



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANNA KATARINY DE LIMA MELO**

**A (IN) OBRIGATORIEDADE DA COBERTURA DOS  
PROCEDIMENTOS ASSISTIDOS DE PROcriação POR  
PLANOS DE SAÚDE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA  
PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Salvador  
2019

**ANNA KATARINY DE LIMA MELO**

**A (IN) OBRIGATORIEDADE DA COBERTURA DOS  
PROCEDIMENTOS ASSISTIDOS DE PROcriação POR  
PLANOS DE SAÚDE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA  
PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

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

Orientador: Professora Doutora Ana Thereza Meirelles

Salvador  
2019

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**ANNA KATARINY DE LIMA MELO**

**A (IN) OBRIGATORIEDADE DA COBERTURA DOS  
PROCEDIMENTOS ASSISTIDOS DE PROcriação POR  
PLANOS DE SAÚDE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA  
PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

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, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2019.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente à Deus por ter me guiado e me iluminado durante toda a concretização deste trabalho e principalmente, por ter colocado pessoas tão especiais em minha trajetória acadêmica.

Agradeço à Nossa Senhora pelo colo de mãe e conforto que ganhei nas horas em que mais precisei.

Aos meus pais, meu infinito agradecimento. Obrigada por serem minha inesgotável fonte de inspiração, força e amor.

Agradeço à minha irmã, Clara, por sempre me acompanhar com seu olhar carinhoso e cheio de positividade.

Ao meu namorado, Victor, por não ter deixado faltar apoio, compreensão e amor nos momentos em que mais precisei.

Aos meus amigos, obrigada por toda torcida, especialmente por compreenderem meus silêncios e ausências durante a realização deste trabalho.

À minha professora e orientadora, Ana Thereza, pela sensibilidade, dedicação, cuidado e confiança, a qual será sempre um exemplo para minha formação jurídica.

Aos professores e funcionários da Faculdade Baiana de Direito por me proporcionarem inúmeras experiências valiosas em todo curso.

E por fim, aos meus amigos de curso, em especial, Fagundes, Henrique, Anna Luiza, Caio e Ananda, pelas incontáveis demonstrações de carinho, amizade e cuidado. Vocês merecem meu eterno agradecimento!

“O essencial é invisível aos olhos”.  
(Antoine de Saint- Exupéry)

## RESUMO

Reconhecida pela Organização Mundial de Saúde como uma doença do sistema reprodutivo, a infertilidade atinge aproximadamente 15% da população mundial. A impossibilidade de gerar filhos, em razão de doença ou impedimento fisiológico, produz uma série de sentimentos aos indivíduos, como ansiedade, tristeza ou frustração, ocasionando sérios casos de problemas psicológicos e sociais. Para concretizar o sonho de constituir a própria família, os casais inférteis enxergam a reprodução humana assistida como solução eficaz para viabilizar o tão sonhado sonho de procriar. Ocorre que, ao optar pela reprodução assistida, os indivíduos encontram óbice econômico, na medida em que esses tratamentos, apesar de serem oferecidos em pequena escala pelo SUS, são recorrentemente negados pelas operadoras de planos de saúde, por força do art. 10, III, da Lei n.º 9.656/98, que exclui expressamente os procedimentos de procriação assistida do rol de procedimentos obrigatórios. Nesse sentido, o presente estudo busca examinar a obrigatoriedade na cobertura do tratamento de tais técnicas de reprodução assistida nos contratos de planos de saúde. Para tanto, a análise será feita a partir da perspectiva dos direitos fundamentais relacionados ao tema, onde destacam-se os direitos à saúde e ao planejamento familiar. Em relação ao direito à saúde, o ponto que merece destaque é o conceito amplo de saúde adotado pela Constituição Federal, que a conceitua como um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social. Outrossim, é importante ressaltar que os contratos de planos de saúde possuem um objeto com natureza existencial, uma vez que os mesmos têm como finalidade principal a manutenção da saúde do usuário dos planos. Em relação ao direito ao planejamento familiar, o presente trabalho demonstrará que além da previsão constitucional como direito fundamental, tal direito também goza de tutela infraconstitucional na própria Lei dos Planos de Saúde, o que sustenta um conflito ainda mais latente no âmbito da oferta da reprodução assistida pelas operadoras de planos de saúde. Nesse cenário, surge a importância do Poder Judiciário, que realizando ponderação de interesses dos usuários e operadoras, deverá garantir a cobertura obrigatória dos procedimentos assistidos de procriação nos casos em que houver infertilidade devidamente diagnosticada e indicações médicas e psicológicas para realização de tais procedimentos.

**Palavras-chave:** infertilidade; reprodução assistida; direito à saúde; planejamento familiar; planos de saúde; direitos fundamentais.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal da República
CFM	Conselho Federal de Medicina
CONSU	Conselho de Saúde Suplementar
CPC	Código de Processo Civil
LPS	Lei dos Planos de Saúde
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RHA	Reprodução Humana Assistida
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJBA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA, AUTONOMIA PRIVADA E PLANEJAMENTO FAMILIAR</b>	14
2.1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	15
2.1.1 Infertilidade	17
2.1.2 Procedimentos	20
2.1.3 Disciplina normativa	24
2.2 NOTAS ELEMENTARES SOBRE AUTONOMIA PRIVADA	26
2.2.1 A autonomia como expressão da dignidade da pessoa humana	28
2.2.2 Corpo, direitos sexuais e reprodutivos e autonomia privada	30
2.3 PLANEJAMENTO FAMILIAR	33
2.3.1 Notas conceituais	33
2.3.2 Papel do Estado no Planejamento familiar	36
2.3.3 Planejamento familiar como Direito Fundamental	39
<b>3 SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL POR EXCELÊNCIA</b>	42
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOTAS PERTINENTES	42
3.1.1 Da multifuncionalidade dos direitos fundamentais	45
3.1.2 Da eficácia horizontal dos direitos fundamentais	47
3.2 SAÚDE: UM CONCEITO AMPLO	49
3.2.1 A proteção constitucional do direito à saúde	51
3.2.2 O Sistema Único de Saúde e seus princípios norteadores	55
3.2.3 A assistência privada à saúde	59
<b>4 A RELAÇÃO JÚRIDICA DE CONSUMO NO ÂMBITO DOS PLANOS DE SAÚDE</b>	61
4.1 A ESTRUTURA DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	61
4.1.1 Os elementos da relação de consumo	62
4.1.2 Princípios fundamentais pertinentes	66
4.1.3 A proteção contratual do consumidor	70

4.2 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE	72
4.2.1 Características dos contratos de plano de saúde	73
4.2.2 A relação de consumo nos planos de saúde	76
<b>5 A CONFORMAÇÃO DA COBERTURA DOS PROCEDIMENTOS ASSISTIDOS DE PROcriação POR PLANOS DE SAÚDE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	80
5.1 BREVES NOTAS SOBRE A REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR	80
5.1.1 A Lei n 9.656/1998: marco regulatório	81
5.1.2 A ANS: criação e legitimidade na regulação dos planos privados de assistência à saúde	83
5.2 A OBRIGATORIEDADE NA COBERTURA DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	86
5.2.1 A Lei n 9.656/1988: extensão e limites da cobertura contratual	87
5.2.4 A Lei n 11.935: obrigatoriedade do planejamento familiar	91
5.2.3 A atuação do Judiciário Brasileiro no âmbito da oferta da reprodução assistida	94
5.2.4 Breves considerações visando um equilíbrio econômico financeiro dos planos de saúde no âmbito da oferta dos procedimentos assistidos de procriação	102
5.2.5 A observância dos direitos fundamentais como fundamento da cobertura dos procedimentos assistidos de procriação artificial por planos de saúde	106
<b>6 CONCLUSÃO</b>	109
<b>REFERÊNCIAS</b>	114



## 1 INTRODUÇÃO

Apesar das substanciais transformações ocorridas em relação à noção de família, a incapacidade para procriar, desde os tempos remotos, é fonte de sofrimento moral e social aos indivíduos que sonham em dar seguimento à descendência familiar, mas possuem limitações a concepção de filhos pelo método natural.

Reconhecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como doença do sistema reprodutivo, a infertilidade atinge aproximadamente 15% da população mundial, sendo definida como a incapacidade de conceber uma gravidez após um determinado lapso temporal de relações sexuais regulares sem a utilização de método contraceptivo.

Com efeito, a impossibilidade de conceber um filho não representa mero dissabor, mas um problema de saúde. Sendo assim, o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, ao desvincular o exercício sexual da procriação, surgiu como solução real e eficaz para os indivíduos que sofrem com problemas de infertilidade.

No cenário brasileiro, o tratamento para infertilidade através das técnicas de reprodução assistida passou a ser oferecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), sendo destinado cerca de 10 milhões de reais para nove centros específicos do país, através da Portaria n<sup>o</sup> 3.149 do Ministério da Saúde. Contudo, apesar do avanço, ainda subsistem dificuldades em conseguir a cobertura gratuita dessas técnicas, uma vez que a fila de espera para atendimento no SUS pode levar até cinco anos.

Nesse contexto, destaca-se a necessidade de atuação da assistência privada, de forma complementar ao serviço público de saúde, de modo a garantir direitos essenciais à condição humana. Tal atuação é garantida, principalmente, pelas operadoras de plano de saúde, sendo estas reguladas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Contudo, apesar do crescimento da assistência médica privada no Brasil, a cobertura do tratamento de inseminação artificial foi excluída expressamente pela Lei n<sup>o</sup> 9.656/98 – Lei dos Planos de Saúde-, especificamente em seu artigo 10, inciso III. Sendo assim, extrai-se da simples leitura desse artigo que as operadoras de planos

de saúde se encontram desobrigadas de custear o mencionado tratamento para infertilidade.

Nessa conjuntura, o estudo que ora se inicia buscará questionar a obrigatoriedade de cobertura dos procedimentos assistidos de procriação por planos de saúde, à luz dos textos normativos que norteiam a presente relação contratual, destacando-se o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 9.656/98 e as Resoluções Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar, e em especial, à luz dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal.

Assim, surge o dilema orientador do presente estudo: considerando o conflito entre a expressa exclusão da cobertura obrigatória dos procedimentos assistidos de procriação por planos de saúde e os direitos fundamentais essenciais à relação contratual mencionada, há obrigatoriedade na cobertura desses procedimentos pelos planos de saúde?

Para alcançar a solução satisfatória para a supracitada problemática, será utilizado o método hipotético dedutivo, tendo em vista que, partindo da análise do problema destacado, as hipóteses elaboradas passarão por um processo de falseamento, recorrendo-se a fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, de modo a buscar a posição adequada quanto à obrigatoriedade de cobertura dos procedimentos de procriação assistida pelos planos de saúde.

Nesse sentido, a pesquisa teórica do presente trabalho demanda conhecimentos doutrinários específicos, especialmente, quanto à teoria geral dos direitos fundamentais, ao direito à saúde, ao direito ao planejamento familiar, aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia privada, à noção de direito contratual, ao sistema de proteção ao consumidor e aos contratos de planos de saúde.

Oportuno se toma dizer que a justificativa jurídica deste trabalho envolve a grande necessidade de interpretação da Lei nº 9.656/98 à luz dos direitos fundamentais e em especial, à luz do atual conceito de saúde, de modo a harmonizar a sua aplicação ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao livre planejamento familiar e ao direito à saúde. Isso pois, é necessário que haja a devida pacificação da ideia que poder gerar filhos é um direito de todos, não cabendo ao legislador a restrição de tal direito fundamental, muito menos ao plano de saúde a imposição arbitrária dos tratamentos possíveis de cobertura.

Além disto, o presente trabalho demonstra relevância ao meio social, uma vez que o indivíduo possuidor de infertilidade, conhecendo os seus direitos, bem como suas repercussões no meio social em que convive, terá o pleno discernimento para atuar ativamente em busca da efetivação dos mesmos. Assim, é imprescindível que tais indivíduos se utilizem de instrumentos jurídicos capazes de combater qualquer arbitrariedade imposta pelas operadoras de plano de saúde, sendo o Código de Defesa do Consumidor um dos instrumentos normativos de maior importância no combate de práticas abusivas.

Para análise do problema de pesquisa, dividiu-se o estudo em seis capítulos, sendo quatro deles reservados para o desenvolvimento do tema.

O primeiro capítulo de desenvolvimento se dirigiu à análise dos aspectos fundamentais da reprodução humana assistida, examinando os procedimentos assistidos de procriação, a sua disciplina normativa no sistema jurídico brasileiro e especialmente, o conceito de infertilidade e suas implicações na saúde do indivíduo. Além disso, partindo-se da discussão acerca da autonomia privada e os direitos sexuais e reprodutivos, analisou-se a importância do direito fundamental ao livre planejamento familiar para promoção da dignidade da pessoa humana.

Já o segundo capítulo de desenvolvimento se destinou a delinear o caráter fundamental do direito à saúde, partindo de noções pertinentes da teoria geral dos direitos fundamentais, de modo a analisar a consagração constitucional do direito à saúde como um direito fundamental e a sua eficácia horizontal. Em seguida, buscou-se delimitar o atual conceito de saúde e a sua conexão com a dignidade da pessoa humana. Finalmente, examinou-se a principiologia do Sistema Único de Saúde, reconhecendo a presença da iniciativa privada na prestação de serviços à saúde de forma suplementar.

O terceiro capítulo de desenvolvimento apresentou um panorama geral do Direito do Consumidor, abarcando os elementos da relação de consumo, os princípios fundamentais pertinentes e a análise do sistema de proteção contratual ao consumidor. Outrossim, objetivou-se demonstrar que a relação entre as operadoras de planos de saúde e os seus beneficiários é uma relação de consumo, autorizando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Por fim, assentado o caráter fundamental dos direitos relacionados à cobertura dos procedimentos assistidos de procriação, passou-se a enfrentar, no último capítulo, a análise dos principais textos normativos pertinentes ao tema, com o intuito de analisar a obrigatoriedade de cobertura dos procedimentos assistidos de procriação pelos planos de saúde, em razão da observância dos direitos fundamentais basilares ao tema. Ademais, cuidou-se de investigar a atuação do Poder Judiciário no âmbito da oferta da reprodução assistida, reconhecendo o papel crucial do magistrado na ponderação de interesses dos usuários e operadoras em meio ao já apresentado conflito normativo.

Diante o exposto, espera-se que o presente estudo, partindo do conceito amplo de saúde, torne inequívoca a obrigatoriedade de cobertura dos procedimentos assistidos de procriação pelas operadoras de plano de saúde, reconhecendo a posição de destaque do magistrado na resolução da controvérsia objeto do presente trabalho.

## **2 DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA, AUTONOMIA PRIVADA E PLANEJAMENTO FAMILIAR**

O desejo de ter um filho sempre esteve presente na psique dos indivíduos, seja em decorrência do instinto animal de preservação da espécie ou da pressão social no sentido de constituir família, transmitir valores e tradições. Nos últimos anos, tal desejo impulsionou reivindicações no âmbito dos direitos sexuais e reprodutivos, bem como fundamentou novas demandas do âmbito das políticas públicas relacionadas ao direito à saúde. (VARGAS; RUSSO; HEILBORN, 2010, p. 153)

Inspirado em lutas feministas, as noções de procriação e sexualidade foram gradativamente desassociadas. Assim, ao refutar a ideia de procriação como um dever necessariamente natural, as técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA) surgiram como um marco no processo de desvinculação entre o exercício sexual e o êxito na procriação. (VARGAS; RUSSO; HEILBORN, 2010, p. 154)

Atualmente, apesar de não haver lei específica vigente sobre reprodução assistida, a utilização de tais técnicas permanece regulamentada pela Resolução 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina. Contudo, é fundamental que a prática assistida se norteie no direito fundamental ao livre planejamento familiar, sendo este fundamentado em essência pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Com o intuito de assegurar a dignidade da pessoa humana, os indivíduos devem exercer livremente a sua autonomia, restando clara “a íntima e imprescindível ligação entre a liberdade e a autonomia, pois sem aquela não poderá o ser humano exercer esta, ou seja, se para alcançar a dignidade o ser humano precisa ser livre, logo será necessário que ele também seja autônomo”. (NICOLAO, 2010, p. 15)

Portanto, demonstra-se fundamental a análise específica sobre a reprodução assistida à luz dos direitos sexuais e reprodutivos, do direito ao planejamento familiar, bem como à luz do efetivo exercício da autonomia dos indivíduos.

## 2.1 DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Tratada como uma doença do sistema reprodutivo, a infertilidade tem como recurso terapêutico a utilização das técnicas de Reprodução Humana Assistida. Assim, para facilitar a compreensão do tema central deste trabalho, serão apresentados conceitos médicos relacionados à infertilidade, bem aos principais tipos de tratamento em Reprodução Assistida.

O termo reprodução assistida foi adotado no âmbito da medicina reprodutiva como o conjunto de técnicas eficazes para tratamento da infertilidade. Isso pois, a evolução da medicina, principalmente no desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, contribuiu de forma efetiva para desvinculação entre as noções de sexo e procriação. (CORREA; LOYOLA, 2015, p. 753)

Em razão das inúmeras designações comumente utilizadas para definir o conjunto de técnicas reprodutivas, a Organização Mundial de Saúde (OMS) desenvolveu um glossário com conceitos de Técnicas de Reprodução Assistida (TRA) internacionalmente aceitos, de modo a auxiliar a utilização de tais técnicas em diferentes países. (CORREA, LOYOLA, 1999, p. 211)

Apesar da linguagem popular adotar termos como “bebê de proveta” e “barriga de aluguel” para definir usualmente tais técnicas, neste presente estudo será utilizada a designação Reprodução Humana Assistida (RHA), uma vez que tal terminologia além de ser técnica, possui um expressivo alcance no meio social, sendo facilmente compreendida. (CORREA, LOYOLA, 1999, p. 212)

Inicialmente, antes de traçar uma definição para Reprodução Humana Assistida (RHA), cumpre-se esclarecer que a fecundação ou união dos elementos ontogenéticos será sempre natural e por isso, artificiais serão tão somente os meios para se obter tal fecundação. (BUGLIONE, 2010, p.279)

Entende-se como reprodução assistida o conjunto de procedimentos que consistem desde a introdução do gameta masculino no aparelho genital feminino através de meios alternativos a cópula normal até as técnicas mais sofisticadas como a fertilização in vitro. (FRANÇA, 2013, p.354)

Assim, a Reprodução Humana Assistida (RHA) consiste na intervenção do homem no processo natural de procriação, com a finalidade de promover a satisfação do desejo de alcançar a paternidade ou maternidade à indivíduos portadores de infertilidade ou esterilidade. (MALUF, 2015, p. 193)

Originalmente, a utilização destas técnicas esteve relacionada à quadros médicos ligados a infertilidade, como a infertilidade por fator tubário – oriunda do impedimento da fecundação em razão da obstrução das trompas -, a infertilidade hormonal relacionada à função ovariana, a infertilidade gerada por fatores masculinos relacionados à contagem ou mobilidade de espermatozoide ou inclusive, a denominada infertilidade idiopática – infertilidade sem causa aparente-. Contudo, em razão dos atuais avanços e aperfeiçoamentos, as técnicas de reprodução assistida estão sendo indicadas de forma mais diversificada, não se relacionando somente aos tratamentos de infertilidade. (CORREA, LOYOLA, 2015, p. 763)

Segundo Maria do Céu Patrão Neves (2009, p. 133), a procriação medicamente assistida deve ser interpretada como método terapêutico subsidiário. Nesse sentido, é imprescindível que sua utilização esteja vinculada à uma constatação prévia de infertilidade como doença, sendo rejeitada a sua utilização como um procedimento tão somente alternativo à reprodução natural.

Diante das definições apresentadas de RHA, Ivo Basílio da Costa Júnior (2016, p.207) sustenta que:

estabele-se uma definição mais ampla sobre as técnicas de RHA, levando-se em consideração não só aspectos técnicos, como também bioéticos, onde a RHA seria o conjunto de todas as técnicas empregadas com o objetivo não de curar, mas de remediar temporariamente a infertilidade da mulher, do homem ou do casal, e que inclui a manipulação em laboratório (in vitro) de gametas masculinos (espermatozoides) e/ou femininos (oócitos) ou embriões/pré-embriões, com o objetivo de se alcançar a fecundação, que poderá se dar tanto in vivo como in vitro, para o estabelecimento de uma gravidez, dentro dos limites da ética, da autonomia e respeitando-se os direitos do futuro filho a ser gerado.

Nesse sentido, o presente trabalho busca demonstrar que as tecnologias utilizadas na RHA se apresentam como solução à ineficácia do método natural de procriação, atuando como meio efetivo de concretização do desejo pessoal de constituir família dos casais inférteis.

### 2.1.1 Infertilidade

É notório que o desejo de ter filhos está entre os principais anseios daqueles que almejam constituir família. Entretanto, tal desejo pode ser obstado por uma série de fatores alheios, como por exemplo, a infertilidade.

Reconhecida pela Organização Mundial de Saúde como doença do sistema reprodutivo, a infertilidade atinge de 8% a 12% dos casais no mundo, estando presente em 5% dos casais em idade reprodutiva. (SARTORI, 2015, p.138)

Segundo Wagner Mota Alves Souza (2009, p.473), a infertilidade consiste na “ausência da capacidade de ter filhos durante certo período de tempo, ou seja, um lapso temporal com atividade sexual, mas sem concepção”.

Nesse sentido, diversas são as definições de infertilidade, variando entre aquelas que tomam como referência o período de doze meses de tentativas sem êxito de engravidar e aquelas que têm como base o período de vinte e quatro meses de tentativas. (COOK, DICKENS, FATHALIA, 2004, p.31)

Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga (2005, p.229), por exemplo, apresenta a infertilidade como a incapacidade oriunda de causas funcionais ou orgânicas de obter gravidez em um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem que haja uso de qualquer técnica contraceptiva e com vida sexual ativa.

Contudo, em dezembro de 2009, a Organização Mundial de Saúde (OMS), publicou a definição de infertilidade, adotando o lapso temporal de 12 meses com atividade sexual, mas sem sucesso de gravidez. (ZEGERS-HOCHSCHILD, 2009, p.1522)

Nessa mesma linha, o Ministério da Saúde, através de um dos seus Cadernos de Atenção Básica de Saúde Sexual e Saúde Reprodutiva (2013), elucida que a infertilidade estará presente nos casos em que houver ausência de gravidez mesmo sem o uso de método contraceptivo, após um ano ou mais de atividade sexual regular.

Sob o ponto de vista terminológico, insta trazer a baila que há distinção entre os termos: infertilidade e esterilidade. Enquanto na infertilidade, a impossibilidade de produzir descendência deriva da fecundação onde o feto não chega a termo, na esterilidade a impossibilidade se estabelece na ausência de concepção em um determinado lapso temporal. Contudo, apesar dos termos distintos, a infertilidade –

dificuldade em gerar filhos - e a esterilidade – incapacidade de gerar filhos- estão devidamente registradas como enfermidades na Classificação Internacional de Doenças – CID 10 (OSM). (MALUF, 2015, p. 194)

Destaca-se também a diferença entre a infertilidade primária e a infertilidade secundária, onde a primária acontece quando o casal não consegue engravidar após um ano de relações sexuais contínuas sem qualquer método contraceptivo, enquanto a secundária pode se manifestar de duas formas. A primeira manifestação da infertilidade secundária acontece quando a mulher já engravidou, mas em razão de aborto espontâneo, falhou em conceber após insucesso da primeira gravidez inicial. Já a segunda manifestação se relaciona à infertilidade oriunda de sequelas de infecções geradas por abortos inseguros realizados em clínicas clandestinas. (LUNA, 2013, p.35)

As primeiras explicações quanto à incapacidade de procriar relacionavam a infertilidade necessariamente com uma causalidade feminina. Entretanto, atualmente, em razão dos avanços nas técnicas de diagnóstico, resta também cristalina a existência de causas masculinas. (COUTO, 2011, p.4)

Doenças de causas gerais, anomalias congênitas, disfunções endócrinas e patologias do aparelho genital estão entre as principais causas da literatura médica de infertilidade na mulher, sendo a origem endócrina a mais nociva aos órgãos do aparelho reprodutor. (ALVARENGA, 2005, p. 230)

Em relação aos homens, percebe-se que há uma irreal associação entre o êxito na ereção e ejaculação com a capacidade de gerar gravidez. Deste modo, com exceção dos homens que já apresentam uma doença congênita ou disfunção no aparelho reprodutor, poucos são aqueles que em idade reprodutiva demonstram qualquer preocupação quanto à sua capacidade de procriar. (ALVARENGA, 2005, p. 231)

Não obstante, a aptidão de ter uma ejaculação é apenas um indicador da ausência de disfunção genital neuromuscular, bem como da capacidade secretora da próstata e das vesículas seminais, sendo infundada a ligação entre estas funções e a produção de espermatozoides. Ou seja, a capacidade funcional dos testículos de produzir espermatozoides e a função ejaculatória são atividades fisiológicas distintas e isoladas. (ALVARENGA, 2005, p. 231)

É imperioso salientar que, além dos fatores genéticos e hormonais, é evidente a influência de fatores sociais. Por exemplo, as inúmeras mudanças nos papéis sociais da mulher e do homem na vida familiar se relacionam com o aumento da infertilidade, uma vez que há uma tendência moderna de por o desafio da maternidade numa idade mais avançada. Ademais, a presença de fatores típicos da pós-modernidade como poluição, proliferação de infecções sexualmente transmissíveis e estresse também constituem causas de infertilidade. (ALVES, OLIVEIRA, 2014 p.67)

Ressalta-se ainda que apesar da infertilidade se manifestar como causa de grande sofrimento na maioria dos casos, a vivência emocional de cada indivíduo depende da sua história individual, conjugal e social. Não obstante, é cediço que a interferência negativa no bem-estar psíquico decorrente da infertilidade é contumaz em razão da usual expectativa de procriar presente na sociedade. (COUTO, 2011, p.9)

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a saúde reprodutiva não consiste na mera ausência de enfermidades ou doenças, mas em um estado de bem-estar físico, psíquico e social completo em relação ao sistema reprodutivo e as suas funções. Deste modo, a saúde reprodutiva assegura tanto uma vida sexual responsável e efetiva, quanto a capacidade de procriar com liberdade e responsabilidade. (GAMA, 2003, p. 446)

Neste sentido, resta cristalizado que a impossibilidade de conceber um filho não representa mero dissabor, mas uma condição capaz de provocar efeitos destrutivos tanto na esfera conjugal, como na esfera particular do indivíduo infértil. Além disto, a infertilidade gera uma série de sentimentos nocivos à qualidade de vida do indivíduo como tristeza, ansiedade, frustração, vergonha e estresse, desestabilizando as relações do indivíduo com o seu meio social. (FARINATI, RIGONI, MULLER, 2006, p.434)

Contudo, considera-se reducionista o raciocínio da infertilidade apenas como óbice ao bem-estar individual e familiar, bem como à inserção social dos indivíduos inférteis. Desse modo, torna-se imprescindível a inserção da infertilidade nos atuais conceitos de doença, sendo interpretada inclusive como problema de saúde pública. (BATISTA; BRETONES; ALMEIDA, 2016, p.2)

Desta forma, o exercício da parentalidade subsiste no rol das expectativas de vida da maioria dos indivíduos. Contudo, alguns casais são impossibilitados de atingir tal

objetivo de forma natural em razão de fatores fisiológicos, psíquicos e sociais, sendo necessário o auxílio de técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA) como solução aos problemas associados à capacidade de procriar.

Nesse sentido, enfatiza-se que a infertilidade deverá ser interpretada como um fenômeno complexo, visto que gera consequências devastadoras ao bem-estar do indivíduo em sua singularidade ou em suas relações sociais, devendo ser entendida inclusive como problema de saúde pública.

### **2.1.2 Procedimentos**

Preliminarmente, deve-se deixar claro que o presente tópico não pretende esgotar todo o conteúdo sobre as técnicas de RHA, mas trazer uma descrição sucinta sobre tais técnicas, de modo a elucidar a temática geral proposta pela pesquisa.

Para melhor compreensão das técnicas de RHA, é importante deixar claro que tais técnicas objetivam ultrapassar as dificuldades existentes em qualquer fase do processo de reprodução natural. Nesse sentido, de modo genérico, divide-se o processo de reprodução natural em três fases: a primeira fase acontece pelo ato sexual, permitindo a transferência de espermatozoides para o aparelho reprodutor feminino; a segunda fase ocorre com a fusão do ovócito e do espermatozoide na região ampolar das trompas uterinas, dando origem a um ovo ou zigoto que inicia seu desenvolvimento celular; e a terceira fase, denominada de nidação, acontece em razão da implantação desse embrião na mucosa uterina, provocando a gravidez. (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p.68)

Ao interpretar as técnicas de reprodução assistida como forma de ultrapassar as barreiras existentes em uma ou em várias das fases anteriormente citadas, pode-se dimensionar a complexidade de tais técnicas a partir de critérios como: a (in) dependência de relação sexual, o local onde ocorre a fertilização e a necessidade de interferência de terceiro na efetivação da técnica. (COSTA JUNIOR, 2016, p. 209)

Técnicas como a relação programada e o coito programado são consideradas como procedimentos de baixa complexidade, de modo que a estimulação artificial

decorrente de tais técnicas não interfere diretamente em nenhuma das fases do processo de reprodução natural. (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p.68)

Também considerada como técnica de baixa complexidade, a Inseminação Artificial (IA) ocorre a partir da união do sêmen ao óvulo por meio artificial de cópula, solucionando assim a primeira fase do processo natural, uma vez que esta coloca o ato sexual como condição essencial para transferência dos gametas masculinos no aparelho reprodutor feminino. (FERNANDES, 2005, p.28)

Maria Helena Diniz (2011, p.615) elucida que a Inseminação Artificial será utilizada como solução à problemas decorrentes da impossibilidade de procriação, em razão de causas como: a infertilidade, a esterilidade, a malformação congênita ou deficiência na ejaculação.

Em relação ao rol das técnicas de Reprodução Humana Assistida, a Inseminação Artificial intrauterina é a mais simples, uma vez que consiste na mera introdução artificial, através de um cateter adequado, de espermatozoides no canal genital feminino. Justamente por isso, o procedimento apresentará baixos custos, visto que a união dos gametas e a fertilização esperada ocorrerá de forma espontânea nas tubas uterinas. (COSTA JUNIOR, 2016, p. 209)

Quando a causa de infertilidade se relaciona à segunda fase do processo natural apresentado anteriormente, destaca-se a Fertilização *in Vitro* (FIV), onde em razão da impossibilidade da fusão dos gametas nas trompas uterinas, torna-se necessário que a fecundação seja promovida em laboratório através da retirada prévia de óvulos do útero da mulher. Ou seja, na fertilização *in vitro* os embriões são transferidos para cavidade uterina feminina após fecundação ocorrida em laboratório, provocada pela junção dos espermatozoides selecionados com o óvulo. (DZIK, 2012, p. 52)

Assim, enquanto na Inseminação Artificial – técnica de baixa complexidade -, a fecundação ocorre no próprio organismo feminino, sendo, portanto, intracorpórea, na Fertilização *In Vitro* – técnica de alta complexidade-, há retirada do óvulo da mulher para posterior união ao esperma em laboratório, sendo considerada extracorpórea.

Conforme adotou a Justificação do Projeto de Lei nº 90/99, proposto pelo Senador Lúcio Alcântara (PSDB/CE):

Basicamente, as Técnicas de RA pertencem a duas modalidades: aquelas em que se introduz no aparelho reprodutor da mulher o esperma, genericamente denominadas Inseminação Artificial (IA), e a fertilização *in vitro* (FIV), na qual

o óvulo e o espermatozóide são juntados em um tubo de proveta e posteriormente se introduzem alguns embriões no aparelho reprodutor da futura mãe. A IA subdivide-se em inseminação intra-uterina (IIU), em que o espermatozóide é colocado no útero, transferência intrafalopiana de gametas (IFTG), em que os espermatozóides são introduzidos nas trompas de falópio, e inseminação intraperitoneal (IIP).

Ainda em relação à técnica de fertilização *in vitro* (FIV), Viviane Coitinho e Charlyze Colet (2008, p.250) explicam que:

O óvulo é retirado da mulher e o sêmen do homem é coletado, colocando-os em um tubo de proveta. Após a fecundação, que é provocada artificialmente o óvulo fecundado, já embrião, passa por diagnóstico pré-implantatário [...], em que os embriões com características indesejadas podem ser descartados, dando lugar aos saudáveis para serem implantados. Mesmo sendo transferidos vários embriões, a recomendação é limitar entre dois ou três embriões para evitar a gestação múltipla. Dessa forma, apenas o embrião escolhido com as chamadas melhores características é transportado pra o útero da mulher, esperando-se que ali se dê a nidadação, que é a fixação desse óvulo embrionário no endométrio (mucosa uterina), onde passará a se desenvolver a gestação, que nem sempre ocorre.

Em matéria de fertilização, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2015, p. 101) entende que os termos “fundação”, “inseminação” e “concepção”, apesar de serem recorrentemente empregados como sinônimos, possuem uma importante diferença conceitual.

Em apertada síntese, a fecundação consiste na fertilização do óvulo pelo espermatozóide, compreendendo tanto a fecundação natural, quanto artificial. A fertilização decorrente de manipulação pode ser realizada *in vitro* ou pela inseminação diretamente no corpo feminino. A inseminação, por sua vez, significa a distribuição do sêmen ou do óvulo fecundado na mulher. E finalmente, a concepção acontece em momento posterior a fecundação, onde já existe produto derivados dos materiais genéticos dos pais. (MALUF, 2015, p.198)

Dentro do rol das técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA), também é pertinente a menção à técnica de gestação ou maternidade substitutiva. Popularmente conhecido como “barriga de aluguel”, tal método acontece quando uma mulher consente em ser inseminada de forma artificial ou em receber embriões já transferidos, tendo consciência que após a gestação, a criança deverá ser entregue aos pais que propuseram o procedimento. Ou seja, a maternidade substitutiva consiste na cessão temporária de um útero alheio em razão da impossibilidade de levar a termo uma gravidez pelo casal policultante. (GODIM, 2017, p.01)

Ressalta-se que, por oportuno, apesar da existência de pretensão científica em criar técnica de RHA capaz de ultrapassar problemas relacionados à terceira fase do processo de reprodução natural, observa-se que tal avanço científico ainda não foi alcançado, de modo que atualmente é impossível que haja completo desenvolvimento embrionário in vitro sem qualquer relação com o organismo da mulher. (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p.69)

As técnicas de reprodução assistida estão intimamente ligadas ao direito à procriação. Entretanto, como tal direito não goza de posição doutrinária consolidada e uníssona, o reconhecimento ou não de um direito de procriar provoca distintos níveis de tratamentos sobre como agir diante das novas tecnologias reprodutivas. (SOUZA, 2009, p. 476).

Como foi visto, atualmente o procedimento de inseminação artificial é a técnica mais utilizada, principalmente pela baixa complexidade do seu procedimento e do seu baixo custo em comparação com as outras técnicas de reprodução assistida. (SOUZA, 2009, p. 476)

No Brasil, o tratamento para infertilidade através de tais técnicas não é acessível à população em sua integralidade, uma vez que existem aproximadamente 117 centros de reprodução assistida no país, onde apenas seis dessas instituições oferecem tratamento gratuito e três oferecem tratamento onde apenas a medicação deve ser paga pelo casal. Ademais, a situação é agravada ao se observar que a grande maioria desses centros se concentram no Estado de São Paulo. (MALUF, 2015, p. 197)

Finalmente, como sabiamente pontuam Marcia de Freitas, Arnaldo Siqueira e Conceição Segre (2008, p. 4): “o admirável mundo do RHA trouxe repercussões que configuraram uma nova realidade a ser avaliada em toda a sua magnitude”. Contudo, é imperioso destacar que a utilização de tais técnicas sempre terá o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio basilar, principalmente diante dos inúmeros avanços científicos na área médica.

### 2.1.3 Disciplina normativa

No Brasil, apesar da expressiva evolução das técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA) e dos avanços na área da engenharia genética, não existe uma legislação infraconstitucional específica que disponha sobre a utilização e os efeitos de tais técnicas.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 reconheceu tão somente a existência das técnicas de RHA em seu art. 1.597, incisos III, IV e V:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;  
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;  
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;  
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Em razão da falta de disciplina no ordenamento jurídico brasileiro, coube ao Conselho Federal de Medicina regulamentar a utilização de tais técnicas. Nesse cenário, o Conselho editou a Resolução nº 2.121/15, que conforme a exposição de motivos, foi elaborada a partir da definição de infertilidade humana como um problema de saúde, das conquistas científicas capazes de solucionar problemas reprodutivos, da qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, bem como da necessidade de harmonizar o uso das técnicas de reprodução assistida com os princípios da ética médica.

Atualmente, as normas relacionadas à utilização das técnicas de reprodução assistida foram atualizadas pela Resolução nº 2.168/17, considerando além dos motivos estabelecidos na resolução anterior, o aumento das taxas de sobrevivência e cura após os tratamentos das neoplasias malignas e o fato das mulheres estarem postergando a maternidade, gerando uma considerável probabilidade de problemas reprodutivos com o avanço da idade.

Preliminarmente, cumpre salientar que o presente trabalho não se preocupará em analisar todas as resoluções editadas pelo CFM sobre a matéria em questão. Assim, objetiva-se, em verdade, demonstrar o atual posicionamento do Conselho,

principalmente em relação aos critérios de exigibilidade adotados para acesso à técnica.

Ademais, é imperioso destacar que o Conselho Federal de Medicina (CFM) é uma autarquia federal criada através da Lei 3.268/1957, tendo suas finalidades descritas no art.2º ao estabelecer que:

Art . 2º O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

Nessa ordem de ideias, qualificado como autarquia federal, o Conselho Federal de Medicina (CFM) atua em direção especial à classe médica, tendo os seus atos, a natureza jurídica de ato administrativo. Assim, a Resolução editada pelo CFM sobre a técnicas de reprodução assistida, apesar de dispor do tema de forma específica, não possui eficácia legal, uma vez que se origina de decisões tomadas por um órgão corporativo sem qualquer caráter representativo próprio de lei. (GAMA, 2000, p. 81)

Tal resolução “não tem força de lei, [...] mas reflete normas compatíveis com os princípios constitucionais e com o ordenamento jurídico, embora não solucionem diretamente os conflitos inerentes às práticas”. Assim, embora não exista legislação infraconstitucional específica, a Reprodução Humana Assistida (RHA) encontra respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e conseqüentemente, no direito ao livre planejamento familiar. (OLIVEIRA; BORGES J, 2000, p. 18)

Em matéria legislativa, é possível destacar o Projeto de Lei n. 90/99 proposto pelo Deputado Federal Laire Rosado (PSB) como tentativa de regulamentação da utilização das técnicas de Reprodução Assistida. De acordo com o Projeto, o aval para utilização destas técnicas só ocorreria nos casos em que fosse comprovada infertilidade, não podendo ter causa relacionada com avanço da idade reprodutiva ou com algum tratamento de doenças hereditárias. (SÁ; NAVES, 2015, p. 117-118)

No Senado Federal, o Projeto de Lei n. 1.184/2003, encabeçado pelo Senador Lúcio Alcântara (PSDB/CE), além de reiterar vários dispositivos originários do Projeto de Lei n. 90/99, trouxe inovações imprescindíveis para obtenção de um tratamento igualitário. Isto pois, tal Projeto assegurou às mulheres solteiras, viúvas, divorciadas

ou separadas, o mesmo direito da mulher casada aos métodos de reprodução assistida. (SÁ; NAVES, 2015, p. 123)

Em conclusão, apesar da atual Resolução nº 2.168/17 se comportar como fonte referencial em matéria de Reprodução Assistida no Brasil, destaca-se a necessidade de criação de lei específica capaz de tutelar as técnicas de Reprodução Assistida. Contudo, dentre as diversas sugestões de regulamentação, ressalta-se em essencial a necessidade de harmonia de tal legislação com os princípios éticos e constitucionais básicos de respeito à dignidade da pessoa humana.

## 2.2 NOTAS ELEMENTARES SOBRE AUTONOMIA PRIVADA

Pelo prisma etimológico, a palavra autonomia significa o poder de dar a si a própria lei. Nessa linha, Lalande (1999, p. 115) esclarece que “etimologicamente, autonomia é a condição de uma pessoa ou de uma coletividade cultural, que determina ela mesma a lei à qual se submete”.

No campo do Direito Civil, o termo autonomia é dotado de inúmeros sentidos e tal polissemia pode ser justamente em razão do papel central que o termo ocupa neste ramo do direito (REQUIÃO, 2016, p. 25-26). Dentre os sentidos, normalmente são encontradas duas expressões na doutrina que muitas vezes são encaradas como sinônimos, mas possuem uma importante distinção em relação às consequências práticas.

A definição da autonomia privada está relacionada com a análise da autonomia da vontade. Entretanto, segundo Roxana Borges (2005, p.50-51) é necessário que haja a distinção entre os termos para que a discussão não seja lida sob a antiga perspectiva do individualíssimo exacerbado ou sob a crença da vontade em seu exercício de forma absoluta.

A autonomia da vontade é aquela mais ligada ao liberalismo clássico, onde é possível que o indivíduo use da sua vontade de forma irrestrita, sem que haja qualquer interferência do Estado. Já a autonomia privada, consiste em um exercício da autonomia que se encontra limitado por outros direitos, relacionando-se com os Estados Sociais (BORGES, 2005, p.54).

A teoria da autonomia privada ao evidenciar que o puro consenso não é capaz de criar direitos contrariou a supremacia da vontade existente até então. Deste modo, ficou pacificado que apenas o consentimento previsto como legítimo pelo ordenamento é dotado de prerrogativa de criar direitos. Assim, a autonomia da vontade foi ultrapassada pela teoria da autonomia privada (BORGES, 2005, p. 52).

Para Érico de Pina Cabral (2004, p.111), a liberdade de autodeterminação estaria representada na autonomia da vontade, enquanto o poder de autodeterminação estaria relacionado com a autonomia privada. Assim, enquanto a autonomia da vontade está relacionada com a ideia de liberdade de autodeterminação de cada pessoa, a autonomia privada estaria relacionada com a liberdade de criação de normas para si.

Para Ana Prata (1982, p. 16), a autonomia privada pode ser caracterizada como o “poder de criar normas negociais”. Dessa forma, evidencia-se que a autonomia em questão não se relaciona com a liberdade em sentido extensivo e sim, na dimensão restritiva da liberdade negocial.

Entretanto, é importante evidenciar que mesmo existindo congruência entre a ideia de autonomia privada e a de liberdade negocial, a autonomia privada não se esgota numa espécie de autonomia contratual, uma vez que ela também abrange situações subjetivas existenciais, como cessão de uso da imagem e da voz, doação de óvulos e transplantes (BORGES, 2005, p. 50).

Em relação ao prisma das liberdades pessoais do indivíduo, o sentido da autonomia em destaque é a autonomia existencial. Dessa forma, tal autonomia está relacionada com a liberdade do sujeito de deliberar e gerir a sua vida de forma digna. É justamente neste contexto que as discussões delicadas como identidade de gênero, uso dos direitos da personalidade, eutanásia e aborto ganham destaque. Assim, a discussão da autonomia ultrapassa o campo negocial e pode ser também entendida como liberdade de agir em prol de uma vida digna (REQUIÃO, 2016, p. 31).

Deste modo, considerando a evolução da autonomia privada em detrimento da autonomia da vontade, o termo autonomia, em seu sentido amplo, engloba a autonomia privada e a autonomia existencial. Além disso, é de suma importância evidenciar que o segundo conceito possui um rol de pesquisa escasso (REQUIÃO, 2016, p.32-33).

Vale salientar que seria errônea a ideia de que certos grupos de bens estariam necessariamente relacionados com apenas um dos sentidos de autonomia supracitados. Deste modo, por exemplo, é possível tratar tanto da autonomia existencial, quanto da autonomia privada quando se analisa um negócio jurídico que envolva direitos da personalidade. Assim, enquanto a autonomia existencial estaria relacionada com o direito de dispor sobre a própria personalidade a fim de gerir a vida de forma digna, a autonomia privada se relacionaria com o direcionamento dessa liberdade para concretizar um negócio jurídico (REQUIÃO, 2016, p. 33).

Superado os conceitos fundamentais para compreensão do presente estudo, no decorrer desse subcapítulo, serão analisadas algumas perspectivas da autonomia e em especial, o seu viés intimamente relacionado aos direitos reprodutivos e sexuais.

### **2.2.1 A autonomia como expressão da dignidade humana**

Inicialmente, é importante dilucidar que o objetivo da presente pesquisa não é a análise histórica e ontológica do princípio da dignidade da pessoa humana, mas o de analisar a importância da manifestação da autonomia para promoção de uma vida digna em sua plenitude.

Elegida como valor norteador do sistema jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana foi consagrada logo no art.1 da Constituição Federal de 1988, em seu inciso III. Além da grande relevância internacional, tal princípio tem valor preponderante no ordenamento pátrio, atuando como um dos fundamentos da República brasileira.

Além do *status* de fundamento do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana confere e legitima um sentido uníssono a toda ordem constitucional. (SARLET, 2001, p.176)

Em sucinta conceituação, Alexandre de Moraes (2003, p.60) prncia que a dignidade da pessoa humana:

É um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo vulneral que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações aos exercícios dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa posição central na ordem jurídica brasileira, de modo a colocar o ser humano como fim de todo ordenamento, impondo a necessidade de garantia dos direitos fundamentais para proteger e promover uma vida com dignidade. (CHAVES; ROSELVAND, 2012, p.160)

Segundo Flávia Piovesan (2003, p.392-394), o direito da dignidade da pessoa humana se comporta como um “superprincípio”, uma vez que é orientará indispensavelmente a interpretação das demais normas jurídicas.

Ao enfatizar que não há consenso em relação ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, Ana Thereza Meirelles (2013, p. 222) defende a necessidade de analisar tal princípio, a partir do prisma da autonomia, de modo a repudiar o engessamento do princípio a sua concepção estritamente objetiva.

Partido da ideia que a efetividade da dignidade da pessoa humana exige o respeito aos direitos fundamentais, bem como a vedação de qualquer coação ilegítima externa que restrinja o desenvolvimento da personalidade, entende-se que a restrição do direito fundamental à liberdade demonstra por vezes clara violação ao fundamento da República brasileira. (CRUZ; PEIXINHO; VELASCO, 2008, p.75)

Por esse ângulo, para que haja plena promoção de uma vida digna, o reconhecimento da autonomia privada, enquanto manifestação do direito à liberdade, é imprescindível. E por isso, ao sustentar que a dignidade da pessoa humana não se limita ao fato do ser humano ser considerado um fim em si e nunca como um meio para determinado resultado, entende-se que é igualmente necessário que o ser humano seja capaz de escolher seu próprio caminho, vivendo em condições de autonomia. (COMPARATO, 2010, p.17)

Pelo prisma do constitucionalista Jorge Miranda (1991, p. 166), “a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.

Neste sentido, a efetivação da dignidade da pessoa humana está intimamente relacionada à capacidade de autodeterminação dos indivíduos, bem como ao exercício de sua autonomia privada. (PELLEGRINELLO, BACK, 2013, p. 152)

Em síntese, a autonomia privada se comporta como meio para alcançar a proteção às situações existenciais, garantindo a efetivação do princípio da dignidade da pessoa

humana. Isto pois, ao deter o poder de se autodeterminar, o indivíduo garante o livre desenvolvimento de sua personalidade, criando, modificando ou extinguindo situações particulares. Contudo, ressalta-se que o exercício de tal autonomia não é absoluto, podendo ser restrito quando houver colisão com outros direitos fundamentais. (MEIRELES, 2009, p.60)

Em uma relação simbiótica, a dignidade da pessoa humana também se comporta como pressuposto essencial para o exercício pleno da autonomia privada, uma vez que nos casos em que faltarem condições mínimas para uma vida digna, o indivíduo estará prejudicado em relação a sua capacidade de decidir. Assim, será papel do Estado intervir, através de medidas assistenciais e protetivas, de modo a recompor o exercício efetivo da autonomia dos indivíduos. (BAEZ, LIMA, 2016, p.124)

Como se depreende, é possível sustentar que a violação a autonomia privada, inclusive em sua manifestação dos direitos sexuais e reprodutivos, que será analisada no próximo capítulo, implica em clara ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

### **2.2.2 Corpo, direitos sexuais e reprodutivos e autonomia privada**

Ao longo do século XX, a luta pelos direitos sexuais e reprodutivos foi pauta presente na agenda dos movimentos feministas, em razão da necessidade do reconhecimento de tais direitos como forma de modificar o cenário desigual vivenciado pelas mulheres ao longo da história. No Brasil, a luta foi intensa e obteve fundamentais modificações legislativas como a atual Constituição Federal, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Mulher Casada de 1962, (DIAZ; CABRAL; SANTOS, 2004, p.46)

Na marcante década de 1970, por exemplo, as reivindicações se dedicavam em especial ao direito à autonomia corporal da mulher, sendo tal período marcado fortemente pela luta em busca da descriminalização do aborto e pelo acesso à métodos contraceptivos. Além disto, nas posteriores décadas de 80 e 90, a luta pelo exercício da maternidade advindo das novas técnicas reprodutivas foi incorporada na agenda dos direitos pleiteados e assegurados. (DIAZ; CABRAL; SANTOS, 2004, p.48)

Interpretado como um marco da luta pela efetivação dos direitos reprodutivos, o conceito inaugurado na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, dispõe que:

A saúde reprodutiva é um de completo bem-estar físico, mental e social, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e as suas funções e processos, e não de mera ausência de doença ou enfermidade. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo autonomia para se reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo. Está implícito nesta última condição o direito de homens e mulheres de serem informados e de terem acesso aos métodos eficientes, seguros, aceitáveis e financeiramente compatíveis de planejamento familiar, assim como a outros métodos de regulação de fecundidade a sua escolha e que não contrariem a Lei, bem como o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que propiciem às mulheres as condições de passar em segurança pela gestação e parto, proporcionando aos casais uma chance melhor de ter um filho sadio. (PATRIOTA, 1994, p.30)

Apesar de pontuais divergências doutrinárias, o conceito de Direitos Reprodutivos encontra-se legitimado no sistema jurídico brasileiro. Contudo, a noção de Direitos Sexuais ainda não possui sua extensão ideal reconhecida. Diante desse contexto, a maioria das leis e políticas públicas relacionadas a tais direitos analisa-os em conjunto, utilizando a expressão “Direitos Sexuais e Reprodutivos”. (VENTURA, 2009, p.21)

Em síntese, os direitos reprodutivos englobam o direito de decidir livremente ter ou não filhos, de decidir o número e o espaçamento entre gestações, bem como no direito de ter acesso à informações e meios que auxiliem na tomada da decisão. Assim, caberá ao Estado o dever positivo de garantir o acesso à tais informações, incluindo esclarecimentos relacionados às técnicas contraceptivas ou conceptivas. (MATTAR, 2008, p. 2)

É inquestionável o dever de informação do Estado, uma vez que no plano da sexualidade e reprodução, o acesso às informações relacionadas a tais direitos se comporta como verdadeiro instrumento para os indivíduos exercerem efetivamente a sua autonomia, usufruindo assim de sua sexualidade de forma sadia. (BRANDÃO, 2014, p.869)

Já os direitos sexuais estão ligados com a prerrogativa dos indivíduos de terem uma vida sexual ativa, prazerosa e livre de coação. Nesse sentido, é dado ao indivíduo o direito de escolher a sua orientação sexual, exercendo sua sexualidade sem qualquer discriminação coerção ou violência. (MATTAR, 2008, p. 2)

Segundo a Declaração dos Direitos Sexuais de 2014, a sexualidade é influenciada por uma série de fatores biológicos, sociais, culturais, legais ou religiosos, se comportando como uma inegável fonte de realização pessoal, uma vez que contribui positivamente no bem-estar físico e mental do indivíduo, bem como no seu comportamento em sociedade.

Seguindo essa linha, o Estado não deverá atuar apenas de forma positiva ao garantir o exercício dos direitos sexuais, mas também em um viés negativo ao não interferir na escolha individual em como será dado o exercício da sexualidade. (MATTAR, 2008, p. 76)

Nesse sentido, os direitos reprodutivos e sexuais podem ser analisados em duas dimensões distintas, mas complementares. De um lado, tais direitos se relacionam intimamente com o direito à liberdade e autodeterminação do indivíduo, sendo livre o exercício dos direitos sexuais, bem como dos direitos reprodutivos. De outro modo, o livre e efetivo exercício de tais direitos pressupõe políticas públicas, que promoverão a saúde sexual e reprodutiva dos indivíduos, na medida em que garantirem o acesso a informações e aos meios seguros para efetivação de tais direitos.

Como será visto nos próximos capítulos, adianta-se que a saúde reprodutiva e sexual do indivíduo deverá ser interpretada em seu sentido amplo e por isso, não será reduzida ao conceito de saúde como mera ausência de enfermidades e doenças. Assim, os direitos sexuais e reprodutivos serão assegurados, de modo a proporcionar aos indivíduos um completo de bem-estar físico, mental e social, através de uma vida sexual segura e satisfatória, onde o direito de escolha quanto à reprodução será garantido aos indivíduos.

Assim, partindo para o principal objeto do presente estudo, observa-se que as técnicas de reprodução humana assistida aparecem como meio capaz de promover o direito à liberdade, uma vez que conferem aos indivíduos a possibilidade de autodeterminação na formação das famílias. Neste sentido, a promoção de tais técnicas é harmônica com a já vista primeira dimensão dos direitos sexuais e reprodutivos. (CORREA, LOYOLA, 2015, p. 756).

A livre manifestação da autonomia dos indivíduos é nítida no processo de decisão pela procriação. Sendo assim, a decisão do casal, seja a concretizada naturalmente,

por conjunção carnal, ou a efetivada com auxílio das técnicas de reprodução assistida, pressupõem o elemento volitivo das partes. (MEIRELLES, 2013, p.222)

Portanto, os direitos sexuais e reprodutivos estão fundamentados no efetivo exercício da autonomia e em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, tais direitos deverão ser assegurados plenamente, garantindo o exercício destes de forma equitativa aos cidadãos.

## 2.3 DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Em conformidade aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar assegura a livre decisão dos indivíduos quanto ao momento em que desejam ter ou não filhos, sendo vedada qualquer interferência do Estado ou da sociedade ao exercício da autonomia privada do indivíduo no âmbito de tal direito.

Neste sentido, é evidente que as questões referentes aos procedimentos de reprodução assistida são fundamentadas no preceito do planejamento familiar, devendo o Estado não obstruir o acesso a tratamentos para infertilidade, bem como devendo lidar com as disfunções reprodutivas como problema de saúde pública.

### 2.3.1 Notas conceituais

Arraigado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o direito ao planejamento familiar foi outorgado na Carta Magna brasileira de 1988, no artigo 226, § 7º, ao estabelecer que:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Além da disposição em epígrafe, sobreveio a Lei nº 9.263 de Planejamento Familiar, que estabeleceu normas específicas em nível infraconstitucional assegurando não apenas ao casal, mas ao homem e à mulher individualmente considerados, o direito

ao planejamento familiar de maneira livre, cabendo ao Estado promover uma série de programas que garanta aos indivíduos direitos iguais de constituição, contenção ou aumento da prole. (GAMA, 2003, p.448)

Ainda que de maneira superficial, o planejamento familiar também foi positivado pelo Código Civil de 2002, no §2º do art.1565 ao reconhecer tal direito como a livre e consciente decisão do casal quanto à escolha de ter ou não filhos, sendo vedada qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas ou privadas. (CARDIN, 2009, p.05)

Segundo entendimento de Ana Thereza Meirelles Araújo (2014, p. 66), o planejamento familiar é o ponto de partida dos direitos reprodutivos, sendo embasado no direito fundamental à liberdade e na efetivação da autonomia privada na constituição das famílias.

Neste diapasão, Silvio Venosa (2013, p. 1810) defende que o planejamento familiar é um direito próprio e privativo do casal, não podendo ser alvo de qualquer interferência coercitiva externa.

É cediço que o direito ao planejamento familiar está intrinsecamente relacionado aos direitos sexuais e reprodutivos. Deste modo, para que haja pleno e responsável exercício de tais direitos, são necessárias informações, mecanismos e técnicas que permitam alcançar um considerável nível de saúde reprodutiva e sexual. (GAMA, 2003, p. 446)

Renata de Lima Rodrigues (2013, p.1) sabiamente assegura que o direito ao livre planejamento familiar está intimamente ligado ao livre desenvolvimento da personalidade ao passo que convive com o exercício da sexualidade, dos direitos reprodutivos, do próprio corpo e à saúde. Neste sentido, resta claro que o pleno gozo dos referidos direitos se norteia no exercício da autonomia privada e em especial ao seu fundamento máximo, a liberdade.

Diferencia-se o controle da natalidade do planejamento familiar, uma vez que enquanto aquele visa reduzir o crescimento demográfico como meio de controle econômico, este se relaciona com a ideia de controle da vida reprodutiva e sexual ao fornecer mecanismos e informações capazes de guiar o processo decisório dos indivíduos na satisfação das necessidades sexuais. (DINIZ, 2011, p. 165)

O controle de fertilidade não deve ser legitimado na extirpação da pobreza, mas na escolha consciente do indivíduo em ter ou não filhos. Deste modo, o planejamento familiar deverá ser assegurado como forma de garantir o bem-estar físico, mental e social dos indivíduos e das famílias, bem como a plena vivência da sexualidade. (DINIZ, 2011, p. 165)

Destarte, o planejamento familiar não está amparado no controle demográfico para evitar impactos políticos e econômicos, mas no direito à saúde e à liberdade do casal quanto a decisão do tamanho da sua prole e do momento adequado para ter filhos. Neste sentido, resta clara que a responsabilidade pela paternidade é do casal e não do Estado. (DINIZ, 2011, p. 167)

Atualmente, através de cartilha implementada, o Ministério da Saúde (2002) atribui aos profissionais de saúde o papel de assistir a sociedade quanto concepção e contracepção, devendo estes instruírem os indivíduos em relação a qualquer uma das duas finalidades. Entretanto, percebe-se que a ênfase na promoção do planejamento familiar é dada à contracepção, principalmente em relação à oferta dos métodos contraceptivos – pílula anticoncepcional, tabela, anel transvaginal, camisinha masculina e feminina, diafragma, dispositivo intrauterino (DIU), hormônios injetáveis, laqueadura, vasequetomia ou qualquer outro método contraceptivo autorizado.

Deste modo, apesar da adoção do sentido amplo do termo, o planejamento familiar encontra-se recorrentemente restrito à contracepção, alimentando o desenvolvimento de uma política controladora, na qual o indivíduo perde o seu papel de sujeito em seu contexto sexual e reprodutivo e passa a ser mero objeto para o controle populacional. (MOURA; SILVA; GALVÃO, 2007, p. 2)

Entende-se, portanto, que a adoção do sentido amplo do planejamento familiar é imprescindível não apenas no campo teórico, mas empírico. Sendo assim, tal direito não englobará apenas métodos capazes de coibir gestações indesejadas, mas também mecanismos capazes de promover à concepção aos casais inférteis ou impossibilitados de constituir família por alguma outra razão, garantindo a estes o mesmo direito ao planejamento familiar assegurado aos casais férteis. (MOURA; SILVA; GALVÃO, 2007, p. 8)

### 2.3.3 Papel do Estado no planejamento familiar

Primeiramente, observa-se que é imprescindível a adoção do conceito dinâmico de família, vez que este não será admitido se estiver submetido a ideias estáticas e preso a valores pertencentes ao passado. A sociedade e o homem avançam socialmente, sendo adaptados aos valores vigentes. (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p.41)

É cediço que antigamente o Estado se comportava de maneira invasiva nas relações familiares, principalmente ao editar normas jurídicas orientadoras de comportamentos, sob a justificativa de defesa a supremacia do interesse público. (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p.158)

Não obstante, atualmente percebe-se a valorização da autonomia privada nas relações familiares, sendo vedada qualquer ingerência estatal que vise impor condutas atentatórias a liberdade de autodeterminação humana. Assim, o Estado deverá atuar em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo os sujeitos de direito, em essencial os vulneráveis, e assegurando garantias mínimas. (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 157-158)

Apesar da não positivação do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas relações familiares, há inúmeros sinalizadores no ordenamento jurídico brasileiro que o legitimam. Como ensina Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 183):

Ao garantir ao indivíduo a liberdade por intermédio do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, [a Constituição] conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é que deve interessar ao Estado.

Como preceitua o Código Civil brasileiro “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Deste modo, a proibição a interferência indevida, seja perpetrada por particulares ou imposta pelo Estado, reforça a ideia da autonomia privada como princípio fundamental do Direito de Família. (PEREIRA, 2012, p. 183)

No que tange ao papel do Estado no planejamento familiar, os artigos 4º e 5º da Lei nº 9.263/96 disciplinam que:

Art. 4º 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.

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, 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.

Deste modo, em que pese o planejamento familiar seja norteado por princípios como o princípio da liberdade, da autonomia privada e em especial, ao princípio da não intervenção, não resta dúvidas que o Estado possui papel fundamental na efetivação de tal direito.

De acordo com a interpretação constitucional dos dispositivos relacionados ao planejamento familiar, cabe ao Estado promover políticas públicas de reprodução humana capazes de garantir a efetivação de direitos fundamentais ao colocar o ser humano como eixo epistemológico do ordenamento jurídico. Neste sentido, é imprescindível que a tutela do Estado seja exercida de maneira proporcional, sendo vedada qualquer intervenção estatal ou dos demais particulares no espaço familiar. (RODRIGUES, 2013, p. 01)

É importante destacar que em um cenário de desigualdade social não haverá liberdade no planejamento reprodutivo. Deste modo, a informação e a igualdade social são preceitos para o livre planejamento familiar, devendo ao Estado socializar informações e mecanismos capazes de viabilizar a escolha livre e consciente dos indivíduos em seu projeto parental. (RODRIGUES, 2013, p. 01)

Segundo J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 858), o planejamento familiar é assegurado através de deveres negativos e positivos. Enquanto a dimensão negativa consiste na obrigação de não fazer do Estado, de modo que não interfira nas capacidades cognitivas e de autodeterminação dos indivíduos, a dimensão positiva garante a prestação de informações, métodos e mecanismos que promovam o livre planejamento familiar.

Nesta esteira, ressalta-se que será proibida qualquer intervenção do Estado que tenha fins de controle demográfico, uma vez que a Constituição Federal veda expressamente interferências de instituições públicas ou privadas que impeçam o livre planejamento familiar. (COSTA, 2009, p. 5)

Portanto, “o Estado não deve regular a sexualidade e as práticas sexuais, tendo o dever de coibir práticas discriminatórias que restrinjam o direito à livre orientação sexual”. (JARDIM, 2012, p.3)

Em oposição aos deveres negativos, os deveres positivos clamam do Estado uma ação comissiva em prestar informações e viabilizar acesso aos métodos, estruturas jurídicas e técnicas que asseguram o planejamento familiar. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p.858)

Como sabiamente defendido por Renata Teixeira Jardim (2012, p.3), cabe ao Estado a “promoção do acesso a informações e aos meios necessários para viabilizar as escolhas com relação à reprodução”.

Não obstante, os deveres positivos do Estado em matéria de planejamento familiar não se esgotam no dever de promover acesso das informações educacionais, mas também ao acesso dos métodos de concepção ou contracepção. Deste modo, os métodos anticoncepcionais como pílulas e camisinhas, bem como a reprodução assistida ganham importância na esfera positiva do Estado de efetivação do planejamento familiar. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p.858)

Neste contexto, o governo passou a implementar inúmeros programas objetivando reconhecer e tutelar os direitos sexuais das mulheres, bem como promover informações relacionadas ao planejamento familiar, como por exemplo, o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM) em 1983. Entretanto, a falta de interesse político e a obsolescência do serviço público de saúde brasileiro contribuíram de modo significativo para a ineficiência do PAISM. (JARDIM, 2012, p.11)

No tocante ao dever positivo do Estado, o Deputado Alberto Fraga (DEM-DF), em 12 de março de 2015, propôs o projeto Lei nº 718 destinando ao Estado a responsabilidade de promover programas de incentivo ao planejamento familiar, seja este de orientação educacional independente de faixa etária, de acompanhamento por psicólogos ou assistentes sociais, de orientação financeira ou de qualquer outra medida capaz de incentivar o exercício do planejamento familiar.

Conforme se depreende, se o uso das técnicas de reprodução assistida for essencial para a formação de uma família, a decisão quanto ao uso de tal meio será pessoal, de modo que a atuação do Estado será restrita ao dever de orientar e tutelar, não

sendo autorizada a interferência estatal na determinação do núcleo familiar de cada indivíduo. (PELLEGRINELLO, BACK, 2013, p. 178)

Desta forma, em que pese o planejamento familiar tenha que ser exercido de forma digna, sem qualquer coação e ingerência estatal ou de instituições privadas, é dever do Estado disseminar informações, promover o acesso aos métodos contraceptivos, assegurar a realização de reprodução assistida aos casais impossibilitados de procriar naturalmente, bem como o de promover políticas públicas capazes de proteger a saúde sexual e reprodutiva dos indivíduos.

### **2.3.3 Planejamento familiar como Direito Fundamental**

Partido da ideia de que todos são livres e possuidores de potencialidades de autodeterminação, sendo tal liberdade essencial para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, extrai-se que o direito de constituir família é um direito fundamental passível de concretização.

Independente das profundas transformações ocorridas em relação à noção de família, é indubitável que a Constituição Federal de 1988 promoveu a proteção à família ao reforçar sua ideia como base da sociedade, bem como ao atribuir ao Estado o dever de resguardá-la de forma especial, seja em seu viés positivo ou negativo.

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 estabeleceu que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”, bem como elevou o direito ao planejamento familiar ao prestígio de direito fundamental ao estabelecer que: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”.

Assim, fundamental para a formação da família, destaca-se o princípio do planejamento familiar, consagrado no texto constitucional em seu art. 226, §7<sup>o</sup> e

---

<sup>1</sup> BRASIL. Art. 226, § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Como já apresentado, o livre planejamento familiar assegurado constitucionalmente está intimamente relacionado aos direitos sexuais e reprodutivos, envolvendo a liberdade dos indivíduos de decidirem quantos filhos pretendem ter, o espaçamento entre eles, bem como se não desejam procriar.

As Conferências Internacionais do Cairo, de 1994 e a de Pequim, de 1995, foram cruciais para o reconhecimento dos direitos reprodutivos como um direito fundamental, ampliando de forma significativa o conceito de tais direitos. Podem ser elencadas como manifestações dos direitos reprodutivos tanto a liberdade de escolha reprodutiva, compreendendo inclusive o direito do acesso às novas tecnologias reprodutivas, quanto o direito de não reproduzir, envolvendo principalmente direito do acesso aos métodos contrativos seguros. (CHAGAS, LEMOS, 2013, p. 282)

Segundo Denise Almeida de Andrade e Márcia Correia Chagas (2009, p.10153), partido da ideia de que o planejamento familiar é uma das vertentes dos direitos reprodutivos, não há dúvidas que a livre decisão sobre o planejamento familiar tem *status* de direito, uma vez que este é expressamente protegido pela legislação brasileira e internacional. Contudo, é controversa a existência de um direito à procriação como um direito fundamental autônomo e absoluto.

Respondendo a tal controversa, Maria Cláudia Brauner (2003, p. 52) entende que os direitos sexuais e reprodutivos, tanto em sua vertente de direito de gerar, quanto o de não gerar, estão elencados como direitos fundamentais. Neste sentido, é defendido que tal direito efetiva o direito a intimidade e a autodeterminação das pessoas, não podendo de qualquer modo ser limitado ou restringido, como acontece em certos países.

Por outro lado, também é defendido que tal direito não é genuinamente absoluto, uma vez que gera efeitos além da esfera individual, afetando diretamente a vida e intimidade do “ser gerado”. Ou seja, entende-se que o indivíduo a ser gerado não pode ser reduzido a um objeto da realização de desejos de outrem, muito menos como meio para realizações pessoais. Em outras palavras, como ser humano, o ser gerado precisa ter fim em si mesmo. (ANDRADE; CHAGAS, 2009, p. 10155)

Neste sentido, José Roque Junges (2002, p.167) sustenta que é legítimo o desejo de gerar o próprio filho, bem como o de buscar meios necessários para alcançar tal

desejo. Entretanto, adverte que a legitimidade de tal direito não autoriza a transformação do filho “em remédio para frustração do casal e nem reduzi-lo a meio de realização dos pais”.

Quanto a autonomia do direito ao planejamento familiar, apesar deste se originar dos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, extrai-se do texto constitucional que o mesmo foi consagrado como direito fundamental autônomo, não sendo mera derivação estrita dos demais. (CHAGAS, LEMOS, 2013, p. 284)

Conclui-se, portanto, que o planejamento familiar é entendido como um direito fundamental, uma vez que garante aos indivíduos a possibilidade de exercer efetivamente a sua autonomia reprodutiva, decidindo pelo aumento ou não da prole. Contudo, para uma verdadeira promoção do direito, o planejamento familiar deve ser entendido não apenas em seu viés contraceptivo, mas também em sua perspectiva que estimula à concepção, perspectiva esta que se encontra amplamente ignorada no imaginário coletivo.

### 3 SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL POR EXCELÊNCIA

Hodiernamente, é inegável que a saúde é reconhecida como um dos mais importantes direitos assegurados às pessoas, estando, intrinsecamente, relacionada ao desenvolvimento do homem, seja em seu aspecto físico, psíquico ou social.

Nesse passo, o direito à saúde é essencial para promoção da dignidade do ser humano, uma vez que esta reúne todos os valores e direitos intrínsecos ao homem, de modo a garantir não apenas integridade física, psíquica e intelectual, mas também o pleno desenvolvimento da autonomia do indivíduo.

Com efeito, para correta compreensão do caráter fundamental atribuído ao direito à saúde pela Constituição Federal, faz-se imprescindível a análise conceitual do referido direito, bem como o estudo do sistema normativo que reconhece a saúde como direito fundamental inequívoco.

#### 3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOTAS PERTINENTES

Inicialmente, é fundamental clarificar que o presente trabalho não se dedicará a detalhar os Direitos Fundamentais em sua amplitude e profundidade, mas apenas em delimitar aspectos relevantes do tema para compreensão da questão enfrentada. Nesse sentido, as noções substanciais dos direitos fundamentais serão apresentadas de modo a conduzir a investigação referente à eficácia horizontal de tais direitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Fruto de uma evolução histórica marcada por revoluções e rupturas sociais que objetivaram a promoção da dignidade da pessoa humana e a consagração de direitos, os direitos fundamentais surgiram como forma de proteção dos abusos de poder praticados pelo Estado. (SARMENTO, 2008, p.4)

Segundo a abordagem histórica que define os direitos fundamentais em dimensões, observa-se que tais direitos não se materializaram concomitantemente, mas em períodos distintos, de forma progressiva e sequencial nos textos constitucionais. (KLOSTER, 2010, p.5)

Nesse sentido, defende-se que o caráter histórico dos direitos fundamentais é retratado por sensíveis transformações ao longo de sua história, sendo tais direitos divididos em dimensões distintas. Assim, cada dimensão foi marcada com a necessidade de proteção ao ser humano de acordo com determinada época da história. (MORAES, 2008, p.507)

A primeira dimensão dos direitos fundamentais é composta pelos direitos referentes às liberdades individuais, tendo sua consagração baseada na concepção liberal burguesa do século XVIII. Pois bem, no cenário marcado pela saída do Estado Absolutista e pelo princípio do Estado de Direitos, extraiu-se a ideia de que os indivíduos possuíam uma esfera de autonomia individual insubmissa às ingerências do Poder e por isso, era exigido do Estado uma atuação negativa, onde existiam obrigações estatais de não fazer quanto aos aspectos subjetivos de cada indivíduo. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 137)

Relacionando-se com os direitos sociais, culturais e econômicos, a segunda dimensão dos direitos fundamentais nasceu com o princípio da igualdade material, de modo a exigir do Estado uma atuação positiva na prestação de políticas públicas capazes de assegurar direitos como à saúde, à educação, ao trabalho e à previdência social. Assim, o Estado ultrapassou a mera atuação negativa em favor das liberdades individuais, para assumir também um comportamento positivo perante aos indivíduos. (KLOSTER, 2010, p.5)

A terceira dimensão, por sua vez, consagrou os ideais revolucionários de solidariedade ou fraternidade, não se relacionando tão somente aos interesses individuais ou de um grupo determinado, mas aos interesses de uma titularidade difusa ou coletiva. Nesse passo, diferenciam-se dos direitos de primeira e segunda dimensão, que possuem destinatários certos e determinados, na medida em que possuem um caráter transindividuais, abarcando uma coletividade indeterminada. (KLOSTER, 2010, p.7)

Nessa perspectiva, Alexandre de Moraes (2003, p. 59) sintetiza:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da

solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexequibilidade.

Apesar da inexistência de consenso, alguns doutrinadores defendem a existência de outras dimensões. A quarta dimensão, por exemplo, é defendida por Paulo Bonavides (2015, p.580) como a dimensão que consagra direitos à democracia, à informação, à globalização e ao pluralismo, tendo como objetivo a universalização dos direitos fundamentais. Por outro lado, Guilherme Peña de Moraes (2008, p.507) defende que a quarta dimensão valoriza questões relacionadas à engenharia genética e as técnicas de reprodução assistida.

Finalmente, conforme lições de Bernardo Fernandes Gonçalves (2012, p. 314):

Acontece que, já existem autores defendendo (ou pelo menos explicitando) uma quinta geração (dimensão) de direitos. Um deles é o próprio Paulo Bonavides que acaba, nas últimas edições de seu curso de direitos constitucional visualizando a paz como um direito de quinta geração (dimensão). Nesses termos, o direito a paz seria alçado de um direito de terceira dimensão para a quinta dimensão, alcançando assim um patamar superior e específico de fundamentalidade no início do século XX.

Superada a síntese das dimensões, cumpre-se observar que em razão das transformações de tais direitos ao longo da história, não é simples a delimitação de um conceito sintético e preciso para os direitos fundamentais. Além disso, em que pese a Constituição Federal brasileira tenha optado, em seu título II, pela denominação de “direitos fundamentais”, o emprego de inúmeras expressões para representa-los, tais como: “direitos subjetivos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “direitos do homem”, aumentam ainda mais a dificuldade em traçar um conceito inequívoco para tais direitos. (SILVA, 2015, p. 177)

A terminologia adotada pela Constituição Federal se relaciona a ideia de que tais direitos são essenciais à própria condição humana. Assim, apesar da diversidade de nomenclaturas para o termo, os direitos fundamentais são aqueles inerentes ao ser humano, que foram positivados na esfera constitucional em razão da importância do seu conteúdo. (SARLET, 2007, p.89)

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p.54), os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos contidos no texto constitucional destinados a limitar o exercício do poder estatal em virtude da liberdade individual.

Nesse sentido, apesar da diversidade conceitual, é uníssono que os direitos fundamentais são o conjunto de normas inclusas no texto constitucional que buscam garantir os direitos essenciais à promoção da dignidade da pessoa humana, bem como limitar a atuação arbitrária do Estado contra a liberdade individual.

### **3.1.1 Multifuncionalidade dos direitos fundamentais**

Como já exposto, os direitos fundamentais são dotados de historicidade, reafirmado através de um movimento histórico de expansão e consagração progressiva. Além disso, os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva: subjetiva e objetiva, onde enquanto a primeira assegura os direitos subjetivos individuais, a segunda se relaciona aos princípios objetivos norteadores da ordem jurídica.

Partindo desses dois fatores, infere-se que a multifuncionalidade é intrínseca aos direitos fundamentais, visto que possuem múltiplas e heterogêneas funções no ordenamento jurídico. Assim, com o objetivo de analisar a classificação funcional dos direitos fundamentais, o presente estudo desenvolverá a classificação elaborada por Robert Alexy (2008).

Em verdade, apesar das inúmeras classificações funcionais relevantes no estudo dos direitos fundamentais, demonstra-se desnecessária a investigação aprofundada de tais classificações, uma vez que tal estudo se concentra tão somente na análise do direito fundamental à saúde.

Segundo lições de Robert Alexy (2008, p.196), os direitos fundamentais podem ser analisados em dois campos: direitos de defesa e direitos a prestações.

Os direitos de defesa são aqueles que asseguram a não ingerência estatal na esfera jurídica individual do ser humano, na medida em que tais direitos impõem ao Estado obrigações de não fazer, garantindo o exercício da autonomia dos indivíduos. (ALEXY, 2008, p.196)

Seguindo o mesmo raciocínio, Josiane Araújo Gomes (2013, p. 44) esclarece:

Subdividem-se em três os direitos de defesa: a) direitos a não-embaraço de ações, pois cabe ao Estado não impedir ou dificultar as ações de um titular de direitos fundamentais. b) direitos a não afetação de características e situações, isto é, tutelam-se os bens jurídicos fundamentais contra ações positivas do Estado que os venham atentar. c) direitos a não-eliminação de

posições jurídicas, ou seja, o Estado está impedido de retirar da sua ordem jurídica determinadas posições jurídicas concretas do titular do direito.

Já os direitos a prestações são aqueles que impõem ao Estado uma atuação voltada a promover condições jurídicas e fáticas favoráveis ao exercício das liberdades protegidas pelos direitos de defesa. Nesse sentido, tais direitos, por sua vez, se subdividem em: direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito. (GOMES, 2013, p.44)

Conforme o sentido amplo, tais direitos se relacionam a condição do indivíduo de exigir do Estado a criação de normas capazes de efetivar os direitos pendentes de regulamentação, subdividindo-se em direitos a proteção e direitos a organização e procedimento. Enquanto os direitos a proteção são “direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si”, os direitos a organização são “tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais”. (ALEXY, 2008, p.445-474)

De acordo com o sentido estrito, os direitos a prestações são aqueles que também podem ser realizados por pessoas privadas, na medida em que se traduzem como “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. (ALEXY, 2008, p.499)

Em vista do exposto, o direito à saúde é um dos mais relevantes exemplos de direito a prestações, especificamente, em seu sentido estrito. Pois bem, o indivíduo, titular do direito fundamental à saúde, tem o direito de exigir do Estado uma ação positiva em prol da efetivação da saúde. Assim, tais direitos são dirigidos ao Poder Legislativo, tendo em vista a criação de normas procedimentais e ao Poder Judiciário, almejando a proteção efetiva de tais direitos. Logo, como será visto posteriormente, a figura do magistrado aparece como o representante do poder jurisdicional do Estado capaz de equilibrar e garantir efetivamente os direitos fundamentais de titulares distintos.

### 3.1.2 Da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Em primeira análise, considerados como direitos de defesa, os direitos fundamentais são aqueles que conferem poderes jurídicos aos indivíduos capazes de combater eventuais atuações opressoras do Estado. Observa-se, assim, uma eficácia vertical das normas de direito fundamental, uma vez tais normas se destinam a tutelar relações travadas entre indivíduos e o Estado, não apenas protegendo os particulares de ingerências estatais em sua esfera pessoal, mas também impondo ao Poder Público a obrigação de promover tais direitos a fim de garantir uma vida digna. (GOMES, 2013, p.138)

Como será visto, os direitos sociais foram reconhecidos com a finalidade de proporcionar uma vida digna aos indivíduos numa sociedade cada vez mais desigual, cabendo ao Estado assegurar à satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, a fim de garantir aos indivíduos uma existência digna. Ocorre que, a atuação do Estado se mostrou insuficiente para atender de modo completo à demanda social. Nesse contexto, iniciou-se a atuação da iniciativa privada na promoção e garantia de tais direitos sociais. (GOMES, 2013, p.138)

Assim, com as transformações graduais do Estado e da Sociedade, firmou-se que a ameaça aos direitos fundamentais não é fruto somente da atuação estatal, mas também de inúmeros atores privados, presentes em diversos setores, tais como o mercado, a sociedade civil, a família, dentre outros. Portanto, o Estado não é o único ofensor possível das liberdades individuais, mas também os próprios pessoas naturais e jurídicas de direito privado. (SARMENTO, 2008, p.185)

Em vista disso, surge a noção de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tornando inquestionável a incidência e aplicação de tais direitos no plano das relações privadas. Em verdade, a existência de significativas desigualdades sociais e econômicas nas relações privadas demonstra a necessidade de aplicação dos direitos fundamentais em face aos particulares, uma vez que geralmente a parte hipossuficiente da relação acaba sendo oprimida, maximizando os interesses privados em detrimento do interesse social. (KLOSTER, 2010, p.10)

Em que pese reconhecida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Daniel Sarmento (2008, p.186) defende que o alcance da incidência de tais direitos nas

relações privadas não é uníssono. Contudo, é incontroverso que a eficácia dos direitos fundamentais em face do particular não se concretiza similarmente como ocorre perante ao Estado.

Enquanto os particulares são titulares de direitos fundamentais, possuindo a prerrogativa de autodeterminação de seus próprios interesse, o Poder Público não é titular de tais direitos, mas possuem a obrigação de garantir o exercício destes por todas as pessoas. Nesse sentido, no campo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, torna-se imprescindível a correta compatibilização entre a tutela desses direitos e da proteção a autonomia privada. (GOMES, 2013, p.138)

Visando a harmonização entre a tutela dos direitos fundamentais e a autodeterminação dos particulares, põem-se em foco inúmeras teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, das quais podem ser extraídos dois posicionamentos: a eficácia direta ou imediata e a eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. (SARMENTO, 2008, p.200)

Conforme a teoria da eficácia indireta ou mediata, a incidência dos direitos fundamentais entre os particulares é condicionada a regulamentação infraconstitucional. Assim, tal incidência não é direta e não se dá por meio de instrumentos constitucionais, mas depende de regulação específica ou da aplicação de cláusulas gerais do Direito Privado. (GOMES, 2013, p.140)

Nessa concepção, a proteção dos direitos fundamentais se concretiza através dos mecanismos do próprio direito privado, uma vez que caberá ao legislador civilista realizar a prévia ponderação entre o exercício dos referidos direitos e a autonomia privada dos indivíduos. Assim, o legislador ganhou relevância em detrimento do magistrado na efetivação dos direitos fundamentais na esfera privada, na medida em que caberá ao Poder Judiciário apenas “papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação de normas privadas incompatíveis com tais direitos.”. (SARMENTO, 2008, p.198)

Já a teoria da eficácia direta ou imediata sustenta que os direitos fundamentais possuem aplicação direta nas relações privadas, não dependendo de prévia atuação do Poder Legislativo. Assim, extrai-se que a consagração constitucional desses direitos vincula automaticamente as pessoas de Direito Público e Privado.

(SARMENTO, 2008, p.204)

Nesse sentido, elucida Josiane Araújo Gomes (2013, p.141):

Segundo a concepção da eficácia direta ou imediata, os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente sobre as relações entre particulares, assegurando, mesmo na ausência de norma infraconstitucional regulamentadora, garantias subjetivas aos seus integrantes, sem que sejam necessárias artimanhas interpretativas para se produzam efeitos. Logo, os direitos fundamentais não necessitam da existência de cláusulas gerais ou de qualquer outro mecanismo para se irradiarem no ordenamento privado, haja vista que, por ser a ordem jurídica uma unidade, em que a Constituição figura como a sua Lei Mario, todas as demais normas, bem como todas as relações jurídicas, somente são válidas e legítimas se respeitarem os valores e limites impostos pelo texto constitucional.

Em vistas de tais concepções, depreende-se que há necessidade de convivência das eficácias dos direitos fundamentais, seja ela direta ou indireta. Nessa lógica, a afirmação dos efeitos diretos não exige que todo direito fundamental seja aplicado automaticamente às relações privadas, nem que tal incidência direta elimine necessariamente a atividade legislativa, mas sim que seja autorizada a incidência imediata quando não houver norma infraconstitucional específica ou, existindo, quando esta atuar em desarmonia com o texto constitucional. (MARINONI, 2008, p.81)

Conclui-se, portanto, que independente de filiação integral a alguma das teorias, tanto o Poder Público, quanto os particulares devem atuar de acordo com os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. Isso pois, as normas constitucionais possuem força vinculante e obrigatória, norteadas a interpretação e aplicação do direito em todos os ramos da ciência jurídica. Assim, para o presente estudo, guarda-se a máxima de que o ordenamento jurídico deve ser analisado em sua totalidade, sendo o texto constitucional o ponto de partida e o ponto de chegada de qualquer interpretação jurídica.

### 3.2 SAÚDE: UM CONCEITO AMPLO

Antes de analisar o direito à saúde consagrado no texto constitucional pátrio, é imprescindível a compreensão do sentido e conteúdo do termo “saúde”. Pois bem, embora pareça óbvio, a depender da extensão dada a tal conceito, este modificará de forma substancial a interpretação do texto normativo.

O vocábulo “saúde” possui raiz etimológica no termo “salus”, tendo seu significado em latim relacionado ao atributo principal dos intactos, inteiros e íntegros, enquanto que em grego, tal termo designa o sentido de totalidade. (GOMES, 2016, p.185)

A busca pela conceituação de saúde movimentou grandes estudos filosóficos e científicos, sendo estes, em sua maioria, marcados por crenças, preceitos morais e simbolismos. Na antiguidade, por exemplo, a saúde era concebida tão somente como a ausência de enfermidade, sendo tal ausência fruto de uma ação ou omissão dos deuses. (ARAÚJO; BRITO; NOVAES, 2008, p. 117)

As transformações sociais ocorridas a partir do século XIX, bem como as marcantes descobertas científicas, fizeram com que a ideia de saúde “curativa” fosse repensada. Neste sentido, a mera ausência de doença se mostrou insuficiente para traduzir a saúde, na medida em que a percepção do termo se relacionava cada vez mais com as inúmeras condições de vida do indivíduo. (SCHWARTZ, 2001, p.34)

Em 1948, a Organização Mundial de Saúde (OMS) conceituou a saúde como um estado de bem-estar físico, mental e social, sendo este completo e não restrito apenas a ausência de doença ou enfermidade. Assim, a pioneira e formal conceituação de saúde trouxe ao termo contornos mais amplos e para alguns doutrinadores, contornos altamente subjetivos. (BAHIA; ABUJAMRA, 2010, p.37)

Neste sentido, a amplitude do conceito de saúde pela OMS foi alvo de duras críticas, principalmente quanto a inclusão da expressão “estado de mais completo” na conceituação, conferindo ao termo uma ideia de algo ideal e inatingível. Além disso, criticou-se também a falta de objetividade do conceito ao se fundar na noção de “bem-estar”. (BATISTELLA, 2007, p. 57)

Dentre as críticas, Nanci Figueiroa Rezende (2010, p.230) expõe que:

O conceito de saúde da Organização Mundial da Saúde, como “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou de enfermidade”, apesar de representar uma grande conquista por abordar o conceito positivo de saúde e ser importante ponto de vista doutrinário para o Direito, se mostra insuficiente do ponto de vista prático, pois quem não alcança tal estado estaria doente e nesse caso todos nós estaríamos doente, ou seja, seríamos seis bilhões de doentes na Terra com o sonho de se tornar saudável.

Entretanto, adverte Sandra Caponi (1997, p.298) que embora o conceito de saúde delimitado pela OMS seja objeto de crítica, tal descontentamento não pode se fundar

no caráter subjetivo da expressão “bem-estar”. Isto porque, a subjetividade se comporta como elemento inerente na conceituação de saúde, seja em sua concepção restrita a ausência de enfermidade, seja em seu viés ampliado.

Em suma, em que pese as críticas quanto a imprecisão da nova definição, a criação do conceito amplo de saúde representou um grande avanço na efetivação do direito à saúde, uma vez que tal entendimento reforçou a necessidade de adoção de políticas públicas em nível sanitário. Assim, as ações governamentais não devem ser direcionadas tão somente a cura de doenças, mas também a sua prevenção, de modo a promover maior qualidade de vida possível aos indivíduos. (GOMES, 2016, p.50)

Deste modo, no atual cenário, para que o conceito ampliado de saúde se expresse de forma alcançável e concreta, este não deve ser interpretado literalmente como um completo bem-estar físico, mental e social, mas um bem-estar físico e mental associado a uma série de condições sociais que proporcionem qualidade de vida digna. (ARAÚJO; BRITO; NOVAES, 2008, p. 117)

Ou melhor, utilizando-se da cirúrgica expressão de Moacyr Scliar (1987, p. 33), o bem-estar físico, psíquico e social componente do conceito de saúde deve ser entendido como uma espécie de “imagem horizonte” a ser lograda. Assim, ainda que a saúde seja compreendida como um ideal a ser alcançado, tal concepção reforça a necessidade de promoção do equilíbrio entre o indivíduo e o meio que o circunda, bem como acentua que o mínimo existencial capaz de assegurar uma vida saudável e digna não pode ser abreviado a um “mínimo vital”, que assegure a mera sobrevivência do indivíduo. (SARLET, 2018, p. 2014).

Por todo o exposto, evidencia-se que o presente trabalho analisará a não conformidade da não obrigatoriedade de cobertura dos procedimentos assistidos de reprodução por planos de saúde à luz do conceito extensivo de saúde adotado pela Constituição brasileira, bem como dos direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional.

### **3.2.1 A proteção constitucional do direito à saúde**

Fruto de reivindicações feitas no plano dos movimentos sociais, a consagração

explícita do direito à saúde como um direito fundamental representa um valioso marco constitucional brasileiro, uma vez que cristalina é a opção do constituinte em adotar uma ordem de valores em que o ser humano é elevado ao fundamento e fim do Estado Democrático e Social de Direito.

A proteção constitucional dada ao direito à saúde antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se limitava tão somente a algumas normas esparsas, sendo usualmente tratada como objeto de distribuição de competências legislativas e executivas ou de forma indireta, dentre as disposições que tratavam da proteção da saúde dos trabalhadores ou da assistência social. Neste sentido, na tradição constitucional anterior, não existia uma tutela própria e efetiva da saúde, tampouco a condição deste direito como um direito fundamental. (FIGUEIREDO, 2010, p. 221)

Decerto, na atual ordem jurídico-constitucional brasileira, ainda que o direito à saúde não se revestisse com status explícito de direito fundamental, a salvaguarda da saúde poderia ser reconhecida como princípio fundamental implícito.

Assim, cristalina é a consagração do direito à saúde como um direito fundamental, uma vez que tal direito é imprescindível para o alcance de uma vida plena e digna, sendo um direito inerente a todos os cidadãos. (PIOVESAN, 2011, p.175)

Da análise do texto constitucional, o conteúdo do direito à saúde não é definido com precisão em um dispositivo. Contudo, com uma rápida leitura do art. 196<sup>2</sup>, extrai-se que o direito fundamental à saúde abrange não apenas o aspecto curativo do termo, mas também as dimensões promocionais e preventivas. Assim, é evidente que a concepção de saúde adotada pelo constituinte está alinhada àquela traçada pela Organização Mundial de Saúde (OMS). (SARLET, 2018, p. 2014)

Em linhas textuais do art.196, é manifesta a conexão do termo “recuperação” com a noção de “saúde curativa”, isto é, a garantia de acesso aos meios aptos de trazerem a cura de doenças, ou pelo menos uma significativa melhora na qualidade de vida do indivíduo. Ademais, as expressões “proteção” e “redução do risco de doenças” reportam-se diretamente à ideia de “saúde-preventiva”, uma que vez visam, por meio de políticas sociais e econômicas, evitar o surgimento de doenças ou danos à saúde, guardando íntima relação com os princípios da precaução e prevenção. Por fim, o

---

<sup>2</sup> 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.

termo “promoção” se conecta à busca da qualidade de vida, de modo a melhorar as condições de vida e de saúde dos indivíduos. (SARLET, 2018, p. 2014)

Neste sentido, conclui-se que a Carta Magna brasileira guarda explícita harmonia com a concepção de saúde adotada pela OMS, assumindo o conceito amplo de saúde como “um completo bem-estar social, mental e social”.

No que se refere à condição de direito fundamental do direito à saúde, destaca-se que este comunga de dupla fundamentalidade formal e material. Em breve síntese, a fundamentalidade em seu prisma material se relaciona à relevância do bem jurídico protegido, enquanto a fundamentalidade formal decorre da positivação do direito constitucional. Assim, evidente é a fundamentalidade material do direito à saúde, uma vez que tal bem jurídico é essencial para manutenção e gozo da vida com dignidade, sendo inclusive pressuposto para fruição dos demais direitos. Já a manifesta fundamentalidade formal se desdobra em três elementos, quais sejam, a atuação do direito fundamental à saúde como parte integrante da Constituição escrita, a submissão deste aos limites formais e materiais da Constituição e por fim, a aplicação direta e imediata de tal direito. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p.114)

Para além da condição de direito fundamental consagrada no art.6<sup>3</sup> da CF/88, a tutela da saúde também gera deveres fundamentais, conforme dicção do art.196<sup>4</sup>. Deste modo, comporta-se como típica hipótese de direito-dever, onde é dever precípua do Poder Público a efetivação de tal direito. (SARLET, 2018, p. 2013)

Ou seja, retira-se das linhas do supramencionado artigo que o direito à saúde é um “direito de todos” e “dever do Estado”, onde a primeira expressão demonstra tanto o caráter individual, quanto coletivo da proteção à saúde, uma vez que tal direito é assegurado constitucionalmente à uma generalidade. Por outro lado, a segunda expressão exprime a imposição constitucional ao Estado para desenvolver políticas sociais e econômicas capazes assegurar e concretizar o direito em questão. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 661)

---

<sup>3</sup> CRFB/88. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>4</sup> CRFB/88. 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”

Tratando da titularidade do direito, o texto constitucional estabelece um caráter universal ao assegurar a titularidade do direito à saúde a toda e qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, em transito no país. Cumpre-se destacar ainda que tal titularidade é simultaneamente individual e coletiva, não se esgotando no indivíduo, mas também conferida a um grupo específico ou até mesmo a toda uma coletividade, como no caso da promoção da saúde pública. (FIGUEIREDO, 2010, p. 224)

No que respeita ao dever, ressalta-se que, por oportuno, apesar do Estado ser o sujeito passivo principal do direito à saúde, a eficácia do direito na esfera privada não será denegada. Deste modo, pertinente é o entendimento que defende a existência de um dever de respeito à saúde pelos particulares entre si. Efetivamente, tal dever se manifesta tanto em um sentido defensivo, ao vedar condutas demasiadamente restritivas ao gozo do direito, quanto em um sentido de dever geral de proteção, norteado pelo princípio da solidariedade. (MATEUS, 2008, p. 137)

Nessa lógica, o direito à saúde assume feição prestacional positiva, uma vez que exige prestações do Poder Público ou da sociedade voltadas a proteger, promover e efetivar tal direito. Observa-se, portanto, que a proteção constitucional da saúde ultrapassa a relação Estado-indivíduo, devendo ser garantida inclusive entre particulares, como é o caso da personagem principal do presente trabalho, as operadoras de plano de saúde. (NELSON; PEREIRA, 2012, p.124)

Desenvolvendo essa ideia, sustenta-se que:

Tal determinação se estende aos planos de saúde, que devem, na medida do possível, atenderem àqueles que estiverem vinculados a eles e precisarem de tratamento com eficiência, respeitando as relações entre particulares. [...] O indivíduo, portador deste direito, pode atuar isolada e individualmente para promoção e preservação de sua saúde, através de medidas que não comprometam o bem-estar físico e mental do corpo” (NELSON; PEREIRA, 2012, p. 128).

Isto posto, conclui-se que o direito à saúde é reconhecido como direito fundamental no regime jurídico-constitucional brasileiro, sendo interpretado não apenas em sua dimensão “curativa”, mas também em seu aspecto preventivo e promocional. Enquanto aos seus titulares, tal direito goza de titularidade individual e coletiva, na medida em que são titulares do direito à saúde não apenas um indivíduo, singularmente considerado, mas também certo grupo específico ou até mesmo toda a sociedade. E por fim, os deveres de proteção, prevenção e promoção do direito

fundamental à saúde vinculam não apenas o Poder Público, mas também os particulares.

### **3.2.2 O Sistema Único de Saúde no Brasil e seus princípios norteadores**

Estabelecido e regulamentado pela Constituição Federal de 1988, o Sistema Único de Saúde (SUS) é composto pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestado pela Administração Pública direta ou indireta, bem como pelas fundações mantidas pelo Poder Público, voltado a garantir o acesso à saúde de forma gratuita a todos.

Além da previsão constitucional, o Sistema Único de Saúde é tutelado por leis infraconstitucionais, de modo a assegurar a garantia do sistema, tal como promover o direito à saúde no país. Destaca-se, nesse sentido, a Lei n. 8.080/90, que cuida da organização e estruturação dos serviços de saúde; a Lei n 8.142/90, que assegura a participação dos beneficiários do sistema na gestão dos serviços e na alocação de recursos financeiros intergovernamentais; a Portaria n 3.916, que respalda a Política Nacional de Medicamentos e a Norma Operacional da Assistência à Saúde, tutelada na Lei n 01/2002 (NOAS-SUA 01/02). (ANDRADE, 2011, p.3)

Como já apresentado, o direito à saúde é consagrado como um direito fundamental, sendo atribuído ao Estado um dever constitucional de promover, proteger e recuperar a saúde em seu sentido amplo. Neste sentido, foram traçados princípios e diretrizes no sistema jurídico brasileiro com a finalidade de fomentar o direito à saúde na realidade nacional.

Antes da criação do Sistema Único de Saúde, a atuação do Poder Público no campo da promoção e proteção do direito se manifestava especialmente através das campanhas de vacinação e controle de endemias. Nesse campo de atuação, o Ministério da Saúde contava com o apoio dos estados e municípios, desenvolvendo ações à população beneficiária. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002, p.09)

Em breves linhas, a grande atuação do poder público antes da criação do sistema se dava através do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), posteriormente denominado de Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). Tal instituto possuía responsabilidade de prestar assistência aos seus

associados, sendo estes os trabalhadores da economia formal e seus dependentes. Em verdade, os estados desenvolvidos economicamente recebiam maior quantidade de recursos do INAMPS, uma vez que possuíam maior número de relações formais de trabalho. Portanto, nessa época, a saúde era dividida entre três categorias de destinatários: os que podiam pagar pelo serviço, os que tinham direito a assistência do INAMPS e os que não possuíam qualquer direito. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002, p.10)

Com a promulgação da Constituição de 1988, foi estabelecido de forma clara o princípio da universalidade da cobertura do Sistema Único de Saúde, na forma do seu art. 196. Ademais, o art.198<sup>5</sup> atuou com extrema importância ao estabelecer que o financiamento do Sistema será mediante recursos do orçamento da seguridade social dos entes federativos, bem como do orçamento de outras fontes. Assim, a implantação do SUS foi crucial para promoção do caráter universal de cobertura à saúde, de modo a ultrapassar a cobertura proporcionada pelo INAMPS apenas para os seus beneficiários.

De acordo com a Carta Magna de 1988, o SUS integra o Sistema de Seguridade Social, consagrado no art. 194, caput. Em breve síntese, o Sistema de Seguridade Social foi criado como fruto do modelo de Estado de Bem-Estar Social, na medida em que compreende “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Em que pese o presente estudo não objetivar uma análise do Sistema da Seguridade Social, o princípio da universalidade, estabelecido no inciso I do artigo supramencionado, merece um breve destaque, em razão deste atuar como norte ao Sistema Único de Saúde.

Conforme o texto do art.194, parágrafo único, inciso I, o direito à saúde enquanto parte da Seguridade Social deve ser organizado com a finalidade de universalizar a

---

<sup>5</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

cobertura e o atendimento. Neste sentido, leciona Wagner Balera (2003, p.20):

A universalidade da 'cobertura' refere-se às situações da vida que serão protegidas, ou seja, todas e quaisquer contingências que possam gerar necessidade social. Já a universalidade do 'atendimento' diz respeito aos titulares do direito à proteção social. Todas as pessoas, no Brasil, são titulares desse direito.

Neste sentido, ao instituir o princípio da universalidade no Sistema na Seguridade Social, o constituinte visou ampliar a atuação do Estado na proteção dos direitos abarcados no sistema. Especialmente no caso do direito à saúde, o princípio da universalidade se relaciona intrinsecamente com as diretrizes aprovadas na 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986), onde foi firmado um compromisso de universalização do acesso à saúde a todos os habitantes do território nacional. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1986, p. 10)

Assim, o princípio da universalidade, consolidou de forma clara a ruptura entre o modelo adotado no Brasil antes da institucionalização do SUS, onde apenas os trabalhadores e seus dependentes eram beneficiários dos serviços à saúde, e o modelo de saúde pública adotado no Brasil pós Constituição Cidadã, onde toda a população é destinatária dos serviços e benefícios do Sistema Único de Saúde.

Superada as notas históricas do Sistema Único de Saúde, cumpre-se traçar, além do princípio constitucional da universalidade, alguns princípios informadores do SUS, sejam eles, os princípios da unidade, descentralização, integridade, regionalização, participação da comunidade e hierarquização. (FIGUEIREDO, 2010, p. 96)

O princípio da unicidade sustenta o caráter único do sistema de saúde, onde apesar da descentralização das ações e serviços desenvolvidos pelo sistema – princípio da descentralização-, o mesmo se encontra submetido a uma única direção em cada nível de governo. Sendo assim, o princípio da unicidade garante a superação da multiplicidade dos sistemas anteriores marcados pela desigualdade de acesso e de cobertura aos serviços de saúde. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p.121)

Além disso, o princípio da unidade também tem grande relevância para o presente trabalho, uma vez que tal preceito norteia a unicidade das políticas, diretrizes e comandos aos serviços e ações de saúde, incluindo até mesmo a saúde complementar desenvolvida por particulares. Assim, tal princípio fundamenta a vinculação dos setores privados da saúde a diretrizes do SUS, como por exemplo, a

diretriz da integralidade de atendimento das coberturas mínimas estabelecidas pela Lei 9.656/98, que analisada em momento oportuno. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p.121)

Além do caráter único, o SUS é composto por um conjunto regionalizado, hierarquizado e descentralizado de ações e serviços de saúde. Isto pois, a assistência à saúde prestada pelo sistema único deve se compatibilizar ao perfil epidemiológico de cada local, se relacionando estreitamente com o princípio federativo. Em verdade, a descentralização da assistência à saúde se relaciona a tradição municipalista, onde dá-se aos Municípios o dever de promover inicialmente à saúde, em detrimento dos Estados, sendo a atuação da União supletiva e subsidiária. (RAEFRAY, 2005, p. 285)

Ademais, a assistência à saúde será hierarquizada, onde o seu desenvolvimento será feito em ordem crescente, a depender do grau de complexidade dos cuidados exigidos. Por exemplo, as ações de atenção básica serão desempenhadas simultaneamente em todos os municípios, enquanto as assistências de média e alta complexidade serão prestadas em municípios mais desenvolvidos e por fim, as assistências com altíssimo grau de complexidade e especialização serão concentradas apenas em grandes centros do país. (SCHWARTZ, 2001, p.108)

Por seu turno, o princípio da integralidade abrange dois sentidos. Em primeiro lugar, a integralidade do atendimento se relaciona com a ideia de que os serviços e ações desempenhados pelo Sistema Único devem ser tomadas como um todo harmônico, de modo que se compatibilizem com todos os aspectos, a saber, “individual e coletivo; preventivo, curativo e promocional; local, regional e nacional”. Já o segundo sentido da integralidade, toca na extensão da cobertura garantida pelo SUS, onde o texto constitucional assegura uma garantia de atendimento integral. Assim, cobertura ofertada pelo SUS deve ser a mais ampla possível, pautando-se nos princípios da precaução e prevenção, o que não impede, contudo, a existência de alguns limites. (SARLET, 2018, p. 2021).

Outrossim, o SUS é pautado na participação direta e indireta da comunidade, evidenciando o aspecto democrático-participativo do direito à saúde. Tal participação se efetiva com a colaboração de representantes de vários segmentos sociais da sociedade junto às Conferências de Saúde, na medida em que são discutidas propostas para políticas de saúde em cada ente da federação. É também manifesta perante os Conselhos de Saúde que atuam no planejamento e controle do SUS, uma

vez que a composição de tais conselhos conta com representantes do governo, operadoras de planos, profissionais da saúde e cidadãos. Convém lembrar ainda que, tal participação também é notória no âmbito das agências reguladoras, a exemplo da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). (SARLET, 2018, p. 2022).

Neste sentido, conclui-se que a institucionalização constitucional do Sistema Único de Saúde foi fundamental para promoção do direito à saúde, de modo que garantiu a todos o acesso ao direito. Em que pese o elenco de princípios apresentados no presente trabalho, tal rol não é taxativo, sendo complementado por outros princípios constitucionais ou pelos acolhidos na legislação ordinária.

### **3.2.3 A assistência privada à saúde**

Em decorrência da insuficiência da saúde pública no atendimento tempestivo e eficiente das necessidades da população, o desenvolvimento da saúde privada, com previsão no art.199 da Constituição Federal, instalou-se de modo a complementar o sistema público de saúde. Assim, diante de um sistema de saúde precário e da incapacidade do Estado em prestar singularmente um serviço de qualidade, foi necessária a inserção na iniciativa privada no sistema, coexistindo o serviço de saúde público e privado. (PEREIRA, 2014, p.234)

Com efeito, “entende-se por saúde suplementar a prestação de serviços à saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único de Saúde, vinculada a um sistema privado e organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas - operadoras de planos de saúde” (SCHILMAN, 2009, p. 201)

Nesta linha, Fernando Campos Scaff (2010, p.47) sustenta que justamente pela ineficiência do Poder Público quanto ao cumprimento do seu dever constitucional de promoção à saúde, a solução encontrada pelo constituinte foi a de admitir como legítima a interferência da iniciativa privada nesse ramo social e econômico.

Desta forma, ao permitir a presença da iniciativa privada na prestação de serviços à saúde, a Constituição Federal autorizou a liberdade de exploração do mercado de saúde suplementar, permitindo o lucro para as operadoras. Entretanto, seguindo um raciocínio harmônico e lógico dos dispositivos constitucionais, em especial do art. 170

da CF, retira-se a ideia de que as operadoras necessitam assegurar a existência digna de todos participantes da relação jurídica em questão. (RIANI, 2011, p. 25-26)

Acrescenta-se ainda que, embora seja assegurada a liberdade de atuação da iniciativa privada no campo da assistência à saúde, é cristalino na redação do art.197 da Constituição Federal que tal liberdade se expressa de forma mitigada, sujeitando as operadoras que efetivam a saúde ao controle, regulamentação e fiscalização do Poder Público.

Ocorre que, apesar da previsão constitucional da assistência privada à saúde, houve a necessidade de regulamentação dos planos de saúde como forma de organizar o financiamento privado dos serviços prestados. Afinal, a saúde é um direito social que possui implementação condicionada à políticas públicas, econômicas e sociais. (FERNANDES NETO, 2002, p. 51)

No Brasil, a saúde suplementar existe desde a década de 1950, sendo à época ofertada por meio do denominado “seguro saúde” ou pelos departamentos de saúde de grandes empresas e entidades de classe. Já no momento posterior a década de 1970, há a oferta dos “planos de saúde”, sendo esta intensificada especialmente pelo sistema de cooperativas médicas. (RIANI, 2011, p. 26)

De logo, conforme se passará a elucidar, percebe-se que mesmo diante das diversas formas de se efetivar a saúde pela iniciativa privada, verifica-se a existência de uma relação contratual entre as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários.

Extrai-se da leitura de diversos atos normativos que as operadoras de planos de saúde são classificadas nas modalidades: administradora de benefícios, cooperativa odontologia, cooperativa médica, autogestão, medicina em grupo, odontologia em grupo, filantropia e seguradora especializada em saúde. (SAMPAIO, 2010, p.216)

Entretanto, mesmo diante de inúmeras classificações, o presente trabalho terá como foco as operadoras de planos de saúde reguladas com base no art. 39 da Lei de criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), bem como pela Lei n 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde), legislações estas que serão analisadas em momento oportuno pelo presente trabalho.

## **4 A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO NO AMBITO DOS PLANOS DE SAÚDE**

O presente capítulo tem como objeto de análise a relação jurídica formada entre as operadoras de planos de saúde e os seus segurados, devendo ser averiguada a efetividade da prestação dos serviços de assistência à saúde, bem como sua relação com o direito do consumidor.

De pronto, é inegável a afirmação de que o contrato de plano de saúde está tutelado pelo Direito do Consumidor, uma vez que conforme será demonstrado neste presente trabalho, a relação entre operadora de plano de saúde e seus destinatários de serviço será qualificada como uma relação de consumo.

Neste sentido, o desenvolvimento do capítulo será norteado pela busca do conceito de relação jurídica consumerista e dos princípios gerais que a fundamenta, de modo a justificar a incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) nas relações entre operadoras e beneficiários.

Ressalta-se que, entretanto, o presente trabalho não tem como intuito de esgotar o conteúdo relacionado as relações de consumo, mas sim de investigar as peculiaridades da relação consumerista que convergem com a relação jurídica referente aos planos de saúde.

### **4.1 A ESTRUTURA DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO**

Considerando a relação de consumo como uma relação jurídica, o Código de Defesa do Consumidor não se preocupou em conceitua-la, restringindo o seu conceito ao emanado da Teoria Geral do Direito. Ocorre que, ao entender que a Lei 8.078/1990 não está vocacionada para reger quaisquer relações jurídicas, mas as relações de consumo, torna-se imprescindível a delimitação dos elementos capazes de distinguir e particularizar as relações jurídicas consumeristas. (SAMPAIO, 2011, p. 97)

É cediço que uma relação jurídica pressupõe o vínculo entre sujeitos jurídicos, onde um ocupa a posição de titular de um direito – sujeito ativo –, enquanto outro detém um dever jurídico – sujeito passivo-. Como será visto, considerando o cenário das relações de consumo, tais posições são ocupadas, respectivamente, pelo fornecedor

de produtos ou prestador de serviços e pelo consumidor. (TARTUCE; NEVES, 2018, p.80)

Conforme explica o autor João Batista de Almeida:

As relações de consumo são bilaterais, pressupondo numa ponta o fornecedor – que pode tomar a forma de fabricante, produtor, importador, comerciante e prestador de serviço –, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e, na outra ponta, o consumidor, aquele subordinado às condições e aos interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços, no atendimento de suas necessidades de consumo.

Além disso, as relações de consumo são dinâmicas, uma vez que, contingenciadas pela própria existência humana, nascem, crescem e evoluem, representando, com precisão, o momento histórico em que estão situadas (ALMEIDA, 2009, p.1).

Deste modo, a incidência das normas jurídicas de proteção do consumidor se condiciona a existência de uma relação jurídica de consumo, sendo esta deflagrada a partir do preenchimento dos conceitos relacionais trazidos pelo legislador brasileiro na lei consumerista.

#### **4.1.1 Os elementos da relação de consumo**

As figuras determinantes do elemento subjetivo da relação jurídica de consumo são o consumidor e o fornecedor, sendo estas conceituadas à luz dos arts. 2º e 3º da Lei Consumerista. Entretanto, por serem conceitos relacionais, a identificação de um consumidor depende da existência de um fornecedor em uma mesma relação, sendo a existência de um condicionada a presença do outro. (MIRAGEM, 2014, p.46)

Inicialmente, o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor dispõe de forma expressa que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Isto é, o consumidor pode ser uma pessoa natural ou jurídica sem qualquer distinção. Ademais, infere-se que, mesmo sem previsão expressa na Lei Consumerista, o consumidor ainda pode ser um ente despersonalizado. (TARTUCE; NEVES, 2018, p.88)

Em seguida, por meio de outros dispositivos, o legislador ampliou o conceito central apresentado pelo art. 2º da Lei 8.078/90 com o objetivo de abarcar o maior número de pessoas em sua esfera de proteção. O parágrafo único do artigo mencionado, por

exemplo, equipara o conceito de consumidor a coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo, ainda que em número indeterminado. Igualmente, em seu art. 17, a Lei estendeu a proteção consumerista às vítimas de acidente de consumo, bem como alargou o conceito de consumidor em seu art.29 para alcançar as pessoas expostas às práticas comerciais abusivas. (LEITE, 2002, p.49)

Neste sentido, observa-se que não há simplicidade em precisar o conceito de consumidor. Entretanto, em decorrência de diversas controvérsias na doutrina e jurisprudência, cumpre-se analisar inicialmente a modalidade padrão de consumidor–consumidor standard -, deixando para posterior análise as situações envolvendo os consumidores por equiparação. (SAMPAIO, 2011, p. 103)

O cerne do conceito trazido pelo art. 2º da Lei Consumerista consiste basicamente em analisar o que seria um “destinatário final”. Nada obstante, a Lei vinculou a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao conceito de destinatário final sem esclarecer o que representa a própria destinação finalística. (SAMPAIO, 2011, p. 108)

Ao cuidar da elucidação da expressão “destinatário final”, a doutrina consumerista divergiu quanto ao posicionamento doutrinário, dividindo-se em especial em duas correntes: finalísticas (subjativa) e maximalista (objetiva).

Em síntese, segundo a corrente maximalista, o fenômeno do consumo deve ser entendido de forma mais abrangente, de modo que as normas do Código de Defesa do Consumidor não protegem apenas o consumidor não profissional, mas atua como novo regulamento do mercado de consumo em sentido amplo. Já a corrente finalista, se preocupou em restringir tal conceito ao conceituar consumidor como aquele que adquire um produto para uso próprio e da sua família, devendo ser destinatário final fático ou econômico. (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2010, p.85)

Permeada pelo impasse doutrinário quanto à conceituação de consumidor, a teoria finalista mitigada ou aprofundada surgiu como vertente capaz de equilibrar posicionamentos dispares das duas correntes apresentadas. Neste sentido, vale destacar os ensinamentos da doutrinadora Cláudia Lima Marques (2010, p.87):

Realmente, depois da entrada em vigor do CC/2002 a visão maximalista diminuiu em força, tendo sido muito importante para isto a atuação do STJ. Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova na jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato

(Endverbraucher) e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que poderíamos denominar aqui de finalismo aprofundado.

É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se que pela destinação final de consumo prevalente. Essa nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade.

Como já mencionado, o conceito de consumidor é relacional, sendo necessária a figura do fornecedor compondo o polo da relação jurídica consumerista. Neste sentido, como dispõe o art. 3º do CDC:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Note-se que, uma simples leitura do caput do art. 3º do CDC já é capaz de esclarecer a extensão do conceito de fornecedor, sendo este abrangente à todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, além dos entes despersonalizados. (NUNES, 2017, p.133)

Deste modo, diversamente do conceito legal de consumidor, o sentido dado ao fornecedor é muito amplo, englobando toda pessoa, física ou jurídica, que oferece seus produtos ou serviços com habitualidade e intuito lucrativo no mercado de consumo. (CAVALIERI FILHO, 2011, p.73)

Em verdade, o elemento importante na caracterização do fornecedor é justamente o fato de ele desenvolver uma atividade, sendo interessante a lição de Antônio Junqueira de Azevedo (2009, p.400):

Atividade', noção pouco trabalhada pela doutrina, não é ato, e sim conjunto de atos. 'Atividade' foi definida por Túlio Ascarelli como a 'série de atos coordenáveis entre si, em relação a uma finalidade comum' (Corso di diritto commerciale. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962. p. 147). Para que haja atividade, há necessidade: (i) de uma pluralidade de atos; (ii) de uma finalidade comum que dirige e coordena os atos; (iii) de uma dimensão temporal, já que a atividade necessariamente se prolonga no tempo. A atividade, ao contrário do ato, não possui destinatário específico, mas se dirige ad incertam personam (ao mercado ou à coletividade, por exemplo), e sua apreciação é autônoma em relação aos atos que a compõem.

Ressalta-se ainda que, a figura do fornecedor não se limita apenas àquela que assume obrigação principal ligada ao fornecimento de produtos e prestação de serviços, mas abrange também as obrigações originárias de deveres anexos, em razão da vinculação legal da conduta do fornecedor à boa-fé contratual. (LEITE, 2002, p.101)

Após análise dos elementos subjetivos da relação de consumo, cumpre-se analisar aqueles que formam o conteúdo ou a prestação da relação.

Sem adentrar na divergência dos civilistas quanto à classificação dos bens e coisas, o legislador consumerista preferiu adotar o termo “produto” para nomear um dos elementos objetivos da relação de consumo. Universal e estreitamente ligado ao conceito de bem, a ideia de produto já se encontrava difundida nos mercados econômicos, financeiros e de comunicação, sendo seu uso na legislação consumerista a sua admissão no meio jurídico. (RIZZATO NUNES, 2007, p.113)

Em oposição, o autor José Geraldo Brito Filomeno (2001, p.51) entende que o uso do termo “produtos” pela legislação consumerista não se adequa ao rigor técnico jurídico necessário, uma vez que o termo “bens” além de ser mais abrangente que o termo adotado, cumpre melhor os requisitos formais e técnicos do direito e da economia política, uma vez que o “produto” adquirido passará a integrar o patrimônio do particular.

Ultrapassado o impasse quanto ao termo técnico, se depreende dos termos literais do art. 3º, §1º do CDC, que produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, adquirido pelo consumidor.

Do mesmo modo, o conceito de serviço também se encontra no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, onde nos termos do §2º está qualificado como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Neste sentido, ao mencionar expressamente a necessidade de remuneração, a lei consumerista imprime um caráter oneroso ao negócio. Entretanto, nas situações em que o prestador obtiver vantagens indiretas, como por exemplo nos casos envolvendo estacionamento gratuito em lojas, ainda haverá incidência do CDC sem qualquer prejuízo. (TARTUCE; NEVES, 2018, p.116)

#### 4.1.2 Princípios fundamentais pertinentes

Inaugurando o estudo dos princípios, é importante evidenciar que as legislações contemporâneas sob matéria de direitos fundamentais costumam se estruturar por meio de preposições principiológica. (SOARES, 2009, p.77)

A elaboração do direito do consumidor foi apenas “uma especialização útil e necessária, que mantém os princípios e normas do direito privado e os desenvolve com maior densidade em relação a atividades e situações específicas”. (WALD, 2006 p.521)

Nesse sentido, doutrina Luiz Rizzatto Nunes (2002, p.19)

Os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todos o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, não só pelo aplicador do direito mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam (...). E essa influencia tem uma eficácia efetiva, real e concreta. Não faz parte apenas do plano abstrato do sistema. É de ser levada em conta na determinação do sentido de qualquer norma, como exigência de influência plena e direta. Vale dizer: o princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.

A compreensão do microsistema do direito do consumidor requer um prévio estudo dos princípios consagrados pela legislação consumerista, uma vez que tais princípios atuam como nortes interpretativos ao próprio sistema, conferindo-o sentido harmônico para suas disposições fundadas em conceitos indeterminados e construções vagas. (NUNES, 2018, p.27)

De modo geral, a base principiológica do direito do consumidor encontra-se de forma expressa na legislação consumerista, contudo, também há influência dos princípios implícitos, os retirados do contexto normativo da própria lei ou da diretriz de proteção ao vulnerável, na interpretação das relações jurídicas de consumo. (MIRAGEM, 2014, p.121)

Sendo assim, guiado pela principiologia, o intérprete possui um papel relevante na construção dinâmica e flexível do significado normativo das legislações consumeristas, sobretudo em razão da efetiva possibilidade de concretizar as finalidades protetivas traçadas no microsistema. (SOARES, 2009, p. 79).

Naturalmente, em que pese a existência de inúmeros princípios reguladores teleológicos da atividade interpretativa do direito do consumidor, o presente trabalho não fará uma abordagem completa de todos os princípios que norteiam a interpretação do microsistema reportado.

Partindo dessa linha, numa visão harmônica com as lições de Aurisvaldo Sampaio (2010, p. 150), o presente trabalho analisará apenas três princípios dentre o rol dos princípios norteadores do direito do consumidor, sendo estes os princípios da vulnerabilidade, da isonomia e da boa-fé objetiva, visto que possuem relação direta com objeto da investigação científica apresentada.

Compreende-se o princípio da vulnerabilidade como princípio básico que orienta a existência e interpretação do direito do consumidor, sendo este reconhecido expressamente no art. 4º, I do CDC.

Sobre a definição de vulnerabilidade, assinala João Batista de Almeida (1993, p.11):

A vulnerabilidade é a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre o que se assenta roda a linha filosófica do movimento. É, sem dúvida, que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta ele sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico.

Com efeito, a sociedade contemporânea é marcada por nítido desequilíbrio entre os agentes econômicos componentes da relação de consumo, onde o consumidor é reconhecido como parte mais fraca da relação jurídica, correndo o risco de ser afetado em sua esfera jurídica e econômica, em razão de vários fatores que alimentam tal desequilíbrio. (NORONHA, 1997, p.17)

Depreende-se da doutrina e da jurisprudência que a vulnerabilidade se revela em diversas espécies. Desenvolvendo essa ideia, Claudia Lima Marques (2011, p.322) sublinha que "existe quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a vulnerabilidade básica dos consumidores, que podemos chamar de vulnerabilidade informacional".

Em síntese, a vulnerabilidade técnica subsiste quando o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço que será adquirido na relação de consumo. A vulnerabilidade jurídica ou científica, por sua vez, se sustenta na falta de conhecimentos jurídicos, econômicos ou contábeis específicos pelo consumidor quanto aos direitos e deveres dentro de uma relação de consumo. Já a vulnerabilidade fática ou socioeconômica se expressa nos casos em que o fornecedor, em virtude do

seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, atua com superioridade na relação de consumo. E por fim, a vulnerabilidade também se expressa em sua vertente informacional, onde o consumidor é dotado déficit informacional. (MARQUES, 2011, p.321-337)

Ainda sobre a acepção de vulnerabilidade, é importante destacar a distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência. Diferente da noção de vulnerabilidade que se associa à identificação da fraqueza inerente ao consumidor na relação de consumo, a hipossuficiência, expressa no art.6º do CDC, consiste em um critério econômico de avaliação judicial quanto à decisão sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor. (MIRAGEM, 2014, p. 122)

Neste sentido, ao estabelecer uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, o legislador consumerista não acorrenta tal juízo ao critério da hipossuficiência. Ademais, o reconhecimento absoluto dos consumidores como vulneráveis também não significa que tal vulnerabilidade se manifestará em mesmo grau para todos os consumidores perante ao fornecedor. (MIRAGEM, 2014, p. 123)

Sendo assim, a presunção absoluta de fragilidade do consumidor, em razão do princípio da vulnerabilidade, sustenta a existência de inúmeras normas protetivas no microsistema consumerista.

No tocante ao princípio da igualdade, registra-se que o ordenamento jurídico assegura tal princípio no âmbito constitucional e infraconstitucional, consagrando-o na Constituição Federal de 1988, por força do caput do art.5º e conseqüentemente o reproduzindo na legislação consumerista, em seu art. 4º, III.

Em um cenário de desequilíbrio entre consumidores e fornecedores, é de clareza solar que o entendimento da igualdade não pode ser limitado ao seu sentido abstrato, sendo papel do direito do consumidor a promoção de igualdade substancial no mercado de consumo. (SOARES, 2009, p.104)

Neste sentido, doutrina Nelson Nery (1992, p.53):

Devem os consumidores ser tratados de forma desigual pela lei, afim de que se atinja, efetivamente, a igualdade real, em obediência ao dogma constitucional da isonomia (art.5º, caput, CF), pois devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades (isonomia real, substancial e não meramente formal).

Em congruência com os princípios da isonomia e da vulnerabilidade, destaca-se o princípio da boa-fé objetiva, atuando como um dos pilares do ordenamento jurídico

pátrio.

Desenvolvendo sobre o princípio, sustenta Orlando Gomes (1995, p.42):

Ao princípio da boa-fé empresta-se, ainda, outro significado. Para traduzir o interesse social da segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a ideia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação da outra.

Após breve análise das relações de consumo, não é custoso entender que a mesma deve ser interpretada a luz do boa-fé objetiva. A saber, o princípio da boa-fé atua como “um verdadeiro elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguida pelo contrato”. (COSTA, 2000, p.418)

Perpassando pelo princípio da boa-fé objetiva, não se explora, aqui, os critérios de cunho moral –estado psicológico do indivíduo de atuar em conformidade com o direito– da boa-fé, mas sim a vertente denominada de boa-fé contratual, visto que a mesma assegura um padrão de comportamento harmônico e equilibrado nas relações de consumo. Conforme doutrina Fernando de Noronha (1994, p.129), “existem duas acepções da boa-fé, ou mesmo duas boas-fés, uma subjetiva e outra objetiva, só podendo se falar em princípio da boa-fé a propósito da objetiva.

Tal princípio adquire relevo, portanto, na medida em que regula o comportamento das partes na relação de consumo como um *standard* jurídico ao exigir honestidade, respeito, lealdade e probidade dos sujeitos da relação, a fim de alcançar uma relação de consumo harmônica e transparente. (SOARES, 2009, p.106)

Discorrendo sobre o tratamento da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor, leciona Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1995, p. 20-27):

O Código de Defesa do Consumidor refere-se em duas passagens à boa-fé: No art. 4º, ao dizer que a Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, estabelece que tal política deverá atender, entre outros, ao princípio (inc. III) da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CF), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

No art. 51, ao elencar as cláusulas abusivas, afirma serem nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de

produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (inc.IV).

Nesse compasso, a boa-fé objetiva apresenta clara aplicação nas leis consumeristas, atuando não apenas como princípio orientador da interpretação e aplicação do Código (art.4,III), quanto como cláusula geral para avaliação da abusividade nas relações de consumo (art. 51, IV)

#### **4.1.3 A proteção contratual do consumidor**

Inicialmente, sabe-se que a liberdade de contratar, fundada na irrestrita autonomia da vontade dos contratantes, naturalmente não vigora mais na lógica contratual atual. A saber, no Estado Liberal forte era a crença no ideário da igualdade entre os contratantes e da plena liberdade para contratar, sendo infundada qualquer alegação de injustiça das cláusulas avençadas. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.119)

Partindo da constatação da fragilidade dos postulados liberais da liberdade e igualdade dos contratantes, a figura do contrato passou por profundas alterações com a instituição do Estado Social. Neste sentido, ao reconhecer que na maioria das vezes há notória desigualdade entre contratantes, os princípios éticos da boa-fé e da lealdade foram incorporados à formação do vínculo contratual. (THEODORO JUNIOR, 2000, p.10)

No campo das relações de consumo, o fundamento para o sistema de proteção ao consumidor consiste na necessidade de atuação estatal de modo a reequilibrar os interesses contrapostos diante do desequilíbrio natural existente entre consumidor e fornecedor. (LEITE, 2002, p.92)

Essa diretriz também se cristaliza diante das transformações das relações de consumo, nascendo relações novas, cada vez mais dinâmicas e impessoais. Ou seja, o modelo contratual tradicional à luz dos dogmas da autonomia da vontade e da irrestrita liberdade de contratar é nitidamente insuficiente para atender uma sociedade comandada pelo consumo de massa. (THEODORO JUNIOR, 2000, p.39)

Conforme leciona Cláudia Lima Marques (2006, p.169), “o direito dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve que se adaptar e

ganhar uma nova função, qual seja, a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual”.

Segundo Fábio Ulhôa Coelho (2005, p.15), existem dois regimes distintos que regem os contratos entre particulares, sendo estes o regime cível e o de tutela dos consumidores. Em resumo, quando presentes o consumidor (destinatário final de produto ou serviço) e o fornecedor (empresário que vende produtos ou presta serviços) na relação contratual, nesta será aplicado o regime consumerista e conseqüentemente, ausente tais figuras da relação de consumo, aplica-se o regime cível.

Atento a essa realidade, Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 139-140) pondera que a proteção contratual do consumidor subsiste nas três fases do contrato: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Inicialmente, a proteção contratual do consumidor se manifesta na fase pré-contratual ao passo que se exige das partes uma postura em concordância com o princípio da boa-fé objetiva, determinando uma postura séria, leal e sincera as partes integrantes da relação. Deste modo, a obrigação de indenizar surgirá não do inadimplemento, visto que ainda não há contrato, mas da quebra de confiança presente nas negociações, bem como pelo descumprimento dos deveres anexos de informação, transparência e lealdade. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.139-140)

Na fase contratual, por sua vez, por força do dirigismo contratual, a regra da interpretação mais favorável será aplicada como mecanismos de proteção ao consumidor. Além disso, o direito de arrependimento expresso no art.49 do CDC também se configura como exemplo de proteção ao consumidor em sua fase contratual.

E por fim, mesmo após finda a execução contratual com o pagamento integral das prestações, o contrato de consumo também pode produzir efeitos. Por exemplo, recorrente é o exemplo dos efeitos pós-contratuais originários de vícios do produto ou serviço, quando o vício oculto se manifesta após cumprimento do contrato. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.198)

Assim, visando assegurar o equilíbrio econômico entre os contratantes de modo a proteger a relação contratual de consumo, há um claro sistema de proteção ao consumidor. Manifestando-se em várias fases, há proteção do consumidor no

momento em que antecede a formação do vínculo contratual, há igualmente proteção durante a formação do vínculo, durante o seu desenvolvimento e o seu adimplemento, bem como após cumprimento do dever principal.

#### 4.2 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

Conforme já demonstrado, em que pese a titularidade da efetivação do direito fundamental à saúde seja do Poder Público, a própria Constituição Federal brasileira facultou em seu art.199 a prestação de serviços à saúde à iniciativa privada, desde que de forma complementar.

Ressalta-se que, por oportuno, o papel da iniciativa privada na promoção do direito à saúde é desempenhando não apenas quando há contratação direta de profissionais de saúde ou prestadores de serviços pelos indivíduos, mas também nas situações onde há contratação indireta por meio dos planos de saúde. (RIANI, 2011, p. 17)

Neste contexto, por força do permissivo dispositivo constitucional, destaca-se o contrato de plano de saúde como um contrato de consumo de grande relevância social e econômica, em razão do caráter vital da prestação principal do fornecedor. (MIRAGEM, 2014, p. 421)

Eis que conceitua Aurisvaldo Sampaio (2010, p. 187-188):

É possível conceituar o contrato de plano de saúde como aquele por meio do qual uma das partes, a operadora, obriga-se diante da outra, o consumidor, a proporcionar a cobertura dos riscos de assistência à saúde, mediante a prestação de serviços médico-hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, reembolso das despesas efetuadas, ou pagamento direto ao prestador dos referidos serviços. Trata-se de contrato de prestação de serviços por prazo indeterminado, obrigando o seu destinatário, como regra, ao pagamento de contraprestações mensais previamente definidas.

Neste sentido, para melhor compreensão da espécie contratual em questão, cumpre-se analisar o contexto do sistema de saúde complementar explorado pelas operadoras de planos privados, bem como traçar as principais características do contrato mencionado.

#### 4.2.2 Características dos contratos de plano de saúde

É consabido que a relação entre as operadoras de planos de saúde e seus consumidores tem origem contratual. Deste modo, mostra-se necessária a identificação das suas principais características como forma de clarificar o funcionamento prático desta espécie contratual. Entretanto, ressalta-se que não será foco do presente tópico exaurir todas as características dos contratos de plano de saúde, mas sim analisar as suas peculiaridades com maiores repercussões práticas.

Inicialmente, insta pontuar sobre o caráter mutualístico dos contratos de plano de saúde, vez que tal característica ostenta grande relevância na compreensão de tais contratos. A mutualidade, ideia basilar do contrato de seguro e também preservada nos planos de assistência privada à saúde, consiste na ideia de pulverização dos riscos entre todos os consumidores vinculados aos contratos mantidos pela operadora, mediante formação de um fundo comum capaz de cobrir prejuízos de eventuais danos advindos da ocorrência dos eventos cobertos. (SAMPAIO, 2011, p. 197)

Como se depreende, a formação do preço atribuído aos planos de saúde é fundamentada pela adoção do mutualismo, visto que a contribuição de cada consumidor será destinada ao custeio não apenas das eventuais despesas que o mesmo venha a efetuar, mas também ao custeio de eventuais gastos com outros integrantes do mesmo grupo. (GRASSI NETO, 2012, p. 6)

Esclarecido o caráter mutualista, o contrato também se caracteriza como formal ou solene, visto que tal espécie contratual possui um revestimento formal para sua celebração legalmente estabelecido. Neste sentido, mesmo vigorando como regra o princípio da liberdade de forma na legislação pátria, os contratos de plano de saúde possuem a forma prescrita em lei como um requisito de validade do negócio, sendo ditada pela LPS a forma escrita, bem como o conteúdo mínimo dos contratos (art. 16 da Lei 9.656/98). (SAMPAIO, 2011, p. 225-226)

Também revestido de onerosidade, o contrato de plano de saúde é caracterizado como um contrato oneroso, visto que o próprio consumidor, destinatários dos serviços ou até o empregador, nos casos de planos patrocinados, precisam efetuar pagamento para adquirir o direito aos benefícios de assistência à saúde. Assim, a caracterização

da onerosidade do contrato independe do pagamento exclusivo pelo consumidor, facultando a possibilidade de um terceiro suportar o ônus financeiro do plano. (SAMPAIO, 2011, p.228)

O contrato também é bilateral ou sinalagmático, uma vez que há dependência recíproca de obrigações. Enquanto o consumidor é obrigado a arcar periodicamente com prestações pecuniárias, a operadora do plano tem obrigação de proporcionar a cobertura dos riscos de assistência à saúde nos termos contratados. (SAMPAIO, 2011, p.231)

Destaca-se também a caracterização do contrato de plano de saúde como contrato aleatório, visto que há incerteza para as partes quanto as vantagens obtidas com a formação do negócio jurídico. Percebe-se, com clareza, que embora as operadoras possam obter lucros significativos e os consumidores possam usufruir dos serviços de assistência à saúde, as obrigações das partes dependem da ocorrência de eventos futuros e incertos. Ou seja, no momento da formação do contrato, haverá uma incerteza quanto à realidade da relação de consumo, podendo o consumidor, por exemplo, raramente gozar dos serviços contratados ou usufruí-los frequentemente, subordinando assim o lucro das operadoras. (SAMPAIO, 2011, p.234)

Nesse passo, Júlio Silva (2007, p. 174) aduz:

[...] não se pode deixar de atentar para o fato de que, no mais das vezes, contratos envolvendo o objeto de saúde são, cada vez mais, contratações de massa, feitas por contrato de adesão, com oferta ao público em geral, de modo que se tem como inequívoco o caráter consumerista da contratação que, além de ser regida lei n 8.078/90, [...] até porque, como é cediço, o sistema privado é suplementar em relação ao público, não perdendo ademais, o seu caráter de contrato aleatório.

Na perspectiva da sociedade de consumo que pressupõe oferta e consumo dos serviços em larga escala, cumpre-se caracterizar os contratos de planos de saúde como contratos de massa. Neste sentido, para potencializar o viés econômico do mercado de consumo, os indivíduos da relação deixam de ser tratados em sua individualidade, sendo vistos como mero integrante da massa, atingindo assim uma padronização do modelo de contrato.

Diante do fenômeno dos contratos de massa, caracteriza-se os contratos de planos de saúde como contratos de adesão. Em verdade, os contratos de adesão consistem numa técnica para conclusão dos contratos de massa, uma vez que em tal espécie

contratual, o conteúdo será imposto unilateralmente pela parte mais forte (fornecedor), cabendo a parte mais fraca (consumidor) apenas a aceitação ou rejeição da integralidade do contrato, sem que possa discutir ou modificar o conteúdo do contrato escrito. (MARQUES, 1999, p.72)

Por fim, outra característica do contrato de assistência à saúde é a catividade. Segundo Cláudia Lima Marques (1999, p.101), tal contrato é marcado por uma condição de dependência dos consumidores em face da operadora de planos de saúde, de modo a dificultar o encerramento do vínculo sem vultosas desvantagens.

De acordo com o art.1, I, da Lei 9.656/1988:

Art.1o Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I-Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

Deste modo, os planos de saúde são caracterizados por uma prestação de serviço de forma continuada, uma vez que os consumidores almejam gozar dos serviços por prazo indeterminado, sendo considerado um contrato cativo de longa duração. Ademais, a cobertura oferecida pelos planos se limitará aos custos referentes à assistência médica, hospitalar e laboratorial. Em relação ao preço, este poderá ser pré ou pós estabelecidos, podendo consistir em uma mensalidade previamente definida ou podendo ser previsto de acordo com a utilização do beneficiário. Ao se falar do prazo indeterminado, demonstra-se que não haverá um limite para a duração do contrato de planos de saúde, sendo estes renovados de forma automática. Por fim, o objetivo essencial de tais planos é a prestação de assistência à saúde dos seus beneficiários, podendo estes escolher livremente os profissionais e clínicas dentro do rol disponibilizado pelas operadoras (SILVA, 2010, p.15)

Diante de tudo que foi exposto, percebe-se que as operadoras de planos de saúde se utilizam das peculiaridades do contrato em questão, bem como da sua superior

posição em relação ao consumidor para inserir no bojo dos contratos cláusulas capazes de satisfazer o seu exclusivo interesse. É esquecido, contudo, que mais relevante que o intuito lucrativo das operadoras, é a ideia de que tal contrato deverá ser compatível com a sua natureza protetiva, sobretudo quanto à saúde das pessoas. Assim, a formação de tais contratos não poderá se desvencilhar não apenas da lei específica que os regem, mas também das normas principiológicas do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal.

#### **4.2.3 A relação de consumo nos planos de saúde**

Estabelecido o panorama dos contratos de plano de saúde e dos elementos da relação de consumo, cumpre-se esclarecer se as pessoas jurídicas que ofertam os serviços de assistência à saúde são qualificadas como fornecedoras, se seus destinatários finais podem ser qualificados como consumidores e em conclusão, se a atividade desempenhada entre tais sujeitos pode ser identificada como um objeto próprio da relação de consumo em questão.

Conforme noutro passo se disse, segundo critério finalista, encaixa-se perfeitamente no conceito de consumidor aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final fático e econômico, uma vez que o consumidor é aquele que retira o produto ou serviço do mercado, sem reempregá-lo no mercado com intuito lucrativo.

Portanto, é indiscutível a caracterização dos destinatários finais da atividade fornecida pelas operadoras de plano de saúde como consumidores, seja o contratante-adquirente do plano ou o mero usuário. Isto pois, a relação de consumo prescinde de contratação, sendo consumidores não apenas o indivíduo que contrata diretamente com a operadora, mas também aqueles que são beneficiários plano em questão. (SAMPAIO, 2001, p.250)

Da mesma forma, por força do art. 3º do CDC, encaixa-se no conceito de fornecedor as operadoras de plano de saúde, uma vez que se qualificam como pessoas jurídicas que desenvolvem habitualmente uma atividade econômica.

Em se tratando do objeto da relação de consumo, qualifica-se como prestação de serviço de consumo as atividades fornecidas no mercado pelas operadoras de planos

de saúde, estando delineada no §2, do art. 3º do CDC. A saber, os serviços prestados pelas operadoras de planos de saúde convergem em diversos aspectos com os serviços prestados pelas companhias seguradoras, sendo explícita a qualificação de tais serviços como objeto da relação de consumo na redação do artigo supracitado ao exemplificar, dentre outras, precisamente a atividade securitária. (SAMPAIO, 2001, p.251)

Quanto à natureza do objeto dos planos privados de saúde, em que pese o entendimento da ANS qualificando os ditos planos como produtos, por força do texto da Resolução Normativa 84/2004, em verdade as operadoras prestam um serviço, definido pela legislação consumerista como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo”. (RIANI, 2011, p.70)

Ou seja, apesar do capítulo específico intitulado “Do Registro do Produto” da RN 84/2004, ensina Marlus Keller Riani (2011, p. 71) que o plano privado de assistência à saúde é qualificado como prestação de serviço, visto que preenche os requisitos previstos no §2 do art. 3º do CDC.

Portanto, o contrato de plano de saúde está salvaguardado pelo Direito do Consumidor, visto que subsiste relação de consumo entre consumidores – segurados/beneficiários- e fornecedores – operadoras de plano de saúde, a qual tem como objeto uma atividade de prestação de serviços.

Nesta senda, o Supremo Tribunal de Justiça consagrou entendimento sumulado dispondo que será obrigatória a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, uma vez que a atividade fornecida pelas operadoras em questão é uma prestação de serviço de consumo, bem como quem as adquirem são considerados consumidor.<sup>6</sup>

Portanto, diante do entendimento doutrinário e jurisprudencial uníssonos, percebe-se que mesmo havendo legislação específica para regular os serviços prestados pelas operadoras de planos de saúde, haverá aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de modo a garantir efetiva proteção ao consumidor. No tocante ao sistema protetivo mencionado, destaca-se o art.6º<sup>7</sup> do CDC, que traz uma série de

---

<sup>6</sup> STJ. Súmula 469. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

<sup>7</sup> Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas

direitos básicos do consumidor.

Estabelecido como um direito fundamental pela Constituição Federal, o direito à saúde também é tutelado ainda na parte geral do Código de Defesa do Consumidor, no artigo, Art. 6º, inciso I.

Nesse sentido, sustenta Márcia Helena Bosch (2012, p.4):

Este é, sem dúvida, o mais básico e mais importante dos direitos do consumidor, principalmente considerando que a nossa sociedade é uma sociedade de riscos, uma vez que muitos produtos, serviços e práticas comerciais são efetivamente danosos e perigosos. Este “dever de segurança” é nada mais do que o cuidado que se deve ter – dever imposto a todos os fornecedores – ao oferecer produtos e serviços no mercado de consumo.

Em relação aos princípios basilares do Direito do Consumidor, tais como a igualdade, vulnerabilidade e boa-fé objetiva, cumpre-se evidenciar a permanente influência principiológica nos contratos de plano de saúde, de modo a garantir o próprio objeto dos contratos sob estudo.

Percebe-se, que há um nítido diálogo de fontes entre as principais legislações que regem as relações de plano de saúde: a Lei nº 9656/98 e o Código de Defesa do Consumidor. Assim, os princípios norteadores das relações consumeristas são imprescindíveis para formação e execução dos contratos de planos de saúde, especialmente como forma de coibir comportamentos abusivos das operadoras, equilibrando a relação entre operadoras e usuários. (GOMES, 2013, p.244)

O princípio da boa-fé objetiva, por exemplo, claramente deverá nortear as relações de

---

a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX - (Vetado) ; X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

consumo nos contratos de planos de saúde, uma vez que a convivência das partes deve ser pautada em um comportamento leal, honesto e transparente, a fim de garantir uma relação saudável, sem a presença de imposições abusivas aos consumidores. Assim, as operadoras de planos de saúde devem nortear seu comportamento não apenas ao objetivo de maximização de lucros, mas o de cumprir com as reais expectativas do consumidor.

Além disto, diante do desequilíbrio natural existente entre as partes da relação de consumo apresentada, o contrato de plano de saúde também deverá ser interpretado com base no princípio da vulnerabilidade, seja ela em sua vertente fática, técnica ou jurídica, conforme já fora apresentada neste presente trabalho.

Cristalina também é a aplicação do princípio da solidariedade, visto que em razão dos abusos praticados pelas operadoras, deverá ser assegurada a repartição dos riscos da relação jurídica, repassando as consequências negativas dessas ações aos responsáveis pelos atos abusivos. Deste modo, ao desonerar o consumidor de abusos alheios ao seu comportamento, atinge-se mais uma vez o equilíbrio do contrato de consumo em questão.

Assim, percebe-se que os princípios norteadores do Direito do Consumidor serão devidamente aplicados aos contratos de plano de saúde, visto que é inegável a condição de consumidor do usuário de plano de saúde, o que o torna titular dos direitos assegurados no Código de Defesa do Consumidor.

## **5 A (IN) OBRIGATORIEDADE DA COBERTURA DOS PROCEDIMENTOS ASSISTIDOS DE PROcriação POR PLANOS DE SAÚDE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O dilema dos casais inférteis, como já apresentado, torna-se ainda mais preocupante quando relacionado à falta de condições econômicas para custear um tratamento para a infertilidade. Nesse sentido, como foco do presente trabalho, encontra-se o gritante conflito entre o anseio de gerar um filho e as barreiras jurídicas impostas aos segurados dos planos privados de saúde, que apesar de pagarem altas mensalidades do plano, têm seus direitos fundamentais obstados, sob o argumento de não haver previsão contratual assegurando efetivos tratamentos à infertilidade.

Assim, cumpre-se demonstrar a incongruência entre o dispositivo que autoriza a exclusão de cobertura das técnicas de RHA e os dispositivos constitucionais, que garantem a promoção aos direitos à saúde, ao planejamento familiar e à procriação.

### **5.1 BREVES NOTAS SOBRE A REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR**

Conforme revelado neste trabalho até o presente momento, em que pese previsão constitucional do direito à saúde como direito fundamental a ser garantido pelo Estado, o próprio texto da Constituição Federal de 1988 disciplinou, através da dicção de seu art. 197, que o direito à saúde pudesse ser concretizado, de modo complementar, por pessoas jurídicas de direito privado. Contudo, apesar da permissão à iniciativa privada, a livre exploração empresarial do setor foi mitigada, em razão da preservação das prerrogativas de regulamentação, controle e fiscalização dos serviços de saúde ao Poder Público.

Nesse cenário, o ramo da saúde suplementar no Brasil foi marcado por duas importantes leis, a saber, a Lei Federal n 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e a Lei n 9.961/00, que foi responsável pela criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), sendo consideradas conjuntamente como verdadeiros marcos regulatórios da saúde suplementar.

Nesse passo, para melhor compreensão do objeto de análise do presente estudo,

será necessário o exame das citadas leis e em especial, da legitimidade da ANS para edição de normas regulatórias ao âmbito da saúde privada.

### **5.1.1 A Lei n 9.656/1998: regulamentação da saúde suplementar**

Apesar da previsão constitucional da assistência privada à saúde, houve a necessidade de regulamentação dos planos de saúde como forma de organizar o financiamento privado aos serviços prestados, impondo adequação aos objetivos da política econômica. Afinal, a saúde é um direito social que possui implementação condicionada a políticas públicas, econômicas e sociais. (FERNANDES NETO, 2002, p. 51)

A saúde suplementar no Brasil, onde atuam as operadoras de planos de saúde, somente ganhou regulamentação própria no ordenamento pátrio a partir da edição da Lei nº 9.656/98, que estabeleceu regras e garantias norteadoras de atuação do setor aos seus beneficiários.

Também conhecida como Lei de Planos de Saúde (LPS), a referida disciplina normativa regulou diversos aspectos da saúde suplementar, dos quais destacam-se: a exigência de autorização prévia da Agência Reguladora para comercialização ou cancelamento do plano, a uniformização dos tipos de planos de saúde, a exigência de garantias na manutenção da estabilidade financeira da operadora, a fim de garantir a continuidade do atendimento aos consumidores contratantes, a normatização do rol de coberturas mínimas a serem prestadas pela operadora, bem como a definição dos prazos de carência. (DE PAULA, PEREIRA NETTO, 2016, p. 12)

Neste contexto, com o marco regulatório protagonizado pela Lei de Planos de Saúde, o setor da saúde suplementar sofreu uma divisão em sua regulamentação, dividindo os seus contratos em planos novos – contratos regulamentados - e planos antigos – contratos não regulamentados. Tal cisão foi confirmada pelo STF no julgamento da liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n 1931, realizado em 2004. (DE PAULA, PEREIRA NETTO, 2016, p. 12)

Isto pois, não obstante recente disciplina normativa própria, a comercialização de planos de saúde não é novidade. Antes da Lei 9.656/98, a assistência privada à saúde

era efetivada de acordo com a legislação reguladora do “Sistema Nacional de Seguros Privados”, o Decreto-Lei 73, de 1966. Contudo, ao prever, em seu bojo, escassas normas relativas ao seguro saúde, tal legislação se demonstrou frágil na regulação do setor, sendo imprescindível a criação de uma lei mais específica. (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p.44)

Assim, a LPS deu um tratamento próprio ao mercado suplementar de saúde, definindo o alcance do sistema no cenário brasileiro, na medida em que delimitou o objeto da relação entre as operadoras de planos de saúde e seus consumidores, sem a necessidade de se valer de institutos similares, como ocorria em relação seguro-saúde. (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 76)

Pelo que se extrai da leitura do texto legal, nítida é a preocupação do legislador em estabelecer conceitos norteadores da relação entre as operadoras de planos e seus respectivos consumidores, em especial o próprio conceito de “plano privado de assistência à saúde”, disposto no art.1<sup>o</sup> da referida lei.

Entretanto, a LPS não se limitou apenas a esclarecer conceitos fundamentais e a delimitar o objeto do setor, mas também reforçou uma série de direitos dos consumidores em seus dispositivos.

Deste modo, o advento da Lei 9.656/98 marcou o sistema de regulação da saúde suplementar no Brasil, uma vez que além de estabelecer conceitos necessários à delimitação da atividade do setor, trouxe também para o ordenamento jurídico pátrio um conjunto de direitos e deveres destinados aos beneficiários, aos prestadores de serviços e às operadoras de plano.

Por fim, é importante ressaltar que a criação da lei específica reguladora dos planos de saúde não impede a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais e do sistema protetivo garantido pelas leis consumeristas. Tanto é verdade que, o art.35-G<sup>9</sup> da LPS externa e evidencia a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor aos

---

<sup>8</sup>BRASIL. Lei n. 9.656/98. Art. 1, I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

<sup>9</sup> BRASIL. Lei n. 9.656/98. Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei as disposições da Lei no 8.078, de 1990.

contratos em questão.

### **5.2.2 A ANS: criação e legitimidade na regulação dos planos privados de assistência à saúde**

Posteriormente à Lei dos Planos de Saúde, outro marco na regulamentação do mercado de saúde suplementar foi através da Lei nº 9.961/00. Tal diploma normativo foi responsável pela criação da autarquia reguladora responsável pelo setor de planos de saúde privados, a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar).

Em síntese, a Agência Nacional de Saúde Suplementar é vinculada ao Ministério da Saúde e possui atuação fundamental no mercado privado da saúde, na medida em submete de forma expressa a atuação das operadoras de planos de saúde aos princípios constitucionais da ordem econômica e da livre iniciativa, regulando e fiscalizando o exercício de tal atividade econômica.

No art. 1º da Lei nº 9.961/00, a ANS é qualificada como uma autarquia sob regime especial, uma vez que é “caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes”.

Contudo, em que pese delimitação das atribuições da ANS no dispositivo mencionado, as previsões mais relevantes quanto ao controle e fiscalização do segmento da saúde suplementar se encontram no art. 4º da referida lei, onde para fins do presente trabalho, destacam-se:

Art. 4º Compete à ANS:

II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;

XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;

XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;

XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXVII - fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da

legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar;

XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

Com intuito de alcançar tais prerrogativas, as Leis Federais nº 9.656/98 e nº 9.961/00, consideradas marcos regulatórios para o setor da saúde suplementar, instituíram o dever da ANS de editar normas, sob a forma de regulamentos, com o condão de conduzir as atividades desempenhadas no setor de assistência privada à saúde.

Assim, após simples leitura dos textos legais, como por exemplo, a previsão do art. 10, §1<sup>10</sup> da LPS e a previsão do art. 10, II da Lei nº 9.961/00, a qual atribui a função de editar normas à Diretoria Colegiada da autarquia reguladora, evidencia-se a existência de um poder normativo atribuído a ANS frente aos contratos de planos privados de saúde. (MORAES, 2002, p. 15)

Assim, verifica-se que dentre as inúmeras prerrogativas recebidas pela ANS, o poder de criar normas, sob forma de regulamentos, a serem seguidas pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, recebeu grande relevância por interferir substancialmente na efetivação da saúde por parte da iniciativa privada. (ARAGÃO, 2013, p. 201)

Neste sentido, ensina José S. Carvalho Filho (2011, p.290)

É importante notar que a legislação da ANS representa uma forte intervenção estatal sobre a atividade econômica privada (não se trata de serviço público) dos planos de saúde, o que, mais uma vez, demonstra que a criação de agências reguladoras no Brasil não se deu somente na senda de uma desestatização/desregulação. No caso ora analisado, a instituição da Agência propiciou exatamente um grande aumento da intervenção e regulação estatal sobre a atividade da iniciativa privada.

Em que pese outorga legal, a prerrogativa de criar normas conferida à ANS pode gerar discussões doutrinárias, especialmente quando se analisa o alcance de tais normas à luz do princípio da legalidade, consagrado no art. 5, inciso II da CF/88. Neste sentido, a crítica feita a iniciativa dos entes reguladores, como no caso da ANS, é que “não cabe à autoridade administrativa inovar no ordenamento jurídico, de forma a expedir norma primária”. (CALIJONE et al, 2014, p. 02)

---

<sup>10</sup> BRASIL. Lei n. 9.656/98. Art. 10, §1 As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS.

Por outro lado, os argumentos favoráveis a relevância da competência normativa das agências reguladoras, se justificam na falta de qualificação do Poder Legislativo para instituir normas sobre o setor da saúde suplementar, uma vez que tal setor demanda conhecimentos técnicos específicos. Além disso, os argumentos favoráveis também são pautados na necessidade de celeridade e eficiência para atividade normativa em questão. (CALIJONE et al, 2014, p. 03)

Neste sentido, a atuação da ANS em sua atividade normativa é legítima, uma vez que tal Agência detém alta especialização técnica e maior celeridade em seu processo de regulação, sendo capaz de acompanhar o dinamismo do objeto dos contratos entre as operadoras de planos de saúde e consumidores.

Ressalta-se que, por oportuno, a atividade normativa da ANS será pautada na denominada “discricionariedade técnica”. Isto pois, em se tratando de uma agência reguladora, a ANS pertence à Administração Pública Indireta, onde principalmente por conta do caráter técnico norteador da atuação de tais agências, é possibilitado a ANS o exercício de atos discricionários, norteados pelos critérios da oportunidade e conveniência. (CALIJONE et al, 2014, p. 03)

Em verdade, o que ocorre nesse contexto é uma verdadeira delegação legislativa, uma vez que a ANS deverá pautar sua atuação normativa nos limites da lei. Isto porque, a criação de normas específicas quanto ao campo de atuação de determinada agência reguladora sempre decorre de permissão legal. Tanto é verdade que, no texto da LPS, é observado em inúmeras passagens a outorga legal para atuação normativa da ANS.

Nesta linha, Alexandre Moraes (2002, p.20) leciona que:

[...] as Agências Reguladoras poderão receber do Poder Legislativo, por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo, uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades.

Assim, o Poder Legislativo ao transferir aos entes da Administração Pública Indireta determinadas matérias, concede um espaço decisório em um campo puramente regulatório, sendo a atuação da Administração sempre pautada no que prevê a lei que autoriza tal regulação. Ou seja, a transferência em questão versa apenas sobre o dever de regulação das matérias de caráter técnico e especializado. Nesta lógica, não

há o que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que a iniciativa legislativa permanece com o Poder Legislativo. (MORAES, 2002, p.17)

Nesta lógica, é importante destacar ainda que a atividade normativa das agências reguladoras deverá ser pautada em um juízo de hierarquia normativa, ou seja, nenhuma norma reguladora da ANS poderá se opor à norma hierarquicamente superior.

Assim, com regulamentação do setor, as operadoras de assistência privada à saúde estão submetidas às normas contidas na Lei n. 9.656/98 (LPS), às Resoluções editadas pelo Conselho da ANS, às cláusulas presentes nos contratos firmados entre os planos e os beneficiários e em especial, às normas do Código de Defesa do Consumidor. (FIRMINO, 2008, p.133)

Nesta acepção, infere-se que é possível e legítima a atuação normativa da ANS, desde que pautada nos limites estabelecidos pelas legislações apresentadas no presente capítulo, as Leis Federais n. 9.956 e n. 9.961, bem como nos limites consagrados pelo texto constitucional e nas leis consumeristas.

## 5.2 A OBRIGATORIEDADE NA COBERTURA DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Consoante ao que foi visto neste estudo, a saúde suplementar é exercida por meio das operadoras de planos privados de assistência à saúde, tendo sua atuação autorizada no texto constitucional, conforme artigos 197 e 199, bem como adstrita às regulamentações infraconstitucionais já analisadas. Ressalta-se ainda que, considerando o poder normativo da ANS, tal atuação também é pautada nas resoluções normativas expedidas pela autarquia, desde que estas não ultrapassem a competência regulatória conferida.

Inicialmente, cumpre-se lembrar que, de acordo com o atual e amplo conceito de saúde, é inegável que a infertilidade é considerada como um problema de saúde, sendo o tratamento, através de técnicas de reprodução assistida, o meio eficaz para promoção, proteção e prevenção do direito à saúde nessas situações.

Em que pese o crescimento da assistência médica privada no Brasil, a obrigatoriedade de cobertura do tratamento de inseminação artificial foi excluída pela Lei nº 9.656/98, desobrigando as operadoras de planos de saúde do custeio do tratamento.

Nesse sentido, a presente subseção tem como objetivo examinar a incompatibilidade de tal exclusão, à luz dos direitos fundamentais à saúde e ao planejamento familiar, especialmente partindo do conceito amplo de saúde adotado pelo texto constitucional.

### **5.2.1 A Lei n 9.656/1998: não obrigatoriedade e seus fundamentos**

Como já foi visto no presente capítulo, a promulgação da Lei de Planos de Saúde (LPS) e a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) são considerados marcos regulatórios do setor de saúde suplementar brasileiro, uma vez que, conjuntamente, estabeleceram diretrizes básicas para atuação da iniciativa privada nos serviços de saúde.

Partindo do legítimo poder normativo conferido à ANS, destaca-se a criação do denominado “plano referência”, estabelecido no art. 10 da LPS. Tal plano possui a capacidade de instituir a cobertura mínima a ser garantida, obrigatoriamente, pelas operadoras de plano de saúde aos seus beneficiários que firmaram contratos a partir de 02 de janeiro de 1999.

Neste sentido, esclarecem Fausto Santos, Deborah Malta e Emerson Merhy (2008, p.08)

A Lei no 9.656/98 trouxe, em relação à cobertura dos planos de saúde, uma nova compreensão, incluindo a obrigatoriedade do atendimento a todas as doenças da CID 10 (Classificação Internacional das Doenças), e a edição de um rol mínimo de procedimentos. Esta foi, sem dúvida, a principal mudança no formato de regulação assistencial, ou seja, o entendimento de que a atividade assistencial das empresas não mais se limitava à observância do cumprimento contratual, mas ao atendimento das atividades assistenciais constantes no rol de cobertura integral, conforme previsto pela lei.

Com o propósito de estabelecer uma cobertura mínima obrigatória nos contratos de planos de saúde, foi atribuída a ANS a competência para elaborar o “rol de procedimentos e eventos em saúde”, em consonância com as diretrizes estabelecidas

no art. 4, III da Lei 9.961<sup>11</sup> e no art. 10, §4<sup>12</sup>. Assim, pode-se afirmar que a autorização para criação desse rol é uma típica situação em que houve delegação normativa à agência reguladora.

Por força do lapso temporal entre a promulgação da LPS, em 1988, e a criação da ANS, apenas no ano de 2000, os regulamentos versando sobre o rol de cobertura foram provisoriamente editados pelo Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), tendo o referido Conselho publicado, em 04 de novembro de 1988, a Resolução n.10, de modo a elaborar o primeiro rol de referência básica das coberturas devidas pelas operadoras de planos privados. (RIANI, 2011)

A resolução elaborada pelo CONSU perdurou até 2004, momento em que a ANS, publicou a Resolução Normativa n 82, instituindo o primeiro rol de cobertura da referida agência reguladora. Assim, na forma do art.10, II, da Lei Federal n 9.961, a resolução normativa elaborada pela Diretoria Colegiada da ANS revogou a Resolução n.10 do CONSU.

Desde então, o rol de coberturas instituído pela ANS já passou por inúmeras modificações, demonstrando que a listagem promovida pela agência reguladora não é estanque. Tanto é verdade que, o art. 27 da RN 338/2013, atualmente em vigor, estabelece a revisão periódica do elenco de coberturas a cada dois anos. Assim, é nítido que as atualizações do rol atuam em benefício dos consumidores contratantes dos planos de saúde, uma vez que garante adaptação das coberturas a constante evolução da medicina. (SOUZA, 2012, p. 126)

Destaca-se que o “Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde” garante uma gama de procedimentos e tratamentos aos consumidores de planos privados de assistência à saúde, inibindo assim, uma atuação arbitrária norteadas tão somente pela maximização de lucros pelas operadoras.

Em que pese inúmeras garantias trazidas pela Lei dos Planos de Saúde, a referida legislação prevê hipóteses de não obrigatoriedade da cobertura assistencial, como forma de garantir a subsistência do mercado da saúde suplementar. Contudo, insta

---

<sup>11</sup> BRASIL. Lei n. 9.961/00. Art. 4o Compete à ANS: III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

<sup>12</sup> BRASIL. Lei n. 9.656/98. Art.10 [...] § 4o A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.

salientar que ao estabelecer a cobertura não obrigatória, o legislador não proibiu os planos de oferecerem determinados procedimentos, exceto quando estes consistirem em tratamentos ilícitos ou antiéticos. (SAMPAIO, 2010, p. 274)

Sob essa perspectiva, o presente trabalho objetiva realizar a correta reflexão quanto ao artigo 10, inciso III da Lei n. 9.656/98, que desobriga as operadoras de planos de saúde a custearem o tratamento de inseminação artificial e em consequência do conceito estabelecido pela ANS, de todo rol de técnicas de reprodução assistida. Assim, para fins didáticos, vale destacar, *in verbis*, o mencionado artigo:

Art.10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

**III - inseminação artificial;**

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas „c” do inciso I e „g” do inciso II do art. 12;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Como já apresentado, a inseminação artificial é a técnica de reprodução medicamente assistida mais simples, uma vez que consiste no processo de introdução do sêmen no óvulo, mediante meios artificiais. Assim, sem que haja copulação, o encontro manipulado artificialmente pode ser produzido diretamente no órgão genital feminino ou a fecundação pode ser realizada em laboratório – *in vitro*, colocando-se o embrião posteriormente no útero.

No entanto, como bem acentua Aurisvaldo Sampaio (2010, p. 283), a ANS ao alargar o sentido da inseminação artificial para abranger outras técnicas de reprodução

assistida, ultrapassou da sua competência regulamentar, atuando equivocadamente como legislador.

Isto pois, a vigente RN/ANS 428/2017, em seu art.20, §1, III, delimita a inseminação artificial como:

Art.20, § 1º, III - inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas;

Assim, acentue-se que além de ampliar o conceito de inseminação artificial, incluindo expressamente outras técnicas de reprodução assistida, como por exemplo, a transferência intratubária de zigotos, a ANS estabeleceu, em norma de encerramento, clara permissão de exclusão contratual de qualquer outra técnica de reprodução assistida. (SAMPAIO, 2010, p.284)

Diante dos textos normativos, percebe-se que a razão da prevista não obrigatoriedade das técnicas de reprodução assistida reside no entendimento de que a procriação é uma faculdade dos indivíduos, não alterando o estado sadio da pessoa. Neste sentido, Joseane Silva (2010, p. 280) destaca que “caso um certo casal escolha gerar prole e não o possa em decorrência de problemas orgânicos, a ausência da concepção de outro ser não lhes trará problemas físicos que justifiquem a obrigatoriedade da gravidez da mulher”.

Contudo, diante de todo o exposto, é evidente que tal exclusão de cobertura não é harmônica com a amplitude da noção de saúde adotada pelo sistema jurídico brasileiro, termo este que não se restringe mais a sua perspectiva curativa, sendo compreendido como estado de completo bem-estar físico, mental e social. Deve-se reconhecer, portanto, que nos casos de infertilidade devidamente diagnosticada, com indicação médica para o uso de técnicas de reprodução assistida, a cobertura do tratamento pelas operadoras de planos de saúde é indispensável para manutenção da saúde do beneficiário, conforme art.35-F<sup>13</sup> da LPS. (SAMPAIO, 2010, p. 284-285)

---

<sup>13</sup> BRASIL. Art. 35-F. A assistência a que alude o art. 1o desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes.

Como será demonstrado nos seguintes tópicos, o entendimento do presente estudo discorda da supracitada não obrigatoriedade de cobertura, na medida em que a mesma viola preceitos e garantias fundamentais do ordenamento. Aliás, claro é o desacerto da ANS em potencializar as impropriedades normativas no setor da saúde suplementar, seja atuando com poderes que de fato não possui, seja estabelecendo definições técnicas inadequadas.

### **5.2.2 A lei n 11.935: obrigatoriedade do planejamento familiar**

Pela simples análise do dispositivo legal presente na Lei dos Planos de Saúde quanto a não obrigatoriedade da cobertura das técnicas de reprodução assistida, observa-se claramente que tal dispositivo não se adequa ao direito fundamental do planejamento familiar, consagrado pela Constituição Federal em seu art. 226, §7º.

Como já foi visto, o direito ao livre planejamento familiar está intrinsecamente ligado aos direitos reprodutivos, bem como ao direito fundamental à liberdade, uma vez que este garantirá o livre exercício da sexualidade aos indivíduos, conferindo-lhes poderes decisórios quanto à escolha em ter filhos, à utilização de métodos contraceptivos ou à escolha do possível espaçamento entre gestações.

Outrossim, é importante reforçar a máxima de que o planejamento familiar não assegura somente métodos contraceptivos, mas garante também ações voltadas à concepção. Em consonância com tal raciocínio, observa-se que os indivíduos afetados pela infertilidade devem merecer igual proteção jurídica e social que um casal fértil. (MOURA; SILVA; GALVÃO, 2007, p.08)

Assim, para compreensão do presente trabalho é imprescindível que o direito ao planejamento familiar seja compreendido não apenas em seu prisma negativo, visando inibir a formação indesejada de famílias, mas também em seu viés capaz de assegurar e facilitar a formação de famílias que almejam ser constituídas. (CHAVES; ROSENVALD, 2014, p.657)

Neste sentido, o art. 2, da Lei n 9.263/96, determina que “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”.

Ultrapassada as linhas introdutórias do tema que foram trabalhadas com maior profundidade em capítulos anteriores, destaca-se no presente tópico o impasse entre a não obrigatoriedade estabelecida no art. 10, inciso III, da Lei n 9.656/1988 (LPS) e a obrigatoriedade expressa da promoção do planejamento familiar, presente no art. 35-C, inciso III, do mesmo diploma normativo, constituído por força da Lei 11.935/2009.

Para melhor compreensão da controvérsia, vale transcrever:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: [...]

II - inseminação artificial;

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: [...]

III - de planejamento familiar.

Para Rizzato Nunes (2019, p.01), uma leitura desatenta dos referidos artigos levaria à conclusão de que haveria uma contradição na Lei n° 9.656/98. Contudo, para o autor, inexistente contradição nos dispositivos, uma vez que a exclusão do inciso III do art.10 se relaciona ao indivíduo que, podendo gerar filhos naturalmente, escolhe pela inseminação artificial. Em contrapartida, o art. 35-C tutela os casos em que o indivíduo é impossibilitado de gerar filhos naturalmente, em razão de alguma doença ou impedimento fisiológico. Nesse sentido, o autor defende que é obrigatória a cobertura dos procedimentos assistidos de procriação, quando o indivíduo é devidamente diagnosticado com infertilidade, possuindo indicação médica para fazer o procedimento.

Após leitura da controvérsia, logicamente, extrai-se que nos casos em que a infertilidade é devidamente comprovada, de modo a prejudicar a concepção de um filho planejado, a cobertura dos procedimentos de reprodução assistida deveria ser obrigatória, tornando efetivo o planejamento familiar garantido pela própria Lei n° 9.656/98 e pelo texto constitucional.

Compartilhando desse entendimento, Aurisvaldo Sampaio (2010, p. 285) defende que diante do conceito adotado de planejamento familiar e da imposição trazida pela Lei 11.935/2009, os procedimentos de reprodução assistida deveriam ser obrigatoriamente oferecidos pelas operadoras de plano de saúde, desde que sua oferta esteja condicionada à infertilidade do consumidor.

Não obstante, a linha de raciocínio adotada pela ANS divergiu das apresentadas, uma vez que poucos dias após a edição da Lei 11.935/2009, a Agência Reguladora editou a Resolução Normativa 192/2009, objetivando suprimir quase todos os efeitos da referida lei. Isto pois, o diploma regulamentar reforçou a não obrigatoriedade da cobertura de técnicas de reprodução humana assistida, restringindo a cobertura obrigatória do planejamento familiar a um rol escasso de procedimentos, sendo o teor normativo de tal resolução estabelecido também pela vigente RN/ANS 428/17<sup>14</sup>. (SAMPAIO, 2010, p. 286)

Atualmente, na então vigente RN/ANS 428/17, o quadro de exclusões assistenciais permitidas se mantém inalterado, conservando assim o mesmo dispositivo injusto e ilegal norteador do setor da saúde suplementar.

Nessa esteira, entende-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) se excedeu quanto aos limites do seu poder de regulamentação, dado que a Resolução Normativa fruto da sua atividade regulamentária se opõe a obrigatoriedade de cobertura assegurada no art.35-C da Lei n.9.656/98, tal como restringe o exercício do direito fundamental ao livre planejamento familiar. (GOMES, 2013, p.167)

---

<sup>14</sup> BRASIL. RN/ANS n. 428/17. Art. 8º As ações de planejamento familiar de que trata o inciso III do art. 35-C da Lei nº 9.656, de 1998, devem envolver as atividades de educação, aconselhamento e atendimento clínico previstas nos Anexos desta RN, observando-se as seguintes definições: I – planejamento familiar: 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; II – concepção: fusão de um espermatozoide com um óvulo, resultando na formação de um zigoto; III – anticoncepção: prevenção da concepção por bloqueio temporário ou permanente da fertilidade; IV - atividades educacionais: são aquelas executadas por profissional de saúde habilitado mediante a utilização de linguagem acessível, simples e precisa, com o objetivo de oferecer aos beneficiários os conhecimentos necessários para a escolha e posterior utilização do método mais adequado e propiciar a reflexão sobre temas relacionados à concepção e à anticoncepção, inclusive à sexualidade, podendo ser realizadas em grupo ou individualmente e permitindo a troca de informações e experiências baseadas na vivência de cada indivíduo do grupo; V – aconselhamento: processo de escuta ativa que pressupõe a identificação e acolhimento das demandas do indivíduo ou casal relacionadas às questões de planejamento familiar, prevenção das Doenças Sexualmente Transmissíveis/Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - DST/AIDS e outras patologias que possam interferir na concepção/parto; e VI – atendimento clínico: realizado após as atividades educativas, incluindo anamnese, exame físico geral e ginecológico para subsidiar a escolha e prescrição do método mais adequado para concepção ou anticoncepção.

Assim, a atuação irresponsável da Agência Nacional de Saúde Suplementar gerou o ônus ao aplicador do direito de auferir casuisticamente a obrigatoriedade da cobertura de tais procedimentos, observando o sistema de proteção aos consumidores, bem como todas as garantias constitucionais, ainda que precise refutar a vigência do Ato Administrativo desarmônico. (SAMPAIO, 2010, p. 286)

Nesse sentido, entende-se que em casos de infertilidade comprovada, se há indicação médica para os procedimentos assistidos de reprodução, deverá ser obrigatória a cobertura dos procedimentos pelos planos de saúde, como forma de efetivar o planejamento familiar, consagrado constitucionalmente e no corpo da Lei 11.935/2009.

### **5.2.3 A atuação do Judiciário Brasileiro no âmbito da oferta da reprodução assistida**

É cediço que mercado de saúde suplementar é marcado por um verdadeiro impasse entre os interesses dos contratantes, onde a partir da perspectiva das operadoras, a administração dos planos de saúde deve ser feita para maximizar os lucros e sob o ponto de vista dos usuários, o acesso aos serviços-médicos e hospitalares deve ser garantido sempre que necessário.

Em verdade, o referido impasse ganha ainda mais relevância, na medida em que o usuário se encontra em posição de submissão contratual, apenas aderindo o contrato previamente elaborado pela operadora, bem como na medida em o direito fundamental à saúde é qualificado como objeto da relação obrigacional. (GOMES, 2013, p. 250)

Nessa conjuntura, visando harmonizar o exercício da autonomia privada pelos contratantes, a fim de concretizar os interesses das partes e de superar a posição de vulnerabilidade do usuário, as relações de assistência privada à saúde foram vinculadas à uma série de textos legais específicos, dentre as quais merecem destaque o Código de Defesa do Consumidor, a Lei n 9.656/98 e as Resoluções Normativas da ANS. (GOMES, 2013, p. 249)

Contudo, a existência de previsões normativas específicas em relação aos contratos de plano de saúde não é suficiente, por si só, para evitar conflitos entre usuários e operadoras de planos. Assim, torna-se imprescindível a atuação do Poder Judiciário para compatibilização dos distintos interesses presentes na relação, uma vez que o Estado, no exercício da atividade jurisdicional, atuará no conflito de interesses, substituindo a vontade dos litigantes pela sua vontade fundamentada e imparcial. (GOMES, 2013, p. 250)

Nesse sentido, o Poder Judiciário desempenha papel relevante na concretização dos direitos fundamentais, na medida em que é atribuído ao Estado-Juiz o dever de pacificação social, garantindo a satisfação das necessidades da população negligenciadas pelos outros Poderes.

No contexto de crescente valorização do Poder Judiciário, Marcos Paulo Veríssimo (2008, p.411) defende que há uma supervalorização preocupante, na medida em que esta altera a lógica da separação dos poderes, gerando uma crise institucional, principalmente pelo fato dos magistrados não serem eleitos pelo povo. Assim, defende-se que o fenômeno poderá potencialmente causar uma politização da justiça.

Outrossim, também se critica a crescente atuação do Judiciário, em razão do sobrecarregamento das atribuições de tal poder, uma vez que com o aumento da procura pelo Poder Judiciário, a justiça se sobrecarregou a tal ponto que não tem conseguido dar conta do imenso volume de processos que são distribuídos todos os dias, o que acaba contribuindo para sua morosidade e ineficácia. (VERÍSSIMO, 2008, p. 411).

Contudo, faz-se necessário entender que o presente estudo defende o exercício da atividade jurisdicional não como forma de “criação do direito”, mas como meio de construção da norma jurídica, na medida em que o magistrado, norteado pelo conteúdo constitucional, atribuirá sentido ao texto normativo, promovendo a efetivação dos direitos fundamentais. (MARINONI, 2008, p.136)

Para melhor compressão, cumpre-se ressaltar as diferenças conceituais entre os termos: “ativismo judicial” e “judicialização”:

Vamos aos conceitos: judicialização não se confunde com ativismo judicial. A judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. Outra coisa bem distinta é o “ativismo judicial” (que retrataria uma espécie de intromissão

indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz “cria” uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição). (GOMES, 2009, p.3)

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.836-837) conceitua o fenômeno do ativismo judicial como a “interferência indevida nas atribuições dos demais Poderes do Estado e, em consequência, infringência ao princípio da separação dos poderes”.

Na mesma linha, Lênio Luiz Streck (2009, p.2) sustenta que o ativismo judicial se manifesta quando “os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas)”.

Na sua concepção, enquanto o ativismo judicial é nitidamente prejudicial a democracia, a judicialização pode ser benéfica ou prejudicial, dependendo da situação.

Nesse raciocínio, Lênio Luiz Streck (2016, p.6) defende que:

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço” seja para manter o status quo). Assim, de uma questão que sofreu judicialização pode-se ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável numa perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guardadores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista.

Assim, o exercício da atividade jurisdicional não deve se manifestar de forma livre e discricionária, uma vez que, se assim fosse, instalar-se-ia uma verdadeira insegurança contratual. Para tanto, a atuação do magistrado deverá ser balizada de acordo com os princípios e as regras do ordenamento jurídico, somados aos elementos argumentativos e de prova dos litigantes, pressupostos estes que obrigatoriamente irão compor a motivação da decisão judicial. (GOMES, 2013, p. 250)

Partindo para o tema central do presente trabalho, observa-se que a concretização do sonho de gerar um filho, presente nos anseios dos casais inférteis, encontra óbices no sistema jurídico pátrio, visto que a exclusão da cobertura do tratamento de inseminação artificial está expressamente estabelecida no art. 10, III da Lei n 9656/88.

Em pesquisa feita no ano de 2017, através de levantamento on-line em oito Tribunais de Justiça do País<sup>15</sup>, observou-se que o número de ações de casais brasileiros que recorreram ao Judiciário para garantir a cobertura das técnicas de RHA quase triplicou. Segundo dados coletados, a quantidade de decisões em segunda instância no período de 2015 a 2016, saiu de oito decisões para vinte, onde em 78% dos casos, a decisão foi favorável aos casais. (COLLUCCI, 2017, p.2)

Diante deste cenário, serão analisadas três decisões sobre o tema, o julgamento da Apelação nº 1021947-94.2017.8.26.0100, proferido pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o julgamento da apelação nº 0577970-11.2017.8.05.0001, proferido pela Primeira Câmara Cível do Tribunal do Estado da Bahia, e o julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.590.221, realizado pela Ministra Nancy Andrichi.

Vejamos a ementa da decisão proferida pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS, COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA - DIFERIMENTO DAS CUSTAS PREVISTO EM SITUAÇÕES RELACIONADAS NA LEI ESTADUAL 11.608/03, EM ROL TAXATIVO - CONCESSÃO DA BENESSE DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA PARA O ATO - AUTORA QUE SUSTENTA A NECESSIDADE DE REFORMA DA R. SENTENÇA APELADA, PARA QUE SEJA AUTORIZADA A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO DENOMINADO FERTILIZAÇÃO IN VITRO - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DEVER DE BOA-FÉ OBJETIVA DO PLANO DE SAÚDE - CLÁUSULA GENÉRICA DE EXCLUSÃO DE PROCEDIMENTOS NÃO PREVISTOS COMO OBRIGATÓRIOS PELA ANS- RELAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE NÃO PODE AFASTAR TRATAMENTO RECOMENDADO PARA DOENÇA COM COBERTURA CONTRATUAL - VERIFICAÇÃO DO EQUILÍBRIO DO CONTRATO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - REFORMA - RECURSO PROVIDO.

(TJ- SP, APL:1021947-94.2017.8.26.0100, Relator: MARCIA DALLA DEA BARONE, 2a Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 14/08/2018, Pág.: 432)

---

<sup>15</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Tribunal de Justiça da Bahia e Tribunal de Justiça do Pernambuco.

A mencionada decisão trata-se de uma apelação, com pedido liminar, contra a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau da 45ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, na qual foi indeferido o pedido formulado pela parte autora, no que se refere ao custeio do tratamento de fertilização *in vitro* pela operadora de plano de saúde. A parte autora alega ser portadora de endometriose pélvica com comprometimento secundário das tubas uterinas e aderências pélvicas, sendo estas causas de sua infertilidade.

Em razão da patologia supracitada, a parte autora necessitou da utilização de reprodução humana assistida para garantir o exercício de seu direito ao planejamento familiar, tendo a fertilização *in vitro* (FIV) como a única opção terapêutica devidamente indicada para a paciente. Nesse sentido, a operadora de plano de saúde foi condenada a custear as despesas relacionadas ao procedimento de fertilização *in vitro* (FIV).

Como já traçado, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.263/96, o planejamento familiar é definido 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”. Assim, a cobertura do procedimento de fertilização *in vitro* indicado à autora se mostra harmônica com o dispositivo que assegura a obrigatoriedade da cobertura nos casos de planejamento familiar.

Nesse sentido, a 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que é evidente a aplicação das normas consumeristas à relação jurídica analisada e por isso, diante da controvérsia mencionada, o contrato de adesão deve ser analisado com maior amplitude em favor do consumidor. Nessa esteira, há obrigatoriedade na cobertura das técnicas de reprodução assistida pelos planos de saúde, nos casos onde houver infertilidade diagnosticada. Isso pois, além dos dispositivos constitucionais que garantem o livre planejamento familiar, nos termos do inciso III, do artigo 35-C da Lei 9.656/98, os procedimentos relacionados à promoção de tal direito gozam de cobertura obrigatória pelos planos de saúde.

Seguindo o entendimento favorável à obrigatoriedade de cobertura, no julgamento da apelação nº 0577970-11.2017.8.05.0001 pela Primeira Câmara Cível do Tribunal do Estado da Bahia, entendeu-se que:

APELAÇÃO. CONSUMIDOR, CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE REALIZAÇÃO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS AUTORAIS. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVISÃO ACERCA DA NECESSIDADE DO CUSTEIO DE PROCEDIMENTOS COM A FINALIDADE DE PLANEJAMENTO FAMILIAR. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJ-BA - APL: 05779701120178050001, Relator: Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 09/05/2019)

O acórdão acima julgou o apelo contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara dos Feitos de Relações de Consumo da Comarca de Salvador, na qual foi indeferido o pedido formulado pela parte autora quanto ao custeio do tratamento de fertilização in vitro. Ressalta-se que, no caso em tela, a parte autora possuía diagnóstico de infertilidade, em razão de fatores tuboperitoneal e ovariano, tendo indicação médica para realização do procedimento assistido.

Tendo em vista a recorrente controvérsia entre o dispositivo legal que exclui, expressamente, os procedimentos envolvendo técnicas de RHA do rol de cobertura e o art. 35-C, III, da Lei nº 9.656/98, que assegura cobertura obrigatória dos procedimentos que garantem o planejamento familiar, a Primeira Câmara Cível se baseou nos direitos constitucionais à saúde, ao planejamento familiar e à promoção da dignidade humana para sustentar a obrigatoriedade de cobertura de tais técnicas.

Entendeu-se que a negativa de tratamento, sob alegação de equilíbrio econômico, mesmo diante de inequívoco relatório médico demonstrando a sua necessidade, violou a previsão constitucional ao direito à saúde e ao planejamento familiar, de modo apresentar clara ofensa à dignidade da pessoa humana. Segundo o julgado, o profissional da Medicina é competente para definir a melhor medicação e o procedimento apropriado para cada paciente, sendo dever dos planos de saúde tão somente assegurar a cobertura de procedimentos e intervenções imprescindíveis à manutenção da saúde do beneficiário.

Logrou êxito, portanto, o Relator ao reconhecer a obrigatoriedade da cobertura dos procedimentos de reprodução assistida, em razão da sua intrínseca conexão com os direitos ao Planejamento Familiar e à Saúde, visando a garantia à dignidade da pessoa humana, bem como o efetivo gozo dos direitos fundamentais.

Diferente da decisão proferida pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o acórdão supramencionado do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ultrapassou o argumento relacionado ao planejamento familiar garantido

pela Lei nº 9.656/98 e pela Constituição Federal. Isso pois, tal julgado, partindo do entendimento da OMS, que considera a infertilidade como patologia, sustentou que a negativa de cobertura do procedimento de fertilização *in vitro* no caso analisado, viola não apenas o direito ao planejamento familiar da paciente, mas também o direito à saúde da mesma.

Em sentido oposto, a decisão do REsp nº 1.590.221<sup>16</sup>, proferida pela Ministra Nancy Andrighi, entendeu pela a não obrigatoriedade de cobertura dos procedimentos assistidos de procriação, sustentando que a limitação legal quanto à inseminação artificial configura tão somente uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório nos casos de planejamento familiar.

Nesse raciocínio, um trecho do voto sustenta que:

Esse cenário demonstra que a LPS excluiu do plano-referência apenas a inseminação artificial dentro de um amplo contexto de atenção ao planejamento familiar. Note-se que permanecem válidas “todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes” (art. 35-F). Desse modo, aos consumidores estão assegurados, quanto à atenção em planejamento reprodutivo, o acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, o acompanhamento de profissional habilitado (v.g. ginecologistas, obstetras, urologistas), a

---

<sup>16</sup> CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. ENDOMETRIOSE. PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXCLUSÃO DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. NÃO CONFIGURADA. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. RESOLUÇÃO NORMATIVA 338/2013. FUNDAMENTO NA LEI 9.656/98. 1. Ação ajuizada em 21/07/2014. Recurso especial interposto em 09/11/2015 e concluso ao gabinete em 02/09/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se a inseminação artificial por meio da técnica de fertilização *in vitro* deve ser custeada por plano de saúde. 3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 4. A Lei 9.656/98 (LPS) dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e estabelece as exigências mínimas de oferta aos consumidores (art. 12), as exceções (art. 10) e as hipóteses obrigatórias de cobertura do atendimento (art. 35-C). 5. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a autorização prevista no art. 10, § 4º, da LPS, é o órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano-referência de assistência à saúde. 6. A Resolução Normativa 338/2013 da ANS, aplicável à hipótese concreta, define planejamento familiar como o "conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal" (art. 7º, I, RN 338/2013 ANS). 7. Aos consumidores estão assegurados, quanto à atenção em planejamento familiar, o acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, o acompanhamento de profissional habilitado (v.g. ginecologistas, obstetras, urologistas), a realização de exames clínicos e laboratoriais, os atendimentos de urgência e de emergência, inclusive a utilização de recursos comportamentais, medicamentosos ou cirúrgicos, reversíveis e irreversíveis em matéria reprodutiva. 8. A limitação da lei quanto à inseminação artificial (art. 10, III, LPS) apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar (art. 35-C, III, LPS). Não há, portanto, abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial, o que tem respaldo na LPS e na RN 338/2013. 9. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1590221 DF 2016/0067921-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2017)

realização de exames clínicos e laboratoriais, os atendimentos de urgência e de emergência, inclusive a utilização de recursos comportamentais, medicamentosos ou cirúrgicos, reversíveis e irreversíveis em matéria reprodutiva. A limitação da lei quanto à inseminação artificial apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar, na modalidade concepção.

(STJ - REsp: 1590221 DF 2016/0067921-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2017)

Outrossim, a decisão também defendeu que não houve qualquer revogação dos procedimentos e técnicas estabelecidos na Lei de Planejamento Familiar pelo advento da Lei de Planos de Saúde, uma vez que, segundo o art. 2º, §2º, da LINDB, “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Contudo, observa-se que a decisão do REsp nº 1.590.221 foi alheia à diversos aspectos essenciais ao tema. Em discordância com a tese central do presente estudo, a decisão da Ministra foi indiferente quanto à classificação dada pela OMS à infertilidade, que a considera como doença do sistema reprodutivo. Assim, ao validar a negativa de cobertura dos procedimentos assistidos para os casais inférteis, a decisão sustentou também a negativa ao direito fundamental à saúde. Ademais, a decisão também se distanciou da análise dos princípios envolvidos na relação contratual, sendo essencial a ponderação dos interesses entre as partes envolvidas a fim de alcançar a harmonização contratual e econômica.

Assim, conclui-se que tem sido cada vez mais progressiva as estatísticas relacionadas à judicialização da saúde, uma vez que nos casos em que o tratamento prescrito para infertilidade envolva técnicas de reprodução assistida, este provavelmente será recusado pelo plano de saúde, não restando outra alternativa ao consumidor fora a provocação do Poder Judiciário.

Nesse cenário, havendo conflito de interesses entre usuários e operadoras de planos de saúde, incumbe ao Poder Judiciário promover a composição do litígio, promovendo a satisfação do conteúdo contratual, a partir da análise à luz dos direitos fundamentais, especialmente a luz do direito fundamental à saúde e ao planejamento familiar.

Em vista disso, diante do cenário injusto gerado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, a atuação do Poder Judiciário demonstra-se necessária para retirada de qualquer abusividade que sobrepele os usuários de planos de saúde, parte

hipossuficiente da relação e conseqüentemente, ofenda os princípios fundamentais da ordem constitucional vigente.

#### **5.2.4 Breves considerações visando um equilíbrio econômico financeiro dos planos de saúde no âmbito da oferta dos procedimentos assistidos de procriação**

Convém, inicialmente, esclarecer que o presente estudo não pretende se aprofundar numa Análise Econômica do Direito, mas busca traçar breves considerações capazes de ensejar uma conformação entre a necessidade de coberturas assistenciais mais amplas e a lógica econômica financeira aplicada aos contratos de Planos de Saúde.

Em uma simples definição, a economia do direito pode ser conceituada como a aplicação da teoria econômica, especialmente em relação à teoria dos preços, ao estudo das leis e das instituições jurídicas. Mesmo diante da ausência de consenso sobre sua definição, sem dúvidas, esse campo de pesquisa alcançou destaque nas últimas décadas, tendo adquirido, inclusive, o status de disciplina específica. (VELJANOVSKI, 1994, 21)

Segundo o principal referencial teórico da disciplina, o Movimento *Law and Economics*, a Análise Econômica do Direito está pautada em três importantes premissas: “as pessoas são maximizadoras racionais de sua própria satisfação”, “as normas legais são preços” e “o direito deve ser analisado sob a perspectiva da eficiência”. (FLORES FILHO, 2007, p.05)

Em síntese, a primeira assertiva conduz a ideia de que a racionalidade mencionada é voltada tão somente a busca de satisfação pessoal, sendo alheia às interações sociais e aos valores altruísticos. Já a segunda premissa, também é vista numa ótica utilitarista, onde a lei como preço deduz uma lógica de satisfação pessoal. Assim, as leis são preços que os indivíduos pagam quando realizam condutas indesejadas ou até, preços relacionados às sanções premiais de incentivo. Por fim, a última assertiva sustenta uma maximização de benefícios com o menor custo possível. (FLORES FILHO, 2007, p. 05)

Segundo Edgar Gaston Jacobs Flores Filho (2007, p.05), diante dessas premissas

“esta dicotomia custo/incentivo cria uma estrutura similar ao mercado, onde pessoas decidem suas posturas em face do ordenamento jurídico seguindo a mesma lógica pela qual se posicionam nas questões econômicas. “

Em semelhante raciocínio, Bruno Mayerhof Salama (2008, p.2) observa que:

O Direito, visto como um sistema de incentivos indutor de condutas, deve promover a maximização da riqueza. Dessa ótica, a pedra de toque para a avaliação das regras jurídicas é a sua capacidade de contribuir (ou não) para a maximização da riqueza na sociedade. Isto leva à noção de que a maximização de riqueza seja fundacional ao Direito, no sentido de que possa ser o critério ético que venha a distinguir regras justas de injustas.

Nesse sentido, observa-se que a justiça não pode ser relacionada unicamente ao critério da eficiência, uma vez que o Direito se manifesta como instrumento apto para promoção de fins sociais. Assim, a análise econômica do direito não pode se pautar somente no objetivo de maximizar riquezas. (MELO, 2016, p.161)

Tendo em vista as recorrentes decisões judiciais no âmbito da oferta da reprodução assistida, observa-se que um dos argumentos mais utilizados para negativa da obrigatoriedade dos procedimentos assistidos de procriação é o relacionado ao equilíbrio econômico financeiro dos planos de saúde. Isso pois, de acordo com tal entendimento, embora haja previsão expressa de cobertura obrigatória para os casos de “planejamento familiar”, a interpretação alargada dessa expressão geraria uma manifesta afronta ao equilíbrio econômico financeiro dos planos de saúde.

Cumpra-se observar, preliminarmente, que o procedimento de Fertilização in vitro, em média, varia entre R\$ 5 mil e R\$ 20 mil em clínicas particulares, sendo ofertados pacotes com preços mais convidativos, a depender do plano escolhido pelo indivíduo infértil, que varia de acordo com a quantidade de tentativas. Já o procedimento de Inseminação Artificial varia de R\$ 2.500,00 a R\$ 3.500,00, sendo indicado para casos mais simples. (AYRES, 2018, p.2)

Como já demonstrado em capítulos anteriores, o contrato de plano de saúde, pressupõe uma mensalidade (prêmio do seguro), que é feita através de cálculos atuariais norteados, essencialmente, no custo por indivíduo das despesas com saúde de cada faixa etária, nas despesas administrativas e tributárias, bem como no lucro. Além disso, o custo da utilização das despesas médicas também precisa observar a frequência de utilização e o preço dos serviços de saúde. Assim, após realização desse cálculo, tal valor será repassado aos consumidores, que ao realizarem os

pagamentos mensais, irão compor o grupo de segurados. (ANTUNES, 2012, p. 05)

Nesse sentido, visando o equilíbrio econômico financeiro das operadoras de planos de saúde, o Código de Defesa do Consumidor autorizou expressamente em seu art. 54, §4<sup>17</sup>, a existência de cláusulas limitativas. Contudo, tais cláusulas não se confundem com as cláusulas abusivas, uma vez que as limitativas restringem o direito do consumidor, em consonância com os princípios da boa-fé ou equidade, sem gerar uma desvantagem exagerada aos usuários dos planos.

Contudo, como já sustentado, a limitação imposta pelo art. 10, III, da Lei nº 9.656/98, confronta não apenas o art. 35-C da própria lei, mas essencialmente os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Assim, diante da injusta exclusão da obrigatoriedade imposta pelo dispositivo, é imprescindível que haja aplicação dos princípios e garantias constitucionais apresentadas ao longo deste estudo.

Segundo Márcio Olmo Cardoso (2011, p.309), o mercado de saúde suplementar deve ser norteado pelos princípios da defesa do mercado, da defesa do consumidor e da efetiva tutela da saúde. Por força do princípio de defesa do mercado, as normas jurídicas do sistema suplementar de saúde devem ser consistentes, de modo a assegurar o equilíbrio-financeiro do mercado e conservar as operadoras de planos de saúde que atuam na atividade. Já em relação ao segundo princípio, que já foi melhor analisado em capítulos anteriores, entende-se que se aplica o Código de Defesa do Consumidor nas relações entre operadoras de planos e beneficiários. Por fim, o princípio da efetiva tutela da saúde se manifesta na ideia de que as normas que regem o mercado da saúde suplementar devem assegurar sempre ao consumidor atendimento médico apto à manutenção da saúde do mesmo.

Assim, visando harmonizar a efetiva manutenção da saúde do usuário, a aplicação do sistema de proteção ao consumidor e a manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos planos de saúde, caberá ao Judiciário, utilizando-se da ponderação, garantir a maior efetividade dos direitos fundamentais com o mínimo de sacrifícios econômicos, de modo a garantir a continuidade da relevante atividade empresarial

---

<sup>17</sup>BRASIL. Lei n. 8.078/90. Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

realizada pelas operadoras de planos de saúde.

Nesse raciocínio, logrou êxito o antigo entendimento aprovado por unanimidade pelas Turmas Recursais do Tribunal de Justiça da Bahia, em 28 de março de 2016, sustentando que:

SÚMULA 02/2016: “É devida a cobertura pelos planos de saúde do procedimento de fertilização *in vitro*, limitada a 02 (duas) tentativas, em face da configuração da infertilidade como patologia pela OMS”. (Aprovado por unanimidade em 22.02.2016 - Turmas Recursais Reunidas TJBA).

Assim, além de ratificar a tese central do presente trabalho, o mencionado entendimento ainda adequou a efetivação dos direitos fundamentais dos consumidores ao princípio da continuidade da atividade empresarial desenvolvida pelas operadoras de planos, garantindo o equilíbrio econômico financeiro dos planos de saúde.

Outrossim, entende-se que a quantidade de tentativas assegurada pela súmula está coerente ao cenário de oferta da reprodução assistida, uma vez que o procedimento de fertilização *in vitro*, em razão dos grandes avanços na Medicina, conta com índice de sucesso de 40% por tentativa, onde 60% dos casais engravidam até a segunda tentativa. Durante o Congresso da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva do ano de 2016, por exemplo, os especialistas indicaram uma porcentagem de 80% dos procedimentos funcionarem. (RUPRECHT, 2016, p.2)

Contudo, lamentavelmente, o Colégio de Magistrados dos Juizados Especiais do Estado da Bahia aprovou, no dia 19 de novembro de 2018, o Enunciado nº 02, estabelecendo que “a inseminação artificial e a fertilização “*in vitro*” não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde”, revogando a Súmula 02 das Turmas Recursais.

Apesar do retrocesso no entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça da Bahia, o presente estudo ratifica o papel crucial do Poder Judiciário na busca de uma justiça substancial da relação travada entre usuários e operadoras de planos de saúde, de modo a recuperar, promover e proteger o direito fundamental à saúde. Assim, almejando a simbiose entre a promoção dos direitos fundamentais aos casais inférteis e o equilíbrio econômico financeiro das operadoras de planos, entende-se pela necessidade de limitação da quantidade de tentativas relacionadas ao uso das

técnicas de reprodução assistida, bem como que a utilização de tais técnicas esteja restrita aos interessados que comprovem a inviabilidade da gravidez, através de laudos médicos, psicológicos e exames, e que estejam dentro do limite de idade a ser delimitado pelo plano de saúde.

### **5.2.5 A observância dos direitos fundamentais como fundamento da cobertura dos procedimentos assistidos de procriação artificial por planos de saúde**

Dentro do panorama exposto, é inegável que o acesso às técnicas de reprodução assistida está inerentemente relacionado à dignidade da pessoa humana, sendo esta base inafastável da construção dos direitos fundamentais.

Ao tratar dos procedimentos de reprodução assistida, destacam-se: o direito ao livre planejamento familiar, os direitos sexuais e reprodutivos, o livre exercício da autonomia e em especial, o direito à saúde consagrado na Carta Magna Federal. Em verdade, em razão do caráter intrínseco ao ser humano, o direito à saúde se manifesta como base para existência e exercício de todos os outros direitos mencionados.

A proteção legal dos direitos reprodutivos e sexuais no ordenamento brasileiro foi fruto de um extenso processo de luta sociais, conferindo um caráter universal e equitativo aos seus titulares, sendo aplicado indistintamente a homens e mulheres.

Por essa via, a Constituição Federal de 1988, na dicção do art. 226, §7, assegurou aos indivíduos o direito ao livre planejamento familiar, que deve ser norteado pelos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, sendo dever do Estado propiciar o exercício de tal direito. Além da tutela constitucional desse direito, por força da Lei nº 11.935/2009, foi introduzido no art. 35-C, III, da Lei nº 9.656/98 a obrigatoriedade de tratamentos médicos voltados à promoção do planejamento familiar.

Como bem sustentado em capítulos anteriores, a inserção do direito ao livre planejamento familiar no ordenamento jurídico pátrio garante não apenas o acesso aos métodos e técnicas de contracepção, mas também os métodos de concepção, exigindo que tais técnicas não ponham em risco a vida e saúde dos indivíduos.

Com efeito, a proteção ao livre planejamento familiar pressupõe o direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva, devendo o Estado, através de políticas públicas, garantir o acesso igualitário às informações, métodos e técnicas que garantam a livre decisão do casal.

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas estabelece que:

Saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. De conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis. (PATRIOTA, 1994, p. 30)

Isso pois, o amplo e integrador conceito de saúde garante que o direito fundamental à saúde assegura aos indivíduos o gozo de completo bem-estar físico, mental e social, não se reduzindo ao conceito relacionado à ausência de doença. Nesse sentido, é importante ressaltar que, a infertilidade além de ser reconhecida como doença pela Organização Mundial de Saúde (OMS), também se encaixa perfeitamente como problema de saúde em razão do conceito amplo do termo, na medida em que gera de diversos transtornos psíquicos e sociais aos indivíduos afetados.

Finalmente, cumpre-se reafirmar que qualificado como um direito transdimensional, o direito à saúde pode ser identificado em seu prisma individual, na medida em que estabelece limites à intervenção do estado, respeitando o subjetivismo individual e o exercício da autonomia do indivíduo, desde que dentro dos limites da dignidade da pessoa humana. Outrossim, também pode ser identificado como um direito social, conforme o art. 6º da Constituição Federal, exigindo do Estado uma prestação positiva, onde a atuação estatal será em prol da promoção de condições que assegure o exercício amplo do direito à saúde. E por fim, tal direito ainda é identificado em seu prisma coletivo, ultrapassando a ideia de titularidade individual, conferindo-a a um

grupo, categoria ou classe de pessoas. (FREITAS; MIRANDA, 2017, p.107)

Após ratificação da conexão dos direitos fundamentais mencionados ao âmbito da oferta da reprodução assistida pelos planos de saúde, cumpre-se demonstrar a necessidade de observância de tais direitos para manutenção da saúde do usuário, garantindo a dignidade da pessoa humana do mesmo.

Inicialmente, pode-se dizer que a incidência do direito à saúde nos contratos de plano de saúde não encontra qualquer óbice, uma vez que os negócios jurídicos que compõem a relação jurídica mencionada têm como propósito a complementação dos serviços públicos de saúde. Ademais, observa-se que o próprio objeto contratual da relação tem natureza existencial, tendo a manutenção da saúde do beneficiário do plano como finalidade. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 3194)

Contudo, principalmente em razão da forma adesiva dos contratos de planos de saúde, observa-se na realidade a existência de uma real situação de abuso contratual, onde as operadoras de planos de assistência privada à saúde atuam, de modo a anular o interesse existencial do contrato, prevalecendo o interesse relacionado à maximização de lucros, sob a justificativa da relação ser pautada pela autonomia privada dos contratantes. (GOMES, 2013, p.143)

Com efeito, em consonância com o sustentado no tópico anterior, o cenário ideal, para uma saudável relação entre os usuários e operadoras de planos de saúde, necessita que a atuação das operadoras seja pautada na promoção, manutenção e recuperação da saúde do usuário, sem que, contudo, tal atuação elimine o fim relacionado à busca pelo lucro da atividade econômica. (GOMES, 2013, p.146)

Distante desse cenário ideal, apesar a existência de efetivas técnicas de reprodução assistida, o sonho de inúmeros casais que desejam gerar filhos, mas são prejudicados naturalmente por alguma doença ou impedimento fisiológico, encontra-se obstado também pelas condições econômicas do indivíduo, que mesmo pagamento mensalidades ao plano de saúde, é obrigado a recorrer à atendimentos particulares para utilização dessas técnicas.

Nesse âmbito, partir da leitura dos direitos fundamentais que permeiam a questão em voga, aos quais se destacam o direito à saúde e o direito ao planejamento familiar, infere-se que nos casos em que a infertilidade estiver inequivocamente diagnosticada, será indispensável à cobertura desse procedimento.

## 6 CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, constatou-se que o desejo de gerar um filho, presente nos anseios dos indivíduos que lidam com a infertilidade, enfrenta um latente conflito diante dos óbices impostos pelas normas jurídicas que regem a saúde suplementar no Brasil.

Diante do cenário injusto traçado pela ANS, o art. 10, III, da Lei nº 9.656/98 estabeleceu a inseminação artificial como uma das hipóteses de exclusão de cobertura dos contratos de plano de saúde. Convém ressaltar que ao conceituar o procedimento de “inseminação artificial”, a Agência Nacional de Saúde Suplementar incorporou todas as técnicas para o tratamento de infertilidade, em concordância com o art.20, §1, III da vigente RN 428/2017.

Contudo, sustenta o presente trabalho que nítida é a incompatibilidade do dispositivo supramencionado com todo o sistema jurídico, visto que resumidamente: a Constituição Federal garante o Planejamento Familiar como um direito do cidadão, dando ao Estado a função de garantir o livre exercício deste direito; o Código de Defesa do Consumidor dita que são nulas as cláusulas contratuais de planos de saúde abusivas; a Lei nº 9.263/96 determina o oferecimento de métodos de concepção e contracepção aceitos cientificamente, desde que não prejudiquem a vida e a saúde do indivíduo, de modo a garantir o planejamento familiar a Lei 11.935/09 impõe a obrigatoriedade de tratamentos médicos voltados a promoção do planejamento familiar.

Não se pode perder de vista que, durante o desenvolvimento deste estudo, as análises sobre a incongruência da hipótese de exclusão de cobertura dos procedimentos assistidos de reprodução foram feitas à luz de importantes direitos fundamentais, entendendo-se pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de assistência à saúde.

Os direitos fundamentais são imprescindíveis à vida humana, correspondendo a um dos legados mais importantes do Constituinte de 1988. Por consequência, é imprescindível que haja respeito e garantia de tais direitos, de modo a rechaçar toda e qualquer manifestação que tenha objetivo a deslegitimação e o esvaziamento dos direitos fundamentais.

Dotados de historicidade, os direitos fundamentais gozam da condição de cláusula pétrea na Constituição de 1988, impondo uma série de restrições materiais à liberdade do legislador ordinário e ao Poder Constituinte Reformador. Assim, não obstante a diversidade conceitual do termo, é inequívoco que os direitos fundamentais representam um conjunto de normas constitucionais que pretendem garantir os direitos vitais à promoção da dignidade da pessoa humana, frustrando de forma efetiva a atuação arbitrária do Estado.

Em consonância com a teoria da eficácia horizontal imediata, o presente trabalho defende que a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas se verifica de forma imediata, não condicionando a sua incidência à prévia atuação do legislador, no âmbito do direito privado.

Como demonstrado, em meio aos direitos fundamentais obstados pela exclusão autorizada pelo art. 10, III, da Lei nº 9.656/98, cumpre-se destacar o direito fundamental ao livre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Ao reconhecer a família como base da sociedade, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu expressamente, em seu art. 226, §7º, o direito ao planejamento familiar, garantindo aos indivíduos a livre organização de sua vida reprodutiva. Em relação à efetivação desse direito, ao Estado caberá tão somente o dever de proporcionar recursos educativos e preventivos capazes de garantir o acesso democrático a todos os métodos conceptivos ou contraceptivos. Assim, o planejamento familiar deve ser garantido de forma livre, estando o Estado e a sociedade limitados de impor condições para o exercício de tal direito dentro da esfera da autonomia privada do indivíduo.

É evidente a conexão desse direito ao exercício dos direitos reprodutivos e sexuais dos indivíduos, na medida em que garante aos indivíduos o direito de decidir a quantidade de filhos, quando tê-los, o espaçamento das gestações, e sobretudo, o direito de decidir procriar ou não. Convém ratificar também que os direitos sexuais e reprodutivos são indissociáveis da condição humana, abrangendo a livre vivência da sexualidade, a gestação voluntária e a contracepção autodeterminada.

Assinale-se, ainda, que além da previsão constitucional, o planejamento familiar está expresso no plano infraconstitucional, sendo assegurado pela Lei nº 9.263/96, denominada de Lei do Planejamento Familiar e em especial, no art. 35-C, III da Lei nº

9.656/98, introduzido pela Lei nº 11.935/09, o que demonstra a evidente controvérsia objeto do presente trabalho.

Nesse sentido, positivado como um direito fundamental, o direito ao livre planejamento familiar deve ser efetivado não apenas em seu âmbito contraceptivo, como é de costume nos contratos de planos de saúde, mas igualmente em seu viés conceutivo. Assim, presente o devido diagnóstico de infertilidade, bem como a indicação médica para a realização dos procedimentos assistidos de reprodução, obrigatória deveria ser a cobertura desse procedimento, de modo a garantir o exercício do livre planejamento familiar.

Como se depreende, a exclusão autorizada pela Lei dos Planos de Saúde também ofende diretamente o direito fundamental à saúde, uma vez que a infertilidade é reconhecida pela Organização Mundial de Saúde como uma doença do sistema reprodutivo (CID-10).

Outrossim, considerando o conceito amplo de saúde adotado pela Constituição Federal, que a define como um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social, não restrito ao aspecto “curativo” do termo, entende-se pela obrigatoriedade da cobertura dos procedimentos assistidos de procriação, na medida em que os mesmos são indispensáveis à manutenção da saúde do usuário do plano. Isso pois, a procriação, para inúmeros indivíduos, representa aspecto elementar em suas vidas, sendo a infertilidade causa de incontáveis reflexos psicológicos e sociais prejudiciais à saúde do indivíduo infértil.

Como já apresentado, a saúde no Brasil é composta por um sistema público, caracterizado por um acesso universal e gratuito, e um sistema privado, de caráter suplementar, baseado na livre iniciativa. Dessa forma, a relação objeto do presente trabalho é uma manifestação do mercado suplementar de saúde, onde atuam pessoas jurídicas especializadas - operadoras de planos de saúde-.

É necessário reafirmar que relação apresentada é uma relação de consumo, onde as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários são resguardados pelo Código de Defesa do Consumidor. Nesse contexto, diante da existência de uma relação consumerista, os princípios gerais do direito ao consumidor, tais como vulnerabilidade, boa-fé objetiva e solidariedade, devem incidir diretamente como forma de proteger os beneficiários do contrato, equilibrando o negócio jurídico firmado.

Assim, por se tratar de uma relação de consumo, o consumidor em razão da sua posição vulnerável, precisa ser preponderantemente protegido para que sua relação perante ao fornecedor seja equacionada.

Nesse raciocínio, a saúde, enquanto direito fundamental, é o objeto contratual da mencionada relação de consumo, uma vez no contrato de plano de saúde, a operadora se obriga a prestar serviços médico-hospitalares através do recebimento de contraprestação paga pelo usuário do plano.

Assim, a negativa de cobertura dos procedimentos de reprodução assistida, nos casos em que houver inequívoca comprovação de infertilidade, bem como indicação médica para realização do procedimento, destoa por completo do sistema de proteção ao consumidor, contrariando principalmente as normas constitucionais protetoras da saúde, liberdade e planejamento familiar.

Nesse contexto, percebe-se que a leitura estrita da lei que assegura a não obrigatoriedade de cobertura de tais procedimento é capaz de provocar ameaça ao próprio objeto do contrato em questão, uma vez que tais vedações estariam incongruentes com a finalidade de salvaguardar a vida e a saúde do consumidor.

Sendo assim, é imprescindível que tais disposições sejam analisadas em conformidade aos ditames constitucionais, uma vez que uma Lei infraconstitucional jamais poderá se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Carta Magna.

Nessa conjuntura, havendo o evidente desacordo de interesses entre usuários e operadoras de planos de saúde, demonstra-se imprescindível a atuação do Poder Judiciário promover a composição do litígio, a partir da perspectiva dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos fundamentais à saúde e ao planejamento familiar.

Assim, diante do conflito normativo relacionado à obrigatoriedade de cobertura das técnicas de reprodução assistida, necessária é a atuação do Poder Judiciário para afastar qualquer abusividade que sobrepe os usuários de planos de saúde, parte hipossuficiente da relação e conseqüentemente, ofenda os princípios fundamentais da ordem constitucional vigente.

Visando superar a inconformidade da exclusão feita pelo art. 10, III, da Lei nº 9.656/98, demonstra-se necessária uma modificação no rol de coberturas instituído pela ANS,

na medida em que a listagem promovida pela agência reguladora não é estanque, precisando estar em conformidade com os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Outrossim, destaca-se que o rol de cobertura precisa se harmonizar como com o sistema protetivo ao consumidor, inibindo assim, uma atuação arbitrária das operadoras de planos de saúde, norteadas tão somente pela maximização de lucros.

Por fim, com o intuito de garantir a convivência entre a promoção dos direitos fundamentais aos casais inférteis e o equilíbrio econômico financeiro das operadoras de planos, defende-se a necessidade de limitação da quantidade de tentativas relacionadas ao uso das técnicas de reprodução assistida. Além disso, é necessário que a cobertura de tais técnicas esteja restrita aos usuários que comprovem a infertilidade, através de laudos médicos e psicológicos, bem como que esteja limitada à uma idade a ser escolhida pelo plano de saúde.

## REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes Alves; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. In: **Revista Bioética**. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n1/a08v22n1.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ANDRADE, Denise Almeida de CHAGAS, Márcia Correia. O direito ao planejamento familiar no Brasil: a questão da filiação e da identidade genética no âmbito do “projeto parental” realizado por meio da inseminação artificial heteróloga. In: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI–Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em direito–São Paulo**. 2009. p. 10150-10178.
- ANDRADE, Zanaida Tatiana Monteiro. **Da efetivação do direito à saúde no Brasil**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n.86, mar 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9037](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037) Acesso em: 03 mar 2019
- ANTUNES, Flávia Alves. **As cláusulas limitativas dos contratos de seguro saúde para controle dos custos visando à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao\\_latosensu/direito\\_do\\_consumidor\\_e\\_responsabilidade\\_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/FlaviaAlvesAntunes.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/FlaviaAlvesAntunes.pdf) Acesso em: 31 mai. 2019
- ARAGÃO, Alexandre S. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAÚJO, Arasken A. BRITO. Ana Maria. NOAVES, Moacir. Saúde e autonomia: novos conceitos são necessários? **Revista Bioética**, Brasília, vol. 16, p.117 – 24, 2008.
- AYRES, Natalhie. Inseminação artificial: O que é, como funciona a fertilização e quanto custa. **Redação Minha Vida**. 2018. Disponível em: <https://www.minhavida.com.br/familia/tudo-sobre/16480-inseminacao-artificial>. Acesso em: 09 mai. 2019.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier. LIMA, Germano Alves de. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, 10(34), 115-129. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v10i34.80> Acesso em: 30 abril 2019

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação. n. 05779701120178050001. Primeira Câmara Cível. Relator: Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto. Julgado em: 09 mai. 2019 Disponível em: <https://www.tjba.jus.br/jurisprudencia-api/inteiroTeor/3d0342ea-edcb-35be-9af3-fde32e4ca888>. Acesso em: 19 de mai. 2019.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Súmulas Aprovadas pelas Turmas Recursais. Diário n. 1634. Publicado em: 28 de mar. 2016. Disponível em: [http://www.tjba.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu\\_edicao=1634&tmp.diario.cd\\_caderno=2&tmp.diario.cd\\_secao=308&tmp.diario.dt\\_inicio=28/03/2016&tmp.diario.dt\\_fim=06/05/2016&tmp.diario.id\\_advogado=&tmp.diario.pal\\_chave](http://www.tjba.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu_edicao=1634&tmp.diario.cd_caderno=2&tmp.diario.cd_secao=308&tmp.diario.dt_inicio=28/03/2016&tmp.diario.dt_fim=06/05/2016&tmp.diario.id_advogado=&tmp.diario.pal_chave). Acesso em: 07 mai. 2019

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Enunciados aprovados pelo Colégio de Magistrados do Estado da Bahia. Diário n. 2284. Publicado em: 14 dez. 2018. Disponível em: [http://www5.tjba.jus.br/juizadosespeciais/images/pdf/Administracao/Colegio\\_Magistrados/AVISO\\_CMJE\\_ATA\\_REUNIAO\\_19-11-2018.pdf](http://www5.tjba.jus.br/juizadosespeciais/images/pdf/Administracao/Colegio_Magistrados/AVISO_CMJE_ATA_REUNIAO_19-11-2018.pdf). Acesso em: 07 mai. 2019

BALERA, W. **Sistema de Seguridade Social**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2003

BATISTA, Luiz Augusto Teixeira. BRETONES, Wagner Henrique Daibert. ALMEIDA, Rogério José de. O impacto da infertilidade: narrativas de mulheres com sucessivas negativas pelo tratamento de reprodução assistida. **Revista de Reprodução e Climatério (SBRH)**. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de reprodução humana, v.21, 2016, p-121-127. Disponível em: [https://ac.els-cdn.com/S1413208716300292/1-s2.0-S1413208716300292-main.pdf?\\_tid=55d8b0b6-41c5-4339-852f-5695573353fc&acdnat=1541405084\\_e3f6ad7af13dca51f8e1785012343de0](https://ac.els-cdn.com/S1413208716300292/1-s2.0-S1413208716300292-main.pdf?_tid=55d8b0b6-41c5-4339-852f-5695573353fc&acdnat=1541405084_e3f6ad7af13dca51f8e1785012343de0) Acesso em: 18 mar. 2019

BATISTELLA, Carlos. Abordagens contemporâneas do conceito de saúde. In: Fonseca, Angélica Ferreira; Corbo, Ana Maria D'Andrea (Org.). **O território e o processo saúde-doença**. Rio de Janeiro: EPSJV,Fiocruz; 2007. p. 51-86.

BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. **Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?** São Paulo: Editora Gaia, 2000.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOSCH, Marcia Helena. **Alguns comentários sobre a proteção à saúde e segurança do consumidor**. PUCSP,2012. Disponível em: [http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo\\_tutela\\_coletiva\\_artigo\\_marcia\\_comentarios.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo_tutela_coletiva_artigo_marcia_comentarios.pdf). Acesso em: 02 mai. 2019.

BOTTESINI, Maury A; MACHADO, Mauro C. **Lei dos Planos E seguros de Saúde: comentada artigo por artigo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 08 set. 2018.

BRASIL. **Lei 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, DF, 30 set. 1957. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm)>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Lei 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/plajlei9263.htm>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Saúde sexual e saúde reprodutiva / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. – 1. ed., 1. reimpr. – Brasília: Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. O Sistema Público de Saúde Brasileiro – Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema\\_saude.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf)>

BRASIL. Ministério da Saúde. Relatório da 8ª Conferência Nacional de Saúde, 1986.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. n.1590221 – Proc. 2016/0067921-3. Recorrente: Recorrido:. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DJ 13 nov. 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/521968355/recurso-especial-resp-1590221-df-2016-0067921-3> Acesso em: 19 de mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. Súmula 469. Brasília-DF. RSTJ. Vol. 220. Julgado em: 24 nov. 2010. Publicado em: 06 dez. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=469&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 28 de mar. 2019.

BRANDAO, Silmária Souza. Novas tecnologias reprodutivas e a lei: emoção e razão. 2014. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/2144/682> Acesso em: 10 mar 2019

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BUGLIONE, Samantha. Esterilização de Mulheres: Desenvolvimento, Preservação de Recursos Naturais e Respeito à Autonomia. In: BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Mirian (Org). **Direito à Reprodução e à Sexualidade: Uma questão de ética e justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. In: JR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA.n. 19, jul./set., 2004, p.83-129.

CALIJORNE, Natália P. PAIVA, Danuza A. LAGEM, Guilherme P. ARAÚJO, Lucas C. O poder normativo das agências reguladoras e a discricionariedade técnica: fundamentos e legitimidade. Publicado em: ago.2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31502/o-poder-normativo-das-agencias-reguladoras-e-a-discricionariedade-tecnica>. Acesso em: 10 de abril. 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da Republica Portuguesa Anotada**, v.1, São Paulo: RT, Coimbra, 2007.

CAPONI, Sandra. **Georges Canguilhem y el estatuto epistemológico del concepto de salud**. Hist. cienc. saude-Manguinhos, Rio de Janeiro , v. 4, n. 2, p. 287-307, Oct. 1997. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59701997000200006&Ing=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701997000200006&Ing=en&nrm=iso). Acesso em: 23 Apr. 2019.

CARDOSO, Márcio Olmo. **Contratos de Planos de Saúde: Princípios Básicos da Atividade. Judicialização da saúde, Parte I: saúde suplementar no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011.

CARVALHO FILHO, José S. Agências reguladoras e o poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre S. (org). **O poder normativo das agências reguladoras**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 59-70.

COITINHO, Viviane Teixeira Dotto; COLET, Charlise Paiva. Direito, Cidadania e Políticas Públicas III. In: COSTA, Marli Marlene da Costa; RICHTER, Daniela; TERRA, Rosane B. M. da R.Barcelos. (Org.). **As técnicas de reprodução humana assistida e o destino dos embriões excedentes no direito brasileiro contemporâneo: a interpretação do “início da vida” e o papel da jurisdição constitucional**. Porto Alegre: UFRGS, 2008, p. 240-258.

COLLUCCI, Cláudia. Justiça obriga planos a pagarem por tratamento de reprodução assistida. Folha de São Paulo, São Paulo, 16 de março de 2017, **Folha Digital, Equilíbrio e Saúde**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2017/03/1866912-justica-obrigada-planos-a-pagarem-por-tratamento-de-reproducao-assistida.shtml> Acesso em: 02 de mai. 2019

COOK, Rebecca J.; DICKENS, Bernard M. e FATHALLA, Mahmoud F. **Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito**. Tradução de Andrea Romani, Renata Perrone e equipe. Rio de Janeiro: CEPIA, 2004.

CORREA, Marilena C. LOYOLA, Maria Andrea. Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. **Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v.25, 2015, p. 753-777.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.121/2015**. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf). Acesso em: 26 out. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168/2017**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 26 out. 2018.

COSTA, Ana Maria. Planejamento familiar no Brasil. **Revista Bioética**, v. 4, n. 2, 2009.

COSTA JUNIOR, Ivo Basílio da. **Reprodução Humana Assistida: O acesso universal e igualitário à fertilização in vitro no Sistema Público de Saúde como garantia do Direito Fundamental ao Planejamento Familiar**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro.

COUTO, Filipa Ribeiro. **A Influência da Infertilidade na Satisfação Conjugal e no Ajustamento Familiar**. 2011. Dissertação. (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Universidade de Lisboa – FDUL, Lisboa. Orientador: Prof. Dr. Doutor João Justo. Disponível em: [http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/4948/1/ulfpie039652\\_tm.pdf](http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/4948/1/ulfpie039652_tm.pdf). Acesso em: 09. out.2018.

CRUZ, Edmir Jose Menezes; PEIXINHO, Manoel Messias; VELASCO, Carolina Altoe. Instrumentalização da pessoa humana em face da biotecnologia. In: XVI Congresso Nacionaldo Conselho Nacionalde Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2007, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI: “Pensar globalmente, agir localmente”**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: [www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh). Acesso em: 08 mai. 2019

CORRÊA, Marilena; LOYOLA, Maria Andréa. Novas tecnologias reprodutivas: novas estratégias de reprodução? *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 9, n. 2, p. 209-234, 1999. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73311999000100009&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73311999000100009&script=sci_abstract&tlng=pt)  
Acesso em: 1 jun. 2019.

CORRÊA, Marilena; LOYOLA, Maria Andréa. Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 25, n. 3, p. 753-777, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 836- 837. 210

DÍAZ, Margarita. CABRAL, Francisco. SANTOS, Leandro. Os Direitos Sexuais Reprodutivos. In: RIBEIRO, Cláudia.; CAMPUS, Maria Teresa de A. (ed.). **Afinal, que paz queremos?** Lavras: Editora UFLA, 2004. p 45-70

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750). Acesso em maio 2019.

DZIK, Atur; PERERIA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario; AMARAL, Waldemar Naves do Amaral. **Reprodução Assistida/Indicações e Tratamentos**. São Paulo. Ed. Segmento Farma. 2012. Disponível em [http://arturdzik.med.br/\\_pdf/atlascapitulosartur.pdf](http://arturdzik.med.br/_pdf/atlascapitulosartur.pdf). Acesso em: 05 set 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. 11.ed. **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, v.1.

FARINATI, Débora Marcondes; RIGONI, Maisa dos Santos; MULLER, Marisa Campio. Infertilidade: um novo campo da Psicologia da saúde. **Estud. psicol. (Campinas)**, Campinas, v. 23, n. 4, p. 433-439, Dec. 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-166X2006000400011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2006000400011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 10 out. 2018.

FERNANDES, Silva da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 2005.

FIGUEIREDO, Maria Filchtiner. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro. **Boletim do Instituto Saúde (BIS)**, v. 12, n; 3, dez. 2010. <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/bis/v12n3/v12n3a02.pdf>

FIGUEIREDO, Maria Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FIRMINO, Robson Vitor. Cláusulas Limitativas de Direito nos Contratos de Plano de Saúde: Cobertura para transplante de rim, córnea e medula óssea. . In: PIRES, Danielle da Silva (Coord.). **Judicialização da saúde suplementar**. Belo Horizonte: Unimed- Cooperativa de Trabalho Médico Ltda, 2008. Disponível em: <https://goo.gl/WB95M4>. Acesso em: 3 maio 2019.

FLORES FILHO, Edgar Gaston Jacobs. (2007). **A nova escola de Chicago e as modalidades de regulação**: Tendências do Law and Economics e aplicações para o direito brasileiro. Berkeley Program in Law & Economics. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/1fm5r7xh>. Acesso em: 30 de mai de 2019.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FREITAS, Marcia de; SIQUEIRA, Arnaldo AF; SEGRE, Conceição A M. Avanços em reprodução assistida. **Rev. bras. crescimento desenvolv. hum.**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 93-97, abr. 2008. Disponível em:

[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12822008000100012&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822008000100012&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 22 out. 2018

FREITAS, Ingrid Nascimento Freitas. MIRANDA, Isa Malena Ormond de Miranda. Os planos de saúde e a materialização do planejamento familiar: dialogando a proteção à reprodução assistida. In: ROSA, Corina; PIMENTEL, Diego; SILVA, Rômulo (Orgs.). **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde : análise de julgados**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e Reprodução Assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 776. 2000, p. 81-82.

GODIM, José Roberto. **Maternidade Substitutiva**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/matsub.htm>. Acesso em: 02 de mai. 2019

GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de assistência privada à saúde: estudo sobre a intervenção judicial para a ponderação dos interesses das operadoras e dos usuários de planos de saúde**. 2013. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia – UFU, Uberlândia Orientador: Prof. Dr. Carlos José Cordeiro. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13208/1/Josiane%20Araujo.pdf> Acesso em: 06 mar. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Jus Navegandi, Teresina, 04/06/2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>> Acesso em: 02 de mai. 2019

JARDIM, Renata Teixeira. **Esterilização feminina na ótica dos direitos reprodutivos, da ética e do controle de natalidade**. 09 abril 2012. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/esteriliza%C3%A7%C3%A3o-feminina-na-%C3%B3tica-dos-direitos-reprodutivos-da-%C3%A9tica-e-do-controle-de-natalid>. Acesso em: 1 nov. 2018

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

KLOSTER, Angelo Márcio. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: [www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630). Revista Virtual da AGU, n. 98, 2010. Acesso em 5 de maio de 2019.

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, Isabel; PEREIRA, Ana Oliveira. Infertilidade: Algumas considerações sobre Causas e Consequências. In: LEAL, Isabel (Coord.). **Psicologia da Gravidez e da Parentalidade**. Lisboa: Fim de Século, 2005, p.151-173.

LEAL, Rogério Gesta. Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. V.6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

LEMOS, Mariana Oliveira. CHAGAS, Márcia Correia. O direito ao planejamento familiar como direito humano fundamental autônomo e absoluto? In: **XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE** – São Paulo, 2013, p. 274-294.

LUNA, Florencia. Infertilidad en Latinoamérica. En busca de un nuevo modelo. **Rev. Bioét. Derecho**, Barcelona, n. 28, 2013, p. 35.

MELO, Daniela Vieira de. UFRN, P. Editorial. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 2. 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 3 ed. São Paulo. Ed. Atlas S.A., 2015.

MANCEBO, Ana Cristina Allemand; ROCHA, Christina de Albuquerque da. Reprodução Assistida – Conceitos. In: SOUZA, Maria do Carmo Borges de; MOURA, Marisa Decat de; GRYNSZPAN, Danielle. **Vivências em tempo de reprodução assistida**. O dito e o não dito. Rio de Janeiro: Revinter, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil. V. 1. 3 ed. Ver e atual. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. SUR. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 5, n. 8, p. 60-83, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: ed. Saraiva, 2015.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELES, Ana Thereza. **Possibilidades neogênicas em procriação humana artificial e preservação do patrimônio genético**. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=78>. Acesso em: 04 jan 2019

MEIRELES, Ana Thereza. **Limites éticos e jurídicos às práticas seletivas em procriação humana proporcionadas pelos diagnósticos preditivos pré-conceptivos e embrionários**. 2014. Tese. (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador. Orientador: Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9263/1/ANA%20THEREZA%20MEIRELES%20ARAÚJO%20-%20Dissertação.pdf> Acesso em: 06 out. 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1991. Tomo IV.

MORAES, Alexandre. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre. (Org). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 60 – 61

MOURA, Escolástica Rejane Ferreira; DA SILVA, Raimunda Magalhães; GALVÃO, Marli Teresinha Gimenez. Dinâmica do atendimento em planejamento familiar no Programa Saúde da Família no Brasil Family planning services under the Family Health Program in Brazil. **Cad. Saúde Pública**, v. 23, n. 4, p. 961-970, 2007.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Mudam-se os tempos, manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Estudos de Direito da Bioética** v.III. Coimbra: Almedina, 2009.

NICOLAO, Hamilton Pessota. Direitos Fundamentais: princípio da dignidade da pessoa humana frente a autonomia privada nas relações entre particulares. **Direito e Justiça**. Rio Grande do Sul: Revista de Direito da PUCRS, v. 36, n.2, jul./dez. 2010, p. 123-143. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/9085>. Acesso em: 1 nov. 2018

NUNES, Rizzatto. Os planos de saúde e a questão da inseminação "in vitro". Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI294883,11049-Os+planos+de+saude+e+a+questao+da+inseminacao+in+vitro>. Acesso em: 20 de mai. de 2019.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JR., Edson. **Reprodução assistida: Até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em [http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)> Acesso em 2 Mai 2019

PAIVA, Luciana Gomes. **ANS – Papel Institucional e Competência do Rol de Procedimentos**. Judicialização da saúde, Parte I: saúde suplementar no direito brasileiro. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011.

PATRIOTA, Tania. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**. 171/13/Rev.1. Disponível em <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 02 de abril de 2019.

PASQUALOTTO, Adalberto. A Regulamentação dos Planos e Seguros de

Assistência à Saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coords.). **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de saúde assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v.3, p. 39.

PELLEGRINELLO, Ana Paula. BACK, Alessandra. **Direito Fundamental das mulheres “sós” a constituir família mediante reprodução assistida: uma investigação a partir da teoria externa de suporte fático amplo**. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=341cd40532980c49>. Acesso em: 02 de mar de 2019.

PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. a. 20, v. 81. out./dez. 2012, Ed. Revista dos Tribunais.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PLATAFORMA DE CAIRO. **Relatório da conferência internacional sobre população e desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf> Acesso em: 01 nov 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Livraria Almedina, 1982.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. **Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia e suas limitações. In: JR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA., n. 60, out./dez. 2014, p. 85-98

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição**. 1 ed. Salvador: Juspodivim, 2016.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Planejamento familiar e os limites para planejar a prole: o uso da biotecnologia e o aborto**. 26 jan. 2013. Disponível em: <https://www.ibijus.com/blog/10-planejamento-familiar-e-os-limites-para-planejar-aprole-o-uso-da-biotecnologia-e-o-aborto>. Acesso em: 01 de mar. 2019.

RUPRECHT, Theo. Fertilização in vitro: as taxas de sucesso subiram muito. *Revista Saúde*. 2016. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/familia/fertilizacao-in-vitro-as-taxas-de-sucesso-subiram-muito/> Acesso em: 05 de mar .2019

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3 ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2015.

SALAMA, Bruno Mayerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** Cadernos Direito GV. São Paulo, estudo 22, v. 5, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/interna.aspx>>. Acesso em: 30 de mai de 2019.

SANTOS, Fausto Pereira dos; MALTA, Deborah Carvalho; MERHY, Emerson Elias. A regulação na saúde suplementar: uma análise dos principais resultados alcançados. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1463-1475, Oct. 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232008000500012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000500012&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 22 Apr. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. n. 1021947-94.2017.8.26.0100. Segunda Câmara de Direito Privado. Relator: Márcia Dalla Dea Barone. Julgado em: 14 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-sp-plano-saude-pagamento.pdf>. Acesso em: 19 de mai. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”. In: **Revista Interesse Público**. Porto Alegre, v. 12, p. 91-107, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>. Acesso em: 11 de dez. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 2, nº4, 2013, p.3183/3255. Disponível em: [www.jdb-fdul.com/uploaded/files/2013\\_04\\_03183\\_03255.pdf](http://www.jdb-fdul.com/uploaded/files/2013_04_03183_03255.pdf). Acesso em: 10 de mai. 2019.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução Humana Assistida. Um direito fundamental?**. 1 ed. Curitiba: Appris, 2015.

SCHWARTZ, Germano. A. D. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: A trajetória da saúde pública**. Porto Alegre: L&PM; 1987. p. 32-33.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, vol.17, p. 29-41, 2007.

SOUZA, Henrique F. O. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde.

In: CARNEIRO, Luiz A. F (Org.). **Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos**: Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.121-155.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. Direito à procriação, técnicas de reprodução medicamente assistida e a proibição de Venire Contra Factum Proprium - A inseminação artificial heteróloga e o comportamento contraditório do cônjuge ou companheiro(a). **Revista Baiana de Direito**. Salvador, v. 04, 2009, jul./dez.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista Conjur**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: 22 Apr. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **OAB em foco**. Uberlândia, ano IV, n.20, 2009. Disponível em: <[http://www.quipus.com.br/Revista\\_OAB20.pdf](http://www.quipus.com.br/Revista_OAB20.pdf)>. Acesso em: 10 mar.2019.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, 2018.

VARGAS, Eliane Portes; RUSSO, Jane A; HEILBORN, Maria Luiza. Sexualidade e reprodução: usos e valores relativos ao desejo de filhos entre casais de camadas médias no Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Pública**. 2010, vol.26, n.1, pp.153-162.

VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do Direito e da Lei –uma introdução**. Francesco J. Beralli (Trad.) Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 3 ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2013.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. Brasília: UNFPA, 2009.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, dez. 2008.

ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando et al. The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009. **Fertil. Steril**. vol. 92, n. 5, 2009, p. 1522.