



**CENTRO UNIVERSITÁRIO FAMETRO  
CURSO DE DIREITO**

**LÍVIA VASCONCELOS MORAIS**

**O DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O DIFÍCIL ACESSO NO BRASIL  
COMPARADO À ESPANHA**

**FORTALEZA**

**2022**

LÍVIA VASCONCELOS MORAIS

O DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O DIFÍCIL ACESSO NO BRASIL  
COMPARADO À ESPANHA

Projeto de pesquisa apresentado à disciplina Pesquisa em Direito do curso de Direito do Centro Universitário Fametro (Unifametro) como requisito para aprovação na disciplina, sob a orientação do Prof.º João Marcelo Negreiros Fernandes.

FORTALEZA

2022

LÍVIA VASCONCELOS MORAIS

O DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O DIFÍCIL ACESSO NO BRASIL  
COMPARADO À ESPANHA

Artigo TCC apresentado no dia 1º de dezembro de 2022 ao curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Fametro (Unifametro), como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em: 01/12/2022

BANCA EXAMINADORA

---

Prof.<sup>a</sup> Me. João Marcelo Negreiros Fernandes (Orientador)

Centro Universitário Fametro – Unifametro

---

Prof. M<sup>a</sup>. Maria Neurilane Viana Nogueira

Centro Universitário Fametro – Unifametro

---

Prof. Me. Luis Augusto Bezerra Mattos

Centro Universitário Fametro – Unifametro

## AGRADECIMENTOS

Durante o desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso, tive a oportunidade de contar com diversas pessoas para dar todo o apoio e forças para conseguir executar e chegar onde estou hoje. Primeiramente, agradeço aos meus pais Ana Auxiliadora Vasconcelos e Stênio Carlos Moraes, por serem os verdadeiros mestres no percurso da minha vida, por estarem presentes, torcendo pela minha vitória e estarem ajudando a realizar os meus objetivos, e por sempre acreditarem em mim.

Ao meu professor orientador, João Marcelo Negreiros Fernandes, que prontamente aceitou a proposta de ser meu mentor.

A todos os docentes do curso de Direito da Unifametro, exemplos de profissionais, que levarei conhecimentos para toda a vida, por serem solícitos e generosos comigo.

Ao meu irmão, Bruno Cristovão Vasconcelos Moraes, que durante todo o curso se dispôs quando preciso para me incentivar a não parar e buscar cada vez mais meus objetivos.

Ao meu esposo, Tiago Sousa Rocha, que sempre esteve presente participando da minha rotina e segurou minha mão nos dias difíceis.

Ao meu filho, João Carlos Vasconcelos Rocha, que com sua chegada repentina me deu mais forças para encarar os desafios da vida e que me faz querer evoluir diariamente, pois sem ele eu jamais teria metade da coragem e força que tenho hoje.

A Deus, por me sustentar em todos os anos e que me deu ânimo e crença para continuar lutando pelos meus objetivos.

À minhas amigas de curso, Esmirna Ribeiro Brilhante, Olivia Cyntia Nunes e Ana Livia Almeida, que caminharam junto comigo durante todo o curso e que sabemos o quanto o apoio uma da outra fez diferença nessa jornada.

Por fim, quero agradecer por todos que de alguma forma estiveram envolvidos na realização deste trabalho.

## O DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O DIFÍCIL ACESSO NO BRASIL COMPARADO À ESPANHA

Lívia Vasconcelos Morais<sup>1</sup>

João Marcelo Negreiros Fernandes<sup>2</sup>

### RESUMO

A evolução dos direitos reprodutivos no mundo é marcada pela proteção e garantia dos direitos básicos, como os direitos humanos e civis à vida privada e a constituição familiar. Além disso, os direitos à reprodução assistida podem-se também ter interpretação da liberdade como direito de autonomia. Os procedimentos de fertilização *in vitro* são de grandes complexidades, além de ser alto seu custo, torna-se inacessível para maioria população brasileira, mesmo com as biotecnologias avançadas na área da saúde no mundo, o Brasil não obtêm ainda um avanço consideravelmente para a necessidade de toda sua população, tanto no âmbito econômico quanto jurídico. Nesse contexto, o presente trabalho busca analisar a proteção do direito a reprodução assistida e suas técnicas no Brasil comparado à Espanha. Com o foco nesse objetivo, desenvolveu-se o um estudo qualitativo mediado pelas pesquisas doutrinária (bibliográfica), legal (documental) e jurisprudencial (documental), tendo como método dedutivo. Procuramos entender, as normas e legislações espanholas e suas diferenças dos seus esclarecimentos jurídicos contrapostos o Brasil, compreendendo os avanços das novas técnicas de reprodução humana assistida. Conclui-se a evidencia de que o Estado brasileiro deve-se ainda obter norma regulamentada especifica sobre o tema paraa melhor discussão para uma ordem social mais justa no que tange o direito à reprodução assistida.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito à reprodução assistida; direitos humanos; normas e legislações espanholas.

### 1 INTRODUÇÃO

O fim da Segunda Guerra Mundial marcou o surgimento do processo de maior valorização pela dignidade humana e reconstrução em conformidade. Os direitos humanos passaram a ser considerados paradigma e referencial ético para orientar a ordem Internacional, influenciando assim a reconstitucionalização da Europa, marcada pela Lei Básica de Bonn (Constituição Alemã) de 1949 e Internacionalização dos direitos humanos.

Em vista disso, o constitucionalismo mundial vivenciou diversas modificações no período pós-guerra, com o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo. Essa mudança levou a uma reconciliação entre o Direito e a ética/moral, rompendo com a separação entre ser e dever defendido pelo positivismo jurídico. Agora, é necessária uma interpretação mais social,

---

<sup>1</sup> Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Fametro – Unifametro.

<sup>2</sup> Prof. Orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fametro – Unifametro.

humana e moral do Direito, indo além da legalidade, porém sem negligenciar o que já está estabelecido.

Portanto, com o passar do tempo, e com o aumento das pesquisas e da tecnologia, surgiu a necessidade de criar normas para limitar os conceitos éticos que poderiam ser aplicados nas pesquisas e tratamentos de seres humanos. Desse modo, a Constituição Federal de 1988 tem como uma de suas inspirações as discussões da bioética e seus princípios. Com essa normatização, temos como fundamento primordial o respeito pela dignidade humana, o direito à vida, entre outros.

O primeiro bebê do mundo nascido de uma fecundação em um laboratório foi Louise Brown, nascida na Inglaterra em 1978. No Brasil, só em 1984 nascia o primeiro bebê proveta, Ana Paula Bettencourt Caldeira, na cidade de São José dos Pinhais.

Assim, com a criação da reprodução assistida, surge uma questão importante a avaliar, visto que claramente é possível obter novas tecnologias que levariam transformação na vida de milhares de pessoas, superando importantes obstáculos, não apenas naturais, mas também sociais e morais. Como lidar com as implicações éticas, sociais e legais da reprodução assistida? E de seus procedimentos, como a seleção de embriões, o uso da tecnologia para a escolha de características específicas dos filhos, a possível comercialização da reprodução assistida, e a responsabilidade legal dos pais e clínicas de reprodução assistida? Além disso, é necessário garantir que a tecnologia esteja acessível a todas as pessoas que precisam dela, sem discriminação de gênero, raça, classe social ou orientação sexual, e que seja regulamentada por leis claras e rigorosas para evitar abusos e violações de direitos.

Atualmente, temos leis e normas em todo o mundo para direcionar melhor a reprodução humana assistida, e quando se fala no avanço de normas que regulamentem essa prática, a Espanha é um dos países mais bem estabelecidos nesse prefácio, principalmente quando se fala em fertilização *in vitro*. Os aspectos legais encontram menos limitações que no Brasil, tendo em vista que, apesar da proteção do direito à vida humana e das diretrizes que os médicos, biólogos e profissionais da saúde em geral devem obedecer ao aplicar as técnicas de fertilização, a Constituição Espanhola também prevê liberdade de investigar a técnica como um direito fundamental, baseando as normativas legais na lei 14/2006 sobre técnicas de reprodução assistidas. Em 2018, o país chegou a liderar a reprodução assistida na Europa, com 138.553 ciclos de fertilização *in vitro* (ESPANHA, 2006).

Destarte, esta pesquisa tem como objetivo geral analisar e obter maiores informações sobre a fertilização *in vitro* e a reprodução assistida no Brasil em comparação com a Espanha.

Deste modo, na tentativa de alcançar o objetivo geral, foram estabelecidos os

seguintes objetivos específicos: descrever os aspectos legais da reprodução assistida que podem ser modificados no Brasil no âmbito jurídico; analisar as regulamentações jurídicas na Espanha em prol da reprodução assistida; explanar as conseqüências da ausência de informações sobre o tema e a dificuldade do acesso no Brasil.

Por conseguinte, a presente pesquisa mostra-se importante para os estudantes de Direito, saúde e a sociedade em geral, pois visa compreender o direito à reprodução assistida no Brasil e suas regulamentações diferentes quando comparadas às da Espanha.

Para tanto, o traçado metodológico deste estudo foi orientado por pesquisa bibliográfica em fontes secundárias impressas e virtuais como livros, artigos, revistas acadêmicas, baseado em material já publicado, com a pesquisa documental na legislação brasileira e espanhola, visando coletar maior quantidade de dados possível para aprofundar a análise do embasamento jurídico e técnico sobre o tema. O método aplicado foi o dedutivo, partindo da premissa das disposições gerais das leis e dos atos normativos das legislações internacional e brasileira acerca da reprodução assistida.

Os dados obtidos foram organizados, interpretados e ordenados numa estrutura composta por quatro seções. Nesta seção introdutória, enuncia-se o problema objeto de estudo, o objetivo geral, bem como seu desdobramento nos objetivos específicos, o trajeto metodológico adotado para o alcance dos objetivos, findando-se com esta descrição do conteúdo de cada seção. Na seção seguinte, de número dois, discorre-se sobre a evolução do direito ao uso da reprodução assistida e o cenário no Brasil. Na seção três, discute-se a respeito das regulamentações da reprodução assistida na Espanha e a aplicação da sua lei específica. Na seção quatro, imerge-se no objeto próprio deste estudo, consistente em uma análise da conseqüência das incompreensões das normas brasileiras para a sociedade e geral a vista à fertilização *in vitro*.

## **2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO AO USO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O CENÁRIO NO BRASIL**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi criada para determinar os direitos humanos básicos, com o objetivo de resguardar o direito à vida, à liberdade de expressão, à educação, todos os direitos básicos. Partindo dessa premissa, não pode haver exclusão desse direito à ninguém – ou seja, não se pode fazer distinção de gênero, etnia, religião, nacionalidade ou qualquer outra condição.

A Costa Rica, em 15 de março de 2000, proferiu uma decisão na ação de

constitucionalidade do Decreto executivo nº 24026-S, em que regulava o uso da técnica de fertilização *in vitro* em todo o país. Entretanto, ao serem julgadas as constitucionalidades do decreto, recorreu-se aos dispositivos compreendidos em normas constitucionais, em concordância com a inviolabilidade do direito à vida, e normas regionais.

Com a apreciação do Poder Judiciário da Costa Rica, foram vedados a doação dos embriões e o descarte desse material genético humano, acarretando, desse modo, na proibição da técnica geral e absoluta no país.

Em novembro de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) decidiu, no caso acima relatado, chamado caso de *Artavia Murillo VS. Costa Rica*, por cinco votos a favor contra um, que o Estado da Costa Rica revogasse a proibição de acesso à técnica de fertilização *in vitro* por ter violado os direitos humanos à vida privada e familiar, à integridade pessoal, à antidiscriminação, à saúde e ao direito ao acesso ao desenvolvimento tecnológico (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Interpretando o artigo 11 da convenção estadunidense, CIDH observou que o direito à privacidade constitui um direito humano amplo que garante muitos aspectos da vida privada e relacional de um indivíduo. Com base nesta interpretação, a Corte considerou que a proibição mantida no Estado da Costa Rica afetou diferentes aspectos da vida privada das vítimas, incluindo o direito de planejar livremente a concepção da família (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

A Corte Interamericana declarou que os Estados-Partes da Convenção Americana têm obrigação de implementar políticas públicas no âmbito das prestações de serviços à saúde. A Corte então frisou que o direito a saúde não significa apenas a ausência de doença, mas um estado completo de um bem-estar físico, mental e social. Na mesma linha, definiu o direito à saúde reprodutiva como “o direito dos homens e mulheres de ser informado a ter livre escolha e acesso aos métodos de regulação da fertilidade que são seguros, tecnicamente eficazes, acessíveis e viáveis” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Como resultado dessas interpretações, a proibição do acesso e uso da técnica de fertilização *in vitro* na Costa Rica foi caracterizada como uma violação dos direitos humanos, com o Estado sendo ordenado a revogar a proibição estabelecida, bem como a indenizar financeiramente as vítimas.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos vinculam-se aos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), dentre os quais se inclui o Brasil, o que acarreta na necessidade de avaliação dos modelos jurídicos brasileiros. Desse modo, o

Brasil tem vínculo direto com as decisões da CIDH, contribuindo para a garantia de normas e direitos do País.

Com a Constituição Brasileira de 1988, o planejamento familiar passou a ser garantia fundamental, cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para exercício desse direito, de acordo com o art.226, § 7º (BRASIL, 1988). Semelhantemente, o art. 196 regulou a saúde como direito de todos e responsabilidade do Estado, que deve ser garantido por meio da implementação de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e à promoção do acesso geral e igualitário às atividades e serviços. sua aplicação, proteção e restauração (BRASIL, 1988).

Diante desse cenário, é importante explorar a área dos direitos e garantias fundamentais, pois, ao desenvolver princípios, é possível entender a concepção de mundo e a ideologia política de cada sistema jurídico. Esses princípios também são importantes para garantir a dignidade, a liberdade e a igualdade das pessoas em suas interações sociais.

Nas palavras de Sarmento, os princípios constitucionais vêm “escancarando a Constituição para uma leitura moral (Dworkin), pois é, sobretudo, através deles que se dará uma espécie de posituação constitucional dos valores do antigo direito natural (...)” (SARMENTO, 2004, p. 87). Os direitos fundamentais também representam, sem dúvida, a base racional de uma determinada concepção ética da pessoa humana, da sociedade e do Estado.

Contudo, obtém notabilidade o princípio da diversidade, expresso no art. 1º, V, da CF, ao reconhecer que o pluralismo político é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, reconhecendo implicitamente a diversidade de crenças e valores morais, culturais e científicos e, portanto, a aceitação da reprodução assistida pela sociedade brasileira (BRASIL, 1988).

Gama considera como princípio geral do Biodireito, o princípio da democracia, assegurador da cidadania como conjunto de direitos políticos e públicos nas escolhas necessárias, inclusive quanto aos valores éticos e culturais (GAMA, 2003).

O princípio da democracia participativa, aplicado à reprodução assistida, implica a participação popular através de debates e discussões por parte de todos os segmentos sociais: Direito, Sociologia, Biologia, Filosofia, Teologia, Psicologia, por se tratar de tema deveras atual e de implicações na esfera privada do indivíduo, em especial no Direito de Família (maternidade, paternidade e filiação).

A Constituição Federal, na parte da ordem social, na seção sobre saúde, estabelece em seu artigo 196 a base legal do Sistema Único de Saúde:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Não obstante, o conceito de família é um dos que mais sofreram alterações ao decorrer do tempo em razão de diferentes concepções a respeito do seu valor e da prática social. Sendo assim, Paulo Lôbo (2002, p. 1 *apud* LIMA, 2017, online) afirma a necessidade de mudanças:

(...) a leitura constitucional não deve ser fria, incapaz de considerar as mudanças nos valores e práticas sociais. A Constituição é inclusiva, é cláusula geral de inclusão, deve ser interpretada sistematicamente, em harmonia com seus princípios, como a igualdade. A Carta Magna não exclui qualquer modalidade familiar, os intérpretes é que fazem tal exclusão, violando claramente o megaprincípio da dignidade da pessoa humana, sob o qual está assentada a Constituição Federal.

Para Lôbo, as transformações nos paradigmas da família se fizeram com a nova Constituição, que rompe com o formalismo típico das legislações liberais, a exemplo do Código Civil brasileiro, que supervalorizou os aspectos patrimoniais (LÔBO, 2002).

Sendo assim, no cenário brasileiro, a certeza que se tem é que ainda estão inacabadas as definições certas para a família e seus direitos na reprodução assistida. As relações familiares, originadas de forma natural ou não, se dão de maneira construtiva e plural, com sentimentos de afeto entre seus membros; tal entendimento em muito ajudará a definir os contornos e fundamentos constitucionais daquelas famílias que se formaram com a ajuda das técnicas de reprodução assistida.

### **3 REGULAMENTAÇÃO DAS NORMAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA NA ESPANHA**

O surgimento e o progressivo desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida têm suscitado, nos últimos anos, questões jurídicas de interesse teórico e prático. Em grande medida, a legislação sobre reprodução humana assistida deve se pautar no reconhecimento de um direito específico que encontra respaldo na dignidade da pessoa, no livre desenvolvimento da personalidade, na privacidade pessoal e, principalmente, na liberdade pessoal entendida como autonomia. Encontramos, no entanto, poucas referências constitucionais a esse direito, embora reformas constitucionais recentes em alguns países tenham permitido verificar uma mudança significativa nesse campo com a incorporação de artigos específicos sobre esses problemas.

Na Espanha, desde 1978, qualquer análise do nosso ordenamento jurídico deve ser feita de acordo com os princípios constitucionais, já expressos sobre a matéria e inferidos daqueles outros princípios e valores que sustentam o ordenamento constitucional e, portanto, o modelo democrático vigente.

A Constituição Espanhola (CE), a meu ver, tem um inegável fundamento constitucional, cujo principal suporte se encontra no reconhecimento da liberdade pessoal constitucionalizada no artigo 17.1 (ESPANHA, 1978). A própria natureza do regime democrático, que é, no fundo, o regime da liberdade, permite interpretar a liberdade reconhecida no referido artigo como um direito abrangente de áreas de autonomia física do indivíduo que não sejam as esferas de autonomia própria de outros direitos de liberdade (liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de circulação, liberdade de residência, associação, reunião...), superando assim o conceito restritivo do direito à liberdade pessoal como liberdade de circulação. Assim, o direito à liberdade pessoal protege o sujeito da interferência ilegítima nas decisões sobre sua reprodução (ESPANHA, 1978).

Desse modo, o direito à reprodução humana, abriga-se, também, nessa interpretação da liberdade como direito-autonomia, apresentando tanto um aspecto positivo, que permite ao sujeito decidir livremente sobre sua própria reprodução, quanto um aspecto negativo, que também protege sua decisão de não se reproduzir. Do que foi indicado, pode-se deduzir que o direito à reprodução faz parte do conteúdo do direito à liberdade, como manifestação direta da autonomia física da pessoa, que permite ao sujeito acessar tanto a reprodução natural quanto o uso de novas tecnologias reprodutivas, mas que, como o resto dos direitos do sistema constitucional brasileiro, não é ilimitado. Uma correta construção e interpretação deste direito à reprodução humana permite analisar e regular novos conflitos em torno da reprodução humana.

Na Espanha, há a ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, que regulamenta as técnicas da reprodução assistida e a utilização dos embriões (ESPANHA, 2006). Além disso, os regulamentos dos códigos penais mostram os delitos relacionados a manipulação genética. Estas leis deixam claro que trata-se de um direito fundamental, e evidenciam o quanto a ciência e a biotecnologia podem contribuir para a plenitude da vida humana.

### **3.1 FUNCIONALIDADE DA LEI NA ESPANHA**

Apesar de a Espanha oferecer menos resistência às técnicas de reprodução assistida

do que outros países europeus, há limitações e regulamentos para maior proteção de todos e para evitar futuros problemas no Estado, como a situação dos “embriões sobranes”.

Segundo Fernando Abellán e Javier Sánchez-Caro, este problema

se explica también por un doble factor. Por un lado, porque el tratamiento farmacológico hormonal que requiere la mujer para la estimulación de sus ovarios de cara a la obtención posterior de sus ovocitos, acarrea molestias notables y no está exento de riesgos para la salud. Y por otro, porque las técnicas de reproducción asistida, que en España se llevan a cabo mayoritariamente en clínicas privadas, tienen un alto coste económico para los pacientes. Por la incidencia de estos aspectos, y en aras de la eficiencia de los tratamientos, se suele dar lugar a un número de embriones suficiente, además de para el ciclo en cuestión, para tener también algunos de reserva, de manera que no haya que empezar de nuevo todo el proceso, si fallan los utilizados en primer término o si en el futuro la pareja quiere tener más hijos. (ABELLÁN; SÁNCHEZ-CARO, 2009, p. 105).

Com isso, a regulamentação da lei supracitada (ley 14/2006, de 26 de mayo), em seu texto consulado, há o regulamento de como deve ser a utilização da técnica, e em seu artigo 3, estão os dispositivos legais para as condições pessoais de aplicação das técnicas. No caso da fertilização in vitro e técnicas conexas, é autorizada apenas a transferência de, no máximo, 03 (três) embriões por mulher em cada ciclo reprodutivo, isso para evitar os “embriões sobranes” (ESPAÑA, 2006).

Com regras claras e um conceito moderno e inclusivo de maternidade e paternidade, a lei espanhola de reprodução assistida regulamenta tudo o que pode e o que não pode ser feito no país em relação ao tratamento de fertilização in vitro, abrangendo tanto mulheres solteiras quanto casais unidos por casamento ou união estável, hetero ou homossexuais. Isso levou a um aumento de clínicas e tecnologias de fertilização, cujo pioneirismo tecnológico atraiu pacientes de todo o mundo, especialmente advindos daqueles países que não possuem um ambiente legal tão favorável para técnicas de fertilização que podem ser praticadas na Espanha, incluindo muitos brasileiros.

Destarte, é perceptível que o país tem a lei menos restritiva que em outros países, até menos que o Brasil, isso causa a curiosidade em algumas mulheres estrangeiras, aumentando assim o turismo da Espanha.

A Espanha, além de ter restrições mínimas de acesso ao tratamento, tem como uma das suas maiores vantagens comparativas o estoque relativamente abundante de um componente que em muitos casos é importante para quem quer engravidar perto dos 40 anos: óvulos de mulheres mais jovens (BBC, 2012).

Além disso, é previsto no artigo 6º da lei 14/2006 da Espanha todos que podem fazer a fertilização in vitro, fazendo com que facilidade seja ainda maior para as mulheres que sonham em ser mãe através da técnica FIV.

Artículo 6. Usuarios de las técnicas. 1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual. 2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada. 3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal. 4. En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora. (ESPAÑA, 2006).

Outro ponto relevante é o fato de a Espanha ser mais acessível a mulheres que optam pela maternidade através da fertilização *in vitro*. Em 2012, o expressivo deslocamento de mulheres que escolheram se submeter ao procedimento foi assunto em jornais, a respeito do oferecimento do método de fertilização nas praias do país, especificamente em um *resort* turístico do país. Com o fácil acesso, estima-se que só na Europa mais de 20 mil mulheres cruzem as fronteiras com o objetivo de voltarem grávidas (BBC, 2012). Portanto, a mídia tem importante contribuição para amenizar as dificuldades e a falta de informação da população brasileira em relação a esse assunto.

Em vista disso, é perceptível que as normas da fertilização *in vitro* na Espanha obtêm um maior índice de sucesso, por não terem algumas limitações, analisando assim, o quanto inviável fica a reprodução assistida sem leis que inclui a sociedade em geral.

#### **4 AS CONSEQUÊNCIAS DAS INCOMPREENSÕES DAS NORMAS BRASILEIRAS PARA A SOCIEDADE EM GERAL EM VISTA À FERTILIZAÇÃO *IN VITRO***

O direito e o Ministério da Saúde andam em conjunto, pois há normas e deveres a serem cumpridos dentro do cuidado com o ser humano. Assim, prevendo cumprir deveres da Constituição Federal de 1988, o Ministério da Saúde (MS) publica em 2005 a Portaria nº 426, um ato administrativo do poder executivo que instituiu, no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde), a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida (BRASIL, 2005). O SUS, que tem a proposta de garantir o acesso médico completo à toda população

brasileira, além de oferecer consultas, exames, prevenção, entre outros, também garante o oferecimento da FIV (BRASIL, 2012).

Neste sentido, a Resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM) dispõe quem poderá acessar a técnica de fertilização *in vitro*, determinando também alguns limites e critérios éticos para a utilização (CFM, 2015).

Contudo, apesar das limitações e critérios não inviabilizarem a técnica, o Brasil ainda não avança na FIV em virtude da falta de acesso ao tratamento. Na prática, poucas mulheres conseguem a realização da reprodução assistida pelo SUS, pois a maioria submete-se a esperar em média (dois) anos para conseguir, além dos medicamentos que o SUS não cobre e são em média de R\$ 4.000,00 (TEIXEIRA, 2012).

Apesar de o Brasil ter a saúde como um direito fundamental – como estabelecido no art. 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) –, necessita-se, ainda, de leis que implementem os serviços de reprodução assistida de forma mais acessível na jurisdição brasileira.

Entende-se que o Brasil ainda não tem a maior infraestrutura da saúde, por diversos motivos de caráter político e econômico. Em razão disso, apesar de a rede pública de saúde ofertar gratuitamente a fertilização *in vitro*, viabilizada pela Portaria nº 426, há desafios enfrentados pelo Sistema Único de Saúde no cotidiano.

Art. 1º Fica instituída, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, a ser implantada em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão (BRASIL, 2005).

Nesse sentido, no Brasil, é relevante ressaltar que há falta de recursos nos hospitais de saúde, até para problemas comuns, e a população brasileira não obtém todas as informações necessárias sobre reprodução assistida no dia a dia. Além disso, para as mulheres brasileiras que escolhem ser mães por meio desse método, muitas vezes exige-se atenta ponderação do juiz, colocando sempre em avaliação o sonho de ser mãe, tornando o processo mais lento, e acarretando na possível infertilidade, dependendo do tempo restante para que a mulher possa se tornar mãe.

Portanto, evidencia-se que não é algo de fácil acesso, mesmo que o SUS dê o direito de mulheres fazerem a reprodução assistida gratuitamente por vias judiciais, faltam verbas suficientes para a efetivação desse direito.

Em 2018, foram autorizados R\$ 130 bilhões para a Saúde, dos quais apenas R\$ 108 bilhões acabaram efetivamente executados. Apesar de parecer muito, o valor cobre apenas as

despesas básicas de manutenção do sistema, sem margem para investimento. Essa situação é percebida pelos pacientes que reclamam da demora dos atendimentos, dificuldades nas marcações de consultas e cirurgias, além da falta de medicamentos e de médicos (AGÊNCIA SENADO, 2019).

Destarte, os aspectos legais do País também geram limitações para quem sonha em ser mãe por meio da FIV, como a proibição de fazer uma fertilização monoparental, por exemplo. Segundo Gama, a Lei nº 9.263/96, ao tratar do planejamento familiar como "conjunto de ações de regulação da fecundidade", menciona a existência de direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, reconhecendo, assim, a possibilidade do surgimento de família constituída apenas entre a mãe e o filho, ou pai e o filho, em consonância com o art. 226, § 4º, da Constituição Federal. (BRASIL, 1996; GAMA, 2000).

Contudo, além das limitações em nossas normas, é notório que ainda há uma falta de acessibilidade e informação sobre o assunto. Quando se consegue uma oportunidade, geralmente tende-se a recorrer à justiça para conseguir realmente a fertilização, fora todos os traumas e fragilidade que as mulheres passam para alcançarem a maternidade.

Contanto, vale lembrar que a reprodução assistida é legítimo direito humano consagrado na ordem jurídica internacional, visto que decorre do princípio da dignidade humana e dos direitos reprodutivos, à vida privada, à saúde e ao planejamento familiar, pois a inexistência de acesso às técnicas de reprodução assistida pelo sistema público de saúde traduz violação dos direitos civis à vida privada e à constituição de família, cuja sindicabilidade judicial, já vista no presente estudo, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não encontra dúvidas.

À vista disso, a ausência ou mesmo a deficiência na prestação de serviço de saúde reprodutiva, em especial a assistência à reprodução assistida, pode acarretar grave violação do direito à vida privada, autonomia e liberdade reprodutiva. Nesse aspecto, a CIDH poderá condenar a República Federativa do Brasil a garantir o acesso do cidadão às modernas técnicas de reprodução assistida, já que sem tal acesso estar-se-á impedindo, repita-se, o livre exercício dos direitos civis à vida privada e a constituir família.

Aliás, Victor Abramovich aponta que os tribunais regionais de direitos humanos já adotam a estratégia da exigibilidade e proteção indiretas dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais a partir da tutela de direitos civis e políticos, conforme se vê:

[...] a jurisprudência dos órgãos de proteção internacional de direitos humanos e, em especial, a Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH), estabeleceu a

obrigação positiva dos Estados de: remover os obstáculos sociais que impossibilitam o acesso à jurisdição; tomar medidas apropriadas para evitar que alterações ambientais cheguem a constituir uma violação do direito à vida privada e familiar; e desenvolver ações afirmativas para impedir riscos previsíveis e evitáveis que afetem o direito à vida (ABRAMOVICH, 2005, p. 192).

Tendo ciência de tudo exposto, o caso que o Tribunal da Corte Interamericana condenou a Costa Rica implicou no cumprimento das seguintes obrigações: a) adotar, com a maior brevidade possível, as medidas necessárias para tornar sem efeito a proibição da fertilização *in vitro* e para que as pessoas que desejem fazer uso da mencionada técnica de reprodução assistida não encontrem empecilhos ao exercício dos direitos vulnerados no caso; b) regular, com brevidade, os aspectos que considere necessários para a implementação da fertilização *in vitro* no país, devendo estabelecer sistemas de inspeção e controle de qualidade das instituições e profissionais que desenvolvam esse tipo de reprodução assistida; c) incluir em seu sistema público de saúde a técnica da fertilização *in vitro*; d) oferecer tratamento psicológico gratuito, durante quatro anos, às vítimas do caso julgado; e e) implementar programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e de não discriminação dirigidos a magistrados e servidores públicos de todo o Poder Judiciário costarricense. E sabendo que o Brasil não têm essas garantias de forma esclarecedoras, partido da premissa supracitada, a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderia também exigir das mesmas obrigações de garantir a homens e mulheres inférteis o acesso, através do sistema público de saúde, às técnicas de reprodução assistida com a finalidade de reparar danos causados diretamente aos direitos civis relativos à vida privada e a constituição familiar. Portanto, no Brasil fica evidente a problemática da falta de normas e leis esclarecedoras para melhor interpretação da fertilização *in vitro*, e as diversas técnicas neste sentido, de acordo com a amplitude de reconhecimento e proteção, os quais a própria Constituição já reconhece.

Desse modo, ao realizar uma comparação entre os aspectos legais do Brasil e da Espanha no que concerne à reprodução assistida, e analisar as conseqüências ocasionadas pela falta de informação e acessibilidade no Brasil a esse respeito, é explícito que não haverá uma melhor assistência para todos da sociedade sem as inovações e compreensões de novas perspectivas assim como as leis específicas para o caso, como na Espanha.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo buscou compreender o direito da reprodução assistida no Brasil

comparado à Espanha para analisar as diferenças de métodos da legislação de cada país, sobretudo atendendo a população necessária, principalmente o direito à mulheres que querem se submeter à realização de técnicas de reprodução assistida, seja mãe solo, casada ou de qualquer outra maneira, sabendo-se que é algo que envolve valores, princípios e direitos fundamentais. Através deste estudo, foi possível obter a noção do reflexo da ausência de informações no Brasil, onde há uma falta de parâmetros jurídicos. Sendo assim, o Poder Legislativo deve elaborar uma lei específica que regule a reprodução assistida no geral. No que se refere à Espanha, para além do desenvolvimento tecnológico do país, encontra-se que as leis também facilitam o acesso à fertilização *in vitro*, dando maior chance de a mulher que opte por este tratamento tornar-se mãe. Lá, esse direito é descrito na Ley 14/2006, que dispõe sobre as técnicas de reprodução assistida (ESPAÑA, 2006).

Para se atingir uma compreensão da análise e conseguir maiores informações sobre a reprodução assistida no Brasil contraposto à Espanha, definiram-se três objetivos específicos, os quais consistiram em descrever os aspectos legais de reprodução assistida no Brasil, analisar as regulamentações jurídicas na Espanha em prol da reprodução assistida e explicar as consequências da ausência de informações sobre a fertilização *in vitro* no Brasil. A análise permitiu concluir que, para realização do princípio de justiça, é preciso que o Estado brasileiro crie os meios para que a população brasileira, de uma maneira geral, e independentemente de sua situação social e econômica, possa ser beneficiada com os avanços da reprodução assistida.

Cabe também à sociedade civil organizada zelar pelo controle de esforços, no sentido de que a maioria de seus membros seja atendida em suas necessidades básicas, sendo a saúde uma delas.

Destarte, não há dúvidas da necessidade da ampla discussão a respeito da regulação e utilização de novas técnicas e suas tecnologias no âmbito jurídico nacional, para uma ordem social justa no que tange à saúde reprodutiva.

## REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Fernando; SÁNCHEZ-CARO, Javier. **Bioética y ley en reproducción humana asistida – Manual de casos clínicos**. Granada: Comares, 2009.

ABRAMOVICH, Víctor. A estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais e as possíveis estratégias judiciais. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, Ano 2, n. 2, p. 189- 223, jul. 2005.

AGÊNCIA SENADO. **Na saúde, governo deve enfrentar desafio de financiar o SUS**.

Senado Notícias, 25 de janeiro de 2019. Disponível em:  
<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/25/na-saude-governo-deve-enfrentar-desafio-de-financiar-o-sus>

ATIENZA, Manuel. Juridificar la Bioética. *In*: VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.). **Bioética y Derecho: fundamentos y problemas actuales**. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), pp. 64-91, 1999.

BBC. **Sol, praia e fertilização**: Espanha vira Meca do turismo reprodutivo. G1 Ciência e Saúde, 3 de setembro de 2012. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2012/09/sol-praia-e-fertilizacao-espanha-vira-meca-do-turismo-reprodutivo.html>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1996.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 426, de 22 de março de 2005. Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012. Fica destinados recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório de Mérito nº 85/10, Caso 12.361**. Costa Rica, 14 de julho de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Artavia Murillo vs Costa Rica, 2012**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/F5C1570B-CA0A-41A8-809BCB48DB858AAA/FinalDownload/DownloadId8C457830B80A56462FBEBEC78B3672ED3/F5C1570B-CA0A-41A8-809BCB48DB858AAA/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/F5C1570B-CA0A-41A8-809BCB48DB858AAA/FinalDownload/DownloadId8C457830B80A56462FBEBEC78B3672ED3/F5C1570B-CA0A-41A8-809BCB48DB858AAA/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf)

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Brasília: CFM, 2015.

ESPAÑA. **Constituição Espanhola (1978)**. Junta de Castilla y León: 1978.

ESPAÑA. **Ley 14/2006**, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Boletín Oficial de España (BOE), v. 126, 2006. Disponível em:  
<https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>

FABRIZ, Daury C. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e Reprodução Assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 5, abril/junho/2000.

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. **Entidades familiares**: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência. Jus.com.br, 28 de março de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64933/entidades-familiares-uma-analise-da-evolucao-do-conceito-de-familia-no-brasil-na-doutrina-e-na-jurisprudencia/2>

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista brasileira de Direito de Família**, v. 3, n. 12, p. 40-55, 2002. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>.

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

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

TEIXEIRA, Tâmara. **Espera no SUS por chance de ser mãe demora até dois anos**. O TEMPO, 9 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/espera-no-sus-por-chance-de-ser-mae-demora-ate-dois-anos-1.246305>