

**COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO PROLATADO EM RECURSO  
DE AGRAVO QUE TRATA DE REPRODUÇÃO HUMANA -  
FERTILIZAÇÃO IN VITRO**

**COMMENT TO THE JUDGMENT OF TORT THAT THIS HUMAN  
REPRODUCTION - FERTILIZATION IN VITRO**

**COMENTARIO A LA SENTENCIA PRONUNCIADA EN RECURSO  
DE AGRAVIO QUE TRATA DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA -  
FERTILIZACIÓN IN VITRO**

Neri Tisott\*

José Sebastião de Oliveira\*\*

*SUMÁRIO: Síntese do acórdão; 2 Considerações iniciais; 3 Da legislação pertinente a reprodução humana assistida; 4 Dos direitos da personalidade intrínseco ao direito de gerar filhos; 5 Do voto divergente; 6 Considerações finais; Referências.*

## 1 SÍNTESE DO ACÓRDÃO

Trata-se, de um acórdão prolatado em um Recurso de Agravo em ação de implementação de tratamento de saúde proferido pelo tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde a parte autora pleiteia a prática de tratamento reprodutivo humano.

O referido recurso de agravo foi interposto no intuito de suspender a decisão interlocutória, que indeferiu o pedido para que fosse implementado o tratamento médico de fertilização *in vitro*.

---

\* Discente do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Advogado. E-mail: ner.yt@hotmail.com

\*\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP; Consultor Científico *ad hoc* da Área do Direito de Revistas da Universidade Estadual de Londrina – UEL - PR; Docente aposentado de Direito Civil da Universidade Estadual de Maringá – UEM (PR); Docente e Coordenador do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR – PR; Aluno de Pós-Doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Advogado no Estado do Paraná. E-mail: drjso@brturbo.com.br

Foi concedida a tutela antecipada e o acórdão vindicado foi julgado por dois votos a favor e um contra a medida pleiteada, traçando interpretações divergentes sobre o direito à saúde na concepção de uma mesma câmara julgadora.

A ementa trata das seguintes considerações.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE PÚBLICA. REPRODUÇÃO HUMANA - FERTILIZAÇÃO IN VITRO. DIREITO DE TIDOS E DEVER DO ESTADO – ART. 196, CF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS.**

1) Caso concreto, está comprovado nos autos que a autora apresenta patologias que a impossibilitam de ter uma gravidez natural, necessitando da realização do tratamento de reprodução humana assistida - fertilização in vitro, o mais breve possível, haja vista que já conta com 45 anos de idade. Não se pode privar um casal hipossuficiente de gerar um filho. A pretensão de obter o tratamento para fertilização in vitro não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo Poder Público.

2) A antecipação de tutela consiste na concessão imediata da tutela reclamada na petição inicial, desde que haja prova inequívoca capaz de convencer da verossimilhança da alegação e, ainda, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o que vem demonstrado nos autos.

3) O Estado do Rio Grande do Sul é parte legítima para figurar no polo passivo de demanda em que alguém pleiteia o fornecimento de medicamentos, tratamentos e aparelhos uma vez que há obrigação solidária entre a União, Estados e Municípios.

4) Os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público. Necessidade de preservar-se o bem jurídico maior que está em jogo: a própria vida. Aplicação dos arts. 5º, § 1º; 6º e 196 da Constituição Federal. É direito do cidadão exigir e dever do Estado fornecer medicamentos, tratamentos e aparelhos indispensáveis à sobrevivência, quando o cidadão não puder prover o sustento próprio sem privações. Presença do interesse de agir pela urgência do tratamento pleiteado.

Pretende-se, no presente comentário ao acórdão, discutir questões relevantes a políticas de saúde pública, o planejamento familiar, e a tutela do Estado e sua relação com o direito da personalidade intrínseco ao desejo de gerar filhos.

## 2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A biotecnologia cresce de forma espantosa, já são conhecidos estudos que desenvolvem tecidos e órgãos humanos em laboratório. A inseminação artificial do ser humano, ou a chamada reprodução assistida, lança luz inteiramente nova sobre a realidade clássica.<sup>3</sup> Muitos são os casais que não podem ter filhos; na atualidade a família é entendida não mais como uma célula do Estado, como se fosse elemento constitutivo deste, mas como uma célula da sociedade<sup>4</sup>. Nesse compasso a busca da felicidade e da realização pessoal é incessante e inata do ser humano. Dessa forma o cidadão caça a efetivação de direitos que devem ser implementados pelo Estado.

Ações com pedidos de fornecimento de medicamentos e tratamento são analisadas pelos Tribunais de todo país e cada dia essas ações se tornam mais frequentes. Nessa perspectiva busca-se esclarecer quais são os direitos invocados pelos resignados quando se veem desamparados pela falta de políticas públicas que atendam os anseios sociais, falta que separa a procedência do direito invocado e sua efetividade.

Na verdade os cidadãos brasileiros batem às portas do judiciário e, por vezes, não são atendidos, “ficam ao relento da lei”. No caso do acórdão que se propõe a discutir, quais são direitos relevantes que fundamentaram o voto do relator e um voto divergente, quando já se tinha uma decisão de primeiro grau contrária à concessão e, portanto, a efetivação do direito suplicado.

Se faz mister esclarecer que os tribunais negavam efetivação a este direito, fundamentando não tratar-se tratamento de saúde, e que pacientes com este tipo de patologia não correm riscos de vida, o que vale dizer que essa foi a tônica da fundamentação do voto divergente. Sendo assim, a base fundamentadora do deferimento de todo o tipo de pedido de tratamento médico e fornecimento de medicamentos era o “risco vital”, e não a inércia do Estado diante da implantação de políticas públicas, e da garantia à saúde, prevista em normas constitucionais. Para os julgadores o acesso a este tipo de tratamento não estava jungido no direito à saúde, mas no direito à vida, ao planejamento familiar, e, por se tratar de tratamento de alto custo, não poderia ser implementado a todos os cidadãos que dele viessem a precisar.

3 CENEVIVA, Walter. Direito não acompanha a ciência da reprodução. In: NAZARETH, Eliana Riberti (Org.). **Direito de família e ciências humanas**. São Paulo, SP: Jurídica, 1997. 177 p. (Cadernos de estudos).

4 OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2002. 282 p.

### 3 DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A começar pela Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo dispositivos garantidores do direito à vida, à saúde e ao planejamento familiar, à proteção da maternidade, previsto no art. 6<sup>o</sup> da Constituição brasileira vigente, assim colocado, como direitos fundamentais sociais, como sugere o jurista Zulmar Fachim, 2012, a qual, segundo a doutrina dominante, seguiu orientação da Declaração Universal dos Direitos Humanos;

A Constituição Federal de 1988, conectada com a base de valores da Declaração Universal, assegura, entre outros, os seguintes direitos fundamentais sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a proteção à infância e a assistência aos desamparados (art. 6.º). Tais direitos estão vinculados ao princípio da igualdade. (FACHIN, 2012, p 347).

Assim, não se quer discutir a categoria do direito à saúde, mas a necessidade de implantação pelo Estado, como direito fundamental, quando consta da Carta Constitucional, a não possibilidade por parte do Estado de se desvencilhar de responsabilidades atribuídas a ele pela Carta Magna.

Segundo o já citado autor, e o propósito aqui, o direito à saúde, à proteção à maternidade e ao planejamento familiar, tais direito estão vinculados ao princípio da igualdade, princípio este que norteia os fundamentos constitucionais e federativos da organização social brasileira. Desde a primeira Constituição de 1824, ele já vem sendo consagrado. “Pode se afirmar, então, que há uma tradição do constitucionalismo brasileiro em assegurar a igualdade de direito e deveres entre as pessoas<sup>6</sup>”. Nesse viés a Constituição Federal de 1988 afirma que todos são iguais perante a lei, no seu art. 5<sup>o</sup>, caput, e assegura a inviolabilidade do direito à igualdade. Esse princípio iguala as pessoas e obriga ao tratamento igualitário entre elas.

A Lei n<sup>o</sup> 8.080, de 19 de setembro de 1990, trata sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Citada lei vincula todos os órgãos e entes políticos da organização política, administrativa brasileira, ao direito fundamental à saúde; logo em seu art. 2<sup>o</sup> dispõe que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado

---

5 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n.º 70, de 2012. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 set. 2012.

6 FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2012, p. 271.

prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício<sup>7</sup>. O disposto na lei consolidada, já assegurado na Constituição e ainda no parágrafo único do art. 3º, estabelece fazer referência a questões de saúde a atuação Estatal por meio de seus agentes, por força do disposto no artigo 2º da mesma lei e do art. 198 da Constituição Federal de 1988, que se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

O art. 196 da Constituição brasileira vigente conferiu à saúde uma dimensão que vai além da biológica – uma dimensão biopolítica e social;<sup>8</sup> assim, frisou que a saúde é um direito de todos e dever do Estado.

A Lei nº 9.263<sup>9</sup>, editada em 12 de janeiro de 1996, regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, que trata do planejamento familiar, estabelece que o planejamento familiar é direito de todo cidadão, compreendido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.<sup>10</sup> Frise-se que as instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita à atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, a assistência à concepção e contracepção.

Entenda aqui a concepção como a possibilidade de ter e gerar filhos, visto que para aqueles casais que não podem ou não conseguem gerar sem o auxílio do tratamento

7 BRASIL. Lei 8080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 26 set. 2012.

8 SANTOS, Lenir. Direito à saúde e qualidade de vida: um mundo de corresponsabilidades e fazeres. In: SANTOS, Lenir (Org). **Direito da saúde no Brasil**. Campinas, SP: Saberes, 2010.

9 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 jan. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)> Acesso em: 26 set. 2012.

10 Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei. Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico. Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras: I - a assistência à concepção e contracepção; II - o atendimento pré-natal; III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis; V - o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis.

médico se faz necessário o implemento de tratamento conceutivo, a falada reprodução assistida, fertilização *in vitro*. Nesse viés temos os artigos 4º e 5º da respectiva lei, no intuito de abrigar o direito fundamental ao planejamento familiar, dispondo que o planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando à promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva. Já no art. 5º assevera ser dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, e em associação, no que couber às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar<sup>11</sup>.

Assim é expressivo o volume e o comprometimento do Estado para com seus cidadãos no que se refere à implementação de políticas de acesso a serviços médicos do que seja o direito de planejar ter filhos.

O Conselho Federal de Medicina editou a RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010 (Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p. 79) onde qualifica a infertilidade humana como uma patologia e emitiu normas técnicas e teceu considerações éticas para o uso da técnica e tratamento de fertilização humana e reprodução assistida, bem como a intervenção em embriões<sup>12</sup>.

Não há como desconectar a ação social, previstos nestes dispositivos, se considerarmos que o tratamento da infertilidade é uma doença, bem como não ser possível de livrar o Estado da responsabilidade de implantação do serviço/tratamento para cura da infertilidade ou promoção de implemento do anseio de ter filhos. “É dever constitucional do Estado garantir o direito à saúde, e a infertilidade humana não pode ficar fora do âmbito dessa tutela”<sup>13</sup>.

Assim os encartou no corpo do acórdão, nos seguintes termos: “Não se pode privar um casal hipossuficiente de gerar um filho. A pretensão de obter o tratamento para fertilização *in vitro* não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo Poder Público.<sup>14</sup> A saúde é um direito fundamental. Trata-se de um bem imprescindível para a existência humana<sup>15</sup>.”

---

11 Ibidem.

12 BRASIL. Resolução CFM, nº 1.957/2010, Do Conselho Federal de Medicina. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jan. 2011, Seção I, p.79, disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)> . Acesso em: 26 set. 2012.

13 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 70047263785**. Agravo de Instrumento 21ª Câmara cível, Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, Comarca de Pelotas-RS.

14 Ibidem.

15 FACHIN, Zulmar, op. cit., 2012, p. 597.

#### 4 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE INTRÍNSECO AO DIREITO DE GERAR FILHOS

Nesse passo esqueceu o órgão julgador de que o direito invocado, não se trata especificamente de direito ao acesso à saúde, ou como constou, “postulado de garantia à saúde”, pois a questão é bem mais complexa; o direito à saúde é um item que fundamenta o pleito, mas o planejamento familiar também é direito fundamental social<sup>16</sup> e pode ser bem mais amplo, abrange a questão do controle da natalidade e a paternidade de um modo geral, visto que a legislação brasileira veda as formas indiscriminadas de controle populacional, por exemplo – a instigação à esterilização e, desta forma, o controle de natalidade. E mesmo assim, existem muitos incentivos e programas para controle de gravidez indesejada e para proteção da gestante, com um propósito vivo, é claro, de colocar ao cidadão brasileiro a sua livre escolha de ter ou não filhos, mas se esquece de que dentro desta mecha de programas propostos pelo Estado deveriam estar incluídos programas e tratamentos para aqueles casais que pretendem ter filhos e não conseguem sem meios especializados. Por outro lado, se preocupa unicamente com a visão de proteção para aqueles que não querem ter ou venham a ter uma gravidez indesejada, excluindo de forma grotesca os casais que, na verdade, desejam ter filhos.

O desejo de ter filhos é inerente à própria pessoa humana, o mesmo está intrínseco na necessidade da perpetuação da espécie humana. Por outro lado, as experiências de ser pai e mãe são únicas, é um anseio humano, “é inato à natureza humana, sendo certo que a transformação de um casal em pai e mãe faz com que o homem e a mulher se sintam adultos como seus pais, situação essa inédita para ambos, impossível de ser definida quando não vivenciada”.<sup>17</sup> Não se pode negar que enquanto

a fecundidade confere ao homem a capacidade de se multiplicar, de se imortalizar através dos filhos; a ausência destes, como decorrência da infertilidade, pode desestruturar o casamento, rompendo com a cadeia familiar, não permitindo a perpetuação da vida, pois durante toda sua existência, o homem espera continuar vivendo através dos filhos.<sup>18</sup>

16 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n.º 70, de 2012. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 set. 2012. Artigo 6º, assim disposto, Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

17 FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005, p. 22.

18 *Ibidem*, p. 22.

Pelo senso comum se sabe que a necessidade de possuir família, de multiplicar os seus descendentes vai além de um simples capricho; é sabido que o convívio familiar é algo gratificante e tanto para o ego dos mais jovens quanto para os idosos. A falta de uma família composta por pais e filhos gera em muitos casos uma desagregação social, conflitos conjugais e desfazimento de uniões. A sociedade cobra uma família composta por pais e filhos. Quem já não ouviu a pergunta, direcionada a casais que não possuem filhos: “Vocês não têm filhos”? Por quê?

Pode-se afirmar que a opção, a vontade de não ter filhos é do casal, e o Estado implementa políticas públicas destinadas a este fim. A despeito do propósito, já foi citada a Lei nº 9,263/96, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, mas a vontade de ter filhos é do casal. E assim coloca Francisco Vieira Lima Neto:

O papel da vontade, neste terreno, ficou sobremaneira agigantado. Que a inseminação artificial – por exemplo, é uma forma de fazer nascer uma criança e que ela diz respeito à exclusiva consciência do casal, não há dúvida nenhuma. Que ela se insere numa esfera de relações interpessoais, igualmente, não suscita objeções. A autonomia da vontade reina aqui soberana.<sup>19</sup>

No que se refere ao presente comentário, cabe afirmar que o Estado deve se abster de intervir na decisão do casal, mas deve pôr à disposição o necessário para que o cidadão tenha uma vida digna. Como disse o autor, a autonomia da vontade é que impera nestes casos. Mas sendo uma vontade, um anseio do cidadão, este deve ser correspondido para que ele se complemente como pessoa humana digna.

A doutrina vem qualificando a dignidade da pessoa humana e esta está plasmada na vontade, na aspiração, no anseio, no bel-prazer de ser pai e mãe, está a acoplada na alma do ser humano, é algo relativo à sua personalidade e decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição Federa<sup>20</sup>. A questão crucial aqui é conceituar o fundamento da necessidade e do prazer de poder gerar filhos, no poder de ser genitor, satisfação esta galgada na felicidade, na dignidade do ser humano. Assim tem-se a possibilidade da filiação como um direito personalíssimo, como atributo da dignidade da pessoa humana:

---

19 LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade e de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2001, p. 124.

20 HIRONAKA Giselda Maria Fernandes Novaes. **Se eu soubesse que ele era meu pai ...**(1). Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/13>>. Acesso em: 27 set. 2012.



(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicado, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável, nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>21</sup>

A Constituição Federal de 1988 tem como fundamento do Estado Democrático de Direito, em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana, dignidade esta capaz de basear qualquer pendência de anseio humano, inclusive a necessidade de ser genitor. Assim, todos têm direito à felicidade, ao desenvolvimento humano, a realizar seus desejos, a poder fazer escolhas em um regime social que ofereça igualdade de oportunidades e as sociedades devem se organizar para isso<sup>22</sup>.

Em adesão ao argumento de que vontade de ser pai é essencial à dignidade da pessoa humana, negar a um casal a possibilidade de ter filhos fere o seu mais íntimo direito, é o mesmo que negar a sua expectativa de perpetuação, de eternizar-se por intermédio de seus descendentes. Assim, a *contrario senso* pode-se dizer, fundado na doutrina de Giselda Fernandes Novaes, que o que está pacificado nos tribunais é o direito de buscar sua identidade biológica e esse direito é inerente ao direito da personalidade:

(...) por direito ao pai deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de se colocar em situação de aprender e apreender os valores fundamentais da personalidade e da vida humana, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, como de resto é o que ocorre – em quase toda a extensão mencionada – com a grande maioria dos animais que compõem a escala biológica que habita e vivifica a face da terra.

Corroborando que o pensamento da vontade de ser pai ou mãe, de ter filhos, de poder gerar seus próprios filhos é direito personalíssimo, inerente à condição humana, qualificado com seu extenso rol de caracteres, que se põe em condições impar, para

---

21 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2009.

22 SANTOS, Lenir, op. cit., 2010, p 29.

ser venerado e tutelado pelo direito. Assim, enquanto direito da personalidade é de lata extensão, de conteúdo plural, de proporção vária, que ele se compõe de múltiplos subdireitos, faculdades ou faces de um espectro maior, escalonados em matizes e graduações distintas, considerando que, por força desta multivariada, dão condição de querer, de exercer ou não de forma individualizada ou concomitante, este amplo rol de direitos inerentes à pessoa humana.

## 5 DO VOTO DIVERGENTE.

O voto do eminente desembargador, início a rogo da não concessão da liminar pleiteada, assim se manifestou nas primeiras linhas:

Não merece prosperar o recurso.

O art. 196 da Constituição Federal obriga os entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a garantirem o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com a realização de cirurgias/tratamentos, de forma gratuita, em face da urgência e conseqüências que possa acarretar a não realização<sup>23</sup>.

Uma questão de garantismo, pois o argumento invocado corresponde ao direito pleiteado. Quisera ele apenas demonstrar que o que se pleiteava ali era direito recorrente, e não se detinha maior importância, para posteriormente dar seu veredicto, e assim prosseguiu e após alguns argumentos. Posicionou-se da seguinte forma; No caso dos autos, verifico que não há urgência na realização do procedimento de fertilização *in vitro* pela inexistência de risco de vida da agravante<sup>24</sup>, como já dito, mas só para lembrar que o julgador no presente caso não sopesou nem outro argumento do voto exarado pelo relator.

Para ele somente teria legitimidade o pedido se a autora apresentasse risco de vida no caso dos autos, como bem ele colocou, não aprestava risco vital, mas sim, é claro, estava ali em jogo a concepção de uma nova vida, o momento capital de um pedido de uma família e não só de uma mãe ou um pai.

Prosseguiu ele: Não vislumbro, portanto, risco da ineficácia da medida, nem existência de dano irreparável, se concedida após a oitiva da Fazenda Pública, também não ponderou ele nem outro argumento.

---

23 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 70047263785**. Agravo de Instrumento 21ª Câmara cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Comarca de Pelotas-RS, p. 18.

24 *Ibidem*, p. 18.

O casal requente talvez não tivesse direito invocado, mas poderia ele ter levado em cota a idade da requente, por assim saber que a espera de um processo, até o final, quando culmina em seu julgamento, pode demorar anos, e a espera, quando julgado procedente, já não fosse mais possível uma gravidez.

Sabe-se que a vida fértil de uma mulher normal varia em média aos 45 anos de idade, que é o caso do acórdão. Nesse viés, o Conselho Federal de Medicina já até emitiu orientação por meio da RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010, a qual deixa claro que quanto mais esperar por um procedimento como o pleiteado, neste feito, mais difícil é de ter sucesso<sup>25</sup>.

Por outro lado, cabe aqui colocar, a infertilidade quando decorrente de uma doença deixa sequelas, como o caso do agravo recorrido; as partes não vêm ao judiciário pleitear algo que nunca existiu, ou um tratamento inovador, excepcional, egoístico, capaz de ser exercido por uma mutação genética, como a exemplo se pleiteasse a mutação genética da cor dos olhos, ou do sexo do futuro bebe, mas um tratamento reparador das sequelas deixadas pela doença, que ocasionou a infertilidade, e não pelo simples envelhecimento natural, uma prescrição natural da condição humana, de uma função fisiológica que, pelo passar do tempo, hoje não pode mais ser exercido.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pretende retomar a discussão, pois muitos foram os pontos levantados e muitos outros poderiam ser debatidos a propósito. Aqui é oportuno relembrar de forma resumida algumas colocações postas como fundamento do acórdão e outras que não se julgaram relevantes.

Cabe constar que, pela ocasião do pedido, a requerente contava com 45 anos de idade, seu pedido fundamenta-se tanto no postulado de garantia à saúde como no planejamento familiar. Outro ponto que foi unânime: quanto à prova da necessidade do tratamento, este item sequer foi debatido pela Colenda Câmara.

De outro lado, foram relevantes as questões da responsabilidade do Estado para com os serviços de saúde. Estes, por sua vez, são de relevância pública e de

---

25 BRASIL. Resolução CFM, nº 1.957/2010, Do Conselho Federal de Medicina. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jan. 2011, Seção I, p.79, disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)> . Acesso em: 26 set. 2012. O posicionamento do CFM quanto a idade da futura gestante por questões de segurança no tratamento de reprodução assistida. 6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

responsabilidade do Poder Público no que diz respeito a sua prestação para a população que dele necessita.

Os julgadores tiveram o cuidado de preservar o direito à vida como um bem jurídico maior que está em jogo: teceram aplicação dos arts. 5º, § 1º; 6º e 196 da Constituição Federal, tendo em vista ser direito do cidadão exigir e dever do Estado fornecer medicamentos, tratamentos indispensáveis à sobrevivência, quando o cidadão não puder prover o sustento próprio sem privações.

Compete ressaltar que a Constituição Federal de 1988 trata expressamente dos objetivos do Estado brasileiro. E, ao fazê-lo, foi no intuito de edificar de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de comum como objetivos republicanos (art. 3º, I e III). De outro lado, ficou firmado que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República e indexador dos direitos da personalidade. E, mais, o direito à vida (art. 5º, caput) é direito fundamental do cidadão e, desta feita, esse é o direito buscado no pleito.

A proteção à inviolabilidade do direito à vida digna deve prevalecer em relação a qualquer outro, já que, sem ela, os demais interesses socialmente reconhecidos em favor da pessoa humana não possuem o menor significado ou proveito.

## REFERÊNCIAS

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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 jan. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm)>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. Lei 8080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional n.º 70, de 2012. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 set. 2012.

BRASIL. Resolução CFM, nº 1.957/2010, Do Conselho Federal de Medicina. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jan. 2011, Seção I, p.79, disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 70047263785**. Agravo de Instrumento 21ª Câmara cível, Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, Comarca de Pelotas-RS.

CENEVIVA, Walter. **Direito não acompanha a ciência da reprodução**. In: NAZARETH, Eliana Riberti. (Org.), Direito de família e ciências humanas. São Paulo: Jurídica, 1997. 177 p. (Cadernos de estudos).

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. Rio de Janeiro - RJ, Forense, 2012, p 271.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005, p. 22.

HIRONAKA Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai ...(1). Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/13>>. Acesso em 27/09/2012.

LIMA NETO Francisco Vieira. **A maternidade e de substituição e o contrato de gestação por outrem**. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo - SP, Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 282 p.

SANTOS, Lenir. **Direito à Saúde e qualidade de vida: Um mundo de corresponsabilidades e fazeres**. In: SANTOS, Lenir.(Org.) Direito da saúde no Brasil, Campinas - SP. Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre - RS, Livraria do Advogado, 2009.

*Recebido em: 21 de novembro de 2012.*

*Aceito em: 21 de novembro de 2012.*