



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATEUS ALMEIDA VIVEIROS SÁ

**A OBRIGATORIEDADE DAS OPERADORAS DE PLANOS
DE SAÚDE NA COBERTURA DO TRATAMENTO DE
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL**

Salvador
2016

MATEUS ALMEIDA VIVEIROS SÁ

**A OBRIGATORIEDADE DAS OPERADORAS DE PLANOS
DE SAÚDE NA COBERTURA DO TRATAMENTO DE
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL**

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

Orientador: Prof. Leonardo Vieira

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

MATEUS ALMEIDA VIVEIROS SÁ

A OBRIGATORIEDADE DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE NA COBERTURA DO TRATAMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

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, ____/____/ 2016

Aos
meus amados pais e amada irmã por
todos esses anos de amor, carinho e
incentivo.

“Seja você quem for, seja qual for a posição social que você tenha na vida, a mais alta ou a mais baixa, tenha sempre como meta muita força, muita determinação e sempre faça tudo com muito amor e com muita fé em Deus que um dia você chega lá. De alguma maneira você chega lá.”

Ayrton Senna

RESUMO

Hodiernamente, a infertilidade, considerada pelo Conselho Federal de Medicina como um problema de saúde, atinge milhares de brasileiros que têm frustrado o sonho de constituir a própria família e que encontram na reprodução humana artificial a única solução para poder conceber o seu tão desejado herdeiro. Entretanto, este mesmo indivíduo que tem esperança ao saber que poderá constituir o aumento da sua prole, logo em seguida a perde ao se esbarrar com a negativa da cobertura do tratamento de inseminação artificial pelo plano de saúde, mesmo tendo custeado rigorosamente com as mensalidades cobradas. Ocorre que, a referida negativa dos planos de saúde fundamenta-se no artigo 10, III da Lei n. 9.656/98 que expressamente exclui a cobertura do mencionado tratamento artificial. Desta forma, o presente trabalho busca analisar a (in) compatibilidade deste dispositivo legal com as garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana; do planejamento familiar; da procriação e da saúde, demonstrando a repercussão destes nos contratos de prestação de serviços de assistência privada à saúde que tornam-se excessivamente abusivos e onerosos aos beneficiários, ora consumidores.

Palavras-chaves: Inseminação artificial; obrigatoriedade de cobertura; direito do consumidor; contrato de plano de saúde; garantias constitucionais; assistência privada à saúde.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ampl.	ampliada
art.	artigo
atual.	atualizada
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CRFB/88	Constituição Federal da República
ed.	edição
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	página
rev.	revista
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia
v.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DIREITO DO CONSUMIDOR	11
2.1. BREVE HISTÓRICO	11
2.2 PRESSUPOSTOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	14
2.2.1 Relações de consumo: consumidor e fornecedor	14
2.2.2 Produtos e serviços	17
2.2.3 Justificativa da tutela	18
2.3 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR	20
2.3.1 Vulnerabilidade	21
2.3.2 Solidariedade	22
2.3.3 Boa-fé objetiva	24
2.3.4 Equilíbrio	26
2.4 ABUSIVIDADE E ONEROSIDADE EXCESSIVA LESIVA AO CONSUMIDOR...27	
2.4.1 Vedação às cláusulas abusivas nos contratos consumeristas	29
2.4.2 Proteção contratual do consumidor	30
2.5 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E A RELAÇÃO COM O DIREITO DO CONSUMIDOR	32
2.5.1 Concepção clássica dos contratos	33
2.5.2 Conceito do contrato de plano de saúde	35
2.5.3 Características dos contratos de plano de saúde	37
2.5.4 A aplicação dos princípios do Direito do Consumidor aos contratos de planos de saúde	39
3 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PLANEJAMENTO FAMILIAR, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO DIREITO À PROCRIAÇÃO E DO DIREITO À SAÚDE	41
3.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL	41
3.2 O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR.....	45
3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	48
3.4 DIREITO À PROCRIAÇÃO	51
3.5 DIREITO À SAÚDE	54

4 OBRIGATORIEDADE DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE NA COBERTURA DO TRATAMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL.....	58
4.1 A ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE	58
4.1.1 A Lei nº 9.656/1998 e a exclusão da cobertura do tratamento de inseminação artificial.....	61
4.2 PRINCÍPIOS X NORMA REGRA: DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS SOBREPONDO A VEDAÇÃO LEGAL	64
4.3 OS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A RELAÇÃO COM A OBRIGATORIEDADE DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE NA COBERTURA DO TRATAMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL.....	68
4.4 DO DIREITO A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE.....	72
5 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS.....	85

1 INTRODUÇÃO

A infertilidade, considerada pelo Conselho Federal de Medicina como um problema de saúde, atinge milhares de brasileiros que têm frustrado o sonho de constituir a sua própria família.

Diante das descobertas medicinais a fim de solucionar problemas que envolvam a reprodução humana, nos casos em que outros meios terapêuticos não tenham surtido efeito ou estes sejam considerados inapropriados, a técnica da inseminação artificial se torna o meio mais efetivo para atingir a capacitação reprodutiva do sujeito.

O presente trabalho busca analisar a questão da obrigatoriedade das operadoras de planos de saúde na cobertura do tratamento de inseminação artificial, haja vista esta técnica ser um instrumento expressivo para a solução do indivíduo afetado pelo problema da infertilidade.

De início, é necessário identificar que trata-se de uma relação de consumo, pois em um polo está a operadora de plano de saúde fornecendo os seus serviços de assistência à saúde, e do outro lado está o beneficiário, ora consumidor, que se obriga a arcar com o pagamento das mensalidades estipuladas contratualmente.

Neste sentido, imperioso dirimir a relação observando os princípios que cercam a relação de consumo, uma vez que a vulnerabilidade do consumidor precisa ser enxergada para que haja o efetivo equilíbrio da referida relação e proteção do consumidor contra as constantes abusividades impostas por operadoras de planos de saúde.

É sabido que, hodiernamente vive-se em uma sociedade capitalista onde o intuito lucrativo está impregnado nos fornecedores, que buscam a todo tempo aumentar a margem desses lucros, passando, muitas vezes, a cometer práticas abusivas, onerando conseqüentemente os consumidores.

Destarte, a Constituição Federal de 1988 prevê princípios e garantias fundamentais que devem ser respeitados pelo legislador ao criar um novo dispositivo legal e pelo particular ao estabelecer cláusulas contratuais. Entretanto, como será visto no bojo do presente estudo, a vedação legal disposta no art. 10, III da Lei n. 9.656/98, bem

como as cláusulas abusivas criadas a partir da interpretação deste dispositivo pelos planos de saúde, representam uma afronta direta à Constituição Federal de 1988, além da contradição criada pela vedação em comento, haja vista que a Lei que a incluiu prevê o cumprimento ao planejamento familiar – constitucionalmente resguardado – e do próprio conceito do contrato de plano de saúde.

Busca-se, portanto, demonstrar nesta monografia, adotando o raciocínio dedutivo, a supracitada discordância entre a vedação legal e a Constituição federal, tornando obrigatório aos planos de saúde o ônus de cobrir o tratamento de inseminação artificial dos seus beneficiários, a partir de três capítulos de desenvolvimento.

No primeiro capítulo de desenvolvimento apresenta um estudo geral do Direito do Consumidor, abarcando o conceito deste instituto, a sua evolução histórica, os seus princípios gerais e o direito à proteção do consumidor diante das abusividades cometidas constantemente por fornecedores, objetivando demonstrar que a relação entre operadoras de planos de saúde e os seus beneficiários é uma relação de consumo e merece ser resguardada pelo referido instituto.

O segundo capítulo objetiva analisar especificamente sobre a inseminação artificial e as garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana, do planejamento familiar, da procriação e o direito à saúde, trazendo os conceitos e a importância deles, uma vez que estes dão ensejo ao terceiro e último capítulo.

O terceiro e último capítulo, que trata do núcleo do presente trabalho, traz a aplicação das mencionadas garantias fundamentais como forma de suplantar a vedação legal instituída pelo art. 10, III da Lei n. 9.656/98, demonstrando que este dispositivo é incompatível com o que prevê a Constituição Federal de 1988, tomando como base os conceitos e características das regras e dos princípios – este podendo ser aplicado a partir de uma mínima interpretação do julgador para decidir “*contra legem*”.

2 DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1 BREVE HISTÓRICO

Os avanços vividos pela sociedade contemporânea, a partir do surgimento das grandes metrópoles, do desenvolvimento econômico pautado na produção em larga escala, desencadearam um abismo de desigualdade na relação entre consumidor e fornecedor.

O período pós-Revolução Industrial enraizou o ideal de produção homogeneizada, ou seja, em massa, de produtos e serviços, visando atender a demanda maciça de um mercado consumidor cada vez mais inflamado.

O capitalismo dominante no século XX passa a trazer a necessidade das indústrias ampliarem o seu mercado consumidor por todo o globo, objetivando uma maior acumulação dos seus lucros.

A indústria percebeu que para suprir a demanda do mercado, bem como aumentar o seu lucro, seria muito mais racional investir na fabricação de um produto e, posteriormente, reproduzi-lo em larga escala, atingindo, com isso, mais pessoas.

Ocorre que, devido a esse novo padrão de produção estabelecido, não seria viável ao fornecedor ter que produzir um contrato para cada produto ou serviço adquirido pelo consumidor. Sendo assim, o fornecedor passou a produzir um contrato padrão para todos os produtos fabricados – futuramente denominado pelo Código de Defesa do Consumidor de contrato de adesão –, como forma de simplificar a comercialização.

Realmente, haveria uma complicação muito grande em ter que elaborar um contrato para cada produto ou serviço adquirido, ocorrendo, inclusive, uma possível inviabilidade do negócio jurídico a ser formado.

Entretanto, deve-se atentar ao problema que acompanha a padronização do contrato elaborado pelo fabricante, uma vez que se trata de uma elaboração unilateral, implicando na parcialidade das suas cláusulas, bem como criando uma enorme desigualdade entre as partes da relação de consumo.

Segundo ensina o doutrinador Bruno Miragem (2014, p. 37), a desigualdade pode estar relacionada à situação econômica da parte, bem como à ausência de acesso às informações jurídicas da relação em que ela participe, representando a vulnerabilidade do consumidor.

A partir da percepção de que há desigualdade entre o consumidor – parte vulnerável – e o fornecedor, entendeu-se que era preciso haver uma proteção que garantisse a equidade entre as partes envolvidas na relação jurídica.

Os primeiros sinais dessa preocupação dentro do sistema jurídico contemporâneo podem ser percebidos nos Estados Unidos, a partir do discurso do então presidente, John Kennedy, em 1962, que afirmou, perante o Congresso norte-americano, a necessidade de haver a proteção do consumidor, garantindo a este, dentre outros, o direito à informação e à segurança (MIRAGEM, 2014, p.38).

Ademais, outras manifestações também foram percebidas ao longo do século em todo o mundo, como por exemplo, a Conferência Mundial do Consumidor, em Estocolmo, no ano de 1972, a Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem, que reafirmou o discurso de John Kennedy, a Carta Europeia de Proteção ao Consumidor, dentre outros importantes movimentos em prol do consumidor.

No Brasil, antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor de 1990, os contratos que envolviam relação de consumo eram disciplinados pelo Código Civil de 1916.

Nesse sentido, depreende-se que o consumidor não tinha a sua vulnerabilidade e hipossuficiência reconhecidas, uma vez que no direito civil se pressupõe que ambas as partes da relação jurídica estão em pé de igualdade no momento em que se propõem a firmar um acordo de vontades, através do contrato.

Trocando em miúdos, quando há referências às relações contratuais privatistas, alude-se à objetividade na interpretação do contrato, pressupondo que as partes estão firmando um negócio jurídico baseado no acordo de vontades, porém é sabido que isso nem sempre será verdade, haja vista o contrato de adesão acima citado.

Ao tratar do direito civil como legislação apta a dirimir a relação de consumo, o autor Rizzatto Nunes (2015, p. 43) entende que “esse esquema legal privatista para interpretar contratos de consumo é completamente equivocado, porque o consumidor não senta à mesa para negociar cláusulas contratuais”.

Em contrapartida, a partir de 1985, ocorreram importantes manifestações legislativas no Brasil. A primeira delas é a Lei n. 7347/85 que disciplina a Ação Civil Pública, que garante, dentre outros direitos, o de responsabilidade por danos causados ao consumidor. Em 23 de junho de 1987 foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, substituído posteriormente pelo Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, para assessorar o Presidente da República a criar políticas de proteção ao consumidor.

A grande conquista do consumidor brasileiro ocorreu com a inserção tão requerida pelos defensores e órgãos protetivos do consumidor, de quatro dispositivos na Constituição Federal de 1988. De início, tem-se o art. 5º, XXXII, que garante expressamente a defesa do consumidor, na forma da lei. Em seguida, o art. 24, VIII, traz o rol de legitimados para legislar a respeito da responsabilidade por dano causado ao consumidor. O art. 170, V, por sua vez, versa sobre a defesa do consumidor como uma das causas justificadoras da intervenção Estatal na economia. Por fim, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anunciou em seu art. 48 que o Congresso Nacional deveria elaborar o Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, no dia 11 de setembro de 1990 foi promulgada a Lei n. 8078, responsável por instituir o Código de Defesa do Consumidor, que passou a garantir a máxima efetividade da proteção ao consumidor.

Com isso, segundo a lição do autor João Batista de Almeida (2009, p.11 e 12):

Hoje o consumidor brasileiro está legislativamente bem equipado, mas ainda se ressentido de proteção efetiva, por falta de vontade política e de recursos técnicos e materiais. Mesmo assim, há que ser festejado o grande avanço experimentado nos últimos anos, que alçou o País, nessa área, e em termos legislativos pelo menos, no nível das nações mais avançadas do Planeta.

Portanto, o Direito do Consumidor é um ramo do direito considerado novo, se comparado aos demais, e, hodiernamente, as políticas protetivas ao consumidor estão bastante fortalecidas, o que não implica dizer que estão completamente desenvolvidas, trazendo a necessidade de adaptações dos modelos de proteção do consumidor nas relações jurídicas firmadas, haja vista o constante processo de mudanças sociais.

2.2 PRESSUPOSTOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

2.2.1 Relações de Consumo: consumidor e fornecedor

Em verdade, o consumo é indispensável para o ser humano, uma vez que é inerente a este consumir os produtos que lhe são oferecidos, seja para suprir as suas necessidades básicas, ou apenas pelo fato de consumir para se sentir bem.

Sobre essa relação de consumo, 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).

A relação de consumo pode ser conceituada como uma relação jurídico-obrigacional, responsável por vincular o consumidor e o fornecedor, devido a pretensão de ambas as partes em adquirir e fornecer, respectivamente, produtos ou serviços.

As figuras que compõem essa relação de consumo são: consumidor e fornecedor, conceituados à luz dos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor¹.

Para se caracterizar consumidor, deve haver a condição de destinatário final do bem, ou seja, como bem ensina Rizzatto Nunes “não se trata apenas de adquirir, mas também de utilizar o produto ou serviço, ainda quando quem utiliza não o tenha adquirido. Isto é, a norma define como consumidor tanto quem efetivamente adquire (obtem) o produto ou serviço como aquele que, não tendo adquirido, utiliza-o ou o consome”.

¹CDC. Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

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

Segundo Waldirio Bulgarelli, citado por João Batista de Almeida (2009, p. 39), consumidor é “aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valorização jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando quer reparando os danos sofridos”.

No que se refere ao conceito de fornecedor, segundo Plácido e Silva, citado por José Geraldo Brito Filomeno, “é todo comerciante ou estabelecimento que abastece, ou fornece, habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessários a seu consumo” (FILOMENO, 2011, p.47).

Ademais, o fornecedor não é aquele que apenas assume a obrigação principal que consiste no fornecimento de produto ou serviço, mas também das obrigações secundárias – deveres anexos –, ou seja, que o vinculam legal e formalmente a uma conduta baseada na boa-fé contratual (LEITE, 2002, p. 101).

Sendo assim, fornecedor é aquele que produz, monta, cria, constrói, transforma, importa, exporta, distribui ou comercializa produtos ou serviços ao consumidor, que, por sua vez, é aquele que adquire ou apenas utiliza o produto ou serviço como destinatário final.

E para que haja equilíbrio entre o consumidor e o fornecedor dentro da relação de consumo, é de se dar razão a João Batista de Almeida (2009, p.17-21) que lastreia a Política Nacional de Relações de Consumo em sete princípios: o da vulnerabilidade do consumidor, sendo a base da proteção ao consumidor, uma vez que este apresenta sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico do fornecedor; a presença do Estado nas relações de consumo, sendo corolário do princípio da vulnerabilidade do consumidor, haja vista que são reconhecidas a hipossuficiência, a fragilidade e a desigualdade de uma parte em relação a outra no âmbito da relação de consumo e, para isso, o Estado tem a obrigação de proteger a parte mais fraca; o princípio da harmonização de interesses, como forma de garantir o cumprimento dos interesses de ambas as partes e se mantenha a harmonização na relação formada; o princípio da coibição de abusos, como o próprio nome diz, visa reprimir a prática de atos abusivos, bem como atuar de maneira preventiva para que não ocorra tais atos; o incentivo ao autocontrole, representa o dever do Estado em, além de fazer o papel de mediador nas relações de consumo, atuar como incentivador para que os próprios fornecedores busquem solucionar eventuais

conflitos; o princípio da conscientização do consumidor, garante que quanto maior o grau de conscientização das partes no que concerne aos seus direitos e deveres, menor será o índice de conflito nas relações de consumo; por fim, a melhoria dos serviços públicos, vem para garantir que a área pública também tenha o compromisso de prestar serviços públicos de qualidade, que não atentem contra a vida, a saúde e a segurança do consumidor.

A partir desses conceitos pode-se entender como essas figuras da relação de consumo se vinculam ao contrato firmado. O consumidor tem por direito usufruir plenamente do produto ou serviço contratado, enquanto o fornecedor tem o dever de prestar o serviço ou entregar o produto ao qual foi contratado.

Insta salientar ainda que, a relação de consumo gera reponsabilidade para ambas as partes envolvidas, uma vez que ao ser formada uma relação jurídica, cria-se deveres e obrigações para aqueles que se propuseram a fazer parte.

Logo, ao tratar do tema, o autor Zelmo Denari (2011, p.190) lembra, ao citar João Calvão:

Discorrendo sobre o tema com a habitual proficiência, João Calvão da Silva considera que “essa unidade de fundamento da responsabilidade do produtor impõe-se, pois o fenômeno real dos danos dos produtos conexos ao desenvolvimento industrial é sempre o mesmo, o que torna injustificada a diferenciação ou discriminação normativa do lesado, credor contratual ou terceiro. Trata-se, portanto, da unificação das reponsabilidades contratual ou extracontratual – devendo falar-se de reponsabilidades do produtor *tout court* – ou pelo menos da unificação do regime das duas, em ordem a proteger igualmente as vítimas, expostas aos mesmos riscos.

O mesmo vale para aquele consumidor que não cumprir com as suas obrigações advindas da relação formada, uma vez que no momento que aceitou fazer parte da relação, também assumiu responsabilidades, além do que haveria uma inversão caso apenas o fornecedor respondesse pelos descumprimentos.

Portanto, restará configurada a relação de consumo quando de um lado estiver o fornecedor oferecendo produtos ou serviços, e do outro o consumidor usufruindo destes, a partir de uma relação estabelecida mediante acordo de vontades.

Diante do presente trabalho, conclui-se que as operadoras de planos de saúde caracterizam-se como fornecedores e os beneficiários como consumidores, uma vez que aqueles fornecem o serviço de assistência privada à saúde enquanto que estes adquire ou utiliza o referido serviço como destinatário final.

2.2.2 Produtos e serviços

Conforme se depreende do Código de Defesa do Consumidor, o objeto das relações de consumo consiste em produtos e serviços. O produto, segundo o art. 3º, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor², é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, o qual o consumidor irá adquirir.

Os bens imateriais consistem em direitos autorais sobre obras intelectuais, usufruto, direitos hereditários, dentre outros bem incorpóreos (LEITE, 2002, p.52).

O autor José Geraldo Brito Filomeno (2011, p.51) traz um interessante apontamento a respeito do uso do termo “produtos” pelo Código de Defesa do Consumidor:

Entretanto, no entendimento ora sustentado, melhor seria falar em “bens” e não “produtos”, mesmos porque, como notório, o primeiro termo é bem *mais abrangente* do que o segundo, aconselhando tal nomenclatura, aliás, a boa técnica jurídica, assim como a economia política.

Parece pertinente o supracitado entendimento, uma vez que, do ponto de vista civil e sucessório, o consumidor, no momento em que firma uma relação de consumo, não estará apenas adquirindo um produto, mas sim um bem que passará a integrar o seu patrimônio particular, havendo, portanto, como o próprio autor explica, um conceito mais abrangente do que o do produto.

Além disso, o prof. Sílvio Rodrigues, citado por José Geraldo Brito Filomeno, explica que “ao tratar dos bens como objeto de interesse, estes, para a economia política, são coisas que, sendo úteis aos homens, provocam a sua cupidez e, por conseguinte, são objeto de apropriação privada” (FILOMENO, 2011, p.51).

No que tange ao objeto da relação de consumo como sendo o serviço, o seu conceito encontra-se expresso no art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor³ 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”.

²CDC. Art. 3º[...]

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

³§2º Serviço é 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, é possível entender o serviço como uma atividade exercida pelo fornecedor, objetivando satisfazer a pretensão daquele que o contratou, ou seja, o consumidor.

Sendo assim, restará configurado que o objeto da relação jurídica do contrato entre a operadora de plano de saúde e o consumidor é o de prestação de serviços de assistência privada à saúde, mediante o pagamento do valor pactuado no contrato firmado entre estes.

2.2.3 Justificativa da Tutela

O cenário de pós Revolução Industrial e de pós Segunda Guerra Mundial, se caracterizou pelo crescimento industrial, através da produção e do consumo em massa.

Ocorre que, esse modelo capitalista de produção, apesar de ter gerado um importante desenvolvimento social, também deu espaço a diversas práticas abusivas contra o consumidor, até mesmo devido ao nível de complexidade em que a sociedade já se encontrava.

Ao se tratar da produção em massa, deve-se compreender que os seus resultados atingem uma quantidade enorme de pessoas, o que implica dizer que caso o fornecedor cause um dano em decorrência do seu produto ou serviço, estará causando um prejuízo a dezenas de consumidores, o que, por vezes, implica em danos incalculáveis.

Ao tratar da produção nos moldes capitalistas, aproveita-se o ensejo para trazer o expressivo entendimento de Karl Marx (1979, p.78) a respeito:

A segunda característica específica do regime capitalista de produção é a produção mais-valia como finalidade direta e móvel determinante da produção. O capital produz essencialmente capital, e, para poder fazê-lo, não tem outro caminho a não ser produzir mais-valia. [...]

A produção decorrente do valor e da mais-valia tem implícita, como já observamos no decorrer da exposição, a tendência constante a reduzir o tempo de trabalho necessário para a produção de uma mercadoria, isto é, seu valor, a um limite inferior à média social vigente em cada momento. A tendência a reduzir o preço de custo a seu mínimo se converte na mais poderosa alavanca para a intensificação da força produtiva social do trabalho, que, sob esse regime, só aparece como intensificação constante da força produtiva do capital.

Justifica-se, portanto, a necessidade de criação de uma tutela protetiva ao consumidor, justamente com o intuito de proteger este das práticas abusivas de um mercado interessado estritamente em auferir lucros.

Segundo ensinamentos de João Batista de Almeida (2009, p.24):

Trata-se, como se vê, de uma reação a um quadro social, reconhecidamente concreto, em que se vislumbrou a posição de inferioridade do consumidor em face do poder econômico do fornecedor, bem como a insuficiência dos esquemas tradicionais do direito substancial e processual, que já não mais tutelavam novos interesses identificados como coletivos e difusos.

E mais, além da superioridade econômica, o fornecedor é detentor de superioridade técnica e informativa, o que coloca o consumidor em situação ainda mais desvantajosa, demonstrando, mais uma vez, a existência da desigualdade tão combatida pelo direito do consumidor.

Tendo como base o entendimento do respeitado doutrinador João Batista de Almeida (2009, p.24-33), a primeira justificativa para o surgimento da tutela do consumidor se dá devido ao reconhecimento da vulnerabilidade deste perante o fornecedor.

Em seguida, tem-se a intervenção do Estado no domínio econômico, uma vez que o Estado liberal já não mais atendia os anseios sociais, devendo portanto cumprir um papel de Estado social.

Por sua vez, há a justificativa do enquadramento como interesse difuso ou coletivo, devido a complexidade da sociedade contemporânea necessitar de uma tutela pensada na coletividade.

Nessa esteira de direito, Mauro Cappelletti citado por João Batista de Almeida salienta que “os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas metaindividuais e coletivos” (ALMEIDA, 2009, p.31).

Por fim, a busca do equilíbrio é dita pelo autor como mais uma justificativa para o surgimento da tutela, sob o entendimento de que é preciso haver equilíbrio, na relação de consumo, ou seja, não haver desigualdade entre as partes envolvidas, atendendo as necessidades tanto do fornecedor quanto do consumidor.

2.3. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Segundo nos explica Bruno Miragem, os princípios gerais do direito do consumidor, extraídos da interpretação do Código de Defesa do Consumidor, incidem nas relações jurídicas de consumo como forma de auxiliar na aplicação das regras que a regulamentam (MIRAGEM, 2014, p. 121).

Atualmente, é inegável afirmar que os princípios são de fundamental importância no auxílio aos operadores do direito extraírem a melhor interpretação das normas protetivas do consumidor.

Segundo Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2009, p.465):

Normas e princípios, portanto, compõem o sistema jurídico, na medida em que as normas jurídicas válidas se aplicam, e normas jurídicas inválidas não se aplicam, enquanto que os princípios sempre se aplicam, com maior ou menor intensidade aqui e ali, mas sempre serão considerados subsídios para que a interpretação de cada caso esteja escorada em valores morais de grande força e peso sócioinstitucional.

Devido à praxe judicial, é notório que as regras permanecem sendo mais utilizadas, entretanto, nos casos em que o juiz possua maior dificuldade em julgar apenas com a letra de lei, causando insegurança jurídica, torna-se imprescindível a utilização dos princípios para superar lacunas existentes (BITTAR, 2009, p. 465).

Ao se referir a Dworkin, Eduardo Bittar afirma que:

Os princípios são, portanto, vinculativos para a atividade do juiz, além de se considerar que se constroem no embate histórico dos valores morais. Some-se a estes dois fatores a ideia de que são, por essência, abertos e vagos pela indefinição de seus conteúdos semânticos, porosos para experiências em constante processo de construção. Dworkin, portanto, não somente reconhece a vagueza da linguagem, como também reconhece a subjetividade da interpretação, incluindo-as na lógica do processo decisório e na avaliação do funcionamento da ideia de Direito (Bittar, 2009, p.466).

Neste mesmo sentido, Bruno Miragem explica brilhantemente que as regras jurídicas são as normas identificadas imediatamente determinando como deve ser o comportamento devido. Por sua vez, os princípios são normas com alto grau de generalidade, devido a estes atuarem como mandatos de otimização (MIRAGEM, 2014, p.121).

No entanto, tratar-se-á das peculiaridades que envolvem os princípios e as normas-regras mais adiante em um subtópico específico deste presente trabalho.

Ademais, é sabe-se da existência dos inúmeros princípios que abarcam o direito do consumidor, porém devem ser destacados alguns daqueles que influenciam diretamente no tema, objeto do presente trabalho.

2.3.1 Vulnerabilidade

Sabendo da maior condição técnica e econômica do fornecedor e, conseqüentemente, da posição frágil e impotente do consumidor, o legislador, visando a maior proteção ao consumidor, entendeu ser necessário constar expressamente em lei a vulnerabilidade deste, ou seja, há presunção legal absoluta de que o consumidor é parte vulnerável na relação de consumo presente no art. 4º, I, do CDC.

Conforme explica Bruno Miragem (MIRAGEM, 2014, p. 122):

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidade que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. Neste sentido, há possibilidade de sua identificação ou determinação *a priori, in abstracto*, ou ao contrário, sua verificação *a posteriori, in concreto*, dependendo, neste último caso, da demonstração da situação de vulnerabilidade. A opção do legislador brasileiro, como já referimos, foi pelo estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, de modo que todos os consumidores sejam considerados vulneráveis, uma vez que a princípio não possuem o poder de direção da relação de consumo, estando expostos à práticas comerciais dos fornecedores no mercado.

Segundo o autor Bruno Miragem (2014, p.123), tem-se presentes no ordenamento pátrio três tipos de vulnerabilidade, as quais ela distingue em: técnica; jurídica; e, por fim, a fática.

Quando se tratar da hipótese do consumidor não possuir conhecimento especializado sobre o produto ou serviço, ou seja, não tiver capacidade específica para a elaboração destes – função esta que cabe ao fornecedor conhecer, haja vista ser ele o responsável por colocar no mercado tais produtos e serviços – estará-se diante da vulnerabilidade técnica. A vulnerabilidade jurídica ou científica ocorre devido a falta de conhecimento especializado, pelo consumidor, dos seus direitos e deveres dentro de uma relação de consumo, previstos no ordenamento jurídico, bem como inerente da compreensão das conseqüências jurídicas estipuladas

contratualmente. Neste caso, Cláudia Lima Marques defende que a vulnerabilidade jurídica só pode ser alegada ao consumidor pessoa física, do qual não se pode exigir conhecimentos específicos. Entretanto, no que tange a pessoa jurídica ou aquele consumidor profissional, a autora entende razoável exigir-lhes tal conhecimento, partindo do pressuposto de que apesar de se tratar de presunção relativa, estes devem possuir tais informações. Por sua vez, a vulnerabilidade fática é uma hipótese genérica de diversas situações concretas que reconhecem a debilidade do consumidor. Em outras palavras, a referida vulnerabilidade será constatada no caso concreto, como por exemplo, no caso de um consumidor que seja analfabeto e precise ler o teor do contrato que está prestes a firmar. (MIRAGEM, 2014, p. 123-124).

Em resumo, Adalberto Pasqualotto citado pelo professor Aurisvaldo Sampaio (2010, p.153) justifica o consumidor como parte fraca da relação de consumo, uma vez que este é “afetado em sua liberdade pela ignorância, pela dispersão, pela desvantagem econômica, pela pressão das necessidades, pela influência da propaganda”.

Sendo assim, tal princípio é a presunção absoluta de fragilidade do consumidor perante a relação de consumo, no qual se torna justificativa para a necessidade da existência de normas protetivas ao consumidor.

2.3.2 Solidariedade

O princípio da solidariedade é, sem dúvidas, de grande relevância para o Direito do Consumidor, pois, mesmo após tantos avanços em prol da proteção do consumidor, ainda é possível perceber diversos problemas envolvendo as relações consumeristas dentro da sociedade atual.

O princípio em comento encontra disposição expressa no art. 3º, I, da Constituição Federal⁴.

⁴ CRFB/88. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Nota-se com isso que, a Constituição Federal exige ao Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. De outra forma, explica o festejado doutrinador José Afonso da Silva (2009, p. 46):

Ou seja: o que a Constituição quer, com esse objetivo fundamental, é que a República Federativa do Brasil construa uma ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva seja um fator de dignificação da pessoa e em que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifique a ideia de comunidade fundada no bem comum.

Segundo Bruno Miragem (2014, p. 130) “o princípio da solidariedade, de fundamento constitucional, estabelece uma autêntica orientação solidarista do direito, e impõe a necessidade de se observar os reflexos da atuação individual perante a sociedade”.

O princípio da solidariedade promove a repartição de riscos sociais, visando uma melhor satisfação do consumidor que são vítimas de danos cometidos na relação de consumo, fomentando uma nova compreensão do contrato para além dos efeitos tradicionais (MIRAGEM, 2014, p.133).

Paulo Luiz Netto-Lôbo, citado por Livia Gaigher Campello e Mariana Ribeiro Santiago (2015, p. 88) afirma que a palavra solidariedade é uma categoria ética e moral que passou a ser aplicada juridicamente, significando um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado, que exige de cada pessoa da sociedade o dever de cooperação, ajuda, amparo, assistência e cuidado perante a outra.

Importante destacar o que ensinam Livia Gaigher Campello e Mariana Ribeiro Santiago (2015, p. 95) ao distinguir o princípio da solidariedade do princípio da boa-fé objetiva e a função social:

Não se confunde com o conceito de boa-fé objetiva, pois extrapola o âmbito interpartes, nem com o de função social, já que mais do que objetivar impedir o desrespeito aos interesses sociais, estimula um comportamento positivo por parte dos contratantes de colaborar para o desenvolvimento da sociedade, inclusive no prisma das gerações futuras, indo além das suas obrigações legais.

Entende-se, portanto, que apesar de toda proteção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, o *Codex* ainda não é capaz de dirimir todos os eventuais problemas da relação de consumo, cabendo ao princípio da solidariedade ser mais um meio de fortalecer a proteção do consumidor, aplicando a função solidária aos contratos de natureza consumerista, tornando-lhes dotados de cooperação recíproca.

2.3.3 Boa-fé objetiva

A boa-fé caracteriza-se por ser um dos pilares do ordenamento jurídico pátrio, podendo ser dividido em boa-fé objetiva e subjetiva.

Segundo Karl Larenz, citado por Bruno Miragem (2014, p.135) “o princípio da boa-fé significa que cada um deve guardar fidelidade com a palavra dada e não frustrar a confiança ou abusar dela, já que está forma a base indispensável de todas as relações humanas”.

Perpassando pela boa-fé subjetiva – uma vez que o foco do presente trabalho encontra-se vinculado a boa-fé objetiva –, é aquela que se refere apenas a um estado psicológico do sujeito, não sendo tratada na esfera jurídica como princípio, portanto, quando nos refere-se a boa-fé, deve-se ter em mente que se trata da objetiva.

Nesse sentido, nos ensina Judith Martins Costa (2000, p. 411):

A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem.

Por outro lado, a boa-fé objetiva, essa sim de interesse do presente trabalho, também conhecida como boa-fé contratual, tido como um dos princípios basilares na proteção ao consumidor pode ter seu conceito extraído a partir de aplicações jurisprudenciais, pois a lei não a conceitua expressamente, mas sim em decorrência da aplicação pelo intérprete-juiz (ZANELATO, 2015, p. 147).

O princípio da boa-fé busca trazer uma cooperação entre as partes dentro da relação jurídica, ou seja, fazer com que as partes se tratem com respeito recíproco, zelando por uma relação saudável, do qual nenhuma das partes tentará impor a sua vontade ao outro de maneira intransigente, tornando manifestamente desproporcional tal relação.

Judith Martins Costa (2000, p.413) nos ensina que a boa-fé objetiva se constitui por uma norma proteiforme, presente na convivência de um sistema necessariamente aberto, ou seja, implicando na sua própria permanência de controle e construção.

Ademais, “(...) porquanto aí se perspectiva a potencialidade da boa-fé objetiva para atuar não como um vago cânone de ordem ética, um *standard* de cunho moral impreciso e incerto, mas como um verdadeiro *elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguida pelo contrato.*” (COSTA, 2000, p.418).

A autora Cláudia Lima Marques citada por Marco Antonio Zanellato (2015, p.143) nos explica que a boa-fé objetiva surge como:

(...) um *standard*, um parâmetro objetivo e genérico de conduta. Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus legítimos interesses, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Em se tratando do direito do consumidor, a boa-fé objetiva pode ser encontrada facilmente no Código de Direito do Consumidor, sendo sua aplicação uma essencial ferramenta no combate às cláusulas abusivas impostas pelos fornecedores de produtos ou serviços, como é o caso das operadoras de planos de saúde.

Desta maneira, Marco Antonio Zanellato (2015, p.149) afirma que a boa-fé objetiva tem grande aplicação no Código de Defesa do Consumidor, no que tange às condições gerais impostas pelos fornecedores de produtos ou serviços para inclusão nos diversos contratos singulares de consumo, atuando como um critério geral de caracterização de cláusulas abusivas contidas em tais contratos, cabendo ao juiz aplicar a boa-fé objetiva, desincumbindo-se da função de interpretação que esta lhe comete.

O art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor⁵, traz a possibilidade do juiz modificar as cláusulas abusivas presentes nos contratos de consumo, uma vez que neste artigo está a cláusula geral da boa-fé objetiva.

Nessa esteira, Marco Antonio Zanellato (2015, p. 170) explica que:

A boa-fé é a fonte mais adequada para realizar a integração do contrato, pois ela, sem dúvida, deve presidir a conduta dos homens em suas relações. Assim, se na regulação dessas relações haja alguma lacuna ou defeito, deve-se recorrer à boa-fé para o seu suprimento ou correção.

⁵ CDC. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Conclui-se que se trata de um princípio que visa garantir a lealdade e o compromisso dentro da relação de consumo, observando não só as obrigações principais, mas também as acessórias.

Em outras palavras:

A boa-fé contratual é uma regra de comportamento ético-jurídica, situada no mesmo plano da lei, vale dizer, adquire função de *norma dispositiva*, integrando, suprimindo e corrigindo o regulamento contratual. Daí a sua natureza *objetiva*, que não está baseada na vontade das partes, “mas na adequação dessa vontade ao *princípio* que se inspira e fundamenta o vínculo negocial” (ZANELATO, 2015, p.150).

Trata-se, portanto, de um conceito ético, no sentido de que busca resguardar o mútuo respeito entre as partes contratantes da relação de consumo, visando a realização dos fins contratados e a satisfação dos objetivos dos envolvidos na relação (LEITE, 2002, p. 100).

Cediço é que, a partir deste princípio, torna-se viável a condução pacífica e confiável dos negócios jurídicos modernos, implicando diretamente na viabilidade da formação das relações de consumo, sem deixar de lado os interesses de ambas as partes envolvidas.

Com isso, percebe-se que as relações existentes entre as operadoras de planos de saúde e os segurados devem ser dirimidas com base na boa-fé objetiva, para que haja a condução por um comportamento de lealdade recíproca e não haja oneração de uma parte em detrimento da outra.

2.3.4 Equilíbrio

A partir do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, causando a desigualdade dentro da relação de consumo, passa-se a entender que o princípio do equilíbrio torna-se de suma importância no âmbito do direito do consumidor.

De acordo com os ensinamentos de Laurence Fin-Langer citada por Bruno Miragem:

O princípio do equilíbrio pode ser visto desde um sentido descritivo, no qual constitui a explicação das normas de direito positivo que protegem o equilíbrio contratual, assim como em um sentido normativo, estabelecendo ele próprio uma conduta devida a ser observada pelas partes no direito dos contratos (MIRAGEM, 2014, p.137).

Este princípio tem função muito importante no que tange à proteção do equilíbrio econômico do contrato entre consumidor e fornecedor. Nesta esteira de direito, o autor Bruno Miragem cita os ensinamentos de Teresa Negreiros:

A ênfase no tratamento paritário, em substituição à ênfase na liberdade não deixa de representar uma escolha com colorações valorativas. No domínio das relações contratuais concepção de justiça, outrora formulada em termos de autonomia e liberdade, altera-se profundamente à luz do princípio do equilíbrio econômico. Em lugar da liberdade, ressalta o valor social da liberdade e do equilíbrio que (...) aproxima a justiça contratual de uma certa tradição filosófica, a qual considera a regra da justiça uma regra de distribuição paritária, proporcional, e nesta medida, uma regra, em todos os seus sentidos e projeção social” (MIRAGEM, 2014, p.138).

Imprescindível que incida o princípio do equilíbrio nas relações de consumo, posto que é sabido que as condições técnicas e econômicas das operadoras de planos de saúde estão muito além daquelas possuídas pelos consumidores.

Em síntese, a aplicação deste princípio representa o exercício de condutas adequadas pelas partes, pressupondo uma relação paritária, justamente em consonância com o Código de Defesa do Consumidor e com os valores sociais.

2.4 ABUSIVIDADE E ONEROSIDADE EXCESSIVA LESIVA AO CONSUMIDOR

São inúmeras as causas de abusividades suportadas pelos consumidores em decorrência de práticas exercidas pelos fornecedores, bem como das condições impostas por estes nos contratos consumeristas, tornando onerosamente excessivo ao consumidor firmar qualquer vínculo com estes.

Obviamente que o lucro é o objetivo de qualquer fornecedor, tendo este essencial importância para a manutenção do negócio e para o equilíbrio econômico em geral. Entretanto, o que não pode ser admitida é a imposição de cláusulas abusivas ao consumidor, em função estrita de auferir maiores lucros.

A ideia de abusividade está intimamente ligada ao abuso do direito. Define-se o abuso do direito quando o titular exerce este direito de maneira excessiva a ponto de causar dano a outrem (NUNES, 2015, p. 186).

A incorporação da noção de abuso do direito pelos legisladores no Código de Defesa do Consumidor foi de extrema importância para o combate às cláusulas

abusivas, passando a coibir as práticas e condutas excessivas dos fornecedores, tornando tais cláusulas ilícitas.

Merece destaque a lição de Cláudia Lima Marques, citada por Sérgio Cavalieri Filho (2014, p.183) para entender a abusividade como:

Uma aproximação subjetiva, que conecta a abusividade mais com a figura do abuso de direito, como se sua característica principal fosse o uso (subjetivo) malicioso ou desviado das finalidades sociais de um poder (direito) concedido a um agente; ou uma aproximação objetiva, que conecta a abusividade mais com paradigmas modernos, como se seu elemento principal fosse o resultado objetivo que causa a conduta do indivíduo, o prejuízo grave sofrido objetivamente pelo consumidor, o desequilíbrio resultante da cláusula imposta, a falta de razoabilidade ou comutatividade do exigido contrato.

O Código de Defesa do Consumidor traz expressamente no seu art. 6º, IV⁶, a vedação da publicidade enganosa e abusiva, dos métodos comerciais coercitivos e desleais, além das práticas e cláusulas abusivas impostas pelos fornecedores.

Interessam os ensinamentos do festejado autor Rizzatto Nunes (2015, p. 597) que classifica as práticas abusivas em: pré-contratual, pós-contratual e contratual.

As chamadas práticas abusivas pré-contratuais são aquelas surgidas antes de se firmar o contrato de consumo, como por exemplo, a prática abusiva do fornecedor em condicionar um produto ou serviço à aquisição de outro – também conhecido como “venda casada”.

Por sua vez, as práticas abusivas pós-contratuais caracterizam-se por um ato do fornecedor devido a um contrato de consumo preexistente, tomando como exemplo a inscrição indevida do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito.

Já a prática abusiva contratual representa aquela ligada ao conteúdo – expresso ou implícito – das cláusulas presentes nos contratos de consumo. Logo, pode-se trazer como exemplo aquelas constantes no rol do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa toada, o festejado doutrinador Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 109) interpreta como abusivo “tudo o que afronte a principiologia e a finalidade do sistema protetivo do consumidor, bem assim se relacione à noção de abuso de direito”.

⁶ CDC. Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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;

Em análise seguinte, tratar-se-á de algumas formas de abusividade nas relações de consumo praticadas por fornecedores – como no caso das operadoras de planos de saúde – que tornam o contrato extremamente oneroso para o consumidor.

2.4.1 Vedação às cláusulas abusivas nos contratos consumeristas

O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor traz o rol meramente exemplificativo de hipóteses de cláusulas abusivas, o qual guiará o julgador a reconhecer a abusividade no caso concreto (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 189).

O supracitado dispositivo é o instrumento técnico de maior importância em se tratando de proteção contratual do consumidor presente no Código de Defesa do Consumidor, pois traz a possibilidade de controle do conteúdo do contrato e o regime de nulidade das cláusulas contratuais que são consideradas abusivas (MIRAGEM, 2014, p. 334).

O referido dispositivo dispõe que serão nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que forem consideradas abusivas.

Em função disso, o consumidor não estará obrigado a cumprir qualquer obrigação advinda de cláusula considerada abusiva, podendo para isso, recorrer ao poder judiciário, requerendo a nulidade deste dispositivo abusivo do contrato.

Vale ressaltar que, por se tratar de nulidade absoluta, os efeitos da decisão que declara a nulidade são *ex tunc*, portanto a cláusula abusiva é considerada nula desde a sua formação na relação jurídica, sendo também considerados nulos todos os atos praticados em decorrência desta.

Neste diapasão, explica Cláudia Lima Marques (2011, p. 946) que o rol do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor caracterizam-se por não serem sanáveis pelo juiz, passando a relação contratual, naquele aspecto, a ser regida pela lei.

Isto porque, “o Código de Defesa do Consumidor inova consideravelmente o espírito do direito das obrigações, e relativo à máxima *pacta sunt servanda*”. Logo, a nova Lei vai diminuir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, não permitindo que se pactuem determinadas cláusulas, além de impor normas

imperativas que visam proteger o consumidor, retomando o equilíbrio contratual e garantindo as legítimas expectativas que foram depositadas no vínculo contratual (MARQUES, 2013, p.1109).

A respeito do conceito de cláusula abusiva, Jean Calais-Auloy citado por Bruno Miragem (2014, p. 334) ensina que “é abusiva a cláusula que, pré-redigida pela parte mais forte, cria um desequilíbrio significativo em detrimento da mais fraca”.

Faz-se necessário esclarecer que a determinação a respeito da cláusula ser abusiva ou não se dá concomitantemente com a formação do contrato. É também preciso estabelecer que a abusividade das cláusulas contratuais se dá independentemente da boa ou má-fé subjetiva do fornecedor, ou seja, o fornecedor pode elaborar uma cláusula, sem saber que esta é contrária ao que dispõe o Código de Defesa do Consumidor (MARQUES, 2011, p. 940).

Nesse contexto, a jurisprudência atual do STJ entende pela possibilidade do juiz declarar a nulidade absoluta de ofício das cláusulas consideradas abusivas dentro do contrato consumerista.

Exemplificando, tem-se as cláusulas abusivas que violam o equilíbrio contratual, ou seja, que trazem o desequilíbrio da relação de consumo, em decorrência da imposição de parcelas que agravam a prestação do consumidor.

Vislumbra-se tal situação no caso do consumidor que tem excluído do seu contrato de prestação de assistência à saúde a cobertura do tratamento de inseminação artificial, posto que, como será verificado ao longo do presente trabalho, entende-se haver direta violação à natureza do referido contrato, qual seja, prestar assistência à saúde do segurado.

2.4.2 Proteção contratual do consumidor

Após todo o exposto no tópico anterior, nota-se a necessidade de equilibrar a relação de consumo, pois não regular as cláusulas abusivas implica tornar o negócio jurídico excessivamente oneroso para o consumidor, já reconhecido como a parte mais fraca desta relação.

O fundamento do sistema de proteção ao consumidor caracteriza-se pela necessidade de atuação do Estado, que anulará o desequilíbrio natural existente entre consumidor e fornecedor (LEITE, 2002, p. 92).

A proteção contratual do consumidor, segundo ensina o ilustre Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 139-140), se encontra nas três fases do contrato: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

A proteção tem início na fase pré-contratual, motivo pelo qual as partes devem agir em concordância com o princípio da boa-fé objetiva, exigindo-se destas uma postura séria, sincera e leal, ou seja, o rompimento leviano das tratativas implica na obrigação de indenizar a parte prejudicada (na maioria das vezes é o consumidor), e, neste caso, não devido a um inadimplemento, mas sim pela quebra da confiança depositada nas negociações, bem como pelo descumprimento dos deveres de lealdade, informação, transparência, cooperação, dentre outros (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 139-140).

Na fase contratual, haverá a proteção do consumidor a partir do momento em que será reafirmado os princípios tratados na fase pré-contratual, dessa vez sendo aplicados no momento da formação do contrato.

Por sua vez, a proteção do consumidor na fase pós-contratual ocorrerá após a fase da execução contratual, que tem como ponto final o adimplemento – pagamento integral das prestações. Mesmo após encerrado os efeitos do contrato, este pode produzir efeitos, como por exemplo, os vícios do produto ou do serviço – principalmente os ocultos que surgem após o cumprimento do contrato. Em suma, mesmo após o fim do contrato, persiste a fase pós-contratual, o qual as partes estarão vinculadas aos deveres decorrentes do princípio da boa-fé e ao cumprimento de obrigações contratuais secundárias, como por exemplo, lealdade, diligência e informação (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 211-213).

Ademais, Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 209) conclui que a proteção ao consumidor ocorre mediante a sanção de nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas, presentes no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Com isso, conclui-se que a proteção contratual do consumidor é realizada desde as tratativas do negócio jurídico até a execução do contrato, aplicando para isso as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor que decretam a nulidade de

pleno direito (com efeitos *ex tunc*) às cláusulas abusivas exemplificadas no art. 51, do Código de Defesa do Consumidor.

2.5 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E A RELAÇÃO COM O DIREITO DO CONSUMIDOR

O presente capítulo trata do contrato utilizado para formalizar o vínculo entre os planos de saúde e os seus segurados, visando à efetividade da prestação dos serviços de assistência à saúde contratados e a sua relação com o Direito do Consumidor.

Inegável afirmar que o contrato de plano de saúde está salvaguardado pelo Direito do Consumidor, uma vez que o usuário do plano de saúde enquadra-se no conceito de consumidor final dos serviços prestados por operadoras de plano de saúde que, por sua vez, são as fornecedoras destes serviços, com todos os seus direitos e deveres, conforme arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

A doutrina e a jurisprudência pátria já são uníssonas em afirmar que a relação formada a partir da contratação dos serviços de saúde serão dirimidas pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a atividade fornecida ao mercado pelas operadoras de planos de saúde é a de prestação de serviço de consumo, assim como quem adquire torna-se consumidor deste serviço.

Sendo assim, os contratos de seguro, mais especificamente o de planos de saúde, estão abarcados no rol de contratos consumeristas, uma vez que as seguradoras fornecem um serviço de assistência que visa garantir a saúde do segurado, ora consumidor, que em contrapartida paga mensalmente um montante para ser o destinatário de tal garantia.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento sumulado dispondo que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado aos contratos de plano de saúde, não restando mais dúvidas da aplicação do referido diploma legal às causas que envolvam tais contratos.⁷

⁷“STJ. Súmula 469. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”

Portanto, haja vista o conceito trazido pelos supracitados artigos, bem como o melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial, a relação formada a partir do contrato entre operadoras de planos de saúde e os seus segurados está caracterizada como uma relação consumerista, devendo para isso aplicar-se o Código de Defesa do Consumidor, com todas as suas peculiaridades.

2.5.1 Concepção clássica dos contratos e a sua evolução

Entende-se por bem traçar breves considerações acerca da noção de contrato em geral, para melhor se extrair o conceito e as características do contrato de plano de saúde – este de interesse do presente trabalho.

Os primeiros indícios de contrato, ao menos em sentido amplo do direito, surgiram a partir da necessidade dos indivíduos de se relacionar dentro das suas tribos, estabelecendo parâmetros de comportamento para manter o convívio harmônico entre si.

Ocorre que, a estrutura conhecida atualmente somente começou a ser moldada a partir dos primórdios do Direito Romano, que, teve como auge o *Corpus Juris Justiniano*, onde se consolidou o conceito de contrato.

Imperioso destacar que, a autonomia da vontade figura-se como um dos principais postulados do direito civil moderno, tendo o contrato e o direito de propriedade como suas maiores expressões configurados pela liberdade de manifestação da vontade, e correspondente vinculação ao pactuado – *pacta sunt servanda*.

Entretanto, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a estrutura econômica dos países capitalistas e os seus negócios sofreram intensa modificação. O contrato que antes era vislumbrado como um acordo pessoal entre as partes tem seus traços fundamentais sensivelmente modificados. Devido à distância física existente entre as partes, ou seja, da falta de contato direto destas, as negociações precisaram ser modificadas. A partir disso, surgiram as condições gerais dos contratos e dos contratos de adesão, ou seja, dá-se origem ao fenômeno dos contratos de massa, que restringem a vontade de um dos contratantes – na esmagadora maioria das

vezes é a do consumidor – apenas à decisão de aceitar ou não o conteúdo do contrato a ser celebrado (MIRAGEM, 2013, p. 39).

Na mesma linha, Paulo Lôbo (2011, p. 22) lembra que “a sociedade de massas multiplicou a imputação de efeitos negociais a um sem-número de condutas, independentemente da manifestação de vontade dos obrigados”.

O autor Flávio Tartuce (2007, p. 36) conceitua o contrato como “um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade que tem como objetivo a criação, a modificação e até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial”.

Neste diapasão, Paulo Lôbo (2011, p. 19) ensina que o contrato foi estruturado a partir do esquema bifronte da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. Na teoria tradicional, o contrato está estreitamente ligado à concepção de propriedade privada individual.

Portanto, o contrato seria “um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial” (TARTUCE, 2015, p. 2).

Percebe-se que, segundo entendimento de Clóvis Beviláqua (1977 *apud* TARTUCE, 2015, p. 3), o contrato é formado por um acordo de vontades a fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos, sendo, portanto, baseado na livre e consciente manifestação de vontade dos figurantes, com a interferência mínima estatal e do juiz.

Ademais, o objeto do contrato deve ser lícito, ou seja, sem contrariar o ordenamento jurídico, os bons costumes e a boa-fé.

Em outras palavras, o contrato é um ato jurídico em sentido amplo, que gera segurança jurídica do cumprimento da vontade das partes e, caso não haja o cumprimento, implicará na execução forçada, bem como na reparação por perdas e danos.

O contrato representa o instrumento por excelência da realização pacífica das transações ou do tráfico jurídico e da autocomposição dos interesses, no cotidiano de cada indivíduo (LÔBO, 2011, p. 15).

Nos ensinamentos de Paulo Lôbo (2011, p. 16):

Na concepção considerada clássica ou tradicional, o contrato resulta da entrada no mundo jurídico da vontade acorde dos figurantes ou contratantes, com a irradiação dos efeitos próprios. Essencial é que cada um dos figurantes conheça a manifestação de vontade que o outro fez. Não basta que as duas manifestações de vontade coincidam. É preciso que estejam de acordo. O esquema clássico é, pois, o da oferta e da aceitação, que se fundem no consenso ou concordância, consideradas as manifestações de vontade livres e conscientes de pessoas capazes civilmente.

Insta salientar que, hodiernamente já há o entendimento de que o instituto passa por profundas alterações, havendo alguns autores, como Paulo Nalin, propondo um conceito contemporâneo de contrato. Para este autor, o contrato constitui “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”. Contudo, na civilística nacional, ainda prevalece o conceito clássico do contrato acima trazido (TARTUCE, 2015, p. 3).

2.5.2 Conceito do contrato de plano de saúde

Os planos de saúde surgiram para garantir ao indivíduo e a sua família a possibilidade de enfrentar as dificuldades relacionadas a problemas de saúde das mais variadas maneiras e até mesmo a prevenção destes.

No que diz respeito à realidade brasileira, é sabido que os cidadãos têm um histórico precário no que concerne à saúde pública, sendo os planos de saúde uma alternativa encontrada por aqueles com capacidade de arcar com as mensalidades em prol da obtenção de uma assistência à saúde digna para si e para seus familiares.

O contrato de plano de saúde nada mais é do que uma espécie do contrato de seguro. De um lado está a operadora de planos de saúde – seguradora responsável por garantir a segurança de um evento futuro e incerto que possa ocorrer, e do outro está o consumidor – segurado, que adquire esta segurança mediante o pagamento de uma contraprestação pecuniária.

Cláudia Lima Marques (2011, p. 495) entende que os contratos de seguro são responsáveis por uma evolução na jurisprudência, na medida em que conscientizou a necessidade de que os direitos contratuais devem ser mais sociais, mais

comprometidos com a equidade, com a boa-fé, e sofrer menos influência do dogma da autonomia da vontade.

Neste sentido, 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.

Por sua vez, Bruno Miragem (2014, p.421) ensina que o contrato de plano de saúde é um contrato de consumo de grande relevância social e econômica, pois são dotados de características peculiares, na medida em que a prestação principal do fornecedor é de caráter vital – por se tratar de saúde, que o interesse que promove o referido contrato é o da preservação da vida e da saúde do consumidor, intrinsecamente ligado à proteção da própria pessoa humana, e por se caracterizar como um contrato, por muitas vezes, excessivamente oneroso para o segurado, ora consumidor, que sofre de uma enfermidade e necessita da obtenção de meios para o seu tratamento.

No que concerne à aplicação hodierna desse contrato, entende Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 285) a respeito da modalidade mais utilizada pelos fornecedores.

Hoje a modalidade mais utilizada pelas empresas que operam planos de saúde é o contrato misto, na modalidade de pré-pagamento, com livre utilização dos serviços médicos conveniados (próprios, credenciados ou referenciados), sem a necessidade de pagar as despesas, ficando o reembolso apenas para os tratamentos mais caros ou casos excepcionais de tratamento em outras cidades ou fora do país.

Portanto, conclui-se que o contrato de plano de saúde é uma espécie de contrato, formulado com o intuito de garantir ao contratante, ora consumidor, o direito a assistência à saúde própria ou dos seus familiares, combatendo enfermidades ou prevenindo as suas ocorrências, mediante pagamento de contraprestação pecuniária.

2.5.3 Características dos contratos de plano de saúde

Insta frisar que não é o foco do presente tópico esgotar todas as características dos contratos de plano de saúde, mas sim trazer aquelas de maior relevância para o funcionamento prático desta espécie contratual.

Extraí-se dos ensinamentos de Aurisvaldo Sampaio (2010, p. 225) que a primeira característica do contrato de plano de saúde é a sua formalidade. Apesar do princípio da liberdade das formas estar presente no ordenamento pátrio, a legislação brasileira determina um limite para este princípio, impondo como requisito de validade do negócio jurídico, determinado revestimento formal para a sua celebração. Desta maneira, para a sua validade, o contrato de plano de saúde deve respeitar algumas exigências preestabelecidas em lei, como por exemplo, o disposto no art. 16, § único, da Lei nº 9656/1998⁸, sob pena de ser declarado nulo de pleno direito.

A segunda característica que envolve este contrato é a onerosidade. Isso ocorre, uma vez que o consumidor para adquirir o direito aos benefícios de assistência à saúde deverá arcar periodicamente com uma contraprestação pecuniária. A onerosidade se baseia na ideia de que a ambas as partes são atribuídas vantagens e sacrifícios para a formação da relação jurídica desejada (SAMPAIO, p. 228).

O contrato de plano de saúde também é considerado aleatório, haja vista que as vantagens obtidas pelas partes no negócio jurídico formado são incertas. Embora as operadoras de plano de saúde adquiram vultosos lucros, bem como o consumidor usufrui dos serviços contratados, não se pode olvidar que tudo depende da ocorrência de eventos são futuros e incertos. O que se pretende explicar é que, no momento da assinatura do contrato, nenhuma das partes sabe qual será a realidade daquela relação, isto porque, assim como o consumidor pode raramente usufruir dos serviços contratados, pode este também usufruir frequentemente, o que implicará na redução dos lucros das operadoras (SAMPAIO, p. 234).

⁸Art.16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:
Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.

Ademais, devido à oferta e o consumo dos serviços abarcados pelo referido contrato ser em larga escala, este é caracterizado como um contrato de massa, ou seja, um modelo contratual que visa viabilizar, do ponto de vista econômico, o funcionamento do mercado de consumo. Em decorrência da grande demanda desse tipo de contrato, é necessário atingir todos os indivíduos da sociedade com um único modelo de contrato (SAMPAIO, p. 236-237).

Por fim, o contrato de plano de saúde caracteriza-se por ser um contrato de adesão, isto porque a vontade das operadoras, ora fornecedoras, claramente prepondera sobre a do consumidor. O contrato em comento é integralmente elaborado pelo fornecedor que inclui as cláusulas de maneira que se molde ao seu interesse, conseqüentemente implicando na oneração excessiva do consumidor que apenas tem como opção se submeter a estas condições impostas ou rejeitar o contrato integralmente (SAMPAIO, p. 238).

Em suma, para Antonio Joaquim Fernandes Neto (2002, p. 128) os contratos de planos de saúde são:

Contratos atípicos, de prestação de serviços. São contratos de adesão, sinalagmáticos, onerosos e formais, de execução diferida e prazo indeterminado. Há consenso quanto ao fato de apresentar um caráter aleatório em relação à necessidade de prestação de serviço, mas, conforme adverte Cláudia Lima Marques, “incerto é *quando* deve ser prestada e não se deve ser prestada a obrigação principal” e, por essa razão, a operadora de plano de saúde assume obrigação de resultado.

Nessa linha explica Sérgio Cavalieri Filho (2014, p.162) que as contratações nas relações de consumo são, via de regra, padronizadas, o que implica na inexistência de margem para negociação do conteúdo contratual. Caso o consumidor esteja interessado na contratação, resta-lhe apenas a opção de concordar com as condições impostas pelo fornecedor ou recusar e não receber o objeto do contrato.

Para a doutrina de Orlando Gomes, citado por Aurisvaldo Sampaio (2010, p. 239), os contratos de adesão têm características de uniformização, rigidez e predeterminação unilateral, além da superioridade de uma das partes em relação à outra.

Dessa maneira, percebe-se claramente que as operadoras de planos de saúde estipulam cláusulas do seu exclusivo interesse no bojo dos contratos – inclusive as cláusulas abusivas, como é o caso da que exclui a cobertura do tratamento de inseminação artificial, segundo será sustentado no presente trabalho.

2.5.4 A aplicação dos princípios do Direito do Consumidor aos contratos de planos de saúde

Em tópico anterior foram expostos os princípios norteadores do direito do consumidor. Destarte, o intuito do presente tópico é trazer as implicações, de maneira geral, destes princípios aos contratos de planos de saúde, como forma de garantir o equilíbrio da relação jurídica firmada.

É de se destacar o entendimento pela inviabilidade da formação deste modelo contratual sem que haja consonância com os princípios extraídos do Direito do Consumidor.

Foi dito no presente trabalho que os contratos de planos de saúde formam uma relação de consumo entre fornecedores – operadoras de planos de saúde – e consumidores – segurados/beneficiários.

Diante disso, não restam dúvidas de que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado diretamente para proteger a condução do referido modelo contratual, aplicando-se todas as regras e princípios previstos em seus artigos .

É possível extrair do art. 6º do referido *Códex* a preocupação com a vida, segurança e saúde dos indivíduos, bem como a informação e educação sobre os perigos, a maneira mais adequada de utilização e de escolha dos inúmeros serviços postos à disposição do consumidor, a previsão impeditiva de publicidade abusiva e enganosa, assim como as demais práticas abusivas, a correção da desproporcionalidade das prestações contratuais, dentre outras prerrogativas presentes na legislação consumerista (BARBUGIANI, 2015, p. 43).

Nota-se, portanto, a necessidade da aplicação dos princípios que norteiam o direito do consumidor na elaboração e execução dos contratos de planos de saúde, como forma de coibir os comportamentos abusivos das operadoras e equilibrar a relação entre as partes envolvidas.

Para tanto, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de planos de saúde justifica-se pela necessidade do comportamento recíproco das partes, a partir de parâmetros de honestidade e lealdade, agindo de forma ética e honrosa, a fim de haver o cumprimento das expectativas de ambas as partes. Com isso, é necessário

que as operadoras forneçam os serviços contratados, de maneira que não imponham aos consumidores abusividades em prol de auferir maiores lucros, assim como, em contrapartida, estes honrem com as prestações que lhe são incumbidas, a fim de tornar a relação saudável, como deve ser.

Por sua vez, tendo em vista a desigualdade existente na relação entre as operadoras e os consumidores, o contrato de plano de saúde também deve ter como base o princípio da vulnerabilidade. Como trazido no presente capítulo, o reconhecimento da posição de fragilidade do consumidor, seja ela técnica, fática ou jurídica, é determinante para que, em se tratando de um contrato de adesão, o consumidor possa reivindicar posteriormente os seus direitos suprimidos no momento da realização do contrato, haja vista que, devido à vulnerabilidade, o consumidor não tem condições de discutir as cláusulas que irão constar no bojo do contrato.

O princípio da solidariedade, em decorrência dos abusos praticados pelas operadoras no mercado de consumo, garante a repartição dos riscos dessa relação jurídica, repassando a estas – responsáveis por essas práticas abusivas – as consequências negativas resultantes dessas ações, a fim de desonerar o consumidor e de atingir, mais uma vez, o equilíbrio do negócio.

Percebe-se que os princípios do direito do consumidor devem ser diretamente aplicáveis aos contratos de planos de saúde, uma vez que de um lado encontra-se o beneficiário, ora consumidor, parte vulnerável e hipossuficiente, e do outro a operadora de plano de saúde, ora fornecedor do serviço, dotada de capacidade técnica e jurídica, ocorrendo, inevitavelmente o desequilíbrio dessa relação, cabendo aos princípios em comento a função de buscar equilibrar e manter ao máximo a conduta devida das partes do referido negócio jurídico.

3 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PLANEJAMENTO FAMILIAR, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO DIREITO À PROCRIAÇÃO E DO DIREITO À SAÚDE

3.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Percebe-se que a infertilidade é um problema de saúde que atinge uma quantidade relativamente comum da população, o que implica no sofrimento moral e social dessas pessoas que desejam constituir a sua família, mas veem o seu sonho cerceado por não poderem conceber os seus filhos pelo método natural.

A infertilidade pode ser entendida como “a ausência da capacidade de ter filhos durante certo período de tempo, ou seja, um lapso temporal com atividade sexual, mas sem concepção” (SOUZA, 2009, p. 473).

A impossibilidade de conceber um filho pode representar mais que um mero dissabor. A infertilidade pode representar uma devastação psíquica do indivíduo que tem a sua perspectiva futura de constituir a sua própria família frustrada devido ao problema de saúde em comento.

Muitos poderão considerar a adoção como uma forma de resolução do referido problema, porém este pode facilmente não ser o desejo do indivíduo, que sonha em conceber o seu filho pelo próprio material genético, o que, do ponto de vista do presente trabalho, é considerado algo justo.

Diante de tal situação, a medicina evoluiu bastante nas últimas décadas proporcionando a estas pessoas inférteis a possibilidade de conceber o seu filho, através de métodos de reprodução humana realizada de maneira artificial.

A inseminação é uma forma de fecundação artificial, que implica na união do sêmen ao óvulo por meios não naturais de cópula, tendo como objetivo a gestação, substituindo ou facilitando alguma etapa deficiente ocorrida no procedimento natural de fecundação (FERNANDES, 2005, p. 28).

Sérgio Ferraz (1991, p. 44) conceitua inseminação artificial como o “processo pelo qual se insere no gameto feminino, seja “in vitro”, seja no aparelho genital da mulher, sêmen previamente recolhido”.

Nesse diapasão, Maria Helena Diniz (2011, p. 615) explica que haverá a inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstrução à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, dentre outros.

Ao tratar do termo casal, vale ressaltar o entendimento do autor Sérgio Ferraz (1991, p. 45) baseado na Constituição Federal de 1988, uma vez que não se faz necessário o casamento para caracterizar tal termo:

é constitucionalmente insustentável, no Brasil, pretender que só o casal casado possa beneficiar-se da inseminação artificial. Qualquer união estável de homem e mulher, convivendo como se casados fossem, legitima o par à pretensão da fecundação artificial.

A Resolução n. 2.121/2015⁹ do Conselho Federal de Medicina (CFM) traz como princípio geral o papel das técnicas de reprodução assistida como forma de resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, uma vez que, segundo a mesma Resolução, a infertilidade humana é tida como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, havendo o anseio em superá-la.

Ademais, a inseminação artificial poderá ser homóloga ou heteróloga. A inseminação artificial homóloga (IAH) opera-se “in vivo”, uma vez que a receptora inocula o material germinativo fecundante, do seu cônjuge ou companheiro, diretamente no seu próprio corpo (FERNANDES, 2005, p. 72).

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2011, p. 616) explica que a coleta do material e a sua utilização dependerá de anuência expressa dos interessados, sendo estes cônjuges ou companheiros, haja vista que se trata de uma propriedade das partes que é retirada do seu corpo, como o sêmen e o óvulo. Sendo assim, deverão ambos estar vivos, por ocasião da inseminação, manifestando por escrito a vontade, em

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

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei n.º 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, e pelo Decreto n.º 6.821, de 14 de abril de 2009, e CONSIDERANDO a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;[...]

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”.

formulário especial, após o esclarecimento prévio do processo que serão submetidos.

A doutrina majoritária entende que, em regra, essa modalidade de inseminação artificial não fere qualquer princípio jurídico, bem como não haverá qualquer dúvida quanto à filiação da criança.

A discussão existente na inseminação homóloga gira em torno da possibilidade da viúva de realizar a inseminação artificial mesmo após o falecimento do seu cônjuge ou companheiro, porém não é o foco do presente trabalho.

Por sua vez, a inseminação heteróloga, assim como a homóloga, também se dá “in vivo”, entretanto o material fertilizante será proveniente de terceiro, estranho à relação matrimonial ou união estável (FERNANDES, 2005, p. 78).

Esse tipo de inseminação artificial é uma espécie de reprodução assistida em crescente uso, do qual um anônimo doa o seu sêmen para a fecundação com o óvulo da mulher no laboratório (SOUZA, 2012, p. 420).

Contudo, o entendimento majoritário antes da Constituição de 1988, uma vez que se entendia pela impossibilidade da lei autorizar tão-somente a inseminação homóloga, não a heteróloga, tal como sugeriam Antônio Chaves e Orlando Gomes, haja vista que os mesmos entendiam que a fecundação artificial só deveria ser pensada nos casos da mulher casada (MACHADO, 1980, p. 33).

Neste caso, os problemas jurídicos e morais são considerados maiores, por exemplo, pelo fato do doador ter cônjuge ou companheira e resolver doar o seu sêmen sem autorização desta, ou pela ausência de consentimento do marido da receptora ser ou não empecilho para que ocorra a fecundação.

Diante da falta de regulamentação do procedimento da reprodução assistida no ordenamento brasileiro, o Código Civil de 2002 é o único dispositivo que trata, em seu art. 1.597¹⁰, de algumas presunções quanto a este procedimento.

¹⁰ “CC. 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.”

Entretanto, é possível destacar o Projeto de Lei n. 1.184/2003 atualmente em tramitação no Senado Federal, que versa sobre a fertilização artificial. O Projeto de Lei de autoria do Deputado Federal Laire Rosado iniciou na Câmara de Deputados sob o n. 90/99, e após algumas críticas recebeu uma nova redação. Este Projeto tratou de regulamentar a utilização das técnicas de reprodução assistida, tendo como bases principais o fato desta técnica somente poder ser usufruída nos casos em que haja infertilidade, não decorrendo esta da idade reprodutiva, bem como na prevenção ou no tratamento de doenças genéticas ou hereditárias. Ademais, regulou a submissão da técnica ao mecanismo de consentimento informado; admissão de doações de embriões e gametas, assim como a preservação ou destruição dos que forem excedentes (SÁ, 2011, p. 117-118).

Por sua vez, já no Senado Federal, o Projeto de Lei n. 1.184/2003 – ainda em tramitação – é responsável pelas últimas mudanças em relação à reprodução assistida, reiterando vários aspectos trazidos anteriormente pelo Projeto de Lei n. 90/99.

Neste Projeto, restou pacificado a situação da mulher sozinha, seja ela solteira, viúva, divorciada ou separada, que deseja realizar a técnica da reprodução assistida. Foi concedido a ela o mesmo direito da mulher casada para a realização da referida técnica (SÁ; NAVES, 2011, p. 123).

Sendo assim, entende-se que tanto o casal unido pelo matrimônio quanto o unido pela união estável, bem como a mulher sozinha são legítimos para requerer a realização da técnica de inseminação artificial.

A inseminação artificial é um procedimento cercado de diversas polêmicas, sendo elas jurídicas, éticas ou religiosas. Nesse diapasão, Severo Hryniewicz e Regina Fiuza Sauwn (2008, p.89-90) expõem tal entendimento:

A banalização da técnica da inseminação assistida levou a praticamente não se discutir mais as questões éticas nelas envolvidas – a principal delas seria o direito de o homem interferir nos processos naturais de procriação. No entanto, seu emprego em algumas situações muito particulares passou a provocar polêmicas no campo jurídico: é o caso da inseminação *post mortem*, quando a inseminação é feita com o sêmen congelado do marido ou doador falecido.[...] Além disso, causam polêmicas jurídicas e, nesses casos, também no âmbito religioso, a inseminação de mulheres solteiras e de casais homossexuais femininos.

Nota-se, portanto, que com relação ao casal heterossexual a doutrina e a jurisprudência têm entendimento pacificado, porém e quanto ao casal homossexual?

Ressalte-se que tal tema não será alvo de abordagem específica, uma vez que o presente trabalho trata dos casos de infertilidade especificamente. No caso dos casais homossexuais o problema vai além da infertilidade, haja vista a impossibilidade da fecundação a partir dos métodos naturais.

3.2 O DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

O conceito de família é múltiplo e composto por variados fatores que não permitem a fixação de um modelo familiar uniforme, devendo tal instituto ser compreendido a partir de movimento que constituem as relações sociais ao longo do tempo, uma vez que, composta por seres humanos, decorre uma mutabilidade inexorável na compreensão de família, apresentando-se sob diversas formas, quantas forem as possibilidades de se relacionar, expressando amor e afeto.

Atravessando a compreensão histórica e antropológica da origem antiga, a família pós-moderna funda-se em referências jurídicas e sociológicas ligadas ao afeto, à ética, à solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.36-37).

A reprodução humana está intrinsecamente ligada à família, uma vez que, tradicionalmente, as pessoas sempre estão em busca da ampliação da sua família, como forma de realização de um desejo pessoal.

Neste sentido, Maria Cláudia Brauner (2003 *apud* MEIRELLES, 2014, p. 65) compreende que os direitos reprodutivos demandam investigação da liberdade de exercício da sexualidade, da constituição da filiação, bem como da verificação dos meios capazes de garantir a eficácia desses direitos, sendo o exercício do livre planejamento familiar um pressuposto de políticas sociais que envolvem a informação e a educação dos indivíduos em torno do processo de procriação.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 226, §7º, inseriu formalmente o direito ao livre planejamento familiar como direito fundamental, com a devida observação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

É indiscutível a importância do livre planejamento familiar, pois “os direitos de reprodução partem do livre planejamento familiar, impulsionado pelo direito fundamental à liberdade e pelo reconhecimento da autonomia privada como condutora das relações sociais” (MEIRELLES, 2012, p. 14).

Diferentemente do que ocorreu nas Constituições anteriores, a Constituição Federal de 1988 não faz referência a qualquer tipo de família, uma vez que foi retirado do bojo do seu artigo 226¹¹ a locução “constituída pelo casamento”, restando apenas “a família”, ou seja, qualquer família, seja constituída por união estável ou matrimônio.

O planejamento familiar também pode ser encontrado de maneira singela no art. 1565, §2º, do Código Civil de 2002, porém é na Lei nº 9.263/96 que este tem sua regulamentação específica.

Extrai-se dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.263/96¹² que o planejamento familiar é um direito de todo cidadão, e consiste em um conjunto de ações de regulamentação da fecundidade que garanta a mulher, ao homem ou ao casal direitos iguais de limitação, constituição ou aumento da sua prole.

Neste diapasão, ressalta-se o ensinamento de Paulo Lôbo (2003, p. 44):

“A Lei nº 9.263/1996, de 12 de janeiro de 1996, prevê que planejamento familiar é direito de todo cidadão, e não apenas do casal, como referido na Constituição. Para os fins dessa lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. O planejamento familiar, de origem governamental, é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”.

Segundo explica o autor Silvio Venosa (2013, p. 1810), “o planejamento familiar é direito individual e exclusivo do casal, não admitindo interferência coercitiva de quem quer que seja”.

Nesta esteira de direito, impreterível ressaltar o entendimento de Ana Thereza Meirelles Araújo (2014, p. 66) que explica que é justamente o livre planejamento familiar o ponto de partida dos direitos de reprodução, tendo como impulso o direito

¹¹“CRFB/88. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

¹²“Lei n. 9263/96. Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”

fundamental à liberdade, bem como a autonomia privada na constituição das famílias.

Insta compreender que os direitos reprodutivos demandam investigar a liberdade de exercício da sexualidade e constituição da família, bem como a verificação dos meios eficazes de garantir a aplicabilidade desses direitos. Em verdade, o exercício do livre planejamento familiar pressupõe políticas sociais que envolvem a educação e a informação dos sujeitos em relação ao processo de procriação (ARAÚJO *apud* BRAUNER, 2003, p. 9).

O ordenamento pátrio prevê que os pais são livres para planejarem sua filiação, da forma que bem entenderem, seja com relação ao tempo, a quantidade ou a maneira que essa filiação se dará.

Com relação ao âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos também trouxe a proteção da família em seu art. XVII¹³, dispondo que ninguém será sujeito à interferência da sua vida privada ou da sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem ataque à sua honra e reputação, sendo todo ser humano protegido por lei contra tais interferências ou ataques.

Ademais, a Organização das Nações Unidas, proclamou o planejamento familiar com um direito básico de qualquer ser humano, proporcionando garantir maiores oportunidades a cada pessoa, para que possa atingir sua dignidade individual e realizar todo o seu potencial.

O referido planejamento é tido como uma das mais importantes atividades desempenhada pela medicina preventiva, permitindo ao homem, a mulher ou aos casais a possibilidade de decidir voluntariamente a respeito do número de filhos e a ocasião em que vão tê-los.

Sendo assim, o planejamento em comento além de garantir ao sujeito o direito a escolher como se dará a sua organização familiar, ainda é responsável por garantir uma medicina preventiva ao Homem moderno dentro do seu contexto de saúde (REIS, 2010, p. 4).

¹³“ONU. Artigo XII. Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

Em suma, segundo Paulo Affonso Leme (1998 *apud* LUCHI, 2010, p. 22) o planejamento familiar é:

“o conjunto de ações e regulação de fecundidade, que possibilite o exercício do direito da constituição, da limitação ou do aumento da prole. Constituir prole ou tomar a resolução de ter filhos, restringir o número de filhos ou aumentar o seu número são assuntos elementares do planejamento familiar.”

Em resumo, o propósito é o de evitar a formação de núcleos familiares sem sustento e manutenção, levando-se em conta, ainda, o crescimento demográfico desordenado, sendo competente o Poder Público para propiciar recursos científicos e na educação para a implementação do planejamento familiar (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 587).

Nota-se, portanto, que o tal planejamento concede ao cidadão o direito a organização da sua família, de forma autônoma, digna e sem a interferência do Estado ou de quem quer que seja, restando afastado o controle de natalidade.

Por fim, salienta-se que, é dever constitucional do Poder Público a função de garantir o planejamento familiar a partir da paternidade responsável, contribuindo, assim, com o amadurecimento das famílias brasileiras (LUCHI, 2010, p. 23).

3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De início, vale mencionar que a etimologia da palavra “dignidade” advém da palavra em latim “dignitas”, adotada desde o final do século XI, e tem como significado honra, cargo e título, podendo ainda ter o seu sentido adaptado de acordo com a postura social conveniente diante de determinada pessoa.

A essencialidade da dignidade da pessoa humana como condição própria ao ser humano passou a ser objeto de reivindicações políticas a partir do século XIII, passando-se a respeitar a integridade e a inviolabilidade do homem em todas as dimensões existências que contém a humanidade (LUCHI, 2010, p. 16).

Cediço é que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental para o Direito. A sua previsão encontra-se de logo no art. 1º, III, da Constituição Federal¹⁴, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana não é exclusivo do atual texto constitucional brasileiro. Não se pode olvidar que encontra guarida desde a Constituição Federal brasileira de 1934, mantendo-se sempre presente nos demais textos constitucionais posteriores, apenas sendo expresso de maneira distinta.

O referido princípio é elevado a condição máxima dos ordenamentos jurídicos pautados na democracia, devido a humanização robustecida após a experiência traumática do totalitarismo da segunda guerra mundial. Com o advento da modernidade, os sistemas jurídicos ocidentais passaram a afirmar o ser humano como o centro e o fim do direito, não podendo haver a conversão deste como um instrumento para a realização de um eventual interesse (FREIRE, 2008, p. 80).

Com isso, o legislador constituinte brasileiro conferiu ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana o caráter de norma embaixadora de todo o ordenamento constitucional pátrio, impondo garantias fundamentais da cidadania com fundamento no referido princípio (FREIRE, 2008, p. 82).

A dignidade da pessoa humana está entre os direitos fundamentais basilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, do qual, segundo Jorge Miranda citado por Flávia Piovesan (2015, p. 92-93), “a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.

Neste sentido, ressalta-se a lição de Kant que, ao tratar da humanidade, ensina que cada pessoa deve ser um fim em si mesmo, nunca devendo ser um meio a fim de servir como instrumento de interesses, afinal o mesmo considera a autonomia sendo a base da dignidade humana de qualquer pessoa.

Segundo Ricardo Maurício Freire (2008, p. 82):

¹⁴“CRFB/88. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;”

Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançados pelos particulares e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio. Logo, os preceitos referentes à dignidade da pessoa humana não podem ser pensados apenas do ponto de vista individual, enquanto posições jurídicas dos cidadãos diante do Estado, mas também devem ser vislumbrados numa perspectiva comunitária, como valores e fins superiores da ordem jurídica que reclamam a ingerência ou abstenção dos órgãos estatais.

A instituição de um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas pela Constituição de 1988, buscou preservar e promover a dignidade da pessoa humana. O legislador constitucional preocupou-se com a instituição e com a efetivação desses direitos, atribuindo uma função ativa ao cidadão e ao Judiciário. Ademais, buscou superar a concepção de direitos subjetivos, dando lugar a liberdades positivas, destacando o aspecto promocional da atuação do Estado.

Neste sentido, Ivo Dantas conclui que “o princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana implica um compromisso do Estado e da sociedade para com a vida e a liberdade individual, integrado no contexto social” (MALUF, 2013, p.22).

Portanto, a dignidade da pessoa humana é considerada um valor supremo fundamental que automaticamente se incorpora ao ser humano a partir do seu nascimento, agindo como um suporte institucional no Direito, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no ordenamento jurídico pátrio, deve ser aplicado como uma espécie de norma orientadora quando houver a necessidade da aplicação do direito a um caso concreto.

Seja no âmbito internacional ou no interno, tendo como base o Direito Constitucional ocidental, a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo prioridade especial. Desse modo, a dignidade da pessoa humana simboliza o verdadeiro super-princípio constitucional, sendo este a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo (PIOVESAN, 2015, p. 97).

De fácil compreensão é o ensinamento de Cíntia Luchi (2010, p. 17) que explica dignidade como sendo o pressuposto da ideia de justiça humana, que, por sua vez, representa a condição superior do ser humano como ser de razão e sentimento. Destarte, a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social, sendo inerente à vida, e, portanto, um direito pré-estatal.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (1988 *apud* LUCHI, 2010, p. 17) afirma que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, não havendo a possibilidade de cogitar que determinada pessoa, titular de uma determinada pretensão a que lhe seja concedida a dignidade pode ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, porém não pode ser criada, concedida ou retirada, uma vez que a cada ser humano é inerente a sua dignidade.

Sendo assim, conclui-se que o ser humano sempre deverá ser tratado com dignidade, e, segundo o artigo 1º da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos “o genoma humano subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também o reconhecimento de sua dignidade e sua diversidade inerente, num sentido simbólico, é a herança da humanidade”.

3.4 DIREITO À PROcriação

De início, vale salientar que existem divergências doutrinárias acerca do direito à procriação. Trata-se de variadas visões sociais em questão que entram em conflito ao tratar do presente direito. Assim, o reconhecimento ou não de um direito de procriar impõe necessariamente níveis de tratamento diferenciados sobre como reagir diante das hodiernas tecnologias reprodutivas, seu alcance e seus limites (SOUZA, 2009, p. 476).

Uma parte da doutrina entende por negar o direito à procriação, diante dos casos em que haja a existência de um material genético dos pais (candidatos) que gere risco de deformidades e doenças graves ao nascituro. De outro lado, outra parte da doutrina entende que a possibilidade do acesso às técnicas de reprodução humana assistida, ou seja, a possibilidade de procriação pelo referido método, deve ser considerada não só pelas questões da enfermidade biológica ou da patologia física que atinge o indivíduo, mas também pelo bem-estar psíquico do mesmo que, por diversas vezes, encontra-se afetado em decorrência da sua impossibilidade de conceber um filho. (SOUZA, 2009, p. 476).

Neste diapasão, em detrimento da procriação como um direito, quando houver a união de situações de infertilidade ou de transmissões de doenças hereditárias, o entendimento de alguns doutrinadores é o de que cabe ao Estado a prestação de recursos científicos para que haja o exercício do livre planejamento familiar, uma vez que os aspectos psíquicos que impossibilitam a procriação biológica natural são adequados ao conceito de saúde entendido pela Organização Mundial da Saúde (ARAÚJO, 2014, p. 68).

A procriação é um fator biológico e inerente do ser humano. Entretanto, este conceito clássico de procriação sofreu mudanças a partir da metade do século XX, com o surgimento de resultados concretos dos métodos de reprodução artificial.

A partir daí, o método de concepção natural biológico deixa de ser a única maneira de se conceber um filho, ou seja, de procriar, passando a conduta humana externa a ser também responsável por realizar a fecundação que futuramente conceberá uma criança.

O direito à procriação tem como base a sistemática constitucional, haja vista que se relaciona com a decisão livre dos indivíduos em constituir filiação com base nos seus respectivos desejos pessoais.

Logo, a procriação pressupõe, naturalmente, a vontade das partes – esta resguardada pela livre manifestação da autonomia dos indivíduos – sendo esta concretizada de maneira natural, ou seja, por ato sexual, ou com o auxílio das técnicas de reprodução artificial, como no caso da inseminação artificial (ARAÚJO, 2014, p. 66).

É necessário ter em mente que a família após a Constituição de 1988 não é mais apenas aquela constituída por um homem e uma mulher. A sociedade evoluiu no sentido de considerar novos modelos de entidades familiares, devendo ser resguardado, principalmente, o melhor interesse da criança, uma vez que o modelo familiar não deve ser pré-julgado, no sentido de, por exemplo, considerar uma prejudicialidade da criança apenas por se tratar de uma filiação monoparental.

Nesta linha, explica Ana Thereza Meirelles Araújo (2014, p. 70) que:

A procriação como um projeto de filiação monoparental encontra recepção pela ordem jurídica por coadunar os novos modelos de família e refletir as novas demandas da sociedade atual. A decisão pela busca da reprodução artificial forma monoparental não deve ser interpretada negativamente, já

que uma criança não será menos feliz e sadia porque foi educada apenas por um dos seus genitores.

A Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina¹⁵ (CFM) determina que todas as pessoas capazes que solicitem o procedimento e que não extrapolem os limites presente na referida Resolução, têm o direito a submeter-se ao procedimento da reprodução assistida, devendo estar apenas de acordo e devidamente esclarecidos, conforme a legislação vigente.

A supracitada Resolução ainda estabelece que as técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas nos casos de relacionamento homoafetivos e pessoas solteiras, salvaguardado o direito de objeção de consciência do médico responsável.

Portanto, resta demonstrado que, hodiernamente, são reconhecidas novas modalidades de entidades familiares, sendo o direito à procriação estendido a todas elas, demonstrando a isonomia no tratamento das múltiplas facetas da entidade familiar.

A negativa da realização das técnicas de reprodução assistida a um dos modelos de entidade familiar representa a violação ao princípio fundamental à igualdade, uma vez que implica em um comportamento discriminatório capaz de atingir negativamente a dignidade da pessoa.

Contudo, como nada é absoluto, ainda há doutrina que entende diferente, como é o caso de Pedro Marcos Nunes Barbosa (2010, p. 9) que afirma:

Ao se reconhecer o direito à procriação é indispensável que se considerem os direitos fundamentais do filho, também internacionalmente reconhecidos. Não se trata de um direito absoluto, estando sempre limitado pelos direitos da criança por nascer, fundamentalmente por seu direito à dignidade e à formação de sua personalidade no seio de uma família com a dupla imagem de genitores, paterna e materna, “pois se este direito as vezes é contrariado pelas vicissitudes da existência, não deve ser desconhecido voluntariamente por uma escolha deliberada.

Entretanto, o entendimento que prevalece no presente trabalho é o de que todos os modelos de entidade familiar devem ser tratados igualmente, sem qualquer tipo de discriminação, atentando-se apenas ao melhor interesse da criança, ou seja, havendo a felicidade e o bem-estar da criança, independentemente de ser em uma família monoparental, homoafetiva ou constituída mediante união estável, não há

¹⁵Resolução CFM n°. 2121/2015.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1-Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

que se contestar o acesso às técnicas de reprodução artificial e, conseqüentemente, o direito à procriação.

Dessa forma, o direito à procriação representa muito mais do que um direito que resguarda o direito dos indivíduos de reproduzirem. Acredita-se que o referido direito garante a saúde psíquica do indivíduo, uma vez permite a este a realização de um sonho, qual seja, poder conceber um filho e constituir a sua tão desejada família.

3.5 DIREITO À SAÚDE

A Organização Mundial da Saúde (OMS) conceitua a saúde como sendo um estado completo de bem-estar físico, social e mental, ou seja, a ausência de doença não significa que o indivíduo é saudável.

A partir da 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada com a participação popular nos debates acerca dos temas, ampliou o conceito de saúde para: “saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde” (NELSON; PEREIRA, 2012, p.121).

As Constituições anteriores à de 1988 não se referiam explicitamente ao direito à saúde como de interesse público fundamental à sociedade, sendo a atual Constituição Federal responsável por consagrar o direito à saúde como um direito social, presente entre os direitos fundamentais da pessoa humana, devendo o Estado e toda a sociedade preservá-lo.

É possível extrair do art. 6º da Constituição Federal de 1988¹⁶ a previsão de que a todos é garantido o direito à saúde. O art. 196¹⁷ da referida Carta confirma e majora a proteção estatal para o direito à saúde. Ademais, o art. 197 da mesma complementa este direito, valorando e elevando as ações de serviços da saúde

¹⁶“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.”

¹⁷“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.”

como de relevância pública, devendo ser atendido pelo Poder Público sempre que necessitado (SURYAN, 2013, p. 104).

Com isso, o direito à saúde encontra-se no rol das cláusulas pétreas, não podendo ser abolido ou restringido, apenas havendo a permissão de modificação nos casos em que haja a ampliação do mesmo.

Segundo Dirley da Cunha Jr (2008, p. 1069), a Constituição consagra a saúde como direito fundamental, devendo esta ser garantida pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas que garantam à redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Ademais, vale ressaltar para fins do presente trabalho, que o art. 199 da Constituição Federal de 1988¹⁸ autoriza a participação, de forma complementar, da iniciativa privada na assistência à saúde.

O direito à saúde se apresenta como um direito de cunho prestacional positivo, ou seja, exige diversas ações por parte do Estado e da sociedade para que seja viável a sua realização, como por exemplo, a adoção de políticas públicas para dar eficácia e efetivar o direito em comento. Tal exigência prestacional material pode ser feita ao Poder Público ou a um particular, como é o caso das operadoras de planos de saúde (NELSON; PEREIRA, 2012, p. 124).

Observa-se, portanto, que não é somente do Estado a responsabilidade de garantir o referido direito, pois os particulares também são igualmente vinculados à norma que prevê o direito à saúde. Logo, cabe a todos dever de respeitar a integridade física e moral de terceiros.

Nesta toada, incumbe expor 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).

Em suma, é possível extrair do art. 196 da Constituição Federal de 1988 que o direito à saúde é um “direito de todos” e “dever do Estado”, garantido mediante

¹⁸“CRFB/88. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”

“políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” “às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 660).

A expressão “direito de todos” no bojo do artigo em comento traz a conotação de um direito tanto individual quanto coletivo de proteção à saúde. A dimensão individual resta reconhecida a partir do direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que gerencia o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Por se tratar de um direito essencial, cabe ao Poder Público o dever de prestação positiva, visando a aplicabilidade do referido mandamento constitucional a toda sociedade (MENDES; BRANCO, 2015, p. 660).

Por sua vez, é “dever do Estado” desenvolver políticas públicas que impliquem para além do direito fundamental à saúde, havendo o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado, objetivando a redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. Esse dever do Estado, por sua vez, será “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, ou seja, são necessárias políticas públicas para concretizar o direito à saúde por meio de escolhas relacionadas (MENDES; BRANCO, 2015, p. 661).

Tais políticas devem visar à redução do risco de doença e de outros agravos e ser de acesso universal e igualitário. Trocando em miúdos, deve haver ações preventivas na área da saúde, sendo estas fornecidas de maneira igualitária a toda sociedade, bem como ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde que, numa visão geral, o direito à saúde há de se efetivar a partir de ações específicas, em se tratando de dimensão individual, e mediante amplas políticas públicas – dimensão coletiva (MENDES; BRANCO, 2015, p. 662).

Sendo assim, os artigos 6º, 196 e 197 de Constituição Federal de 1988 inovaram a ordem constitucional brasileira, sendo esta Carta a primeira a garantir expressamente este direito ao indivíduo, impondo de forma obrigatória ao Estado o dever da prestação positiva do supracitado direito (SURYAN, 2013, p. 116).

Ademais, no que concerne aos planos de saúde – fornecedores que interessam ao presente trabalho – não se pode olvidar que também devem garantir a saúde em consonância com o estabelecido pela Lei 9.656/98, com o contrato firmado, e,

principalmente, com as garantias fundamentais, o que será melhor discorrido no próximo capítulo.

4 A OBRIGATORIEDADE DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE NA COBERTURA DO TRATAMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

4.1 A ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

A assistência privada à saúde encontra previsão expressa no art. 199, da Constituição Federal de 1988, agindo de maneira complementar ao sistema público de saúde.

É sabido que atuam na assistência privada à saúde as operadoras de planos de saúde, as empresas de seguro saúde e, segundo se extrai do site da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), ainda há as entidades de cooperativa médica, cooperativa odontológica, autogestão, filantropia, odontologia de grupo e medicina de grupo, fornecendo, nestes casos, os serviços à população de baixa renda.

O presente trabalho tem como foco as operadoras de planos de saúde, com base no art. 39 da Lei de criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que não deixa dúvidas que estas entidades são reguladas pela ANS e pela Lei nº 9.656/98.

Antes de entrar no mérito da assistência privada à saúde, é necessário perpassar por um breve histórico da regulação da saúde suplementar.

Segundo ensinamentos de Maria Stella Gregori (2007, p.47), no início do século XX, o Estado, influenciado pela ideologia liberal, assumiu uma postura de abstenção quanto a qualquer tipo de intervenção sobre a economia. Passou a cumprir uma função meramente limitada de garantir a ordem e o cumprimento dos contratos firmados, sendo, portanto, privilegiado o direito de propriedade e da supremacia individual sobre o coletivo. Contudo, a partir da Primeira Guerra Mundial e da depressão do Estado Liberal, um novo formato de Estado começa a surgir. O Estado passa a desempenhar uma função inicial indutora, para posteriormente se firmar como condutor do desenvolvimento econômico e social, trazendo para si a responsabilidade por fomentar e prestar os serviços essenciais e de infraestrutura para a sociedade.

Pois bem. No final do século XX, com o agigantamento do Estado, responsável por múltiplas funções exercidas em favor da sociedade, este passou a sofrer com os altos gastos públicos e com o inchaço da máquina administrativa, em desarmonia com o ritmo da globalização. Com isso, o Estado se vê na necessidade de sair da função de gerenciamento e execução direta da atividade econômica para assumir o papel de Estado regulador da ordem econômica (GREGORI, 2007, p. 48).

No Brasil a situação não é diferente. A forte intervenção estatal também foi vislumbrada no âmbito interno. Entretanto, a partir dos anos 90 foi necessário repensar as funções do Estado, havendo, para isso, a Reforma do Estado, objetivando a modernidade da administração pública, bem como a viabilização do ajuste fiscal para incentivar o crescimento das iniciativas privadas, passando este a atuar como prestador de serviços à população. Iniciou-se, portanto, um processo de desestatização que teve continuidade por toda a década e abrangeu diversas atividades que eram exercidas pelo Estado, passando a delegar tais atribuições ao setor privado. (GREGORI, 2007, p. 49 e 51).

No caso da saúde, haja vista a incapacidade do Estado em prover uma saúde de qualidade, com padrões minimamente exigíveis, a procura por este serviço gerou, nos anos 50, a inserção da iniciativa privada nessa atividade. Diante da imprescindibilidade de um serviço de saúde de qualidade e da coexistência que passou a existir entre o serviço de saúde público e privado, a Constituição Federal de 1988, reconheceu expressamente o direito das instituições privadas em participar do sistema único de saúde, porém de maneira complementar. Entretanto, foi no fim dos anos 80 que esse mercado sofreu as suas maiores mudanças, adquirindo o perfil atual. Parte das empresas de medicina de grupo passou a comercializar planos individuais, ou seja, a população passou a ter alternativas diferenciadas de cobertura médica e hospitalar que atingem os profissionais liberais e os trabalhadores autônomos (PEREIRA, 2014, p. 234).

Neste sentido, os planos de saúde, responsáveis pela assistência privada à saúde a que o presente trabalho se refere, segundo ensinamentos de Luiz Henrique Sormani Barbugiani (2015, p. 19) surgiram com a função de salvaguardar preocupações da civilização hodierna, consistentes no enfrentamento de dificuldades das mais variadas quando um sujeito ou membros de sua família sofrem de doenças ou pretendem preveni-las.

De acordo com o próprio art. 1º, I, da Lei 9.656/1998¹⁹, que disciplina os planos e seguros privados de assistência à saúde, para se caracterizar plano privado de assistência à saúde é preciso que haja: a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, tendo como finalidade garantir, sem nenhum limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, escolhidos de forma livre, podendo estes ser ou não integrantes de rede credenciada, contratada ou referenciada, vislumbrando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integralmente ou parcialmente às expensas da operadora ao qual foi firmado o contrato, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Em outras palavras, os planos de saúde caracterizam-se por a prestação dos serviços se dá de maneira continuada, já que são contratos cativos de longa duração, uma vez que os consumidores objetivam usufruir dos serviços por prazo indeterminado. A cobertura de custos assistenciais representa os casos das operadoras de planos de saúde que têm como finalidade a cobertura dos custos referentes à assistência médica, hospitalar ou laboratorial. O preço poderá ser pré ou pós estabelecido, ou seja, o pagamento poderá se dar por mensalidade previamente estabelecidas ou poderá ser previsto de acordo com o uso do beneficiário. O prazo indeterminado implica em não existir limite para a duração do contrato de planos de saúde, havendo a renovação automática deste. O objeto é a prestação de assistência à saúde dos beneficiários e as redes que podem ser disponibilizadas pelas operadoras, entretanto, o beneficiário tem o direito de escolher livremente os profissionais e as clínicas que quer ser atendido (SILVA, 2010, p. 15).

¹⁹“BRASIL. Lei n. 9.656/1998. 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;”

As operadoras de planos de saúde, hodiernamente, responsáveis por gerir os planos de saúde, ou seja, gerenciar a prestação dos serviços contratados, são pessoas jurídicas constituídas sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I do art. 1º da supracitada lei.

No tocante à relação de consumo que se forma entre as operadoras de assistência privada à saúde e os beneficiários, Maria Stella Gregori (2007, p.118) explica que:

[...] pode-se afirmar, com tranquilidade, que as empresas que prestam serviços de assistência à saúde, mediante remuneração, são consideradas típicas fornecedoras. Prestam um serviço condicionado a evento futuro, mediante o recebimento de contraprestação pecuniária. Atuam tais empresas, a rigor, como intermediárias, gestoras cuja função é reter recursos recebidos, reuni-los em um fundo comum para, quando da ocorrência de um evento, dar-lhe a devida cobertura, seja financeira, seja assistencial por meio de rede própria, credenciada ou referenciada. Enquadram-se, com efeito, na descrição do *caput* do art. 3.º, inserindo-se, dessa forma, em um dos pólos da relação de consumo.

Destarte, a assistência privada à saúde, reconhecida expressamente na Constituição Federal de 1988 como forma de complementar da saúde pública fornecida pelo Estado e gerida por operadoras de planos de saúde, vem para garantir aos beneficiários, ora consumidores, o enfrentamento das mais variadas dificuldades relacionadas à sua saúde e a da sua família, havendo em contrapartida o pagamento de mensalidades por este que usufrui.

4.1.1 A Lei nº 9.656/1998 e a exclusão da cobertura do tratamento de inseminação artificial

Em que pese todo o crescimento da assistência médica suplementar no Brasil, o ordenamento pátrio somente ganhou regulação a respeito do tema a partir da edição da Lei nº 9.656/98, que passou a fixar regras e garantias para o funcionamento do setor aos seus usuários/beneficiários.

A Lei nº 9.656/98 dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, regulando a relação que se forma a partir do contrato de prestação de serviços entre os usuários e as operadoras de planos de saúde.

Esta foi instituída com o intuito de buscar a preservação e a proteção da relação contratual firmada entre usuários e planos, haja vista os seus artigos 13 e 30²⁰ que dispõem no seu texto o princípio da conservação e da continuidade da vigência dos contratos.

A referida lei traz o conceito e as características do plano privado de assistência à saúde e da operadora de plano de assistência à saúde, já expostos no tópico anterior. Ademais, o art. 35-F²¹ da mesma lei deixa claro que a assistência à saúde implica na recuperação, prevenção manutenção e reabilitação da saúde (BARBUGIANI, 2015, p. 52).

Por se tratar de uma relação consumerista, o Código de Defesa do Consumidor é a lei geral principiológica aplicada aos contratos entre operadoras de planos de saúde e os beneficiários. Tanto é verdade que, a Lei nº 9.656/98 que, por sua vez, é a lei específica reguladora dos planos privados de assistência à saúde menciona expressamente no seu art. 35-G²² a aplicabilidade subsidiária do Código de Defesa do Consumidor.

Diante disso, é perfeitamente admissível a aplicação cumulativa dos dispositivos legislativos acima trazidos aos contratos firmados a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98. Do Código de Defesa do Consumidor é possível extrair os comandos principiológicos aplicáveis à proteção do consumidor, e à lei especial caberá, de forma específica, reger os planos privados de assistência à saúde (GREGORI, 2007, p. 160).

A lei em comento prevê dezenas de garantias e obrigações a serem cumpridas pelas partes. Dentre estas obrigações, verifica-se a necessidade das empresas promoverem o registro delas perante os Conselhos Regionais de Odontologia e

²⁰“BRASIL. Lei n. 9.656/98. Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

[...]

Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral”.

²¹“BRASIL. Lei n. 9.656/98. 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.”

²²“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.”

Medicina, a depender do plano disponibilizado; a necessidade de expressa indicação dos serviços prestados na área da saúde, especificando o que será realizado por terceiros e o que é fornecido pela própria operadora; pormenorização dos equipamentos que serão utilizados nos serviços e acerca das respectivas instalações; a elaboração de lista das pessoas devidamente habilitadas e qualificadas, a fim de realizar as atividades com a responsabilidade técnica devida, conforme os termos das leis em vigor; a comprovação da denominada “capacidade de atendimento” de acordo com os serviços disponibilizados ao contratante; a comprovação da “viabilidade econômico-financeira” das operadoras de planos privados de assistência à saúde por meio de seus planos; e, por fim, a indicação da “área geográfica” de abrangência pela cobertura das operadoras (BARBUGIANI, 2015, p. 54).

Em suma, a Lei nº 9.656/98 tem por finalidade “a regulamentação das atividades dos planos privados em saúde, visa a estabelecer parâmetros aplicáveis aos contratos firmados entre operadoras e consumidores dos seus produtos, e àqueles contratos adaptados à sua regência” (ANDRADE; MOTA, 2010, p. 38).

Nesta linha de pensamento, a supracitada lei não se limitou apenas a normatizar a regulação econômica do mercado de saúde suplementar, mas também veio para disciplinar aspectos de manutenção e qualidade das coberturas assistenciais, contemplando, portanto, regras de proteção contratual direcionadas aos planos privados de assistência à saúde. Para isso, tratou, de logo, definir a abrangência da cobertura, determinando que serão abrangidas todas as doenças previstas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde – CID, da Organização Mundial da Saúde, bem como os transplantes de córnea e rim e transtornos psiquiátricos, com base no rol de procedimentos estabelecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) (GREGORI, 2007, p. 152).

Em contrapartida, o artigo 10 da Lei nº 9.656/98 dispõe expressamente sobre alguns procedimentos obrigatórios e alguns que estão excluídos da cobertura pelos planos de saúde, a fim de impedir que as operadoras de plano atuassem apenas nos segmentos lucrativos. Tendo em vista que esse é o foco do presente trabalho, vale destacar, *in verbis*, o mencionado artigo para fins didáticos:

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.

Sendo assim, se extrai da simples leitura do art. 10, III, da Lei nº 9.656/98, acima transcrito, que as operadoras de planos de saúde estão desobrigadas a custear o tratamento de inseminação artificial.

Discorda-se do supracitado inciso, uma vez que considera tal dispositivo contrário aos preceitos e garantias constitucionais, além de que, acima de tudo, entende ser injusta a excessiva onerosidade que este impõe ao consumidor, como restará demonstrado nos seguintes tópicos.

4.2 PRINCÍPIOS X NORMA REGRA: DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS SOBREPONDO A VEDAÇÃO LEGAL

Para entender o fundamento que sustenta a defesa do presente trabalho, é preciso compreender os princípios e as regras, bem como as suas aplicações, uma vez que a vedação à cobertura do tratamento de inseminação artificial por operadoras de planos de saúde é uma norma expressa, como visto anteriormente, prevista no art. 10, III, da Lei nº 9.656/98. Em contrapartida, como restará demonstrado a partir da interpretação e aplicação dos princípios e garantias constitucionais, é completamente cabível imputar às operadoras de planos de saúde a cobertura do tratamento de inseminação artificial.

Antes da distinção entre princípios e regras por Dworkin, prevalecia, para os que reconheciam a existência da força normativa dos princípios, a distinção fundada no critério de generalidade. Trocando em miúdos, os princípios seriam normas com o grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras seriam normas com um nível de generalidade relativamente baixo (BUSTAMANTE, 2002, p. 154).

Segundo os ensinamentos de Ronald Dworkin (1968 *apud* BUSTAMANTE, 2002, p. 155), a distinção entre princípios e regras é uma distinção lógica, ou seja, ambos indicam decisões a respeito do que é juridicamente devido em certas circunstâncias, entretanto diferem no caráter diretivo que eles fornecem. Logo, as regras são aplicáveis na modalidade do “tudo ou nada”. Caso os fatos estipulados por uma regra em sua hipótese se realizem, então a resposta para o problema que a mesma prevê deve se realizar também, a não ser que a regra seja inválida, haja vista que ela não poderá contribuir para o caso. De outro lado, os princípios possuem a chamada “dimensão de importância”. Portanto, quando os princípios entram em colisão, deve-se resolver o conflito levando em consideração a exata importância de cada um deles, ou seja, um dos princípios prepondera sobre o outro, mas ambos permanecem válidos e integrados ao ordenamento jurídico.

Por sua vez, Alexy define princípios como sendo normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Sendo assim, os princípios são mandados de otimização, que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida do seu cumprimento depende das possibilidades reais e das possibilidades jurídicas, sendo o âmbito das possibilidades jurídicas determinado pelas outras normas (princípios e regras) que atuam em sentido contrário. Já as regras seriam normas que somente têm a opção de serem ou não cumpridas. Sendo assim, se a regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que esta diz, ou seja, contém determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. (BUSTAMANTE, 2002, p. 155).

Para melhor entendimento, cumpre destacar a diferença entre princípios e regras segundo a visão do autor Ronald Dworkin (2002, p. 39,42,43):

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à

maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras.

É necessário que haja um equilíbrio no uso dos princípios e das regras, pois ambos ocupam as suas devidas funções e importância no ordenamento jurídico, não cabendo ao legislador ou julgador o direito de afastá-los sem ao menos uma fundamentação plausível.

Neste sentido, entende-se que um sistema ideal é aquele formado de maneira harmônica com princípios e regras, não havendo o que se pensar na exclusão destes ou daqueles (SANTOS JÚNIOR, 2011, p. 32).

Com isso, as normas devem ser classificadas em duas grandes categorias diversas que são os princípios e as regras – detentores de funções distintas no ordenamento jurídico. A lei está pautada em princípios e valores que a sociedade conhece intuitivamente. De outro lado, os princípios alcançaram o patamar de norma jurídica, deixando de ser considerados apenas regras de caráter ético, sem eficácia jurídica ou aplicação direta e imediata (SANTOS JÚNIOR, 2011, p. 32)

A Constituição Federal começa a ser vista como um sistema aberto de princípios e regras, onde a realização dos direitos fundamentais e os ideais de justiça passam a ser os maiores anseios a serem alcançados (SANTOS JÚNIOR, 2011, p.32). Neste diapasão, é necessário que se entenda que a partir da utilização dos princípios, busca-se não só a efetivação do direito, mas, principalmente, o ideal de justiça.

Ao se deparar com questões difíceis (*hard cases*), das quais não se pode chegar a uma solução apenas por mera subsunção às regras jurídicas, o julgador deve se valer da aplicação dos princípios, como forma de atingir a justiça desejada ao caso.

José Gomes Canotilho (1991 *apud* FREIRE, 2009, p. 28) doutrina no sentido de que um modelo ou sistema constituído apenas por regras conduz a um sistema jurídico composto por uma racionalidade prática limitada.

Com relação aos casos que envolvem o tratamento de inseminação artificial, há uma regra que desobriga as operadoras a cobrirem tal técnica, porém o entendimento do

presente trabalho é de que interpretar este caso analisando meramente esta regra, logo, deixando de observar todos os princípios que norteiam o caso (entende-se por ser um caso de complexidade elevada, haja vista se tratar do bem-estar psíquico da pessoa e dos seus direitos fundamentais), haverá uma clara injustiça àqueles que pleiteiam esse direito, uma vez que violará todas as garantias fundamentais que acompanham a pessoa, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à procriação e ao planejamento familiar, bem como o direito à saúde do indivíduo, trazidos em tópicos anteriores.

Ademais, destaca-se o que doutrina Thomas da Rosa de Bustamante (2005, p.171) que entende as normas jurídicas como sendo normas superáveis, as quais são formuladas a partir da análise e da interpretação dos enunciados jurídicos produzidos pelo legislador competente para ditar os preceitos gerais obrigatórios. Em outras palavras, o autor entende a norma como um conteúdo de uma proposição de dever-ser, ou seja, o sentido de uma prescrição pode ter a forma tanto de um mandado, obrigando o cumprimento, quanto de uma faculdade ou de uma proibição.

Diante do problema que envolve o presente trabalho, ou seja, a vedação constante no art. 10, III da Lei n. 9.656/98, desobrigando os planos de saúde a cobrirem o tratamento de inseminação artificial para os seus beneficiários, imperioso mencionar os ensinamentos acerca da argumentação “*contra legem*”:

O que chamamos de argumentação “*contra legem*” é, na realidade, a forma de argumentar contrária aos significados mínimos que possui um ou mais texto jurídico cuja validade se mantém fora de dúvida. Em suam, trata-se daquelas espécies de argumentação que buscam comprovar a impossibilidade jurídica de uma decisão judicial fiel aos significados preliminares do enunciado que dá suporte à norma em questão (BUSTAMANTE, 2005, p. 182).

Logo, com base no entendimento do mencionado autor, as normas podem ser superadas e, conseqüentemente, o raciocínio também pode ser superado, contanto que haja a devida fundamentação. No caso do presente trabalho, a decisão deverá se fundamentar no fato da vedação da cobertura – prevista no art. 10, III da Lei 9.656/98 – contrariar as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988, ao invés de basear-se nestas, conforme será visto adiante.

É basilar entender que a teoria da argumentação jurídica permite um desenvolvimento do raciocínio jurídico pós-positivista, tornando possível que os juristas sejam capazes de revisar as regras que normalmente surgem como

fundamentos para as suas decisões, sempre que se verificar um desacordo entre a solução puramente jurídica e uma solução bem ordenada do ponto de vista moral (BUSTAMANTE, 2005, p. 289). Em outras palavras, ao jurista cabe a possibilidade de interpretar a norma e julgar o problema “*contra legem*”, havendo a devida fundamentação em prol de se atingir a justiça – que, por vezes, não é atingida a partir do que está disposto em na lei, mas sim por interpretações do caso concreto.

Sendo assim, entende-se que não é razoável e justo que o indivíduo tenha desconsiderados a sua saúde, a sua dignidade, o direito ao planejamento da sua família e o seu direito à procriação, ou seja, desconsiderar os seus direitos fundamentais, tendo em vista uma regra descabida na Lei nº 9.656/98, regra esta que pode ter sido inserida por diversos motivos, inclusive por interesses políticos.

4.3 OS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A RELAÇÃO COM A OBRIGATORIEDADE DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE NA COBERTURA DO TRATAMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

É inegável, ainda mais após todo o exposto, que a inseminação artificial está intrinsecamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, com o planejamento familiar, com o direito à saúde e à procriação.

Ao tratar da realização do procedimento de inseminação artificial deve-se ter em mente que a dignidade da pessoa humana, o planejamento familiar, a procriação e a saúde são garantias constitucionais que resguardam o direito do homem, da mulher ou do casal a submeter-se ao referido procedimento.

O direito à saúde, inserto nos artigos 6º, 196 e 197 da Carta Magna Federal de 1988, é o mais fundamental de todos os direitos, por constituir em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais.

Importante frisar que, a saúde é um aspecto que não se desvincula da pessoa, e duas são as suas formas para que se possa alcançar o princípio da dignidade da pessoa humana, quais sejam, a física e a psíquica. Com efeito, o direito à saúde deverá ser promovido de forma integral.

Destaque-se que o Conselho Federal de Medicina reconhece a infertilidade como doença, inclusive com repercussão psicológica na vida do casal, especialmente na da mulher, como deixam evidenciados as considerações iniciais da Resolução nº CFM nº 1.358-92 já mencionada anteriormente.

Infere-se, portanto, que o direito à saúde está também relacionado ao direito de procriar e ao bem estar da família, uma vez que, como dito alhures, a infertilidade é um problema de saúde que causa diversos transtornos na vida do indivíduo ou do casal, e precisa ser tratado, tratamento este encontrado nas modernas técnicas científicas da medicina contemporânea. É neste contexto que o Planejamento Familiar se insere. Ele consiste no conjunto de ações de regulação da fecundidade, possibilitando o exercício do direito da constituição, da limitação ou do aumento da prole e, sobretudo, em um melhor padrão de bem-estar social.

Sobre este assunto, destacou a Conferência das Nações Unidas sobre população e desenvolvimento (Cairo - 1994), em seu Princípio nº 8, da sua Declaração, que:

[...] os Estados devem tomar todas as medidas apropriadas para assegurar, sobre a base da igualdade do homem e da mulher, o acesso universal aos serviços de saúde, compreendidos os relacionamentos à saúde em matéria de reprodução, integrados pelo planejamento familiar e a saúde em matéria de sexualidade. Os programas de saúde da reprodução devem oferecer a mais vasta gama possível de serviços, sem nenhum recurso à coerção. Todo casal e todo indivíduo têm o direito fundamental de decidir livre e responsabilmente acerca do número de seus filhos, do espaço de seu nascimento e de dispor da informação, da educação e dos meios desejados na matéria.

Neste mesmo sentido, o art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988, dispõe: que baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Destaque-se que, o intuito do legislador, através desta inserção, foi buscar garantir à família, e ao seu critério, a oferta de métodos e técnicas de concepção e contracepção, tendo, inclusive, regulamentado a matéria de forma específica na Lei n. 9.263/1996.

Ademais, o art. 9º²³ da supracitada legislação, dispõe que para que seja exercido o direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Ressalte-se, ainda, que a Lei n. 11.935/2009, que alterou o art. 36 – C da Lei nº 9.656/1998, e incluiu ao mencionado dispositivo o inciso III, não permite que sejam criados embaraços ou que seja negado o cumprimento do contrato sob o fundamento de falta de previsão contratual, determinando a obrigatoriedade do atendimento nos casos de planejamento familiar, como é o caso *sub examine*.

Imperioso registrar que, é direito de todo e qualquer ser humano o de poder gerar filhos, uma vez que faz parte da própria natureza humana, não cabendo aos planos de saúde diligenciar, arbitrariamente, os tratamentos possíveis, ou não, de cobertura, bem como não cabe ao legislador retirar este direito fundamental – salvaguardado pela Constituição Federal de 1988 – do indivíduo, a partir de uma vedação que, no entendimento do presente trabalho, está em total desacordo com os princípios constitucionais expostos.

Dentre as garantias constitucionais em comento, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra solo apropriado na família para florescer, uma vez que a ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente da sua origem (DIAS, 2011, p.63).

Note-se que, todas estas garantias estão intrinsecamente ligadas, pois é direito da pessoa humana constituir, através da procriação, a sua família e, caso não seja possível por meios naturais, devido ao problema de saúde (infertilidade), cabe ao plano de saúde cobrir a técnica de inseminação artificial, haja vista a sua finalidade ser a de prestar assistência privada à saúde.

Inquestionável, portanto, a cobertura contratual para a realização do procedimento de inseminação artificial, pois, do contrário, estariam sendo violados também os Princípios Constitucionais acauteladores da Dignidade da Pessoa Humana, do direito à Saúde e ao Planejamento Familiar, bem como ao do direito à procriação.

²³“BRASIL. Lei n. 9.263/96. Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.

O direito, sem sombra de dúvida, deve aceitar as inovações científicas desde que essas não coloquem em risco a natureza e a dignidade do homem, não admitindo o uso de qualquer conduta que venha a reduzir o ser humano em caráter de coisa (SOUZA, p. 4).

Diante do exposto, conclui-se que, a todo cidadão é assegurado o direito ao planejamento familiar de maneira livre, não podendo o Estado, nem a sociedade ou quem quer que seja, estabelecer limites ou condições para o seu exercício dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo, devendo ser garantido o acesso igualitário às informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Registre-se que é direito subjetivo do cidadão o acesso aos resultados da evolução científico-terapêutica, para projetar sua família ou constituí-la através de métodos ou procedimentos que possibilitem diminuir ou afastar, mesmo que temporariamente, suas disfunções ligadas à infertilidade, que impede a realização do direito subjetivo à procriação, e, assim, garantir o equilíbrio físico-psíquico, devolvendo-o ao estado de paz interior.

Assim, por tratar-se, o livre planejamento familiar, de um direito fundamental, este não pode ser restringido, devendo ter seus inúmeros obstáculos efetivamente enfrentados e vencidos, sob pena de violação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ademais, segundo ensinamentos de Paulo Lôbo (2003, p. 43-44), os filhos podem ser provenientes de origem genética conhecida ou desconhecida, de escolha efetiva, do casamento, de união estável, de entidade monoparental ou de outra entidade familiar implicitamente constitucionalizada. É necessário apenas que seja fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, para que haja a procriação em consonância com o direito do sujeito ao livre planejamento familiar.

4.4 DO DIREITO A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

De início, vale lembrar que o presente trabalho defende a obrigatoriedade das operadoras dos planos de saúde em cobrir o tratamento de inseminação artificial para os indivíduos que sofrem de infertilidade, ou seja, de um problema de saúde.

Embora a Lei 9656/98, no seu art. 10, III, estabeleça a exclusão de cobertura do procedimento de inseminação artificial, o seu art. 35-C, prevê a obrigatoriedade da cobertura e atendimento ao planejamento familiar. Como dito alhures, o planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde, que compreende, dentre suas atividades básicas, a assistência à concepção e contracepção.

Neste diapasão é necessário atentar que:

O atendimento em situações de emergência, como aquelas que possam gerar lesão irreparável ou risco de morte a pacientes, atestado pelo médico responsável, da mesma forma, em circunstâncias de urgência derivadas de intercorrências na gravidez ou de acidentes pessoais, assim como de planejamento familiar, terá cobertura obrigatória. (BARBUGIANI, 2015 , p. 63).

Muito embora a existência do referido dispositivo que exclui a cobertura do tratamento de inseminação artificial, o presente trabalho defende a incompatibilidade deste com as garantias fundamentais mencionadas, sendo, portanto, uma clara violação à Constituição Federal de 1988, haja vista que, como é sabido, todo o ordenamento jurídico deve respeito à Carta Magna.

Desta maneira, registre-se que, não pode a administradora do plano ou do seguro-saúde abrigar-se em cláusulas restritivas que limitem a abrangência dos tratamentos cobertos pelo plano ou do seguro, não alcançando situações que configurem verdadeira necessidade do paciente, causando-lhe, ou podendo causar-lhe, risco à saúde e até à vida, sob pena de ser declarada a abusividade da conduta, uma vez que afronta as referidas garantias constitucionais.

Imperiosa se faz, a intervenção judicial nesses contratos, sempre que for verificada a existência de cláusulas que infrinjam dos direitos subjetivos do paciente, capazes de

colocá-lo em exagerada desvantagem ou em situação de vulnerabilidade, como se verifica nos casos da exclusão do tratamento de inseminação artificial, devendo agir, como anteriormente dito, interpretando minimamente a norma-regra e aplicando os princípios constitucionais como normas para se atingir a justiça.

Destaque-se que, o plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não o tipo de tratamento que está alcançado para a respectiva cura, não podendo o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento, como é o caso da fertilização *in vitro*.

Hodiernamente, as relações de consumo formadas entre consumidores e os planos de saúde têm se tornado cada vez mais conturbadas, isto porque diversos serviços são negados pelas seguradoras sob o argumento de que não há previsão contratual para a cobertura do serviço solicitado, ou sob a alegação de que há expressa previsão legal excluindo tal cobertura.

São abusos diários cometidos pelas operadoras dos planos de saúde que aproveitam a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor para lhes impor um contrato engessado, visando unicamente o mercado lucrativo e os seus interesses privatistas.

É bem verdade que, no caso do tratamento de inseminação artificial é expressa a vedação legal quanto a sua cobertura, porém, o que se busca no presente trabalho é a compreensão de que este dispositivo legal que prevê a referida vedação é incompatível com a Constituição Federal de 1988 e as suas garantias incansavelmente mencionadas no bojo deste trabalho. Com isso, tendo em vista tal incompatibilidade, é preciso compreender que qualquer contrato que tome como base este dispositivo incompatível deverá ser considerado abusivo.

Cláudia Lima Marques (2011, p. 1010), ao tratar da exclusão de determinadas doenças da cobertura do seguro ou plano, explica que o primeiro grupo de cláusulas limitativas dos direitos contratuais dos consumidores identificadas como abusivas pela jurisprudência pátria foi o que visa excluir do âmbito da relação contratual a cobertura do tratamento de determinadas doenças denominadas genericamente de “crônicas”.

Insta frisar que, a endometriose, por exemplo, é uma doença considerada crônica e traz consigo a impossibilidade da mulher poder conceber um filho pelo método natural, sendo a técnica de reprodução assistida o tratamento para a referida doença.

O Superior Tribunal de Justiça na Ementa do REsp 418.572/SP da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão da Quarta Turma foi claro ao ensinar que “a operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado”.

Isto porque, como anteriormente exposto, o princípio da boa-fé objetiva cerca os contratos firmados entre operadoras de planos de saúde e beneficiários, haja vista este ser um contrato consumerista.

Tendo em vista o posicionamento deste estudo, que também entende pela abusividade dos contratos de planos de saúde que dispõe da cláusula de vedação do tratamento de inseminação artificial, pois, como já exposto, baseia-se em um dispositivo legal incompatível com a Constituição Federal de 1988, faz-se mister expor que os contratos impostos pelas operadoras de planos de saúde são conhecidos como contrato de adesão, ou seja, no caso de haver tal abusividade no bojo deste, o consumidor apenas tem a opção de aceita-lo por inteiro ou recusa-lo por inteiro.

Em decorrência disto, as relações jurídicas que vêm surgindo dos contratos entre consumidores e planos de saúde estão sendo bastante conturbadas, uma vez que os planos impõem um contrato de adesão que de plano já torna a relação desequilibrada e cheia de óbices para a prestação do serviço.

Da interpretação literal do art. 54, *caput* do CDC²⁴, extrai-se o conceito do contrato de adesão, sendo “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”.

De acordo com Nelson Nery Junior (2011, p.530):

²⁴“CDC. 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”.

O contrato de adesão não é categoria contratual autônoma nem tipo contratual, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria de contrato sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do mesmo, exigência das economias de escala.

Entretanto, é valioso ressaltar que o contrato de adesão pode representar um perigo ao direito do consumidor, uma vez que é comumente utilizado pelos fornecedores, fazendo com que, por vezes, não reste opção ao consumidor, se não a de assinar o mencionado contrato, caso o contrário acabará sem conseguir o serviço ou produto.

Para afastar tal problema, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, IV²⁵, trouxe um dos direitos básicos do consumidor, qual seja a proteção contra as cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços.

Nelson Nery Junior (2011, p.535) afirma que a proteção contra cláusulas abusivas é um dos mais importantes instrumentos de proteção do consumidor, importância que se avulta em razão da multiplicação dos contratos de adesão, concluídos com base nas cláusulas gerais.

Nessa mesma linha jurídica, João Batista de Almeida (2009, p.143) informa que as vedações das cláusulas contratuais abusivas constituem normas de ordem pública, ou seja, não há possibilidade de disposição por ele.

Toda essa proteção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor visa equilibrar o contrato firmado entre consumidor e fornecedor, uma vez que o contrato sempre favoreceu este por ser a parte mais forte na relação de consumo.

Contudo, é sabido que, apesar de toda a proteção prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, ainda há abusos e lesões à parte vulnerável (consumidor), haja vista a negativa de cobertura da técnica de inseminação artificial àquele consumidor que sofre com o problema de infertilidade e que conseqüentemente não pode conceber um filho, sob a alegação de obediência às cláusulas do contrato.

O contrato de plano de saúde é um contrato de massa, pois, como é sabido, é considerado de larga escala, ou seja, são firmados inúmeros contratos diariamente, o que por conseqüência exige uma padronização do mesmo para que haja maior agilidade na hora da contratação.

²⁵ CDC. Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

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;

É também um contrato de adesão, uma vez que se trata de um contrato de massa, do qual há vultuosa demanda que acarreta o engessamento das cláusulas contratuais, sempre prevalecendo a vontade dos planos de saúde sobre a do consumidor.

Ainda pode ser considerado como um contrato cativo de longa duração. Segundo Aurisvaldo Sampaio (2010, p.245):

A elaboração da teoria dos contratos cativos de longa duração coube, no Brasil, a Cláudia Lima Marques, que utiliza a expressão para designar aqueles vínculos contratuais gerados pelo método de contratação de massa, objetivando o fornecimento de serviços de extrema relevância, prestados apenas por um fornecedor ou por uma cadeia de fornecedores solidários, com a criação de relações jurídicas complexas de longa duração, originando uma condição de dependência, ou catividade, do consumidor.

Tendo em vista todas essas características dos contratos de planos de saúde, pode-se perceber que as operadoras desses serviços têm em seu domínio o poder de estabelecer cláusulas ao seu bel prazer, de forma que fique mais favorável para si e mais oneroso para o segurado, ora consumidor.

A situação torna-se ainda mais crítica ao saber que por trás destes contratos abusivos, há um dispositivo legal, no qual o presente trabalho considera incompatível com a Constituição Federal de 1988, que autoriza e estimula este tipo de comportamento das operadoras de planos de saúde, ora fornecedoras.

Constatada a abusividade das operadoras de planos de saúde contra o segurado, negando-lhe cobertura de um tratamento de saúde necessário, comprovado por mediante de exames e laudo médico, assiste a este (segundo entende o presente estudo) o direito de acionar a máquina judiciária para ter seus direitos resguardados, obrigando o autor da abusividade a arcar com todo o procedimento médico.

É necessário entender que no contrato de seguro ou plano de saúde, o que o fornecedor propõe é a garantia de cobertura para os eventos adversos à saúde, e quando assim dispõe, fica vinculado a esta oferta, por força da lei, ao apresentá-la ao consumidor.

Assim sendo, a cláusula contratual que veda o procedimento de reprodução assistida, no particular a inseminação artificial, contraria as normas constitucionais expostas no trabalho.

Nesse diapasão, entende-se que, o sonho de muitos casais ao constituírem uma família é o de poder conceber um filho. Entretanto, isso nem sempre é possível, haja vista que a infertilidade – considerada como problema de saúde pelo Conselho Federal de Medicina – pode afetar um dos parceiros da relação.

É imperioso ressaltar que, não se trata apenas de uma pura e simples vontade do indivíduo de conceber um filho para aumentar a sua prole, mas sim de uma realidade de que grande parte das pessoas vê na geração de filhos o verdadeiro sentido da sua vida, algo que as completa e dá sentido à sua existência. A evolução as programou para isto, o que resulta na importância que atribuem à preservação do seu patrimônio genético, por intermédio dos descendentes (SAMPAIO, 2010, p. 284-285).

Assim sendo, a cláusula contratual que veda o procedimento de reprodução assistida, no particular a “*Fertilização in Vitro*”, contraria as normas constitucionais (CF/88, art.5.º, *caput*, e art.196 c/c art.199) e do CDC (art. 6.º, inciso I), frustrando a contraprestação dos serviços médicos hospitalares e a indisponibilidade do objeto do pacto jurídico, qual seja o direito à saúde e ao planejamento familiar.

Nessa toada, considera-se plenamente aceitável a rediscussão das mencionadas cláusulas, e o reconhecimento de sua abusividade quando estas prejudicarem o equilíbrio contratual, deixando de lado a função social do contrato.

Desta forma, ainda que haja qualquer restrição, a cláusula deve ser declarada nula de pleno direito, isto porque estaria colocando o consumidor em nítida desvantagem, além de ferir os princípios da boa-fé e do equilíbrio que regem os contratos e as relações de consumo, nos exatos moldes do art. 51, § 1º, I e II do Código de Defesa do Consumidor.

Além do contrato de adesão, a grande justificativa das operadoras de planos de saúde em não cobrirem a técnica de inseminação artificial, mesmo nos casos de comprovada infertilidade, é a lei 9656/98 que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Conforme insistentemente defendido no presente trabalho, é direito da pessoa humana, resguardado pela Constituição pátria, o de planejar a sua estrutura familiar, a partir do direito à procriação, sendo deste a decisão e cabendo ao Estado e ao ente privado respeitar e proporcionar os meios para a execução desse direito, e não

o contrário como acontece no caso do artigo de exclusão do tratamento de inseminação artificial e dos contratos de adesão que reforçam tal ideia.

A expressa previsão trazida pelo art. 10, III, da Lei nº 9.656/98 de exclusão da cobertura assistencial da inseminação artificial, configura um extremo desrespeito a todo o ordenamento jurídico brasileiro que veio em constante evolução por todos esses anos de história, visando sempre a proteção do indivíduo, garantindo ao mesmo diversos direitos e garantias fundamentais.

Discute-se a contradição que surge no momento em que as operadoras de planos de saúde, criadas para garantir e facilitar o acesso dos seus segurados a um sistema de saúde eficiente, passa a criar obstáculos, inclusive com o auxílio de uma lei, para cobrir um procedimento utilizado em tratamento de saúde.

Ainda é possível extrair do Código Civil brasileiro o princípio da função social do contrato, nos termos dos seus arts. 421, 422, 423 e 480²⁶.

Muito ainda há que se discutir a respeito, inclusive sobre a possibilidade de um controle de constitucionalidade, tendo em vista que o art. 10, III, da Lei 9656/98, traz uma clara violação aos preceitos constitucionais, sendo o controle uma maneira de fiscalização das leis para que estejam em acordo com a Constituição brasileira (CUNHA JÚNIOR, 2014).

Cediço é que uma Lei infraconstitucional não pode se sobrepor ao que dispõe a Carta Magna, que prevê em seu bojo as garantias fundamentais ao indivíduo enquanto pessoa humana, inclusive quando se coloca na posição de consumidor vulnerável em meio a uma selva repleta de fornecedores que visam apenas o interesse privado para expandir cada vez mais os seus lucros.

Ademais, considera-se importante mencionar que o tratamento de inseminação artificial é um procedimento que requer alto investimento do interessado, bem como é plenamente possível que ocorram tentativas frustradas, ou seja, trata-se de uma

²⁶CC/2002. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

técnica na qual o interessado arca com altos valores, porém não há certeza se a fecundação será bem sucedida.

Tendo em vista isto, apesar do entendimento de que as operadoras de planos de saúde devem cobrir o tratamento de inseminação artificial dos seus beneficiários, em atenção ao princípio da continuidade da atividade empresarial, bem como para evitar um desequilíbrio financeiro do plano de saúde e a fim de que seja respeitado o equilíbrio contratual, – tão defendido neste trabalho – entende-se também que a quantidade de tentativas deve ser limitada.

Não se sabe ao certo quantas tentativas seriam ideais para que fosse considerado justo, porém recentemente foi editada a Súmula 02/2016, publicada no diário n. 1634 de 28 de março de 2016, aprovada por unanimidade pelas Turmas Recursais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que além de confirmar a tese defendida no presente trabalho, ou seja, obrigar que os planos de saúde cubram o tratamento de inseminação artificial, ainda limitou em 02 (duas) tentativas:

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).

Ademais, entende-se necessário que o beneficiário comprove o seu problema de infertilidade através de laudo médico, a fim de evitar a má-fé e conseqüentemente não onerar excessivamente o fornecedor, afinal este também cumpre uma função social e tem extrema importância para a economia mundial.

É possível notar, a partir das pesquisas nos sites dos tribunais pátrios, que o entendimento jurisprudencial vem mudando, haja vista que os operadores do direito estão mais conscientes em relação ao tema, entendendo que a infertilidade, em verdade, deve ser tratada com problema de saúde e que a vedação legal diposta no art. 10, III da Lei n. 9.656/98 viola as garantias constitucionais mencionadas neste estudo, sendo, portanto, legítimo a exigência da cobertura do tratamento de inseminação artificial por operadoras de planos de saúde.

“DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO INOMINADO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. POSSIBILIDADE. EVOLUÇÃO CIENTÍFICO-TERAPÊUTICA QUE DEVE SER CONTEMPLADA EM FACE DOS GATILHOS ATUARIAIS A GARANTIR O EQUILÍBRIO ECONÔMICOFINANCEIRO DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ACESSO À SAÚDE, DIREITO FUNDAMENTAL, NEGOCIADA PELA REDE PRIVADA DENTRO DOS LIMITES DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS CIVIS E SUBJETIVOS.

LÓGICA EM FAVOR DA FERTILIZAÇÃO COMO PLANEJAMENTO FAMILIAR. ABRANGÊNCIA DA PROTEÇÃO AO DIREITO À PERSONALIDADE E À CONSTITUIÇÃO DE UMA FAMÍLIA. LAÇOS AFETIVOS COMO FUNDAMENTO DA PARENTABILIDADE RESPONSÁVEL.

1. A imperfeição da LPS foi, agora, corrigida pela Lei 11.935, de 11 de maio de 2009 -artigo 35-C, inciso III, que prevê cobertura para o planejamento familiar. Não há como comportar outra interpretação, que não a do acesso generalizado a todos os métodos científicos, tanto para mulheres, quanto para homens, desde que livre e amplamente conhecidas suas vantagens e riscos, e por eles formalmente consentidos, o que ficou definitivamente assegurado no Direito Brasileiro, pelo princípio da supremacia do direito à vida.

2. A fertilização *in vitro* é procedimento, é método científico de tratamento da infertilidade. Não pode, todavia, ser tratado como instrumento de outras curas, eis que o objetivo de suas técnicas visa à criação do ser e da personalidade humana, sob pena de ser coisificada a vida humana. A manobra processual de utilização da cura da endometriose através da fertilização *in vitro* é de uma incoerência espantosa e tem gerado o indeferimento do procedimento.

3. A evolução dogmática do contrato passa de tráfego jurídico-econômico à efetivação de direitos fundamentais.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Recurso Inominado n. 03220100278160. Segunda Turma Recursal. Relatora: Juíza Nícia Olga Andrade de Souza Dantas. Julgado em 25 nov. 2011)".

Demonstra-se, portanto, a imperfeição que a vedação trazida pelo art. 10, III da Lei 9.656/98 impõe, uma vez que o seu art. 35-C foi alterado pela Lei n. 11.935/09, obrigando a concessão de cobertura aos casos que envolvam o planejamento familiar, o que, sem dúvidas, aplica-se aos casos de infertilidade discutidos no presente trabalho.

Ademais, é possível concluir pela contrariedade entre o conceito do contrato de planos de saúde e a vedação em comento, uma vez que o objetivo do mencionado contrato é proporcionar a cobertura dos riscos de assistência à saúde, mediante a prestação de serviços médico-hospitalares. Sendo assim, é no mínimo contraditório que um contrato criado para esta finalidade tenha uma lei que viole a cobertura de um tratamento de saúde.

O presente trabalho defende a obrigação de fazer das operadoras de planos de saúde quanto à cobertura do tratamento de inseminação artificial, uma vez que, como demonstrado por diversas vezes, trata-se de um problema de saúde, sendo assim abrangido pela atividade fim da assistência privada à saúde, bem como é direito de todo e qualquer ser humano o de poder gerar filhos, haja vista fazer parte da própria natureza humana, não cabendo aos planos de saúde ou ao Estado diligenciarem, arbitrariamente, os tratamentos passíveis, ou não, de cobertura.

Contudo, em atenção ao princípio da continuidade empresarial, uma vez que, defende-se neste trabalho o equilíbrio da relação entre operadoras e beneficiários, entende-se, limitar a quantidade de tentativas de inseminação, bem como se faz necessário que o beneficiário interessado no tratamento comprove, por meio de atestados médicos, a necessidade real da realização deste para que haja a solução do problema em comento.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou esclarecer a discussão existente em torno da expressa vedação da cobertura do tratamento de inseminação artificial pelas operadoras de planos de saúde, disposta no artigo 10, III da Lei n. 9.656/98, bem como a repercussão que esta causa nos contratos entre operadoras de planos de saúde e consumidores. Diante de todo o exposto e partir da análise do referido problema, conclui-se que:

I) A relação entre operadoras de planos de saúde e os seus beneficiários deve ser resguardada pelo Código de Defesa do Consumidor, posto que aquelas se enquadram no conceito de fornecedor presente no art. 3º do referido código, fornecendo serviços de assistência privada à saúde, bem como estes figuram como consumidores, conceituado no art. 2º da mesma legislação.

II) Tendo em vista que a supracitada relação é consumerista, os princípios gerais do direito do consumidor (vulnerabilidade, solidariedade, boa-fé objetiva e equilíbrio) devem incidir diretamente como forma de equilibrar o negócio jurídico firmado entre as partes.

III) O Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos de planos de saúde, a fim de combater e proteger os consumidores das cláusulas abusivas que venham a ser estipuladas no contrato, havendo para isso a proteção pré-contratual, contratual e pós contratual.

IV) Na concepção clássica o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade que tem como objetivo a criação, modificação e a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial, devendo, portanto, serem observados os princípios da autonomia das vontades e do *pacta sunt servanda*. A partir disso, restou configurado o conceito de contrato de plano de saúde como sendo aquele por meio do qual a operadora obriga-se a proporcionar a cobertura dos riscos de assistência à saúde, mediante uma contraprestação pecuniária do consumidor.

V) O contrato de plano de saúde caracteriza-se por ser um contrato formal, oneroso, aleatório, de massa e, por fim, de adesão, o que fortalece a imposição das cláusulas estipuladas pelos planos de saúde aos consumidores.

VI) A infertilidade é reconhecido como um problema de saúde pelo Conselho Federal de Medicina, sendo a inseminação artificial o tratamento adequado para solucionar o referido problema, mediante a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais de cópula.

VII) O direito ao livre planejamento familiar é um direito básico de qualquer ser humano, permitindo a este a possibilidade de decidir sobre a sua organização familiar e de garantir uma medicina preventiva ao homem moderno dentro do seu contexto de saúde.

VIII) O princípio da dignidade da pessoa humana é uma condição inerente ao ser humano, sendo um direito fundamental basilar do Estado Democrático de Direito brasileiro a ser aplicado como uma espécie de norma orientadora quando houver necessidade da aplicação do direito no caso concreto.

IX) A procriação é um fator biológico e inerente do ser humano, sendo assim o direito à procriação tem como base a sistemática constitucional, uma vez que se relaciona com a livre decisão dos indivíduos em constituir filiação tendo como base os seus respectivos desejos pessoais.

X) A saúde é um mais do que não estar doente. A saúde é um estado completo de bem-estar físico, social e mental. A todos é garantido este direito, encontrando-se disposto no rol das cláusulas pétreas.

XI) As operadoras de planos de saúde atuam prestando assistência privada à saúde e que a referida assistência, prevista expressamente no art. 199 da Constituição Federal se dá devido à incapacidade do Estado em prover uma saúde de qualidade para a sociedade.

XII) A exclusão da cobertura do tratamento de inseminação artificial está expressamente descrita no art. 10, III da Lei n. 9.656/98. Esta lei dispõe sobre a regulamentação das atividades dos planos privados em saúde, visando estabelecer os parâmetros adequados para a aplicação nos contratos firmados entre operadoras de planos de saúde e os consumidores.

XIII) Os princípios e regras são normas que devem conviver em perfeita harmonia dentro do ordenamento jurídico, não cabendo ao legislador ou ao privado o direito de afastar um deles sem que haja uma fundamentação plausível. Sendo assim, a

decisão judicial pode interpretar minimamente o texto judicial, decidindo “*contra legem*” e aplicando os princípios como forma de se atingir a justiça pretendida.

XIV) Diante da injusta vedação legal imposta pelo art. 10, III da Lei n. 9.656/98, uma vez que esta é incompatível com o que preceitua a Constituição Federal de 1988, é necessário que se apliquem os princípios e garantias constitucionais mencionadas diversas vezes ao longo deste estudo para sobrepor a referida vedação legal.

XV) Apesar da expressa vedação legal, entende-se que o consumidor tem direito à cobertura do tratamento de inseminação artificial arcada pelas operadoras de planos de saúde, em respeito aos princípios e garantias constitucionais e ao direito do consumidor. Ademais, a própria Lei n. 11.935/2009, que alterou o art. 36 – C da Lei nº 9.656/1998, e incluiu ao mencionado dispositivo o inciso III, não permite que sejam criados embaraços ou que seja negado o cumprimento do contrato sob o fundamento de falta de previsão contratual, determinando a obrigatoriedade do atendimento nos casos de planejamento familiar. Entretanto, faz-se necessário, em razão do equilíbrio da relação jurídica, bem como do equilíbrio financeiro da empresa para haja regular continuidade das suas atividades, que haja limitação da quantidade de tentativas e que o interessado/beneficiário comprove, através de laudo médico, a necessidade do tratamento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

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**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2816.pdf> Acesso em: 23 abr. 2016.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo; MOTA, Marlton Fontes. Contrato e responsabilidade nos planos de saúde. **Revista Visão Jurídica**. n. 45, Ed. Escala, 2010.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Limites éticos e jurídicos às práticas seletivas em procriação humana proporcionadas pelos diagnósticos preditivos pré-conceptivos e embrionários**. Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

_____. **Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos**. Salvador: JusPodivm, 2014.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação Civil Coletiva nº 00683363420068050001. 18ª Vara das Relações de Consumo. Juíza: Patrícia Didier de Moraes Pereira. Disponível em: <http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01Z061GQ80000&processo.foro=1> > Acesso em: 07 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Súmulas Aprovadas pelas Turmas Recursais. Diário n. 1634. Publicado em: 28 de mar. de 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=>> Acesso em: 07 maio 2016

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Um estudo sobre o direito ao planejamento familiar. **Revista Digital do Instituto dos Advogados Brasileiros**. a. II, n. 8, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3814.pdf>> Acesso em: 01 maio 2016.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. **Curso de Filosofia do Direito**. 7 ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452.htm>. Acesso em: 27 mar. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa**. Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2015

_____. **Lei nº 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 24 nov. 2015.

_____. **Lei nº 9.656 de 3 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 732.226**. Brasília-DF, Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 05 mar. 2013. Decisão Monocrática. Divulgado em: 07 mar. 2013. Publicado em: 08 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoRecurso.asp?incidente=4357711>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 418572 – Proc. 2002/0025515-0. Recorrente: Ignácio Waligora – Espólio. Recorrido: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA. e outro. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Dje 13 set. 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4846782&num_registro=200200255150&data=20090330&tipo=5&formato=P>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. 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. 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 12, out./dez. 2002. Rio de Janeiro: ed. Padma.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Relações de consumo na perspectiva do princípio da solidariedade social: a função solidária dos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 99. Ano 24. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2014.

COSTA, Judith Martins. **A Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional** / Judith Martins-Costa. – I. ed., 2 tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

CUNHA JÚNOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 7 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.

DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. v. I. 10 ed. rev. ampl. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. rev. aum. atual. São Paulo. Ed. Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 6: Famílias**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

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

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Horizonte. Ed. Del Rey, 2002.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre. Ed. Sete Mares, 1991.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. v. I. 10 ed. rev. ampl. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: Ed. JusPodivm. 2008.

_____. **Curso de introdução ao estudo do direito**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2009.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. vol I. 10 ed. rev. ampl. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “In Vitro” da Bioética ao Biodireito**. 3 ed. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2008.

LEITE, Roberto Basilone. **Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed LTr. 2002

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2011.

_____. **Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial: Arts. 1.591 a 1.693**. Vol. 16. São Paulo. Ed. Atlas S.A., 2003.

MACHADO, José Augusto de Abreu. **Direitos da personalidade e inseminação artificial**. Revista dos Tribunais. v. 535. a. 69. maio 1980.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo. Ed. Atlas S.A., 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo

MARX, Karl. **Karl Marx: sociologia**. In: FERNANDES, Florestan (Coord.); IANNI, Octavio (Org.). Trad. Maria Elisa Mascarenhas, Ione de Andrade e Fausto N. Pellegrini. São Paulo: Ática, 1979.

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

MEIRELLES, Ana Thereza. **Liberdade reprodutiva e práticas eugênicas: Parâmetros éticos e normativos para a tutela do patrimônio genético humano**. Teses da Faculdade Baiana de Direito. v. 4. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. vol. I. 10 ed. rev. ampl. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em: 25 de abril de 2016.0

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 Serra. Planos de saúde: aspectos jurídicos fundamentais. **Temas aprofundados defensoria pública**. v. 02. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15 ed, rev. e atual. São Paulo. Ed. Saraiva, 2015.

PLATAFORMA DE CAIRU. **Relatório da conferência internacional sobre população e desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>> Acesso em: 07 maio 2016.

REIS, Ilton César Silva dos. **O Planejamento Familiar deve ser um Filtro Inicial e Eficaz para Política Criminal – Movimento da Nova Defesa Social**.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; Naves Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2 ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2011.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **Contratos de Plano de Saúde**. v.40. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **Cadernos da Amatra IV**. n. 15, jun. 2011. Porto Alegre: ed. HS Ltda.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6 ed. atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da Silva. **Lei dos planos de saúde**. Salvador: ed. JusPodivm, 2010.

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**. v. 04, jul./dez. Salvador, 2009.

SOUZA, David Silva de. **Biotecnologia e Conduta Humana**. Disponível em: <http://www.esdm.com.br/include%5CdownloadSA.asp?file=downloads%5CARTIGO%20SEMIN%C1RIO%20POA_652011151428.pdf> Acesso em: 23 abr. 2016.

SOUZA, Fernanda Maria Costa de. Inseminação Artificial Heteróloga: Implicações Bioéticas e Jurídicas. **Revista Brasileira de Ciências da Saúde**. v. 16, n. 3, 2012. Disponível em: <periodicos.ufpb.br/index.php/rbcs/article/download/12729/7884>. Acesso em: 15 mar. 2016.

SURYAN, Jaqueline. Planos de saúde e o biodireito constitucional: procedimentos biotecnológicos e planos privados de assistência médica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. a. 21, v.85. out./dez. 2013, Ed. Revista dos Tribunais.

TARTUCE, Flávio. Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2 ed. São Paulo. Ed. Método, 2007.

_____. **Direito civil, v. 3:** teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense – São Paulo: Ed. Método, 2015.

UNESCO. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>> Acesso em: 23 abr. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 3 ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2013.

ZANELATO, Marco Antonio. **Boa-fé objetiva:** formas de expressão e aplicações. Revista de Direito do Consumidor. Vol 100. Ano 24. São Paulo: Ed. RT, jul-ago. 2015.