-sociais ou histórica-política e culturais, como se mostra o caso da população indígena, da população negra, da população GLBTT, dentre outras (TEIXEIRA, 2011, p. 5).

O Ministério da Saúde (2000, p. 32) compreende que a aplicação desse tratamento equânime se faz necessário, pois ainda há no Brasil fortemente diversas discriminações regionais e sociais, podendo-se perceber que as melhorias apreendidas nas condições de saúde impactam positivamente em diversas outras searas.

Ainda na perspectiva do Ministério da Saúde (2002, p. 22), este considera que o desafio de se aplicar plenamente a equidade, constitui um objetivo estratégico central, por exemplo, é estratégia que se adequa ao crescente alcance da universalidade e aumento da eficácia do sistema, assim como, fomenta o exercício do controle social pelos Conselhos de Saúde.

3.4.3 Integralidade na assistência à saúde

A integralidade se mostra extremamente presente nas discussões e no campo prático da seara da saúde, se relacionando com a condição integral, e não parcial, de compreensão do ser humano, ou seja, o sistema de saúde possui o dever de estar preparado para escutar o indivíduo usuário dos serviços, entendê-lo diante do seu contexto social e, assim, conseguir atender, segundo as necessidades e solicitações da pessoa.

Historicamente, quando se vislumbrou a crescente busca por especializações na medicina, houve um movimento pensado pelo enfoque da medicina integral, e também pela reforma sanitária, de se retomar essa perspectiva, hoje, acertadamente figurando como principiologia do SUS.

Então, pela abordagem dos usuários, o atendimento integral em saúde se associa ao tratamento respeitoso, digno, com qualidade e acolhimento.

Com isso, impõe-se ao Poder Público, a adoção de esforços no sentido de oferecer capacitação profissional, àqueles servidores públicos que prestarão tais serviços (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000, p. 31).

Nesse sentido, salienta-se, que uma das preocupações principais do Sistema Único de Saúde, para viabilizar essa integralidade, diante do explicitado, é concretizar a humanização dos serviços prestados e das ações realizadas no campo do sistema de saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000, p. 31).

A integralidade também é compreendida, enquanto princípio do SUS, em termos legais, como um “conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (LIMA; MACHADO; NORONHA, 2014, p. 368).

A Constituição Federal 1988, firmou que o Estado possui a obrigação de oferecer “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (BRASIL, 1988).

Para satisfazer a esta necessidade de integralidade, ao Estado compete estabelecer um conjunto articulado de ações e serviços, que incluirão diversos sentidos, conforme mencionado, deverá compreender desde a prevenção da saúde até a assistência de tratamento ou curativa, perpassando pela acessibilidade de serviço em qualquer nível de complexidade.

Tal sentença, significa que, todas as pessoas podem obter acesso a todas as ações e a todos os serviços ofertados pelo sistema de saúde. Assim, deve-se observar que o Sistema Único De Saúde não se restringe somente à atenção básica, mas também, em caso de necessidade, deve-se vislumbrar a possibilidade de prevenção ou tratamento em hospitais ou outras unidades de caráter especializado (PAIM, 2009, p. 56).

Esse pensamento de integralidade, impõe, por exemplo, que se determinado município não garanta o atendimento a algum serviço, que este tenha a iniciativa de estabelecer pactos com outras secretarias municipais que o disponha ou recorra ao apoio da secretária estadual de saúde, visando não violar a integralidade (PAIM, 2009, p. 57).

Cabe destacar, que as ações e serviços de prevenção e as de tratamento curativo, devem caminhar no mesmo sentido, apontando pontos de intersecção, ou seja, a noção de promoção da saúde e a prevenção de agravos e doenças, não devem estar dissociadas (LIMA; MACHADO; NORONHA, 2014, p. 368).

Por fim, entendendo-se que o princípio em comento vislumbra o cuidado continuado no modelo de saúde, faz-se cabível explicitar os conceitos relacionados.

A continuidade no atendimento impõe em satisfazer, quando se fizer necessário, o atendimento em distintos níveis, quer sejam: a atenção básica ou atenção primária à saúde, a atenção ambulatorial especializada e a atenção hospitalar (PAIM, 2009, p. 60).

Diante dessa divisão, a atenção básica seria o primeiro nível de atenção, dentro do sistema de saúde. Nas palavras de Jairnilson Paim (2009, p. 60), a atenção básica é definida como:

Um conjunto de ações de caráter individual ou coletivo, que envolvem a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o diagnóstico, o tratamento e a reabilitação. É, preferencialmente, a 'porta de entrada' do sistema de saúde. A população tem acesso a especialidades básicas: clínica médica (clínica geral), pediatria, obstetrícia e ginecologia.

Nesse sentido, constitui o local onde se dá, ordinariamente, o primeiro contato com os usuários e cidadãos, essencialmente a porta de entrada obrigatória e preferencial, devendo estar apta para a resolução dos principais e rotineiros problemas da sociedade (GIOVANELLA; MENDONÇA, 2014, p. 509).

Nesse diapasão, percebe-se que a atenção básica resolve mais de 80% dos problemas de saúde, por meio das unidades básicas de saúde e a Estratégia Governamental de Saúde da Família (CHIORO; SOLLA, 2014, p. 549).

Atuando na atenção primária, as equipes multidisciplinares de saúde irão realizar ações promocionais e preventivas em saúde pública, uma vez que, esse exercício é o mais descentralizado e capilarizado, proporcionando uma aproximação direta com a população, pois, articula-se nos locais onde as pessoas vivem e trabalham.

Os casos mais difíceis e de maior complexidade serão encaminhados, de modo sistemático e organizado (atuação da regulação), para outros níveis do sistema, no caso, os serviços ambulatoriais especializados e hospitalares. Com isso, será nesse patamar que se vislumbrará os níveis de complexidade, quer sejam, média e alta complexidade (PAIM, 2014, p. 474).

A atenção especializada, em aspectos gerais, pode ser conceituada como e onde se é desenvolvido um conjunto de ações, práticas, conhecimentos e técnicas assistenciais, caracteristicamente demarcadas pela incorporação de processos de trabalho que exigem maior infraestrutura tecnológica (CHIORO; SOLLA, 2014, p. 549).

Acerca do conceito, destaca-se, que o lugar, o tipo de trabalho e sua estruturação, bem como, o uso de equipamentos e insumos de densidade tecnológica impulsionarão os caracteres do atendimento à atenção especializada.

No sentido contrário a atenção básica, a atenção especializada, diante dos seus caracteres, não chega até a população, o inverso, são os usuários que se deslocam e são encaminhados para esses centros de cuidado especializado (CHIORO; SOLLA, 2014, p. 549).

Retomando-se a ideia de níveis de complexidade, a média complexidade é composta por ações e serviços que objetivam o atendimento aos principais problemas de saúde da população, determinando que haja a disponibilidade de profissionais especializados e o emprego de recursos tecnológicos de apoio diagnóstico e terapêutico³. Já a alta complexidade, impõe procedimentos de alto custo e alta tecnologia, como exemplo, as atividades das áreas de cardiologia, oncologia e as terapias renais substitutivas. Principalmente, a alta complexidade se organiza em redes. A implementação de redes de saúde aponta para maior eficácia na produção da saúde (PAIM, 2009, p. 60-61).

Com todo exposto, denota-se que a noção de integralidade constitui atributo do modelo de atenção, compreendendo-se que um “modelo de atenção integral à

³ Trata-se de grupo de procedimentos definidos pela Decreto nº 4.762/03, que apresenta o Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SAI-SUS): 1) procedimentos especializados realizados por profissionais médicos, outros de nível superior e nível médio; 2) cirurgias ambulatoriais especializadas; 3) procedimentos traumatológico-ortopédicos; 4) ações especializadas em odontologia; 5) patologia clínica; 6) anatomopatologia e citologia; 7) radiodiagnósticos; 8) exames ultrassonográficos; 9) diagnóstico; 10) fisioterapia; 11) terapias especializadas; 12) próteses e órteses; 13) anestesia (PAIM, 2009, p. 61).

saúde” vislumbra o conjunto de ações de promoção da saúde, prevenção de riscos e agravos, assistência e recuperação.

Uma sistematização integral de modelo de saúde, em suma, é a disposição de estabelecimentos, unidades de prestação de serviços, pessoal capacitado e recursos necessários, ao fomento e a produção dessas ações e serviços.

3.4.4 Participação da comunidade

O sistema de saúde, possui como um de seus pilares, a participação da população, garantida mediante a existência dos conselhos e das conferências de Saúde, interferindo diretamente nas políticas de saúde formuladas pelos entes federativos (ESCOREL; MOREIRA, 2014, p. 853).

Quando se pensa participação social de modo amplo, em perspectiva terminológica, percebe-se a intrínseca relação com vida em sociedade, e, hoje se percebe que a participação comunitária vem sendo defendida pelos governos como estratégia para lidar com diversas situações.

Dessa forma, a participação comunitária se apresenta como principal canal de relação entre Estado, os trabalhadores da saúde e a sociedade, servindo como controle social frente às definições dos objetivos setoriais da saúde, sustentando um canal permanente e de diálogo e interação (CONASS, 2011, p. 155).

Apesar de notadamente se conhecer a participação social através dos conselhos e conferências da saúde, estas não são os únicos meios de integração e controle social. Nesse contexto, pode-se destacar algumas instituições atuantes, como o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes), a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco), os sindicatos e conselhos profissionais de saúde e a Frente Parlamentar de Saúde.

Para Sarah Escorel e Marcelo Rasga Moreira (2014, p. 871) são três instâncias que possibilitam a democracia sanitária no Brasil: as conferências, os conselhos e fundos de saúde. Contudo, são também integrantes dessa estrutura democrática, as Comissões Bipartites e a Comissão Intergestores Tripartite, sendo mecanismo de gestão de saúde participativa e colegiada, ainda, integram-se também as ouvidorias

e as consultas públicas realizadas por agências reguladoras, como a Agência Nacional de Saúde Suplementar e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANS e ANVISA).

Por todo o exposto, diante de todos esses atores no processo de participação social, o princípio abordado, em suma, refere-se a garantia de que a sociedade, por intermédio das entidades representativas, possa influenciar o processo de formulação das diretrizes e prioridades para a saúde, assim como, consiga fiscalizar o cumprimento dos dispositivos legais e normativos do SUS, avaliando a execução das políticas nas esferas de governo (LIMA; NORONHA; MACHADO, 2014, p. 368)

3.4.5 Descentralização político administrativa

O sistema público de saúde, impulsiona uma descentralização na gestão, e ela corresponde a transferência do poder decisório e das políticas de saúde da esfera federal para o estados e municípios. Carmen Teixeira (2011, p. 6) disciplina que esta transferência ocorre:

Através da redefinição das funções e responsabilidades de cada nível de governo com relação à condução político-administrativa do sistema de saúde em seu respectivo território (nacional, estadual, municipal), com a transferência, concomitante, de recursos financeiros, humanos e materiais para o controle das instâncias governamentais correspondentes.

Sobre este princípio, a responsabilidade e o poder sobre o setor são repartidos e distribuídos sobre os três níveis de governo, intentando um fornecimento de serviços com superior eficiência e qualidade, assim como, contribuir para a fiscalização e o controle por parte da sociedade.

4 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Os valores culturais e existentes na sociedade contemporânea, sempre impuseram a fertilidade como um aspecto positivo e a esterilidade com um aspecto negativo sobre a pessoa. O fracasso no projeto parental sob a forma natural, uma vez que a sociedade espera e insurge o desejo de procriação, constitui motivação para desalinho no desempenho dos papéis do homem e da mulher, impulsionando o rompimento da árvore genealógica (GAMA, 2003, p. 661).

Desde o Antigo Testamento não procriar era uma ação muito temida pelas pessoas, principalmente para as mulheres, pois transmitia uma visão negativa e estigmatizava a mulher na sociedade. Outros textos bíblicos e até a literatura, também apontam nesse sentido, de observar uma visão negativa sobre a infecundidade. E, essas interpretações influenciaram em aspectos fundantes a noção das concepções de sexualidade atrelada à procriação, assim como, com o contexto da fertilidade como bênção divina (SEQUEIRA, 2011, p. 22).

Para além dessa perspectiva religiosa e social, de cumprimento de papéis e tradição, há a abordagem individual, onde se percebe que o nascer dos próprios filhos, impulsiona uma noção de abandono efetivo com o passado, de que desse momento em diante não possuirão mais a condição de filhos, proporcionando uma sensação de imortalidade, devido a descendência (LEITE, 1995, p. 24).

Diante de impedimentos biológicos que dificultam ou impossibilitam a procriação, como aqueles vivenciados por portadores da AIDS, pessoas com idade avançada, sujeitos com debilidades sexuais causadas por infecções, homens com defeitos na qualidade e morfologia do esperma, problemas no endométrio da mulher, dentre outras situações que convencionalmente gerariam a frustração acerca do projeto parental, o desenvolvimento científico da Medicina e Biologia proporcionou o levantamento de soluções para a satisfação dos anseios da sociedade, acometida pela infertilidade e esterilidade.

Para muitas pessoas, a maternidade ou paternidade constitui elemento dos seus projetos de vida, e para elas, o insucesso na geração de filhos, ocasiona sentimentos de inferioridade, tristeza e falta de plenitude, o que impulsiona ainda

manter a infertilidade como estigma e tabu, atenuando as necessidades e os indícios de que é uma problemática que envolve o direito à saúde (SEQUEIRA, 2011, p. 23).

Nesse contexto apresenta-se o campo da reprodução humana assistida, oferecendo uma alternativa para a realização do desejo de conceber filhos, que outrora, somente ocorreria se houvesse as condições naturais e biológicas ideais para a satisfação dessa vontade, causando crises de autoestima, angústias e ansiedades.

Por todo exposto, mostra-se necessário conhecer a reprodução humana assistida, o conhecimento das suas técnicas, e a questão da infertilidade, para se vislumbrar a relevância na seara da saúde e provocar reflexão sobre o acesso gratuito a estes recursos por intermédio do custeio pelas instâncias públicas.

4.1 ASPECTOS CONCEITUAIS E CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, cabe levantar algumas questões conceituais e contextuais acerca da Reprodução Humana Assistida, estas impulsionarão a compreensão da conjuntura onde as técnicas de reprodução assistida se inserem, que será importante para que mais adiante no trabalho, se discuta a repercussão que a existência dos procedimentos de procriação artificial gera para o indivíduo, e se assim, poder-se-ia pensar em um direito de acesso e a ser este garantido pelo Estado.

Esclarece-se de antemão, que o vocábulo reproduzir, pode atribuir a noção de cópia, no sentido de produzir algo novamente, contudo, a reprodução em estudo, refere-se a perspectiva de ato de continuação, perpetuação da espécie, ou seja, significa a multiplicação do homem em sua linha genealógica (HATEM, 2002, p. 192).

Nesse sentido, primeiramente, importante se observar que há uma diferença entre Reprodução Assistida e Engenharia Genética. Em específicas hipóteses estas podem caminhar juntas, no entanto, não são a mesma coisa. Lida com técnicas que tentam alcançar objetivos e necessidades distintas. A primeira visa, basicamente, realização o desejo de procriação das pessoas, enquanto a segunda consiste na pesquisa e manipulação de material genético, vislumbrando a possibilidade de alterar sua estrutura natural (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 88).

Assim sendo, não haverá discussão sobre as possibilidades de manipulação da constituição genética de células e organismos, mas sim, acerca dos recursos médicos e científicos existentes, que contribuem para a concretização da procriação humana, por vias alternativas.

A reprodução humana assistida, importa em um conjunto de operações que visam unir artificialmente, os gametas feminino e masculino, visando originar um ser humano, por meio de diversos métodos desenvolvidos cientificamente (DINIZ, 2011, p. 610).

A respeito da Reprodução Humana Assistida (RHA) cabe conceituar que esta se relaciona com a intervenção do homem no processo de procriação natural, objetivando possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade aspirem e realizem o alcance da maternidade ou da paternidade (MALUF, 2013, p.193).

Acerca do desenvolvimento nessa seara de estudo, faz-se interessante realizar um regresso histórico sobre a temática e ilustrar o processo temporal de surgimento e evolução da reprodução assistida, para tal, aponta-se o entendimento do médico brasileiro Milton Nakamura, responsável pela primeira fertilização *in vitro* com êxito no Brasil.

O referido profissional, indica que o progresso médico e biotecnológico passou por três etapas.

A primeira fase ocorreu em meados do século XVIII onde L. Jacobi fez tentativas de inseminação em peixes; em 1755, o biólogo italiano Lazzaro Spallanzani obteve resultados positivos na fecundação e mamíferos. Em 1799, o médico e biólogo inglês John Hunter obteve êxito na fecundação por inseminação artificial em seres humanos. Em meados do século passado o médico francês Girault, de 30 tentativas em seres humanos, teve sucesso em 9 delas. O Dr. Marion Sims também teve sucesso em 6 casos nos EUA. Em 1884, o médico inglês Pancoast fez a primeira inseminação heteróloga, isto é, com o esperma de um doador que não o marido. Em 1890, o Dr. Dickinson já fazia emprego em larga escala das técnicas de reprodução assistida (SAUWEN; HYNIEWICZ, 2008, p. 86).

Dessa forma a primeira fase, se apresenta como estudos na seara da Biologia, inclusive em animais, e experimentos médicos realizados isoladamente ou esparsamente no mundo.

A segunda fase vislumbra o ano de 1953, onde descobre-se a estrutura em hélice do DNA, caso que originou a Genética Molecular, e, posteriormente o desenvolvimento

da Engenharia Genética. A terceira fase refere-se ao nascimento de Louise Brown na Inglaterra em 1978, sendo o primeiro “bebe de proveta”, ou seja, ocorreu pleno êxito na aplicação da técnica de fertilização *in vitro* (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2008, p. 86-87).

Atualmente estamos vivenciando uma quarta etapa, uma fase denominada de “A Era da Tecnologia”, e o marco inaugural é a micromanipulação de gametas (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 87).

Vivenciando a possibilidade dos procedimentos de micromanipulação de gametas, consegue-se suprimir grande parcela das limitações físicas enfrentadas pelos indivíduos durante o processo reprodutivo. As técnicas são aprimoradas de modo que, cada vez mais, observa-se a remediação da infertilidade (HRYNIEWICZ, SAUWEN, 2008, p. 87-88).

Esclarece-se que, esses procedimentos de reprodução assistida surgem e se popularizam justamente por conta dos anseios da sociedade, que intenta encontrar soluções eficazes para o combate da infertilidade ou esterilidade.

Continuando na perspectiva histórica, a autora Maria de Fátima Freire de Sá (2011, p. 111-112) disciplina em sua obra que, no final do século XX houve a inauguração de um cenário de transformação, mudanças essas que foram advindas dos avanços biotecnológicos. E, nesse contexto, a reprodução assistida ganha destaque, propondo técnicas que permitiram a realização do sonho da formação familiar.

Adverte Leite (1995, p. 284) “a história da humanidade sempre revelou uma intensa preocupação com a questão da fecundidade e, inversamente, temeu o risco da esterilidade, motivo de degradação do grupo familiar”.

Com a passagem da Segunda Guerra Mundial presenciamos um grande avanço técnico e científico no âmbito da Biologia, especialmente para o tema os progressos na Embriologia e Genética, contexto pelo qual, o homem passa a interferir em processos de reprodução humana, até então monopolizados pelas leis da natureza (RIBEIRO, 2002, p. 283).

A descoberta e o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida inauguram a dissociação entre sexualidade e reprodução, pois, o homem passa a manipular gametas e embriões, desconsiderando o estabelecimento de relações sexuais (RIBEIRO, 2002, p. 283).

Anteriormente, a reprodução resultava sempre do relacionamento sexual, e este se guiava principalmente pela ideia de atendimento a sua potencialidade natural para ocasionar a reprodução. No entanto, com o surgimento dos métodos artificiais, a sexualidade começou a ser crescentemente afastada da sua aptidão para a reprodução.

Portanto, a revolução que hoje se confere, consiste em ter-se quebrado a necessária vinculação entre reprodução e sexualidade. A aquisição de conhecimentos e o desenvolvimento de técnicas capazes de levar a concepção e ao nascimento, foram impulsionando um cenário em que se prescinde do encontro sexual (ASCENSÃO *apud* RIBEIRO, 2002, p. 284).

Prosseguindo, observa-se que compreender a separação da função sexual e da função reprodutora, proporcionada pelos avanços biomédicos, permite alcançar diversos objetivos extremamente positivos, uma vez que, inaugurou a possibilidade de concepção de forma assexuada, realizando-se dessa forma a satisfação de determinadas parcelas sociais que não poderiam contar com a via sexual para a procriação.

Ainda vale ressaltar, que a cisão dos conceitos mencionados, além de se relacionar com a concepção, também propõe impactos de contracepção, e esta de igual forma se mostra significativa, pois viabilizou que o homem pudesse obter controle da sua fecundidade, proporcionando ao casal maior felicidade na união, seja no campo do livre exercício da sexualidade, ou para atribuir ao ato de procriação a relação exclusiva com a vontade e desejo dos indivíduos em ter filhos.

Nesse sentido, lembra Madalena Ramirez Sapucaia (*apud* GAMA, 2003, p. 64), “a biotecnologia incorporou nos seus domínios tanto as técnicas contraceptivas como o próprio ato de procriar”.

Contudo, a referida distinção e o constante aprimoramento das técnicas de reprodução assistida, conduz a ponderações e preocupações de natureza bioética e religiosa, pensando-se na propositura de uma limitação, face a possibilidade do homem interferir nos processos que outrora eram exclusivamente de ordem natural.

Na linha dos questionamentos éticos, Maria Helena Diniz aponta efeitos deletérios, disciplinando que “na criação da vida em laboratório” é preciso agir com cautela, em razão de estarmos lidando com seres humanos, e o valor máximo da dignidade deve

ser respeitado, sob pena de haver a coisificação do ser humano e um potencial trauma psicológico ao futuro indivíduo (2011, p. 672).

Ainda no sentido ético, a doutrina propõe refletir, se a criança gerada artificialmente não correria o risco de ser considerada um meio e não um fim em si mesma, julgando-se a prole como instrumento para as realizações pessoais dos pais.

Em resposta a tal levantamento moral, deve se destacar que não haja a preocupação exclusiva com o casal estéril, mas também, o dever de atenção ao desenvolvimento sadio da criança, ou seja, a proteção do valor dignidade humana precisa sempre existir, estar presente no acesso, durante o processo e após a aplicação das técnicas de reprodução.

Lembre-se a procriação humana é ato pessoal do casal e resultará em um indivíduo, por isso, deve-se incluir nesse contexto a responsabilidade destes sujeitos e futuros pais (SGRECCIA, 2009, p. 497).

Elio Sgreccia (2009, p. 497) propõe que o principal problema ético desta seara em estudo, será saber qual o limite a ser estabelecido para a intervenção do médico ou até mesmo do biólogo, no sentido de que, se impeça o afastamento da intenção terapêutica, de remover os obstáculos e facilitar os processos, e se valorizar somente o aspecto de manipulação.

Diante desse contexto, a repercussão bioética se destaca na doutrina, nos casos de reprodução assistida *post mortem*, de reprodução na modalidade heteróloga e da gravidez por substituição, pois, são situações que diferem drasticamente do sistema natural, articulando a reprodução humana a caminhos alternativos e artificiais, que se não fosse a intervenção da ciência, não poderiam ser vislumbrados.

Quanto a repercussão da reprodução assistida nas religiões o posicionamento se mostra por diversos sentidos.

A religião católica declara ser contrária a realização dos procedimentos de inseminação artificial, a doação de embrião, a doação de material genético e até mesmo quanto ao congelamento de óvulos ou espermatozoides. Contudo, ao mesmo tempo que possui esse julgamento moral contrário, ela também vislumbra

que toda forma de vida deve ser abençoada e respeitada em sua dignidade, conforme vislumbrado no *Donum vitae*⁴ (MALUF, 2013, p. 205).

O Judaísmo e o Islamismo mostram-se adeptos em parte da execução dos procedimentos de reprodução assistida. Quando envolve somente o casal ou a pessoa, como por exemplo nos casos de inseminação artificial e do congelamento de material genético, o posicionamento das pessoas dessas religiões se apresenta favorável. Contudo, em relação as doações, guardam contrariedade, seja na concessão de material genético a outrem ou na doação de embriões. Esta posição fragmentada é também compartilhada pelos seguidores da Testemunha de Jeová (MALUF, 2013, p. 206).

Apresentando comportamento mais aberto, as pessoas que praticam o budismo e o espiritismo demonstram ser amplamente favoráveis aos recursos oferecidos pela reprodução humana assistida. Com similar pensamento encontram-se o presbiterianismo e o anglicanismo. Ainda, observa-se que o luteranismo é quase em todo favorável, pondo óbice somente quanto a doação de material genético (MALUF, 2013, p. 206).

De forma esclarecida, pode-se inferir que, não somente por conta dos fundamentos propagados pelas religiões, mas pela própria cultura e pelo Direito, os aspectos mais atuais da Bioética impõem discussões, visando o necessário amadurecimento.

4.2 INFERTILIDADE E ESTERELIDADE

Prosseguindo-se com a presente pesquisa, importante se faz investigar e conhecer as enfermidades que foram remediadas com o surgimento dos procedimentos de reprodução humana assistida.

⁴ *Donum vitae* é uma instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação, publicada em 22 de fevereiro de 1987 pela Congregação para Doutrina da Fé, no Vaticano, ao tempo que Paulo II era o papa. No ano de 2008, após transcorrido mais de vinte anos da publicação do referido documento, a mesma congregação editou a instrução *Dignitas personae*, com intenção de propor atualização ao primeiro documento. Essa segunda instrução dispõe: “A todo ser humano, desde a concepção até a morte natural, deve reconhecer-se a dignidade de pessoa. Este princípio fundamental, que exprime a vida humana, deve ser colocado no centro da reflexão ética sobre a investigação biomédica”. Dispõe sobre um direito inviolável à vida humana desde a sua concepção, a defesa que aplicar as técnicas como ajuda a fecundidade dentro do ato conjugal.

Para aquelas pessoas acometidas pela infertilidade e esterilidade, em um primeiro momento histórico, restava apenas a conformação do seu estado clínico e a busca por um eventual apoio psicológico para superação das dores emocionais e frustrações íntimas, causadas pelo abandono do projeto familiar biológico.

No entanto, com o alicerce proporcionado pela Biotecnologia e pelas Ciências Médicas, conseguiu-se afastar o resultado da impossibilidade de procriação, mediante o incremento de recursos capazes de elidir as consequências das referidas patologias, como a administração de medicamentos e a aplicação de técnicas artificiais de reprodução humana.

Primeiramente, será apontada a distinção entre infertilidade e esterilidade, que apesar de comumente serem mencionadas em conjunto, apresenta-se diferenciações acerca dos resultados, no que diz respeito a potencialidade de procriação.

A infertilidade constitui na diminuição da propensão de ter filhos pelas vias de ordem natural, minoração consubstanciada em alterações nos sistemas reprodutores masculino ou feminino. O casal pode ser considerado infértil quando, descartando métodos anticoncepcionais e mantendo relações sexuais frequentes, não conseguem por 12 a 18 meses obter o resultado da concepção.

Para o médico Paulo Eduardo Olmos (2003, p. 29), falar em infertilidade seria não obter gravidez durante o período de dois anos, ainda, relata que antes desse lapso temporal, caracteriza-se sub-fertilidade, podendo esta ser resolvida mediante tratamentos clínicos mais simplificados.

A definição de infertilidade, enquanto um caso que merece atenção médica, aplica-se a casais que tentaram engravidar e não conseguiram durante determinado período. Para aqueles que são jovens, têm relações sexuais frequentes e não usam nenhum método anticoncepcional, esse período é de dois anos. Durante esses dois anos, o casal está dentro da margem de sub-fertilidade, a qual, em muitos casos, pode ser resolvida com tratamentos clínicos simples ou mesmo com novas tentativas. Após dois anos de tentativas frequentes e frustradas, o casal necessita de alguma espécie de tratamento e deve procurar ajuda médica (OLMOS, 2003, p. 29).

Atualmente de cada dez casais, um apresenta dificuldades em obter a geração de filho (OLMOS, 2003, p. 17).

Os autores Leo Pessini e Christian Barchifontaine (2011, p. 327) informam, na obra Problemas atuais de Bioética, que a infertilidade atinge 20% da população, e que essa porcentagem se iguala para ambos os sexos.

Essas informações apontam a noção de que parcela expressiva da população, seja pelo recorte individual ou em casal, enfrenta a patologia em comento, assim, a infertilidade não deve ser encarada como um problema pontual, ao contrário, a repercussão é notável na sociedade.

No documento que se encarrega de codificar as doenças, publicado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), denominado Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID 10), estabeleceu-se símbolos médicos distintos para a infertilidade feminina (N 97) e masculina (N 46), bem como, são apresentadas diversas subdivisões de infertilidade feminina, diferenciadas segundo a sua origem.

Pode-se observar diversas causas de infertilidade feminina, como as malformações uterinas, lesões nas camadas do útero (originadas usualmente por miomas uterinos, pela doença endometriose ou adenomiose, que altera a condição flexível do útero), malformações tubárias, lesões iatrogênicas, aquelas provocadas indiretamente por tratamentos médicos, e ainda, a resultante de processos infecciosos e de doenças do sistema endócrino (MALUF, 2013, p. 184).

Válido se faz destacar, que a mulher possui um ciclo de fertilidade limitado, e com o passar dos anos e alcance desse período limítrofe, ocorre uma diminuição na probabilidade de sucesso da gestação, seja pela via natural ou pela via artificial, tendo visto a potencialidade de ocorrer abortos espontâneos e outras complicações.

Por outro lado, observa-se uma tendência das mulheres na sociedade contemporânea em adiar o projeto familiar, por conta da inserção da mulher no mercado de trabalho e o maior acesso aos estudos nos últimos anos, dentre outras motivações. Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aponta um aumento de natalidade entre mães com idade de 30 a 39 anos. Segundo o estudo, os dados de 2015 evidenciam o aumento da representatividade de mães entre 30 e 39 anos (de 22,5%, em 2005, chegando a 30,8%, em 2015) e a redução dos registros de filhos de mães mais jovens.

Complementando-se, as justificações acima apresentadas não esgotam as diversas espécies de razões clínicas impulsionadoras da infertilidade, assim como, pode ainda ocorrer a referida enfermidade em virtude de fatores de natureza

desconhecida, caso em que são classificadas as de origem psicológica (MALUF, 2013, p. 194).

Entre as origens masculinas, encontra-se doenças que acometem a forma, a concentração e a capacidade de movimentação dos espermatozoides. Pode haver também a ejaculação de sêmen sem a presença dos aludidos gametas masculinos, ou mesmo, a inócorrência efetiva desta⁵. (MALUF, 2013, p. 194).

A título de ilustração e informação acrescenta-se que, o exame adequado para a aferição dessas potencialidades do material genético masculino, e conseqüentemente da fertilidade, é de espécie laboratorial e se denomina de espermograma.

Há outras causas de infertilidade masculina, como por exemplo a varicocele, que consiste na dilatação anormal das veias da área genital, a oriunda de alterações hormonais ou produção de anticorpos, e também a vasectomia, procedimento médico realizado com o anseio voluntário de alcance da duradoura contracepção (BARCHIFONTAINE; PESSINE, 2011, p. 327).

Em síntese, as razões são diversas, podendo ser congênitas ou adquiridas em virtude de doenças ou esterilização química ou cirúrgica. Outrossim, ressalta-se, que ainda há vários casos de esterilidade ou infertilidade que não apresentam causa conhecida, propondo dificuldades em fechar o diagnóstico (GAMA, 2003, fl. 639).

Quanto a esterilidade, cabível se faz destacar, que esta assinala uma incapacidade absoluta de gerar filhos naturais, ao contrário da infertilidade, que ocasiona uma minoração, mas não elimina completamente a possibilidade de procriação.

Possível se faz, extrair do conceito supramencionado a conclusão de que, a esterilidade se caracteriza como irreversível e se manifesta na impossibilidade de produção dos gametas masculinos (espermatozoide), gameta feminino (óvulo) e/ou formação do zigoto (primeira célula do filho a ser gerado, produto da fusão entre óvulo e espermatozoide), capazes de provocar uma eventual gestação.

⁵ A autora Adriana Maluf aponta a nomenclatura correta acerca das situações de déficit reprodutivo masculino, a oligospermia – indicando uma baixa concentração de sêmen; a astenozoospermia – indicando uma baixa concentração de espermatozoides com capacidade de movimentação normal, a teratozoospermia – indicando a baixa concentração de espermatozoides com forma e configuração normais, a azoospermia – indicando a ausência de espermatozoides ejaculados, coptoospermia, - indicando a ausência de espermatozoides, mas a presença após passar por processo de centrifugação e aspermia - indicando que não houve efetivamente ejaculação (2013, p. 194).

No entanto, apesar de haver essas distinções conceituais, usualmente as patologias são encaradas como sinônimos e por isso a distinção somente se mostra relevante no campo médico, para a presente pesquisa, ambas inauguram terreno para a procura pelas técnicas de reprodução assistida.

A aplicação desses recursos médicos, depende de uma avaliação do especialista, que investigue a causa e conclua se o diagnóstico é passível de tratamento ou se a solução para a geração de filhos será a procura pelos processos de reprodução artificial ou laboratorial, destacando-se que a segunda opção, se indica para os casos mais complicados de infertilidade ou as situações de esterilidade (BARCHIFONTAINE; PESSINE, 2011, P. 327).

Inúmeras causas podem ser afastadas mediante o tratamento terapêutico ou por intervenções cirúrgicas, e conseqüentemente, ensejar a procriação, no entanto, há outras que, por não ter ocorrido a descoberta da solução para o problema, constituirão objeto para o contexto de desenvolvimento biotecnológico e aplicação das técnicas de reprodução assistida (GAMA, 2003, p. 640).

Portanto, esses procedimentos médicos possuem o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, viabilizando o processo de procriação, quando as atividades terapêuticas tenham se demonstrado ineficazes para a resolução da situação, devolvendo assim, a mulher e ao homem o direito à descendência. Contudo, pondera-se que esta é uma legítima solução, somente quando há probabilidade de sucesso e inexistência de riscos para a saúde do paciente e do possível descendente (DINIZ, 2011, p. 611).

Cabe salientar, por fim, uma vez que se discute o acesso às técnicas de saúde pelo viés público, que as necessidades de saúde relacionadas à procriação, não são exclusivas do grupo que apresenta condições medicamente diagnosticadas, como infertilidade, doenças infectocontagiosas ou genéticas. Esta necessidade de saúde é percebida também por outros grupos, apesar de não ser o recorte do presente trabalho, se vislumbra que as pessoas solteiras e as de orientação homossexual, mesmo que não diagnosticadas inférteis, também não podem reproduzir pela forma natural, e, por isso, também se inserem como interessados no desenvolvimento e aplicação das técnicas de reprodução humana assistida.

4.3 AS PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Visando combater a infertilidade e favorecer o nascimento de uma vida humana, a reprodução humana assistida pode, resumidamente, ser interpretada como o conjunto de técnicas que propiciam a fecundação humana (RIBEIRO, 2002, p.286).

Para Álvaro Azevedo, a reprodução humana assistida consiste na fecundação por intermédio de atuação médica consentida por escrito e informada (*apud* RIBEIRO, 2002, p. 286).

Mister se faz esclarecer, que a fecundação é o processo biológico ocorrido nas trompas de falópio, constituído por:

(...) uma sequência de eventos que começa com a união do gameta masculino (espermatozoide) com o gameta feminino (óvulo) e termina com a fusão dos núcleos destes dois gametas e a mistura dos seus cromossomos, formando uma nova célula, que pode ser denominada de embrião (RIBEIRO, 2002, p. 286).

No entanto, a ocorrência da fecundação não pode ser considerada como garantia para a efetivação da gravidez, uma vez que, o corpo feminino deve estar em condições favoráveis a implantação e o desenvolvimento do embrião.

Conforme mencionado, o embrião precisa se sustentar no útero, e esse processo de implantação denomina-se de nidação, esta fixação ocorre especificadamente no endométrio (camada de revestimento da parede interna do útero),

Quando se aplicam as técnicas em comento, esse processo natural de fecundação substitui-se por vias artificiais, mediante intervenção médica. Essa concepção por RHA associa-se a um aumento na incidência de algumas complicações obstétricas e perinatais (MALUF, 2013, p. 195).

Complicações obstétricas podem ser exemplificadas como, a ocorrência em maior quantidade de abortos espontâneos, gravidez ectópica, deslocamento prematuro de placenta, aumento da hipertensão arterial e diabetes gestacional. As perinatais dizem respeito ao acentuado aumento em gestações gemelares ou trigemelares, ou seja, o nascimento de mais de um bebê. Ressalte-se que, nessas gestações o índice de mortalidade perinatal aumenta bastante em comparação as outras gestações, especialmente pela usual possibilidade de prematuridade. (MALUF, 2013, p.195).

Além das adversidades anteriores ao nascimento, a doutrina sinaliza que há também um risco maior de desenvolvimento de certas doenças nos recém-nascidos concebidos por meio da RHA, como casos de icterícia, de dificuldades respiratórias e de termorregulação, problemas de alimentação e complicações neurológicas (MALUF, 2013, p. 196).

Contudo, apesar da sinalização dos referidos riscos e complicações, deve-se ponderar que, com os constantes avanços científicos no âmbito da medicina reprodutiva, busca-se tentar contornar cada vez mais esses problemas.

Após as considerações acerca dos riscos acentuados, cabe retomar, ressaltando que atualmente existe diversas técnicas de reprodução assistida, estas diferenciando-se basicamente pela complexidade, dispêndio financeiro investido e indicação terapêutica.

A fecundação artificial oriunda da aplicação das técnicas de procriação, pode se distinguir em homóloga e heteróloga. A fecundação artificial homóloga designa as técnicas voltadas para a constituição de uma concepção humana a partir de gametas que pertencem ao homem e a mulher que vivem em união, ou seja, são fornecidos por um casal demandante. Por outro lado, a modalidade heteróloga implica na utilização do material genético de um ou mais doadores, assim, carecendo da participação de um (a) terceiro (a) (SGRECCIA, 2009, p. 499).

No campo das técnicas de reprodução medicamente assistida, pode-se considerar uma divisão em dois grandes blocos. A partir do critério da localidade onde ocorre a fecundação, poderá surgir a fecundação *in vivo* ou a fertilização *in vitro*. A primeira aponta para uma fecundação que ocorre dentro do próprio corpo feminino, ao inverso da segunda, que pressupõe a concepção em laboratório, ou seja, de modo externo ao corpo da mulher, permitindo que posteriormente o embrião passe a ser transferido e gestado (GAMA, 2003, p. 640-641).

Contudo, existe diversas outras técnicas que podem ser aplicadas, segundo o caso concreto que se chega ao especialista.

Acerca da utilização das técnicas, cabe informar, que o Conselho Federal de Medicina emitiu resolução (nº 2.121/2015) visando a adoção de certas normas éticas pelos médicos brasileiros.

Para a referida regulamentação, somente pode haver o emprego das técnicas de reprodução humana assistida, se houver a finalidade de procriação humana. Dessa forma, ocorre a vedação da utilização desses recursos médicos intentando a seleção do sexo da prole ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, ressalvando-se, situações que objetivam o afastamento de doenças.

A partir dessa apresentação, o estudo das técnicas de reprodução assistida continua, mediante o conhecimento de algumas principais espécies existentes na atualidade. Lembrando que a escolha do recurso ideal, depende da avaliação da saúde das pessoas envolvidas e o estudo dos riscos. Devendo haver o oferecimento aos pacientes de todas as informações relacionadas à aplicação do procedimento, visando-se o consentimento livre e informado.

4.3.1 Inseminação artificial (IA)

A inseminação artificial, enquanto técnica de reprodução humana assistida, é a mais antiga dentre todas, e, seu desenvolvimento foi cercado de menores polêmicas e discussões, se compararmos com as outras técnicas existentes (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 89).

A atenuação do debate deve-se especialmente ao fato de que a inseminação artificial possui um procedimento de menor complexidade, e, é a que mais se aproxima do percurso natural de fecundação e concepção do embrião humano. Além de que, por se apresentar como uma técnica simplificada, com menor quantidade de intervenções e uso de medicamentos, acompanha um menor custo financeiro e emocional para o casal.

Em termos conceituais, a inseminação artificial consiste na técnica pela qual os espermatozoides ou o sêmen, são capacitados em meio de cultura e introduzidos através de sonda no trato genital feminino. Pode apresentar algumas tipologias diferentes, como a heteróloga ou homóloga, conforme conceitos explicitados anteriormente, bem como, poderá ser classificada segundo o local de inserção do material genético masculino processado, nesse sentido, será intrauterina quando a introdução se der na cavidade uterina, cervical quando for introduzido no canal

cervical, e ainda, a vaginal, quando a colocação ocorre na vagina. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012, p. 326).

Dessa forma, refere-se à fecundação *in vivo*, ou seja, a inoculação do sêmen na mulher, não perpassa por nenhuma manipulação externa do embrião ou do óvulo (DINIZ, 2011, p. 610)

Logo após a inserção, os espermatozoides, espontaneamente, se encaminharão para as trompas de falópio buscando a fecundação do óvulo. Depois desse processo, e havendo a ocorrência efetiva da concepção e implantação, se aguardará o pleno desenvolvimento da gestação (RIBEIRO, 2002, p. 287).

A escolha da melhor forma de inserção, dentre as possibilidades, se relaciona principalmente com a avaliação médica do caso apresentado, mais especificadamente, com a causa da infertilidade, onde ela se encontra e como se apresenta para o casal.

A indicação médica para aplicação da inseminação artificial, guarda compatibilidade com algumas formas de infertilidade, e estas podem ser tanto femininas como masculinas, e até mesmo do casal.

Acerca das formas de infertilidade feminina que a técnica em comento se apresenta como uma solução, pode-se citar os casos de malformação ou patologias inflamatórias da vagina, colo uterino ou útero, e alterações na ovulação. As masculinas se envolvem principalmente, com problemas relacionados ao esperma, bem como, a impotência sexual de origem psicogênica ou orgânica, ainda, pode haver dificuldades do casal, como a produção pela mulher de anticorpos contra o sêmen do parceiro ou outra incompatibilidade entre o esperma e o muco cervical feminino (SGRECCIA, 2009, p. 502).

Cabe ressaltar que, a inseminação artificial viabilizada por emprego de material genético de um doador, segundo o autor Elio Sgreccia (2009, p. 503)., se apresenta como uma opção mais recorrente nos casos de casais que enfrentam problemas de esterilidade exclusivamente masculina, quando se indica a técnica tentando a prevenção de doenças sexualmente transmissíveis ou ainda quando a motivação é o afastamento de doenças genéticas, isto porque, por meio dessa tipologia da técnica, pode se afastar o contato sexual e conseqüentemente uma potencial transferência

da patologia, ou quando, o casal possui uma incompatibilidade cromossômica, mas não quer ver inviabilizado o projeto afetivo da geração de um filho.

Em relação a forma de emprego da inseminação artificial, cabe esclarecer que a retirada do material genético masculino pode ocorrer de três diferentes formas. Se apresentando como possibilidades, a coleta em conexão com a relação sexual, depois da relação sexual ou sem a relação sexual.

Após a colhimento pode-se proceder a imediata transferência para o corpo feminino, ou então, acontecer a conservação dos espermatozoides para uso posterior, mediante o descongelamento pouco antes da inserção nas vias genitais femininas (SGRECCIA, 2009, p. 503).

Convém registrar que, recorrer a inseminação artificial deve ser resultado construído após as devidas avaliações médicas, e quando se houver descartado a possibilidade de remoção permanente do estado de infertilidade, em outras palavras, deve se pensar na saúde e bem-estar das pessoas, pois, o recurso da aplicação da inseminação artificial envolve medicalizações, a intervenções de profissionais na relação das pessoas, e o incremento na expectativa pessoal com cada tentativa.

4.3.2 Fertilização *in vitro* (FIV)

Inicialmente, quando a técnica da fertilização *in vitro* surgiu e se desenvolveu, esta foi visualizada como um evento, e até mesmo, trouxe uma noção de algo milagroso, no entanto, atualmente, não pode mais ser considerada como episódio de ocorrência esparsa, posto que, a cada dia do ano, em diversos lugares do mundo, nascem crianças concebidas via fertilização em laboratório.

A técnica em comento, se mostra como uma solução possível àquelas pessoas ou casais que biologicamente estariam impedidas de conceber e gerar filhos naturais. Nesse sentido, assim como ocorre com a inseminação artificial, haverá a investigação da causa de infertilidade ou esterilidade e as particularidades das pessoas envolvidas, para conseguir-se verificar qual técnica se mostra mais apropriada e exitosa para as pessoas envolvidas.

Nessa perspectiva, faz-se necessária a averiguação de caráter geral a respeito da capacidade do casal de assegurar o programa da FIV, consubstanciada na produção de exames, administração de medicamentos e procedimentos laboratoriais, gravidez, nascimento e sucessivo crescimento da criança.

Importante se faz vislumbrar, acerca das indicações médicas para aplicação da fertilização *in vitro*, pode-se observar comumente que a FIV é proposta para mulheres portadoras de patologias com origem tubária, que causam a esterilidade porque o óvulo não consegue passar pelas trompas ou não pode ser atingido pelo sêmen. Nesse caso, por exemplo, a inseminação artificial não mais se mostra indicada, porque ocorre a necessidade de extração do óvulo, que não consegue se locomover, para proceder-se a fecundação extracorpórea, em laboratório (SGRECCIA, 2009, p. 520).

Ainda, o autor Elio Sgreccia (2009, p. 520-521) elenca outras hipóteses clínicas de indicação da referida técnica. No âmbito feminino aponta a esterilidade de base imunológica ou a oriunda do acometimento de endometriose, e no masculino as deficiências no esperma como a oligospermia (insuficiência de sêmen) e a oligoastenospermia (esperma com reduzida quantidade de espermatozoides e que apresentam pouca mobilidade).

A mencionada técnica (FIV) consiste na fecundação dos gametas humanos feminino e masculino em um espaço artificialmente produzido, que viabiliza a fusão mencionada e a conseqüente formação do zigoto. Após o êxito dessa etapa, ocorrerá a transferência do embrião para o útero humano.

Nesse sentido, Roberto Wider (2007, fl. 8) conceitua que a técnica da fertilização em laboratório consiste “em colher óvulos de uma mulher, fertilizando-os numa placa de Petri, para os mesmos, quando já transformados em zigotos, iniciando a divisão celular, serem colocados dentro do útero da receptora.

Após o processo retratado, e uma vez ocorrendo sucesso na implantação do embrião no corpo da mulher, haverá a continuidade das divisões celulares e futura transformação do embrião em feto, ou seja, ocorrerá o desenvolvimento natural de uma gestação.

Cabe pontuar que, para o aumento na viabilidade da gravidez por meio da técnica medicamente assistida em comento, a maioria dos programas de FIV emprega o uso

prévio de medicamentos para indução da produção múltipla de óvulos, ou seja, por meio de estímulo hormonal, se intenta que a mulher produza mais de um óvulo por ciclo (WIDER, 2007, fl. 8).

Assim, após essa administração hormonal, quando os diversos óvulos tiverem amadurecidos, se procederá a coleta, através da realização do procedimento médico de punção, utilizando-se uma agulha guiada por ultrassonografia.

Lembrando-se, que por outro lado, estará se procedendo a coleta, preparação e seleção dos espermatozoides a serem utilizados na fecundação laboratorial.

Em seguida as retiradas, serão essas células sexuais colocadas em ambiente artificial apropriado, simulando as trompas de falópio, para que seja propiciado o encontro dos gametas e a esperada fusão entre eles (RIBEIRO, 2002, p. 288).

Nesse sentido, diante da coleta de diversos óvulos e espermatozoides, a medicina reprodutiva disciplina que, deve haver a produção laboratorial e a respectiva implantação de mais de um embrião humano, uma vez que, se aumentará as chances de êxito na aplicação da técnica de fertilização in vitro (ARAÚJO, 2007, 114).

Vislumbra-se o incremento nas possibilidades de sucesso, porque, não se consegue garantir que o embrião resultante alcançará um pleno desenvolvimento saudável. Então, sendo ele único, pode ter ocasionado uma intervenção médica invasiva infrutífera.

Assim, almejando o aumento das possibilidades de obtenção de uma gravidez, a prática médica tem empreendido a transferência simultânea de pelo menos três embriões saudáveis, durante período específico de fertilidade feminina. A implantação de um número inferior concentra grande probabilidade de insucesso da gestação, bem como, estudos evidenciaram que um número superior gerou a incidência de gestações múltiplas, situação que aumenta o risco abortivo e o insucesso do procedimento (ARAÚJO; 2007, p. 114).

Em meio a essa possibilidade de múltipla implantação, o Conselho Federal de Medicina (2015, p.3) pacificou, por meio da Resolução nº 2.121/15, o

estabelecimento de um número máximo de quatro embriões a serem transferidos para receptora⁶.

No entanto, se observa que essa manipulação múltipla de gametas e a consequente produção de mais de um embrião humano, ocasiona o surgimento de algumas questões polêmicas no âmbito do estudo da Bioética, que serão apenas pontuadas em razão da importância discursiva, contudo, não vislumbram posição central no presente trabalho.

Neste diapasão, questiona-se a destinação dos embriões excedentes, ou seja, aqueles que não foram transferidos, seja porque não apresentavam sinais de desenvolvimento saudável, ou ainda, quando se ultrapassaria o número máximo de implantações permitido caso houvesse a utilização (MEIRELLES, 2000, p. 21).

Apresenta-se os seguintes cenários de possibilidades: o congelamento do embrião para futuras utilizações pelo casal; o congelamento para doação a um casal com problemas de infertilidade; descarte ou destruição e/ou utilização em pesquisas com finalidade terapêutica (MEIRELLES, 2000, p. 21).

Essa possibilidade de manipulação das células humanas germinativas evidencia alguns debates doutrinários, uma vez que, se firma a discussão acerca do momento de início da vida e sua inviolabilidade garantida constitucionalmente, assim como, emergem conflitos entre o avanço científico em benefício do homem e os limites de sua atuação (ARAÚJO, 2007, p. 114).

Diante do apresentado, podemos compreender facilmente que a técnica da fertilização in vitro possui maior uma complexidade procedimental, e, por isso, apresenta um custo financeiro elevado, assim como, apresenta-se mais dispendiosa para os pacientes, em virtude da utilização de medicamentos e recursos médicos e laboratoriais invasivos.

⁶ Acerca da resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, ela determina o número de embriões a serem transferidos de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulo e embriões considera-se idade da doadora no momento da coleta dos óvulos (CFM, 2015, p. 3).

4.3.3 Transferência intratubária de gametas (GIFT) e a transferência intratubária de zigoto (ZIFT)

Seguindo-se na apresentação das técnicas de reprodução humana assistida, há que se destacar e conceituar a transferência intratubária de gametas, abreviada como GIFT, em virtude da nomenclatura no idioma inglês, notadamente a expressão *gamete intrafallopian transfer*.

Houve o desenvolvimento desse recurso médico de procriação, a partir da fertilização *in vitro* com transferência de embrião. A GIFT foi proposta em 1984 pelo argentino Ricardo Asch (GAMA, 2003, p. 647).

Em virtude dessa derivação, a transferência intratubária de gametas apresenta características das técnicas com fecundação extracorpórea, contudo, diferencia-se, por haver a realização de algumas substituições, estas relacionadas a perspectivas de fecundação *in vivo*.

A referida técnica proporcionou a redução no número de manipulações biológicas ocorridas em laboratório, uma vez que, após a coleta e processamento permite que os gametas sejam realocados no ambiente natural do corpo feminino, para que siga um processo de fecundação intracorpóreo (GAMA, 2003, p. 647).

Então, nas primeiras etapas da GIFT, os procedimentos empregados são os mesmos da fertilização *in vitro*, ocorre o estímulo a ovulação, a coleta e preparação do esperma e a punção dos óvulos maduros. No entanto, começa a se diferenciar porque não ocorre a transferência de um embrião, e sim das células sexuais do homem e da mulher. A introdução se faz especificadamente na (s) trompas (s) de falópio, onde deverá ocorrer a fecundação, ou seja, diferentemente da FIV a transferência intratubária de gametas propõe a fusão dos gametas no próprio corpo feminino (GAMA, 2003, p. 647).

Corroborando nesse sentido, Leo Pessine e Christian Barchifontaine (2012, p. 327) conceituam a técnica de reprodução humana assistida, nas seguintes palavras: “os espermatozoides processados e os óvulos colhidos anteriormente por aspiração vaginal são transferidos diretamente para as trompas por laparoscopia. A fertilização ocorre *in vivo*”.

Ressalta-se que a mulher receptora desses gametas, para a indicação médica da técnica em comento, deve ter ao menos uma trompa de falópio saudável, pois, conforme explicitado, a transferência e a consequente fecundação ocorrerá nesse órgão interno do aparelho genital feminino. Ao homem pondera-se que o sêmen não pode apresentar nenhum comprometimento severo (MALUF, 2013, p. 199).

Cabe informar, a existência de uma quarta técnica de reprodução assistida, que apresenta pontos em comum com os dois recursos médicos reprodutivos citados nessa seção, a fertilização assistida e a transferência intratubária de gametas, esta técnica denomina-se transferência intratubária de zigoto (ZIFT⁷).

Enquanto a fertilização *in vitro* impulsiona a transferência de um embrião (introdução no útero, colo do útero ou tuba uterina) e a GIFT a transferência de gametas (introdução na tuba uterina), a transferência intratubária de zigoto implanta na trompa de falópio o organismo humano que se encontra no estágio inicial de divisão celular, ou seja, coloca-se após a fusão dos gametas e início da clivagem, contudo, sem divisões suficientes para transformar-se em embrião (MALUF, 2013, p. 199).

Dessa forma, a distinção entre a transferência intratubária de gametas e a fertilização *in vitro* consiste especialmente na estrutura que é transferida para o corpo da mulher enquanto na primeira somente há o zigoto, na segunda, já há o embrião com dois ou mais blastômeros⁸ (GAMA, 2003, p. 647).

A fecundação, portanto, ocorre em laboratório, nesse aspecto há a aproximação com o procedimento da FIV, ao mesmo tempo em que ocorre o distanciamento com a técnica GIFT (concepção intracorpórea). No entanto, deve-se lembrar, que a transferência na ZIFT ocorre sobre o zigoto, em direção a uma ou as duas trompas de falópio, ao contrário da FIV.

Assim como vislumbrado para a GIFT, a receptora necessita ter o órgão saudável, ou então, possuir condições patológicas que não acometam a totalidade do órgão.

As etapas iniciais, consubstanciadas na estimulação hormonal, captura dos folículos maduros e gametas masculinos e preparação das células sexuais, se aplicam ao procedimento da técnica ZIFT. Depois dessa fase introdutória, ocorre a fecundação em ambiente artificial simulado laboratorialmente.

⁷ A sigla refere-se a denominação na língua inglesa, notadamente, *Zygote intrafallopian transfer*.

⁸ Denominação atribuída as células-filhas originárias do ovo fecundado.

Nesse sentido, o autor Guilherme Gama (2003, p. 647), sustenta que: “a ZIFT observa o mesmo procedimento da GIFT, com a ressalva de que os zigotos pronucleados são depositados nas trompas e, portanto, já houve a fecundação antes da transferência”.

4.3.4 Injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)

A evolução científica proporcionou o surgimento da técnica de reprodução humana assistida denominada injeção intracitoplasmática de espermatozoides, originada no âmbito da fertilização *in vitro*, como possibilidade para evitar recorrer a doação de sêmen, em determinados casos de esterilidade do sexo masculino.

Nesta técnica de reprodução assistida ocorre a injeção de um único espermatozoide no citoplasma do óvulo por meio de um aparelho especialmente desenvolvido, contendo micro agulhas para injeção (micro manipulador) (BARCHIFONTAINE; PESSINE, 2012, p. 327).

Assim, constitui método que importa na obtenção de espermatozoides do marido (ou companheiro), através de ejaculação ou intervenção médica. A mediação técnica ocorre quando não são encontrados espermatozoides no sêmen, buscando-se então a coleta por meio de punção diretamente dos testículos.

Realiza-se a seleção do espermatozoide mais capacitado, para a realização de micromanipulação, procedimento laboratorial que intenta alcançar o interior da célula sexual feminina, e injetar o material genético masculino, viabilizando a ocorrência da fecundação (GAMA, 2003, p. 648).

Transcorrido um período de tempo, se observará a formação dos embriões, e havendo o seu desenvolvimento regular, estes serão transferidos para o corpo da mulher, da mesma forma como ocorre com a fertilização *in vitro*.

Salienta-se, que não se intentou exaurir a explanação sobre todas as técnicas de reprodução humana assistida existentes na atualidade, pois, vislumbra-se a existência de uma quantidade significativa de espécies, que mereceriam um estudo individual. No entanto, buscou-se apresentar e conhecer as principais técnicas e os seus procedimentos e contextualizações, uma vez que, precisa-se dominar essas

informações para se refletir como elas poderiam se desenvolver se fossem objetos de políticas públicas, e assim, de exercício e aplicação por meio do Sistema Único e Saúde.

4.4 DIREITO À PROCRIAÇÃO ASSISTIDA

O desejo de gerar um filho e a conseqüente possibilidade de busca pelos recursos modernos oferecidos pela reprodução humana assistida, para o enquadramento enquanto direito, deve-se proceder o emprego de interpretação acerca de diversos valores jurídicos e constitucionais. Nesse âmbito, destaca-se o princípio do planejamento familiar e o direito à saúde, previstos pela Constituição Federal de 1988.

Inicia-se a temática, com o entendimento de que os casos de infertilidade e esterilidade impossibilitam ou complicam a procriação humana pela forma biológica e natural, assim, compreendendo-se a relevância de saúde. Inclusive, a Organização Mundial da Saúde (OMS), aborda essas patologias como problemas de saúde pública.

A impossibilidade de reprodução, para aqueles sujeitos que inserem esta nos seus projetos de vida, para além da seara patológica e biológica, impulsiona a possibilidade de ocorrência de sérios abalos psíquicos e de rejeição social, pois, há a interpretação de que o normal do ser humano é a capacidade de reprodução. Tal sentença, faz vislumbrar uma mácula à noção do conceito ampliado de saúde, uma vez que, este menciona o completo bem-estar, físico, mental e social.

Não poder recorrer a esses recursos ou obter acesso as técnicas de reprodução humana assistida pode vir a ensejar graves transtornos psicológicos, que impactariam na saúde da pessoa, em uma relação direta com o psicossocial e o bem estar. Nesse sentido, a perspectiva de um direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida, pode se relacionar com o direito a saúde, sendo parcela desse atributo da ordem social, quando compreendido no sentido *latu*.

No contexto do direito à saúde, Othoniel Pinheiro Neto (2012, p. 54), aponta que, diante das novas acepções de saúde, ampliando o seu conteúdo e percebendo o ser

humano em sua completude, deve-se defender que o conceito constitucional de saúde também acompanhe a evolução ocorrida, a concepção de homem saudável de hoje não pode mais ser aquela vislumbrada antigamente.

Com isso, reflete-se que a sedimentação dos direitos fundamentais como de existência obrigatória constitui resultado de amadurecimento histórico, o que permite compreender que esses direitos não foram os mesmos sempre, em todos os tempos, obtendo coerência lógica com os contextos vivenciados.

Para se defender a existência de um direito fundamental a reprodução assistida no direito brasileiro, a maioria da doutrina associa alguns valores constitucionais e infraconstitucionais, valendo-se dessa noção material de fundamentalidade e da ideia do direito aberto e mutável. Impulsionando poder se extrair do corpo constitucional, valores que se relacionam com a possibilidade de se assegurar o acesso às técnicas de reprodução humana assistida.

Segundo Ingo Wolfgang Salert (2015, p. 53), aponta-se uma evolução no âmbito de abrangência de certos direitos consagrados, por meio de “uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conceitos e funções de alguns direitos já tradicionais”. Reconhecendo então, que alguns dos direitos clássicos estão sendo revitalizados, ou até mesmo, ganhando mais importância na atualidade.

Nesse sentido, se apreende que a evolução dos direitos fundamentais, pode ocorrer da positivação de novos valores, como também, na ampliação de conteúdo dos já previstos no ordenamento, ainda, poderia se pensar em direitos extraídos materialmente da Constituição.

Nesse sentido, o professor Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 673), aponta que o processo infindo de densificação dos direitos fundamentais, se deve: “porque o Estado, instrumento de satisfação das necessidades humanas, está, de modo ininterrupto, submetido a modificações pelo simples fato de o ser humano que o cria estar em constante transformação”.

Com isso, podemos perceber que não há como se vislumbrar um engessamento dos direitos fundamentais, posto que, se mostram abertos as mutações ocorridas na sociedade.

As diversas dimensões marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação de direitos fundamentais, revelando que estes possuem categoria materialmente mutável e aberta, ou seja, susceptíveis de transformação e ampliação (BOBBIO, 1992, p. 32).

Nessa perspectiva, observando-se uma saúde com viés ampliado, compreensível se faz que propor que a ampliação da noção jurídica do direito, uma vez que, o bem tutelado se mostra mais complexo atualmente. Hoje, um ser humano com a saúde física e biológica em perfeitas condições, não corresponde a um sujeito efetivamente saudável e feliz. A noção ampliada é inevitável para se apreender uma efetiva proteção à saúde.

Há que se mencionar, para além do direito a saúde e do aspecto fundamental, que a assistência à concepção está tutelada pela Constituição Federal de 1988, ao local do artigo 226, §7, assim como, pela legislação do planejamento familiar, Lei nº 9.263/96.

Na CF/88 firma-se o entendimento que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, atribuindo-se ao Estado o papel de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. No mesmo sentido, se desenvolve a lei infraconstitucional, apresentando que deverá ser ofertado à todos, os métodos e técnicas de concepção, cientificamente aceitos, que não importem risco de vida e saúde às pessoas.

Maria Berenice Dias (2015, p. 47), conceitua o planejamento familiar estabelecendo que o Estado nem a sociedade deve estabelecer limitações ou condicionantes para o exercício deste direito, assim como, o acesso aos modernos métodos de reprodução assistida deve ser igualmente garantido em sede constitucional, uma vez que, o planejamento familiar abrange o significado da realização do projeto parental. Acrescenta, todos possuem o direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva, distúrbios no aparelho reprodutor constituem problemas de saúde pública, cabendo ao Estado a garantia do acesso aos tratamentos de esterilidade e reprodução.

Vislumbrando-se toda essa fundamentação, de direitos fundamentais e historicidade, conceito ampliado à saúde, direito à saúde, direito ao planejamento familiar e dever de assistência do Estado, possível se faz perceber que calcado ao rol de defesa ao

acesso gratuito dos procedimentos de reprodução assistida, encontra-se valores jurídicos constitucionais, devendo-se existir tutela jurídica acerca dessa acessibilidade.

5 A COBERTURA DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA PELO SUS

Quando se intenta a formulação da noção de direito à procriação humana artificial, se desencadeia o pensamento acerca da gratuidade dos serviços de RHA, especialmente quando o sujeito interessado não possua condições de arcar financeiramente com o custo dos procedimentos em caráter particular.

No sentido da argumentação acerca da dignidade humana, do dever estatal de assistência à concepção, referente ao planejamento familiar, do conceito ampliado de saúde para atualização do direito à saúde, faz-se necessária a investigação de como o Estado têm enfrentado a referida questão, estabelecendo qual tipo de cobertura dos procedimentos de RHA, por intermédio de políticas públicas desenvolvidas no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Com o conhecimento e a reflexão acerca da Política Nacional de Atenção à Reprodução Humana Assistida, se discutirá acerca da possibilidade de judicialização por parte dos cidadãos que intentem a satisfação do direito e o acesso aos procedimentos previstos em prol do alcance da efetividade da regulamentação.

5.1 A POLITICA NACIONAL DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.

As políticas públicas foram percebidas em um contexto onde se vislumbrou que não bastava a Constituição Federal dispor sobre os direitos sociais e apresentar garantias fundamentais como instrumento. Necessitava-se de uma concretização destes direitos, assim, dependendo de uma atuação eficaz dos Poderes e órgãos do Estado, bem como, de um trabalho que demonstrasse o atendimento ao princípio da efetividade (SMANIO, 2013, p. 4).

Essa percepção ganhou força quando se processava a redemocratização do país e quando a cidadania e os direitos fundamentais passavam a formar um núcleo rígido do chamado Estado Democrático de Direito. Assim, a efetivação dos direitos que almejam a justiça social, dependeria da criação de políticas eficazes.

Nesse contexto, houve uma evolução da funcionalidade do Estado, chegando ao estágio em que este assume a obrigação de prestar diversas condutas positivas em

benefício dos cidadãos. Com o alcance do Estado Social, a esfera pública e administrativa voltou-se a prestação dos mais diversos serviços (PINHEIRO NETO, 2016, p. 81).

O Estado Social irá se legitimar, sobretudo, diante da realização de políticas e programas de ação.

Acerca das políticas públicas, Ronald Dworkin (*apud* SMANIO, 2013, p. 7) conceitua que política é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto, econômico ou social da comunidade”.

As políticas públicas, em uma perspectiva jurídica, seria o conjunto de atividades do Estado que visem uma finalidade.

Ainda, Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, p. 151), define políticas públicas, como:

Firma-se no presente estudo, o conceito de políticas públicas como sendo o conjunto de ações, medidas e procedimentos que representam as diretrizes estatais, regulando e orientando as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público, atuando e influenciando sobre a realidade econômica, social e ambiental, contemplando todas as ações do Estado e variando de acordo com a realidade socioeconômica e política do ente federativo onde serão implementadas, e dos seguimentos sociais destinatários.

Com todo o exposto, os direitos fundamentais, mais especificadamente os direitos sociais, uma vez que, a suplica do acesso gratuito às técnicas de reprodução humana assistida, implica em parcela desse valor jurídico e social, cabe perceber que para o alcance da finalidade prestacional, o Estado produz e executa políticas públicas, que devem servir de instrumento para a concretização dos objetivos socialmente relevantes, para o desenvolvimento econômico, cultural, social e político.

Por isso, as ações são importantes para a promoção dos direitos fundamentais, devendo ser sistematizadas e abrangentes, visando o atendimento a fins constitucionais, assim como, ao mesmo tempo estar em conformidade com as estruturas orçamentárias (PINHEIRO NETO, 2012, p. 99).

Conforme se mencionou, a esterilidade ou infertilidade e a guarda do direito ao planejamento familiar garantido constitucionalmente, sob o enfoque do dever de assistência à concepção, empreendem uma discussão de seara pública, impondo a necessidade de se produzir políticas que satisfaçam o exercício do direito à saúde por esse viés, e uma vez criadas, analise-se a sua implementação e o seu alcance.

Nesta senda, o Ministério da Saúde, considerando a estruturação principiológica do SUS, considerando a assistência ao planejamento familiar, considerando a visão da Organização Mundial de Saúde acerca da significativa parcela social infértil e pela concepção de ser este um problema de saúde pública, assim como, percebendo que há benefício na utilização das técnicas de RHA em face da diminuição de transmissões verticais e/ou horizontais de doenças, instituiu a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, no ano de 2005, por meio da Portaria nº 426/GM, a ser implementada por todas as unidades federativas.

Dessa forma, houve um avanço em prol do cumprimento dos compromissos previstos na legislação constitucional e infraconstitucional, assim como, coadunou com as diretrizes pactuadas nas Conferências de Cairo e Beijing⁹, na promoção dos direitos sexuais e reprodutivos da população brasileira, mediante a criação e implementação de políticas de saúde reprodutiva (SEQUEIRA, 2011, p. 112).

Em 2009, o Ministério da Saúde revogou a referida portaria, e inseriu a política em comento no regulamento do SUS, representado pela portaria nº 2.048/09. Nesta norma, encontram-se as mesmas diretrizes da primeira, e estão localizados nos artigos 305 a 310 da referida regulamentação.

Cabe destacar, que essa política pública, vislumbrou a incorporação das diretrizes da integralidade e da universalidade. A noção de universalidade se insere no caso, como forma de combater a perspectiva de que nos últimos vinte e cinco anos os serviços do campo da RHA, se desenvolveram concentrados no campo privado, e atidos mais precisamente na região sudeste do país, lastreados em volta dos centros tecnológicos e científicos da área. Com essa preocupação, o Ministério da Saúde, apontou que a incorporação dos avanços tecnológicos da reprodução por meio do SUS, seria uma forma de contemplar nas mais diversas regiões do país o acesso a esses tipos de procedimentos, assim, satisfazendo um grande passo para a universalidade e a integralidade da proteção à saúde (SEQUEIRA, 2011, p. 112).

Ainda, a política aponta a integralidade, ao vislumbrar o acesso aos tratamentos de infertilidade nos mais diversos graus de complexidade, podendo obter o serviço da

⁹ Em relação a essas Conferências, Cairo e Pequim, a autora Flávia Piovesan (2002, p. 73) salienta que estas possuem “valor jurídico, na medida em que deles extraem-se princípios internacionais, que constituem importante fonte do Direito Internacional, a nortear e orientar a interpretação e a aplicação do Direito”.

fertilização *in vitro* e a inseminação artificial, estes enquanto procedimentos de alta complexidade, como também os de média complexidade e os da atenção básica, caracterizados por meio de consultas ginecológicas, exames e diagnósticos.

Ressalta-se que, o desenvolvimento do combate à infertilidade na atenção básica, demonstra ser uma atividade exitosa, propondo resolução a 70% dos casos. Os casos concretos que não se resolvam no respectivo nível de atenção, serão encaminhados para as ações de média complexidade, cabe destacar, que nesse patamar, é regulamentado a existência de acompanhamento psicossocial, para investigar o histórico do casal, assim, verificando a possibilidade de eventuais problemas, como o uso de drogas ilícitas e potenciais de ocorrência de violência doméstica (PINHEIRO NETO, 2012, p. 96).

As técnicas de reprodução assistida, como a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial compõem sistemas de alta complexidade, assim, os usuários do Sistema Único de Saúde alcançam esse acesso, quando os procedimentos de média complexidade não tenham obtido sucesso. Assim, perfazendo a noção de hierarquização do SUS.

Hoje, somente as seguintes unidades de saúde prestam os serviços públicos estabelecidos na regulamentação do SUS, em prol do acesso gratuito aos procedimentos de reprodução humana assistida: o Centro de Reprodução Assistida do Hospital Regional da Asa Sul (HRAS), em Brasília, vinculado à Secretaria de Saúde do DF; Centro de Referência em Saúde da Mulher – Hospital Pérola Byington, em São Paulo, vinculado à secretaria de saúde do Estado de São Paulo; Hospital das Clínicas de São Paulo; Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto (SP); Hospital das Clínicas da UFMG, de Belo Horizonte (MG); Hospital Nossa Senhora da Conceição, Porto Alegre (RS); Hospital das Clínicas de Porto Alegre (RS); Instituto de Medicina Integral Prof. Fernando Figueira – IMIP, em Recife (PE); Maternidade Escola Januário Cicco, em Natal (RN) (PINHEIRO NETO, 2016, p. 114-115)¹⁰.

Dessa forma, pode-se perceber que somente poucas unidades de saúde oferecem no Brasil os serviços de reprodução humana assistida custeadas pelo Sistema Único

¹⁰ Por meio da portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012, expedida pelo Ministério da Saúde, ficam destinados recursos financeiros do montante de R\$ 10.000.000,00, aos estabelecimentos que realizam os procedimentos de reprodução humana assistida, em conjunto, discriminando em tabela uma parcela desse valor para cada uma das referidas unidades. Em 2013, estabeleceu-se o oferecimento dos serviços na unidade de Natal, atribuindo mais R\$ 1.500.000,00 ao montante fixado.

de Saúde e previstos na regulamentação apontada anteriormente. Nesse diminuto grupo de estabelecimentos, pode-se observar que há uma prevalência de hospitais de natureza universitária, que possuem campos de pesquisas e promovem o fomento da RHA.

A previsão no regulamento direcionava para uma implementação nacional, por meio de todas as unidades federativas, no entanto, conforme se vislumbra pelo elenco das referidas unidas, a implementação efetiva ocorreu de modo esparso, atendendo somente a certos municípios e estados.

Cabe destacar ainda, que grande parte desses serviços são estruturados para o oferecimento em assistência parcial pelo SUS, ou seja, os usuários arcam financeiramente com parcela dos custos requisitados pelo tratamento. Como exemplos de hospitais que adotam esse duplo custeio, pode citar o Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto/USP e o setor de reprodução humana do Hospital de Clínicas de Porto Alegre/ UFRGS (SEQUERA, 2011, p. 115).

Nesse sentido, vislumbra-se que as unidades de saúde possuem dificuldade no oferecimento integral dos tratamentos de infertilidade, faltam equipamentos de diagnósticos, insumos e materiais adequados para inseminação ser exitosa, as instalações físicas são inapropriadas, as equipes profissionais multidisciplinares necessitam de capacitação específica, entre outros percalços, que se mostram como sérios desafios à efetivação do acesso dos serviços de reprodução humana assistida pelo SUS. Em virtude de toda essa problemática, grande parte dos usuários acabam custeando os exames e medicamentos necessários para os procedimentos de fertilização *in vitro* e inseminação artificial. Ainda, quando essa medicação é fornecida gratuitamente, os serviços enfrentam atrasos nos seus repasses aos usuários. Com isso, ocorre atrasos nas filas de espera pelo tratamento, deixando as pacientes extremamente ansiosas e com expectativas exacerbadas, pois não sabem ao certo quando serão contatadas para a realização efetiva do serviço (ALFANO, 2014, p. fl. 72).

A demanda reprimida que todos esses encaixos geram, resulta em filas de espera de anos, o que acaba gerando impactos na saúde psicológica das respectivas usuárias em aguardo, uma vez que, critérios de idade são exigidos para o processamento e indicação dos procedimentos de RHA, assim, com o avanço dos

anos e conseqüentemente da idade da mulher, elas podem ser afastadas da demanda, por inaptidão para a realização do procedimento.

Nesse sentido, das filas esperas e conseqüente envelhecimento das mulheres, Bianca Alfano (2014, p. 73), aponta em sua pesquisa:

Muitas mulheres acabam envelhecendo” nas listas de espera por tratamento, tendo suas chances de gravidez com os próprios óvulos diminuídas (ou inviabilizadas) pelo avanço da idade. Em 2002, por exemplo, o serviço de RA do Hospital Regional da Asa Sul (HRAS)/ Hospital Materno Infantil de Brasília (HMIB) passou seis meses sem receber suprimentos, com 30% das mulheres inscritas na fila de espera aguardando por mais de quatro anos pelo tratamento. No Hospital Pérola Byington, a fila de espera chegava a 1.500 mulheres em 2008, 27% delas com mais de 40 anos. Se antes o hospital não fazia exclusão por idade, quando reabrir as vagas para novas pacientes, segundo o responsável pelo serviço serão aceitas mulheres de até 35 anos, “isso pensando que se ela demorar quatro anos para ser tratada, ela vai ser tratada com 40”. Em Recife, a fila de espera é uma das maiores do país, com espera de pelo menos cinco anos após entrar na lista.

Outras implicações que podem ser apontadas, são os critérios para o acesso aos serviços, envolvendo condições socioeconômicas. Situação que implica na exclusão daqueles casais que não possuem as condições econômicas mínimas para manutenção da vida do filho (SEQUEIRA, 2011, p. 116)

O Ministério da Saúde estabeleceu que o público alvo de usuários beneficiados face à atenção em reprodução humana assistida, serão os casais inférteis e os portadores de doenças infectocontagiosas e genéticas, assim, realizando a referida discriminação.

Realiza essa discriminação no acesso, vinculando a possibilidade do serviço público somente às pessoas com causas diagnosticadas pela Medicina e a casais. Cenário indutor de que o Ministério da Saúde ignorou o debate acerca da garantia sobre o acesso às técnicas de reprodução humana assistida, pois, há outros sujeitos e situações que poderiam ser beneficiados por essas tecnologias reprodutivas, como, por exemplo, homossexuais e pessoas solteiras. A não inclusão de parte social, que em tese poderia e necessita recorrer ao recurso para a procriação humana é inconsistente, uma vez que, o direito à saúde de muitos no Brasil corresponde exclusivamente ao que o SUS pode oferecer.

Ademais, essas questões ameaçam diretamente os preceitos constitucionais abordados e a própria principiologia do SUS, que aponta para a concretização do aspecto reprodutivo, livre de discriminações, seja por condição social e econômica,

estado conjugal, orientação sexual, raça, ou outras características que se relacionam com a diversidade brasileira.

No entanto, diante de todo esse debate e levantamento, retomemos àquela discussão sobre sistemas de saúde, onde foi retratado que há intrínseca relação de influência destes com a população, insurgindo assim, uma compreensão que a inclusão de mudanças como esta, acerca do oferecimento de acesso aos recursos de reprodução humana assistida a todos, que destes necessitem, carece de amadurecimento da própria população, em conceber naturalmente esses processos, assim como, que haja legítimo interesse das instituições e do poder Público em efetivamente vislumbrar a concessão. Talvez diante de questões morais e econômicas esses progressos denotem tempo para serem erigidos pelo viés da saúde pública, pelo aspecto da condição de cidadania.

5.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Observa-se um número crescente de ações judiciais que buscam por meio do Poder Judiciário a satisfação de diversas demandas de saúde, seja a procura por concessões judiciais aos pleitos de medicamentos, cirurgias, aquisição de próteses, tratamentos, dentre outros.

Esse processo visualizado, gerou discursões doutrinárias, no sentido de se questionar, se o referido Poder teria capacidade e se haveria limites para essa atuação, pois, ocorre uma interferência direta nas políticas públicas de competência da Administração Pública.

Apesar de se perceber legítima essa procura, uma vez que, satisfaz um direito em face de omissões estatais, no entanto, surgem diversos impactos, como o embate com as questões orçamentárias e o atrelamento a uma justiça individual, em desalinho com uma perspectiva social.

No campo da reprodução humana assistida, também se apresenta ações judiciais que buscam o acesso gratuito às técnicas e serviços da RHA, no entanto, não há uniformidade nas respostas judiciais, bem como, apresenta-se um desconhecimento por parte de alguns tribunais, de que o Sistema de Saúde Pública dispõe de uma

resolução que implementa os referidos procedimentos médicos e laboratoriais na seara da saúde pública.

Pontua-se também, que a maioria das demandas judiciais visualizadas envolvem os recursos de RHA de alta complexidade, especificadamente a fertilização *in vitro*, por outro lado, os de média complexidade e os oferecidos pela atenção básica não são muito visualizados em uma perspectiva de postulação jurisdicional.

5.2.1 O Poder Judiciário na Eficácia do direito a reprodução humana assistida

Uma temática bastante controvertida, conforme mencionado, constitui na possibilidade de realização de controle pelo Judiciário brasileiro, fiscalizando e intervindo nas políticas públicas. Quem se manifesta contrariamente a essa possibilidade, sustenta que há uma violação ao princípio constitucional da Separação dos Poderes, uma vez que, há uma interferência judicial em uma seara que pressupõe questões tipicamente discricionárias, exercidas pela Administração Pública.

No entanto, quando se observa que o Estado não está oferecendo os serviços públicos na medida das suas obrigações constitucionais, confere-se ao Poder Judiciário um dever de assegurar o cumprimento dos referidos encargos. Essa noção coaduna-se com a força normativa da Constituição e do entendimento acerca do alcance da máxima efetividade da norma constitucional.

A aplicabilidade das normas, segundo doutrina de José Afonso da Silva (2009, p. 13) significa, em sentido jurídico, que a norma possui capacidade de ser aplicada, a possibilidade de produção de efeitos. Não se cogita pensar se efetivamente há a produção desses efeitos, porque nesse caso seria vislumbrar um aspecto sociológico.

Diante do explanado, a norma possui capacidade para ser aplicada, no entanto, a eficácia social pode estar obstada, em casos concretos, assim, abrindo espaço para a tutela jurisdicional e a conseqüente interferência supramencionada.

No caso do direito à saúde, se importa atuação positiva do Estado, devendo este promover ações e serviços relativos a proteção deste direito, inclusive a saúde reprodutiva, e uma dessas prestações é o acesso às técnicas de procriação humana

assistida. Contudo, a implementação da referida política nacional envolve gastos públicos, assim, a efetividade deste direito depende de capacidade financeira, se relacionando com a denominada reserva do possível.

Essas noções apresentadas, rodeiam a capacidade de o cidadão buscar a efetividade de um serviço público, sob o substrato do direito. No caso, de parcelas constitucionais como a saúde, o planejamento familiar, a vida e sobretudo a dignidade humana.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 82-83) sustenta que a materialização no campo da realidade daquilo que está nos preceitos legais e constitucionais, aproximando um do outro, seria o conceito de efetividade.

É essa produção de efeitos no campo prático, que se apresenta o maior aspecto na vida das pessoas que buscam o Judiciário. Por isso, quando se pensa na política pública diminuta da reprodução humana assistida e todos os seus percalços, enfrentados quando se adentra pela estrutura administrativa, conclui-se que a procura do acesso gratuito pela tutela jurisdicional se apresentará como uma saída para o indivíduo que possui como projeto de vida a geração de filhos biológicos.

Face a inefetividade da política pública, se pensar o direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida como de natureza fundamental, pois subtraído materialmente de valores constitucionais, importa em se vislumbrar a ocorrência da judicialização destas demandas.

Assim, no embate ocorrido entre o mínimo existencial do sujeito e a capacidade financeira do Estado, deve-se ponderar que a este mínimo não se refere somente a mera existência, a geração de filhos biológicos para alguns, é parcela do seu projeto de vida, sob o qual se dará sua realização enquanto sujeito, considerando referencial importante para uma existência digna.

No entanto, por mais que se observe sensibilidade do aplicador do direito em perceber essa nuance de mínimo existencial, ainda assim, a concretização depende de recursos financeiros.

Para este caso, o Poder Judiciário com fulcro no princípio da implementação progressiva dos direitos sociais, deveria impor que se adote gradualmente, medidas administrativas voltadas à reprodução humana assistida, intentando a criação de

condições materiais necessárias à concretização do direito fundamental à reprodução humana assistida (MEIRELLES; RESENDE, 2015, p. 23).

Devendo este utilizar o máximo de recursos disponíveis em garantia ao acesso de todas às técnicas médicas de reprodução humana assistida e, como resultado, assegurar os direitos à vida privada, à saúde reprodutiva e ao planejamento familiar e, na ausência efetiva dos recursos públicos financeiros, que se compreenda aplicar a máxima medida possível (MEIRELLES; RESENDE, 2015, p. 23).

5.2.2 Análise da jurisprudência acerca do tema

Da análise realizada, percebe-se algumas diretrizes e conclusões acerca dos pleitos em reprodução humana assistida alçados ao Poder Judiciário, mediante pesquisa jurisprudencial.

Inicialmente, menciona-se que a referida esfera de poder, ao tempo da fundamentação das demandas acerca da temática em questão, não costuma abordar o conceito ampliado de saúde, bem como, não se verifica retratação nas fundamentações acerca da assistência estatal ao planejamento familiar, assim, não perpassando pela possibilidade de concessão pelo viés público dos recursos da reprodução humana assistida.

Diante do que se apresentou, notadamente a construção do argumento de acesso gratuito às referidas técnicas e serviços, se estrutura sob a noção de planejamento familiar na perspectiva de assistência à concepção e acerca da ampliação do conceito de saúde, assim, vislumbrar essa norma e esse valor, se faz importante para perceber uma eventual concessão, ao tempo da cognição do magistrado e na fundamentação do provimento judicial.

Também pôde-se coletar, que não ocorre a percepção da saúde reprodutiva como seara englobada pelo direito à saúde, principalmente em virtude de não se conhecer o aspecto atualizado do conceito ampliado de saúde. Importa assim, conseqüentemente, em destacar-se que não se percebe a inserção desta questão no mínimo existencial dos sujeitos, uma vez que, não há a ocorrência de riscos diretos para a vida do sujeito. Assim, pode-se observar, que ainda há uma relação

intima com a perspectiva exclusivamente biológica da saúde (paradigma biomédico), pois, propõe-se a saúde sexual, psicológica e social desvinculada de uma necessidade de proteção estatal.

Todo o exposto, proporciona realizar uma outra crítica, pois, observa-se a argumentação de que, a realização ou não de determinado procedimento de reprodução humana assistida, não implica em estado de urgência ou necessidade humana, justificando medidas cautelares ou até mesmo o próprio mérito da causa, uma vez que, a pessoa não será acometida de risco ao seu corpo físico. Por outro lado, deve-se ponderar que a questão se relaciona com outras perspectivas da saúde, assim como, com a satisfação do direito ao planejamento familiar e a concretização da dignidade humana.

Ademais, cabe destacar que alguns magistrados desconhecem a existência da própria portaria do Ministério da Saúde que instituiu desde 2005 a política nacional da atenção integral em reprodução humana assistida. Assim, denegando a postulação jurisdicional, por considerar que os pedidos não possuem respaldo normativo, e, assim para o fornecimento dos serviços pelo sistema público de saúde, principalmente pelo custo atrelado.

Alguns juízes também sustentam a não concessão pelo viés da quebra do princípio da igualdade, uma vez que, a ordem judicial que autoriza a realização do procedimento, ocasionará desalinhamento da fila de espera, especialmente porque a maioria adentra pelo viés administrativo, mediante as portas de entrada do Sistema Único de Saúde. No entanto, essa discussão acerca do conflito entre a satisfação da micro justiça em face da macro justiça se apresenta para a judicialização da saúde como um todo, em todas as temáticas, e mesmo assim, nas diversas costuma-se – evidentemente quando há fundamentação jurídica legítima - se proceder o provimento das demandas judiciais, afastando-se a referida argumentação, de causa para desarmonia na organização e acesso do serviço público.

As que se mostram favoráveis à concessão do acesso gratuito às técnicas, apresentam conhecimentos acerca da política nacional, bem como, do que está previsto no referido diploma, ou seja, a cobertura dos procedimentos pelo SUS. Fundamentando-se também, com a ideia de que tratados internacionais já abordam a noção de direitos reprodutivos e sexuais, bem como, a abrangência do conceito a

saúde, incluindo, assim, o completo bem-estar do ser humano, nas mais diversas instâncias.

Cabe ponderar por fim que a situação não se encontra pacificada, observando-se diversos posicionamentos, ou seja, a jurisprudência não se mostra unificada em um mesmo sentido. Ainda cabe mencionar, que a jurisprudência do tema não se apresenta excessiva e recorrente.

Por fim, por tais sentenças, direciona-se a necessidade de abordagem do tema para consolidar diretrizes que imponham um melhor enfrentamento pelos Poderes Públicos acerca do acesso gratuito às técnicas e procedimentos da reprodução humana assistida.

6 CONCLUSÃO

A Judicialização da saúde provoca diversos pontos problemáticos na seara da Administração Pública, quando observados o seu processo excessivo. Ocorre a desorganização dos fluxos administrativos, mediante a inserção de demandas extraordinárias, não previstas nos orçamentos públicos ordinários. Caso, que pode propor uma potencial violação a responsabilidade fiscal do gestor, visto que, este deixa de atender às previsões orçamentárias face ao necessário cumprimento das demandas judiciais. Cabível também se fez perceber, o conflito entre a satisfação individual do direito à saúde sobre o embate com a perspectiva social do direito.

Ademais se percebeu, que a judicialização das demandas de saúde envolve a argumentação contrária entre o mínimo existencial do sujeito e a disponibilidade financeira do Estado, provocando intensa discussão acerca da ponderação entre o dever de prestação estatal e o direito a saúde e suas necessidades humanas, assim como, a proteção à dignidade do indivíduo.

O Sistema Único de Saúde mostrou-se como um grande avanço para a concretização do direito à saúde, uma vez que, inseriu uma sistemática em saúde baseada em diversos princípios organizativos e estratégicos, o que impôs ao campo, um acesso universal, integral, participativo, descentralizado e indiscriminado, assim como, atrelado a legítima noção de cidadania.

O bem jurídico saúde, atualmente, pode ser percebido com um conceito mais complexo, pois, intenta abarcar as diversas instâncias humanas, propondo, que um ser humano saudável significa que este goza de completo bem-estar, ou seja, há satisfação da perspectiva biológica, mas também da psicológica e mental, assim como, bem estar social.

A procriação humana artificial foi argumentada como um direito da pessoa, uma vez que, se faça o conhecimento e a argumentação de diversos valores constitucionais e legais, como o direito de assistência à concepção, observado no planejamento familiar, a noção ampliada de saúde, a materialidade dos direitos fundamentais, apresentando abertura e envolvimento com a realidade social, e ainda, a concretização da dignidade humana.

Notório se demonstrou que a infertilidade ou a esterilidade é patologia que acomete grande parcela da população. Pois, as causas que podem ocasionar a referida patologia são diversas, e algumas muito usuais, como por exemplo a endometriose. Nesse sentido, o abandono do projeto parental pela via natural, por essas causas de saúde, demonstra ser demasiadamente infringente da saúde psicológica e do bem-estar do ser humano.

Pode-se perceber que a criação da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida, representa um patamar de evolução extremamente importante, agregando importância ao conceito ampliado de saúde, assim como, percebendo que as questões de saúde, devem ser tratadas preferencialmente por seu aspecto social, ao revés de demandas particulares. Lembrando-se, os sistemas de saúde e a sociedade apontam uma efetiva interação, assim, o engajamento das instituições e do Poder Público perfaz-se extremamente importante para se vislumbrar o desenvolvimento dessa política, assim como, para se desvencilhar dos aspectos econômicos e financeiros excludentes, que circundam os procedimentos de Reprodução Humana Assistida, mediante o valor atribuído a esses serviços no setor privado.

A Política mostrou-se importante, contudo, diante dos percalços retratados, ainda poderia ocorrer uma melhor coadunação com os princípios direcionadores do sistema público de saúde. Nesse sentido, poderia se vislumbrar o acesso universal da assistência de melhor forma, uma vez que, mostrar-se restrito à específicas unidades de saúde e a certos estados federativos e municípios acaba por provocar exclusão e discriminação. Assim, cabível se faz considerar a requisição de que a política nacional de reprodução humana assistida seja implementada e executada por todo território nacional e a todos os sujeitos.

A questão estratégica da descentralização político administrativa do SUS também não se apresenta efetivada, uma vez que, as ações e as competências estão atribuídas e desenvolvidas por certos municípios, não sendo acompanhados por perspectivas de apoio e complementação estatal ou federal.

Por fim, a judicialização da saúde seria um lado da balança e a argumentação do direito à procriação humana artificial, o direito a saúde e a própria organização do SUS, a outra parte a se balizar na ponderação. Fazendo-se essa reflexão, observou-se que a judicialização do tema não se mostra excessiva a ponto de causar as

desarmonias conflitantes, no entanto, apresenta-se distanciada dos argumentos recentes e da legitimidade do processo de procura pelos serviços de RHA. Ademais, relevante e atual se fez a criação e o estudo da política nacional em debate no presente trabalho, que apesar de requerer desenvolvimentos e melhorias, mostra-se como ponto positivo para a concretização do fundamento máximo, quer seja, a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALFANO, Bianca. **Reprodução assistida: a organização da atenção às infertilidades e o acesso às técnicas reprodutivas em dois serviços público-universitários no Estado do Rio de Janeiro**. 2014. Dissertação. Orientador: Profa. Dra. Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa. (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

ALMEIDA, Yago Daltro Ferraro. A judicialização da saúde e os programas de política pública: um dilema que vive a Bahia. **Revista Semestral do CEPEJ**. Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, v. 13, 2013, p. 293-314.

ANDRADE, Juliana Demori de. **Direito Fundamental à Saúde: Mínimo Existencial e a Reserva do Possível**. Diritto.it. Disponível em: www.diritto.it/docs/34769-direito-fundamental-sa-de-m-nimo-existencial-e-a-reserva-do-possivel/download?header=true. Acesso em: 19 de nov. 2016.

ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de; BARRETO, Ivana Cristina de Holanda Cunha. **SUS passo a passo: história, regulamentação, financiamento, políticas nacionais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Hucitec, 2007.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. **Revista do curso de direito da unifacs**. Porto Alegre: Síntese, v. 7, 2007.

ASENSI, Filipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência** - Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução a Ciência das Finanças**. 18. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. CNJ. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf. Acesso em: 18 de nov. 2016.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 20 de nov. 2016.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 de nov. de 2016.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Sistema único de saúde**. Brasília: CONASS, 2011.

_____. **Lei 8.080**, de 19 de dezembro de 1990. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 25 jan. 2017.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Sistema único de saúde – SUS: princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **O desenvolvimento do sistema único de saúde: avanços, desafios e reafirmação dos seus princípios e diretrizes**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

_____. Portaria 2.048, de 3 de setembro de 2009. Brasília, 2009. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2048_03_09_2009.html. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. Portaria 3.149, de 28 de dezembro de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html. Acesso em: 10 fev. 2017.

CHAVES, Lucas Almeida. **A judicialização da Saúde em face do princípio da isonomia**. 2015. Monografia. Orientador: Prof. Clênio Ricardo Fonseca Santos. (Curso de Graduação em Direito) – Centro Universitário do Leste de Minas Gerais, Minas Gerais.

CRUZ, Sônia Regina Blasi. **Bem-estar subjetivo em adultos e idosos**. 2003. Dissertação. Orientador: Profa. Dra. Solange Muglia Wechsler. (Mestrado em Psicologia) – PUC, Campinas.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. rev. tual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 1

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação social. *In*: GIOVANELLA, Lígia (Orgs.) *et al.* **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012, p.853-883.

FERREIRA, Patrícia Alves. **Direito fundamental à saúde: a questão de sua exibibilidade**. 2015. Dissertação. Orientador: Prof. Sergio Pinto Martins (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo.

FLEURY, Sônia; OUVÉNEY, Assis Mafort. Política de saúde: uma política social. *In*: GIOVANELLA, Lígia (Orgs.) *et al.* **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012, p.25-57.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HATEM, Daniela Soares. **Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida**. Biodireito / Maria de Fátima Freire de Sá (cord.). – Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: RT, 1995.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica. *In*: GIOVANELLA, Lígia (Orgs.) *et al.* **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012, p.89-120.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; RESENDE, Augusto César Leite de. A proteção do direito fundamental à reprodução assistida no Brasil. Disponível em: http://www.derechocambiosocial.com/revista039/A_PROTECAO_DO_DIREITO_FUNDAMENTAL_A_REPRODUCAO_ASSISTIDA.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2017.

MEIRELLES, Jussara. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Filhos da reprodução assistida**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/209.pdf. Acesso em: 24 fev. 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Fábio Calheiros. **O mínimo existencial e o direito à saúde no Brasil**. 2013. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. José Carlos Francisco. (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo.

NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. O sistema único de saúde – sus. *In*: GIOVANELLA, Lúgia (Orgs.) *et al.* **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012, p.365-393.

OLMOS, Paulo Eduardo. **Quando a cegonha não vem** Os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003.

PAIM, Jairnilson Silva. **O que é sus**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009.

_____. Modelos de atenção à saúde no Brasil. *In*: GIOVANELLA, Lúgia (Orgs.) *et al.* **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012, p.459-491.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de P. de. **Problemas atuais de bioética**. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Loyola, 2012.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **O direito dos homossexuais biologicamente férteis, mas psicologicamente inférteis, habilita-os como beneficiários da política nacional de reprodução humana assistida**. 2016. Dissertação. Orientador: Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

_____. **O direito à reprodução assistida: da teoria à concretização judicial**. Curitiba: Juruá, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. *In*: Samantha Buglione (Org.). **Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, v.1.

RIBEIRO, Danielle Sachetto. **O direito à saúde em tempos neoliberais: a judicialização da saúde como estratégia para a garantia de direitos?**. 2014. Dissertação. Orientador: Profa. Lêda Maria Leal de Oliveira. (Mestrado em Serviço Social) – Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.283-303.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SANTOS, Charlston Ricardo Vasconcelos dos. **Reserva do possível como uma estratégia jurídica para restringir o direito à saúde: o argumento da “reserva do possível” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2014. Dissertação.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos. (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco. Recife.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SEQUEIRA, Ana Lúcia Tiziano. **Potencialidades e limites para o desenvolvimento de uma política de atenção em reprodução humana assistida no SUS**. 2011. Dissertação. Orientador: Cláudia Bonan Jannotti. (Especialização em Saúde da Criança e da Mulher) – Instituto Fernandes Figueira, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**: fundamentos e ética biomédica. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Loyola, 2009.

SILVA, Carla Carvalho Costa. Judicialização da Saúde Pública. **Revista Jurídica do Ministério Público de do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, v. 13, / n. 23, jul./dez. 2014, p. 297-324.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde**: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. *In*: Bertolin, Patrícia Tuma Martins (Org.) **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOLLA, Jorge; CHIORO, Arthur. Atenção ambulatorial especializada. *In*: GIOVANELLA, Lúgia (Orgs.) *et al.* **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012, p.547-576.

TEIXEIRA, Carmen. **Os princípios do sistema único de saúde**. Disponível em: http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf. Acesso em: 05 mar. 2017.

WIDER, Roberto. Reprodução Assistida: aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).