



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALINE AZEVEDO MEDEIROS

**A OBRIGATORIEDADE NA COBERTURA DO
TRATAMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL NOS
CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE BRASILEIROS**

Salvador - Bahia

2018

ALINE AZEVEDO MEDEIROS

**A OBRIGATORIEDADE NA COBERTURA DO TRATAMENTO DE
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE
BRASILEIROS**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientação: Prof. Dr. Técio Spínola Gomes

Salvador - Bahia
2018

**A OBRIGATORIEDADE NA COBERTURA DO TRATAMENTO DE
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE
BRASILEIROS**

A presente monografia foi aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito no curso de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Salvador/BA, ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Técio Spínola Gomes – Orientador _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo

Tagore Trajano de Almeida Silva _____

Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Doutorado em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Emanuel Lins Freire Vasconcellos _____

Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Doutorado em andamento em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Dedico esta monografia a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a elaboração deste trabalho e para a concretização desta etapa tão sonhada e importante na minha vida, especialmente, à meus amados pais, à meu querido irmão, ao meu namorado, aos meus estimados amigos, e ao meu admirável orientador.

Meu muito obrigada!

*Se as coisas são inatingíveis... Ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!*
(Mário Quintana)

AGRADECIMENTOS

GRATIDÃO. Esta é a palavra que define o meu sentimento em formar na tão sonhado Universidade Federal da Bahia! A reta final da graduação não foi fácil, 9 horas de jornada de trabalho, aula à noite, prova, OAB, casa para cuidar, irmão para levar ao colégio, o tão temido TCC para elaborar... ufa! Todavia, apesar de todos os percalços da vida “Eu consegui”! Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por todas as conquistas alcançadas durante a minha vida, a meus pais, Regina e Abdenaldo, por todo incentivo, dedicação e trabalho; ao meu irmão por toda amizade e carinho; a minhas avós, Eulina e Ana, por toda fé e orações feitas; aos meus amigos por todo afeto; aos meus tios e primos por todo zelo. Enfim, Muito obrigada a todos os envolvidos nesta trajetória de lutas e conquistas, sem vocês a caminhada não teria sido a mesma!

MEDEIROS, Aline Azevedo. *A obrigatoriedade na cobertura do tratamento de inseminação artificial nos contratos de planos de saúde brasileiros*. 71 fl. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador/BA, 2018.

RESUMO

A infertilidade é reconhecida pela Organização Mundial de Saúde como uma doença do sistema reprodutivo. Estima-se que somente no Brasil exista aproximadamente 278 mil casais inférteis. Desta forma, os casais que não possuem condições fisiológicas para a concretização do sonho de procriar, possuem duas alternativas possíveis, a adoção de crianças ou a utilização de inseminação artificial. Os dois meios são igualmente estimados, porém, possuem cargas emocionais completamente distintas. Ocorre que, quando o casal opta pela inseminação artificial, surge o óbice econômico, visto que se trata de um tratamento de saúde extremamente caro, que acaba limitando a liberdade do casal para a concepção. Neste contexto, o presente estudo tem o escopo de analisar a obrigatoriedade na cobertura do tratamento de inseminação artificial nos contratos de planos de saúde. No que tange a abusividade das cláusulas restritivas que exclui o tratamento de inseminação artificial do rol de procedimentos obrigatórios pelas operadoras de planos de saúde. Entretanto, tal restrição como veremos é abusiva, uma vez que os planos de saúde prestam um serviço de relevância pública e a sua prestação não deverá ficar a bel prazer do mercado de consumo e da saúde financeira da empresa. O direito a procriação não se fundamenta apenas no direito à saúde, o presente trabalho mostrará que este direito se fundamenta no direito constitucional ao planejamento familiar de acordo à luz do art. 226, §7º da Constituição Federal de 1998 e da lei de planejamento familiar que foi criada para a efetivação deste direito. Outro ponto que merece destaque é a inclusão do inciso III, art. 35 - C, na Lei nº 9.656/98, que obrigou as operadoras de planos de saúde custear os tratamentos de inseminação artificial quando se tratar de situações envolvendo o planejamento familiar. Todavia, a ANS editou a resolução normativa nº 428/2017, na qual foi ratificada a exclusão da cobertura do tratamento de inseminação artificial até mesmo para os casos de planejamento familiar.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO À SAÚDE. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. PLANOS DE SAÚDE. PLANEJAMENTO FAMILIAR. BOA-FÉ. FUNÇÃO SOCIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR.

MEDEIROS, Aline Azevedo. *A obrigatoriedade na cobertura do tratamento de inseminação artificial nos contratos de planos de saúde brasileiros*. 71 fl. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador/BA, 2018.

ABSTRACT

Infertility is recognized by the World Health Organization as a disease of the reproductive system. It is estimated that in Brazil there are approximately 278 thousand infertile couples. In this way, couples who do not have physiological conditions to realize the dream of procreation have two possible alternatives, the adoption of children or the use of artificial insemination. The two options are equally esteemed, but they have completely different emotional charges. It happens that, when a couple prefers artificial insemination, the economic obstacle arises, since it is an extremely expensive health treatment, which ends up limiting the couple's freedom to conception. In this context, this study has the scope to analyze the health insurance's obligation to cover the treatment of artificial insemination. Regarding the abusiveness of the restrictive clauses that exclude the treatment of artificial insemination of the list of mandatory procedures by the health plan operators. However, such a restriction as we will see is abusive, once health insurance provides a service of public relevance and its provision should not be at the mercy of the consumer market and the financial health of the company. The right to procreation is not based only on the right to health, the present work will show that this right is based on the constitutional right to family planning according to the light of art. 226, §7 of the Federal Constitution of 1998 and the law of family planning that was created for the realization of this right. Another point worth mentioning is the inclusion of subsection III, art. 35 - C, in Law No. 9,656 / 98, which obliged health plan operators to pay for artificial insemination treatments when dealing with situations involving family planning. However, ANS has issued normative resolution No. 428/2017, which ratified the exclusion of artificial insemination treatment coverage even for family planning cases.

KEY WORDS: RIGHT TO HEALTH. ARTIFICIAL INSEMINATION. HEALTH INSURANCE. FAMILY PLANNING. GOOD FAITH. SOCIAL ROLE. CONSUMER LAW.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

Art. – Artigo

CC/2002 - Código Civil Brasileiro de 2002

CDC/1990 – Código de Defesa do Consumidor de 1990

CRFB/1988 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

FIV – Fertilização in vitro

IA - Inseminação Artificial

LPS – Lei de planos de saúde

OMS – Organização Mundial de Saúde

RN – Resolução Normativa

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 A FERTILIDADE COMO QUESTÃO DE SAÚDE

2.1 Delimitação conceitual de saúde

2.2 A infertilidade e o desejo de procriar

2.3 O direito de ter filhos

2.4 A constituição federal de 1998 e o direito ao planejamento familiar

2.5 Conceito e características da inseminação artificial

3 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE NA PERSPECTIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

3.1 Concepção clássica dos contratos

3.2 Características dos contratos de planos de saúde

3.3 Aplicação dos princípios do Direito do Consumidor aos contratos de plano de saúde

3.4 Lei nº 9.656/1998 e a exclusão da cobertura do tratamento de inseminação artificial pelas operadoras de planos de saúde

3.5 Decisões judiciais sobre o tema

4 A OBRIGATORIEDADE DA COBERTURA DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE BRASILEIROS

4.1 Cláusula geral da boa fé objetiva

4.2 Função social do contrato

5 CONCLUSÃO

1 Introdução

A infertilidade é reconhecida pela Organização Mundial de Saúde como uma doença do sistema reprodutivo. Estima-se que somente no Brasil existam aproximadamente 278 mil casais inférteis. Desta forma, os casais que não possuem condições fisiológicas para a concretização do sonho de procriar, possuem duas alternativas possíveis, a adoção de crianças ou a utilização de técnicas de reprodução humanada, como por exemplo, a inseminação artificial. Todavia, trata-se de um procedimento extremamente caro com valores entre R\$ 3.000,00 a R\$ 16.500,00 reais por tentativa. E devido a estes elevados valores, e dentimento da saúde financeira das operadoras de planos de saúde, este tratamento é negado pela operadora com fulcro no rol de exclusão de procedimentos instituído pela Lei de planos de saúde, Lei nº 9.656/98, e na Resolução Normativa da ANS nº 428/2017.

Entretanto, esta lei possui diversos óbices dentro do ordenamento jurídico. Sendo eles a Carta Magna, que preconiza o direito constitucional à saúde como um direito de caráter fundamental, as normas de defesa dos consumidores que protegem a parte vulnerável da relação consumerista, neste caso, o usuário de plano de saúde, e há, ainda, o direito constitucional ao planejamento familiar, que se manifesta como a liberdade do indivíduo em determinar o tamanho de sua prole e o espaçamento entre as gestações. Neste contexto, o presente trabalho irá demonstrar que a melhor solução para o equilíbrio contratual e para a efetivação dos princípios constitucionais bem como, a proteção do consumidor vulnerável.

Além disso, os julgados colacionados no presente tese, demonstrará que os magistrados de primeiro piso, vem concedendo a cobertura do tratamento de inseminação artificial, e de outras técnicas de reprodução humana para os casais inférteis. As decisões não se fundamentam apenas no direito constitucional e fundamental à saúde, os julgados demonstram a preocupação como o equilíbrio contratual, em prol do consumidor vulnerável e da sociedade.

A questão principal deste trabalho encontra-se na exclusão abusiva pelas operadoras de planos de saúde do custeio de técnicas de reprodução humana assistida para os casais inférteis. Ocorre que os contratos de planos de saúde tem como objeto a prestação de um direito fundamental e social, reconhecido como um

serviço de utilidade pública. Este princípio incide nas relações contratuais de planos de saúde como uma forma de se evitar a total mercantilização do direito à saúde, o que tornaria impossível a concretização do acesso efetivo e adequado à um direito tão importante e basilar.

E devido a estas características, as operadoras de planos de saúde deveriam prestar serviços como o mínimo de qualidade possível ao usuários. A exclusão do tratamento de inserminação artificial, pela lei de planos de saúde demonstra que apesar de todo o envolvimento dos defensores do direito do consumidor na elaboração da dita lei, o que prevaleceu foi o poder econômico das grandes empresas.

A incapacidade em conceber descendentes genéticos, é reconhecido pela Organização Mundial de Saúde, como uma doença do sistema reprodutivo, que pode causar no casal infértil sérios problemas psíquicos, afastando-os da definição completa de saúde, como estado completo de bem-estar mental. Desta forma, a negativa do custeio da inseminação artificial pelas operadoras de planos de saúde, demonstra que não há o acesso efetivo e adequado à um direito tão importante. Como veremos, há casos de infertilidade que apenas as técnicas de reprodução humana assistidas permitirão a concretização do direito à concepção e à descendência. Logo, se é dever das operadoras de planos de saúde a prestação de serviços à saúde de forma efetiva, não é razoável a negativa da custeio da inseminação aretifical, para os casais inférteis que não possuam outro meio viável e indicado pela medicina contemporânea para a concepção e a efetivação do direito de ter filhos.

Outro ponto relevante tratado no trabalho é a nova realidade contratual do Brasil e do mundo. A globalização e as relações de consumo massificadas, mudaram as estruturas jurídicas de um contrato. Os contratos não são em sua grande maioria, elaborado a partir da vontade das duas partes, os contratos atualmente, são elaborados e estabelecidos pelo fornecedor, cabendo apenas ao consumidor a liberdade de subscrever ao contrato ou não. A autonomia da vontade se limita apenas a vontade e o livrio arvitrio de aderir ao contrato ou não. Desta forma, não há dúvidas que a relação contratual já nasce eivada de desequilíbrios e de abusividades perpetradas pelos fornecedores.

Os princípios gerais dos contratos são rejeitados em detrimento do

elevados lucros das empresas. Os contratos não se fundamentam na interpretação ampla do princípio da boa fé objetiva e na função social do contrato. Na qual a conduta das partes deverão ser baseadas na lealdade e confiança recíprocas.

A função social do contrato, apesar de ser um princípio jurídico de delimitação indeterminada, deve ser compreendido pela busca da equivalência material entre os contratantes da relação jurídica, em prol da sociedade e do bem comum. Logo, ao excluir a cobertura da inseminação artificial aos indivíduos inférteis, o contrato de plano de saúde não cumpre a sua função social.

Como será demonstrado, a tese do trabalho não defende o fornecimento indiscriminado das técnicas de reprodução humana assistida para todos os indivíduos que desejarem. É necessário a análise dos casos, as particularidades e possíveis alternativas economicamente mais viáveis. Uma vez que as técnicas de reprodução humana assistida possuem custos extremamente elevados e o fornecimento indiscriminado acarretaria desequilíbrio contratual e conseqüentemente tal prejuízo seria repassado aos demais consumidores com o aumento das mensalidades. Dessa maneira, seria justa e leal a cobertura da inseminação artificial aos casais inférteis que não possuem a opção para a concretização da concepção biológica e natural.

Logo, a obrigatoriedade na cobertura dos tratamentos de inseminação artificial, se daria apenas nos casos em que não há outro meio de se alcançar a efetivação do direito à saúde e ao planejamento familiar. Não é razoável que a vedação legal sobreponha a todas as garantias constitucionais envolvidas.

2 A FERTILIDADE COMO QUESTÃO DE SAÚDE

Para facilitar a compreensão do tema central deste trabalho, serão apresentados conceitos médicos sobre a infertilidade, que é tratada como uma doença do sistema reprodutivo, que tem como um recurso terapêutico a utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Todavia, conforme veremos, a incapacidade de conceber descendentes não se trata apenas de um assunto de relevância médica, possui também conotação social e jurídica, uma vez que o indivíduo tem direito constitucional à saúde, à procriação e ao planejamento familiar.

2.1 Delimitação conceitual de saúde

Etimologicamente, o vocábulo "saúde", deriva de *salus*, que em latim significa íntegro, intacto e em grego significa totalidade.¹ Já de acordo com o Dicionário Aurélio, saúde significa "1- estado do que é são; 2- robustez; vigor".² Entretanto, a definição de saúde pela Organização Mundial de Saúde (OMS) está longe de ser esta conceituação simplista e categórica.

A saúde era entendida apenas sob o aspecto biológico, sendo a mera ausência de enfermidade. Esta conceituação restritiva não abordava as questões externas, como o acesso ao saneamento básico, fornecimento de água potável e questões de ordem psíquicas, limitando-se, apenas, as questões físicas³.

Nesta esteira, com o fim da segunda guerra mundial, a definição de saúde foi reformulada, deixou de ser entendida somente pelo aspecto negativo e dicotômico entre saúde e enfermidade, passou-se, então, adotar conceituação de sentido positivo e abrangente.

Nesse passo, em julho de 1946, em Nova York, a OMS definiu o conceito de saúde por meio do preâmbulo de sua Constituição⁴. A Organização conceituou a

¹ GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde, A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016, p. 185.

² Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/saude>>. Acesso em: 12 Dec. 2017

³ GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde, A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016, p. p. 49.

⁴ Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 12. Dec.2017.

saúde como "estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade",⁵ sendo um direito fundamental de todo o ser humano, sem qualquer diferenciação de classe social, raça, crença religiosa e convicção política.⁶

A nova delimitação de saúde passou a ter contornos muito mais amplos e um tanto quanto inatingíveis⁷. A inclusão da expressão 'bem-estar', foi alvo de duras críticas, uma vez que a expressão é altamente subjetiva e não possui a "univocidade exigida pelo pensamento científico"⁸. Sendo "bem-estar" entendido como uma situação material capaz de atender e satisfazer todas e quaisquer demandas humanas. Conforme, Josiane Araújo Gomes:

Constata-se que a saúde não pode ser compreendida apenas em seu sentido biológico, por ser um fenômeno essencialmente humano, ou seja, é determinada pela infinidade de fatores que influenciam a vida de uma pessoa, seja de ordem natural – biológica, genética -; ambiental – moradia, poluição -; social – relações familiares, trabalho -; cultural e inclusive religiosa.⁹

Apesar da imprecisão na nova definição de saúde, a mudança firmou avanço no plano formal, uma vez que o caráter positivo e amplo ao que tange a definição de saúde possibilitou a adoção de políticas públicas em nível sanitário e profilático. Com a definição de saúde pela OMS, ficou nítida a responsabilidade dos governos pela saúde de seus administrados. Incumbindo as nações o dever de ampliar e aperfeiçoar o padrão de saúde da população¹⁰.

Desta forma, depreende-se que a saúde é um direito inerente a todos os cidadãos, sendo de extrema importância a sua concretização para alcançar a vida

⁵ Disponível em: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>. Acesso em: 12. Dec.2017

⁶ Ibidem, idem.

⁷ BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 37)

⁸ SÁ JÚNIOR, Luis Salvador de Miranda, Desconstruindo a definição de saúde. Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM). Jul/ago/set de 2004, pg 15-16.

⁹ GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde, A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016, p. 50

¹⁰ GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde, A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016, p. 50.

digna e plena. Portanto, consagra-se, o direito à saúde como direito fundamental, tanto no aspecto formal, como no aspecto material¹¹.

Para a Magna Carta brasileira de 1988, a saúde é um direito social, sendo dever do Estado a sua prestação, por meio de "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"¹². Nesse sentido, com o intuito de alinhar os direitos sociais e constitucionais foi promulgada a Lei nº 8.080 de 1990, que além de determinar a saúde como um direito fundamental, estipulou as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como, o funcionamento dos serviços prestados por pessoas jurídicas de direito privado¹³.

A Constituição Federal, ao firmar em seu art. 196 que a saúde é um dever do Estado, estabeleceu realização como um serviço público, sendo as ações para sua concretização considerada de extrema importância, uma vez que se refere a serviço de relevância pública¹⁴. De acordo com Antônio Ferraz e Antônio Herman Benjamin, conforme citado por Marlon Alberto Weichert, "a rotulação do serviço como de relevância pública atribuiu ao Estado 'um poder de intervenção em nível mais elevado que em relação a outros serviços prestados por particulares'"¹⁵. A determinação do serviço de saúde como de relevância pública, autoriza a normatização, regulamentação e fiscalização sobre as atividades e serviços determinados como de saúde suplementar, oferecida pelas operadoras de planos de saúde¹⁶.

Logo, a prestação dos serviços de saúde poderá ser ofertada pela iniciativa privada, todavia, por se tratar de um serviço essencial e de caráter público,

¹¹ PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). Teoria dos Direitos Humanos. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 175.

¹² Art. 196 da Constituição Federal de 1988, 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.

¹³ Lei nº 8.080. Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

¹⁴ MARTINS, Wal. Direito à Saúde: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 55.

¹⁵ WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pg. 131.

¹⁶ Idem, ibidem. p,131.

a sua prestação não ficará ao bel prazer do mercado de consumo. O Estado deverá exigir das empresas prestadoras, as condições mínimas de qualidade, habilidade e aptidão no que se refere à saúde¹⁷.

Deste modo, sendo a saúde um Direito Social e fundamental por excelência, a não concretização deste direito, pelo Estado ou pela pessoa jurídica de direito privado prestadora do serviço, é considerada uma ofensa à dignidade da pessoa humana como cidadão ou como usuário de planos de saúde suplementar. Neste contexto, Jesualdo Eduardo de Almeida Junior pondera:

Se o conceito de saúde é a superação de doenças, de deficiências e a busca do equilíbrio psicológico, a eventual privação da possibilidade de paternidade por esterilidade é, evidentemente privação da possibilidade de um estado salutar do indivíduo e uma agressão à sua dignidade.¹⁸

Desta forma, já que a infertilidade é uma doença do sistema reprodutivo, reconhecida pela OMS, inclusive com CIDS – Classificação Internacional de Doenças¹⁹ - específicos para cada tipo da doença, a forma de supera-la é por meio da modalidade terapêutica da reprodução humana assistida²⁰. Vale destacar que, por se tratar de um direito de dimensão prestacional, o casal infértil poderá invocar a concretização deste direito perante o Estado, bem como, perante as operadoras de planos de saúde. Uma vez que, os direitos fundamentais existem para serem concretizados e protegidos, caso contrário, de nada serviria a sua existência e previsão normativa.

¹⁷ WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pg. 129.

¹⁸ JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. Descendência Genética, Direitos Fundamentais e Princípios Sociais. Curitiba: Juruá, 2015, pg. 40.

¹⁹ Disponível em: <http://cid.ninsaude.com/pesquisar-por-cid/>

CID 10 – N97 – Infertilidade feminina;

CID 10 – N97.0 – Infertilidade feminina associada à anovulação;

CID 10 – N97.1 – Infertilidade feminina de origem tubária;

CID 10 – N97.2 – Infertilidade feminina de origem uterina;

CID 10 – N97.3 – Infertilidade feminina de origem cervical;

CID 10 – N97.4 – Infertilidade feminina associada à fatores do parceiro;

CID 10 – N97.8 – Infertilidade feminina de outra origem,

CID 10 – N97.9 – Infertilidade feminina não especificada;

CID 10 – N46 – Infertilidade masculina

²⁰ JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. Descendência Genética, Direitos Fundamentais e Princípios Sociais. Curitiba: Juruá, 2015, p. 41.

2.2 A infertilidade e o desejo de procriar

A infertilidade é uma patologia reconhecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como problema de saúde pública que afeta de 8% a 12% dos casais no mundo, com predomínio total de 5% nos casais em idade reprodutiva.²¹ Estima-se, que somente no Brasil há mais de 278 mil casais em idade fértil que desejam aumentar a família, porém tem dificuldades para conceber de forma natural²².

A literatura médica define a infertilidade como “doença do sistema reprodutivo definida pela falha de se obter gravidez clínica após 12 meses ou mais de coito regular desprotegido”.²³ A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, pela primeira vez definiu de forma mais específica e particularizada à percepção sobre os direitos reprodutivos²⁴. Determinou-se que as pessoas detêm a capacidade de se reproduzirem e a “liberdade para decidir se, quando e com que frequência deve fazê-lo”²⁵.

Desta forma, reconheceram-se os direitos essenciais de todos os casais a escolher de forma livre e responsável a sua prole, o intervalo destes nascimentos, a fim de que se possa atingir o mais elevado nível da saúde sexual e reprodutiva.²⁶ Neste sentido, é possível afirmar que todo o ser humano tem direito à *concepção* e a *descendência*, podendo exercê-lo por meio da concepção natural ou a partir das técnicas de reprodução humana assistida, nos casos de infertilidade do casal²⁷.

A constatação desta incapacidade de conceber e produzir descendentes constitui uma situação complexa e extremamente delicada na vida dos casais inférteis, que pode ser vivenciada pelo fracasso no projeto da maternidade e paternidade, sem falar na impossibilidade de controle na formação familiar.

A sociedade é a grade ditadora de padrões comportamentais, ela estabelece as atribuições, desempenhos, direitos e deveres dos cidadãos. Essa

²¹ SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Reprodução Humana Assistida. Um direito fundamental?. 1 ed. Curitiba: Appris, 2015, p. 138.

²² Disponível em : <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>. Acesso em: 16 dec. 2017

²³ Disponível em: http://redlara.com/aa_portugues/glossario.asp. Acesso em: 16 Dec. 2017

²⁴ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167

²⁵ SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Reprodução Humana Assistida. Um direito fundamental?. 1 ed. Curitiba: Appris, 2015, p. 180.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 168.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169, 170.

fixação de papéis humanos se estende também à relação conjugal, na qual é quase que imposta à obrigação de gerar filhos durante o matrimônio.

As alterações dentro de uma cultura e no campo da medicina acabam por alterar os padrões sociais previstos. Como o fenômeno ocorrido no final da década de 60, intitulado de “Segunda transição demográfica”. Este fenômeno foi caracterizado pela divulgação de métodos contraceptivos mais eficazes, pela dissociação do conceito de sexo de procriação da espécie, por uma maior qualificação educacional feminina e, por conseguinte, uma maior participação no mercado de trabalho. Essa série de acontecimentos resultou na denominada emancipação feminina, que trouxe como consequências o atraso no desejo reprodutivo e uma diminuição do número de filhos por casal.²⁸

Se, outrora, a gestação acontecia quase sempre no primeiro ano de matrimônio, atualmente, tal situação não ocorre devido ao referido controle de natalidade feito pelo casal²⁹. Todavia, se hoje é possível evitar a concepção de forma simples e acessível, não há na medicina, do mesmo modo, a capacidade de fecundação. A concretização do sonho da maternidade pode acontecer depois de algumas tentativas do casal, ou em alguns casos, apesar das inúmeras tentativas, ainda assim, o casal não consegue conceber.

Tal incapacidade de conceber e produzir descendência gera no casal o sentimento de fracasso, uma vez que “sua decisão de conceber, na hora mais apropriada e racionalmente calculada, coloca-se contra sua incapacidade de completar esse desejo”³⁰. A ausência do filho tão esperado rompe com o desejo da filiação, da descendência genética e do elo familiar. Os projetos do casal esvaem-se perante a infertilidade.

Esta incapacidade de conceber e produzir descendentes constitui uma situação complexa e extremamente delicada na vida dos casais inférteis, que pode ser vivenciada como dano, perda da autoestima e isolamento social.

²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Revista dos Tribunais, 1995, p. 23.

²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Revista dos Tribunais, 1995, p. 22.

³⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Revista dos Tribunais, 1995, p. 22.

A literatura médica elenca diversas causas possíveis para a infertilidade do casal. Segundo o ginecologista, José Miguel Raimundo, a infertilidade feminina pode ser ocasionada por diversos fatores, sendo eles: a “disfunção ovulatória (21%); disfunção das trompas de falópio (14%); endometriose (6%); outras (9%); inespecíficas (17%)”³¹. Os fatores de ordem masculina são o “hipogonadismo, disfunção de tubos seminíferos e os defeitos testiculares”³².

A infertilidade e a esterilidade são doenças reconhecidas pela OMS como doenças do sistema reprodutivo. Entretanto, há diferenças entre elas. A Infertilidade é definida pela Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva (ASRM), como ausência de gestação, após um ano relações sexuais frequentes sem a utilização de métodos contraceptivos.³³ A esterilidade conjugal é definida pela Sociedade de Reprodução Humana (SBRH), como incapacidade permanente de procriação.³⁴ Esta circunstância imutável promove a incapacidade de procriação por parte do casal.

O ser humano deseja a evolução na qualidade de vida e muitas pessoas têm como propósito dar continuidade à sua existência por meio de seus descendentes genéticos. O desejo em conceber um filho e constituir uma família é um desejo individual, pessoal e social. Nesse sentido, Mariângela Badalotti afirma que “a aspiração à reprodução é tida como um objetivo essencial de vida, legítimo e incontestável”.³⁵

É vasto o número de fatores subconscientes que estabelece a vontade em ter um filho. E quando este desejo genuíno não é realizável por via natural, gera

³¹ RAIMUNDO, José Miguel. Infertilidade uma realidade atual. Revista 3 Auditores. Lisboa, nº 71, outubro/dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.oroc.pt/fotos/editor2/Revista/71/Saude.pdf>. Acesso em: 04/01/2018

³² RAIMUNDO, José Miguel. Infertilidade uma realidade atual. Revista 3 Auditores. Lisboa, nº 71, outubro/dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.oroc.pt/fotos/editor2/Revista/71/Saude.pdf>. Acesso em: 04/01/2018

³³ TSO, Leopoldo de Oliveira. DUARTE FILHO, Mario; Epidemiologia da Infertilidade. São Paulo: Segmento Farma, 2011, p.2.

³⁴ SOCIEDADE BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO HUMANA. Guideline para Abordagem de Infertilidade conjugal, p. 1. Disponível em: http://www.sbrh.org.br/guidelines/guideline_pdf/guideline_de_infertilidade_conjugal.pdf. Acesso em: 06 janeiro de 2018.

³⁵ SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Reprodução Humana Assistida. Um direito fundamental?. 1 ed. Curitiba: Appris, 2015, p. 127. *Apud* BADALOTTI, Mariângela. TELOKEN, Cláudio. PETRAVO, Alvaro. Fertilidade e infertilidade Humana. Rio de Janeiro. MEDSI, 1997, p.739.

no casal um intenso sentimento de fracasso, uma vez que a fertilidade é vista como exata e incontestável.³⁶

A impossibilidade de conceber e produzir descendência, causa no casal problemas socioculturais, emocionais, físicos e financeiros. Para a pesquisadora Barbara Eck Menning, este imenso desequilíbrio causado na vida do casal se revela em seis fases gradativas: a recusa pela incapacidade de gerar uma vida, a raiva pela impotência na concepção, a sensação de isolamento pela sociedade, culpa, obsessão, angústia e a depressão.³⁷

As crianças quando nascem presenteiam seus procriadores com a ascensão a classe de pais e mães, além de serem a sua imagem e semelhança, com características fenotípicas, genéticas e até mesmo comportamentais. O desejo de ter filhos é inerente à natureza humana. Os casais desejam participar de todo o processo que os fazem tornar pais e mães. Este desejo se estende a toda fase da gestação, desde o primeiro chute até o nascimento de sua prole. Iniciando assim a cadeia de gerações da família.

A perpetuação da espécie possibilita a mulher e ao homem a capacidade de se multiplicar, permitindo a ambos a continuidade de sua descendência genética, mesmo após a sua morte. Para Eduardo de Oliveira Leite a infertilidade, “não coloca em cheque só a organização psíquica do indivíduo, mas atinge também o casal”³⁸. Ele afirma que “se a esterilidade é difícil de viver individualmente para o homem solteiro, ela é ainda mais ofensiva para o homem casado, que sofre em não poder dar a sua mulher a realização da gravidez e a alegria de ter um filho”³⁹. Ao finalizar seu pensamento o autor pondera a respeito das consequências geradas pela infertilidade na vida da mulher, aduzindo que “a esterilidade priva-a de três sensações insubstituíveis: a gravidez, a criança e o estado de mãe”.

³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Revista dos Tribunais, 1995, p. 23.

³⁷ MENNING, Barbara Eck. The Emotional Needs Of infertile Couples. Modern Trends, Associate Editor. Massachusetts, USA, Vol. 34, nº 4, October, 1980. Disponível em: [http://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(16\)45031-4/pdf](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(16)45031-4/pdf). Acesso em: 07 /01/2018.

³⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Revista dos Tribunais, 1995, p. 103.

³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Revista dos Tribunais, 1995, p. 103.

E é neste contexto que as Técnicas de Reprodução Humana Assistida surgem como meios legítimos para a concretização do sonho de gerar uma vida pelo casal infértil. Veremos que nos próximos tópicos do presente trabalho que este assunto possui relevância médica, social e jurídica.

2.3 O direito de ter filhos

A procriação é um ato privado, na qual a decisão é de cunho estritamente pessoal. O número de motivos conscientes e subconscientes que define a vontade de dar continuidade a sua filiação é diverso. Entretanto, quando o casal não possui condições fisiológicas para a concretização deste sonho, surgem duas opções possíveis ao casal: ou se vale da adoção de crianças, ou da inseminação artificial. Os dois meios são igualmente estimados, porém, possuem cargas emocionais completamente distintas.

A adoção tem grande importância social, uma vez que as crianças que foram abandonadas por seus pais genealógicos, ganharão uma nova família, um novo lar e conseqüentemente uma nova vida. Em contrapartida, o processo de adoção na maioria das vezes é muito longo e moroso. Sendo dificuldades conhecidas pelos casais que optam por adotar.

Contudo, não se pode invalidar a decisão do casal que opte pela inseminação artificial. O discurso de que a adoção deve ser realizada em detrimento a inseminação artificial por resolver o problema social do menor abandonado, não deve ser fomentada. Visto que o desejo de ter um filho biológico por meio da inseminação artificial, é uma questão indiscutível, de ordem particular e pessoal. Não se trata da supervalorização e proteção de um instituto em relação ao outro, mas de ponderar individualmente e cuidadosamente os prós e contras da decisão e os seus desejos mais intrínsecos.

A escolha pela inseminação artificial proporciona ao casal o êxito pessoal, promove a falsa percepção de ter resolvido o problema da infertilidade, além de dar uma resposta à coletividade que tanto impõe uma ordem social. Por fim, proporciona, ainda, ao casal a sensação indescritível da gestação, do desenvolvimento do embrião, nascimento da criança e a qualificação genuína de mãe e pai.

Neste contexto, o psicólogo Bernardo Jablonski afirma que a maternidade e a paternidade são uma experiência ímpar. Para ele, “ver as crianças crescerem e se desenvolver, amá-las, ter orgulho em seus avanços e conquistas, partilhar experiências, transmitir valores”⁴⁰, e “ser parte de uma família, constituem as maiores satisfações proveniente do exercício da maternidade/paternidade”⁴¹

A inseminação artificial contribui para esse desejo de constituir uma família, de dar continuidade a sua linhagem ⁴². Para a médica, Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa:

O estabelecimento dessas técnicas veio responder a um desejo de reprodução de homens e mulheres. Esse desejo – de filhos, de família, de reprodução, de continuidade, entre outros significados simbólicos colados à procriação de seres humanos – é aquilo que vem legitimando, em última instância, a proposição de uma série de inovações biotecnológicas, surgidas de forma contínua no campo da medicina reprodutiva⁴³.

E devido a este grande número de casais em idade reprodutiva que possuem problemas de infertilidade, foi criado no Brasil a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana, por meio da portaria nº 426, na qual se determina o apoio do Sistema único de Saúde (SUS) para o tratamento da infertilidade⁴⁴. Os serviços são normalmente prestados por hospitais universitários, como também, por hospitais que possuem convênio com o SUS⁴⁵. As secretarias

⁴⁰ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Descendência Genética. Direitos Fundamentais e Princípios Sociais. Curitiba: Juruá, 2015, p. 19 apud JABLONSKI, Bernardo . Paternidade Hoje: Uma Meta-Análise. In: Paulo Silveira. (Org.). Exercício da Paternidade. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, v. , p. 121-129.

⁴¹ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Descendência Genética. Direitos Fundamentais e Princípios Sociais. Curitiba: Juruá, 2015, p. 19.

⁴² CORREA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. Revista de Bioética, volume 9, nº 2.

Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/246/246

⁴³ CORREA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. Revista de Bioética, volume 9, nº 2.

Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/246/246

⁴⁴ Disponível em : http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm. Acessado em: 10 de janeiro de 2018.

⁴⁵ Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>. Acessado em: 10 de janeiro de 2018.

Instituições que oferecem o tratamento da infertilidade:

- 1- Centro de Reprodução Assistida do Hospital Regional da Asa Sul (HRAS), antigo HMIB, em Brasília, vinculado à Secretaria de Saúde do Distrito Federal;
- 2- Centro de Referência em Saúde da Mulher, antigo Hospital Pérola Byington, em São Paulo, vinculado à Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo;
- 3- Instituto Materno Infantil de Pernambuco (IMIPE), em Recife, uma instituição filantrópica de caráter público;

municipais e as estaduais são as responsáveis pela execução destes serviços, o Ministério da Saúde apenas coordena as políticas de assistência aos usuários e define as suas diretrizes⁴⁶.

Conforme exposto, os casais inférteis tem o livre-arbítrio na formação de suas famílias, devendo fazê-lo da formar que desejar, desde que com responsabilidade. A ampliação das técnicas de reprodução humana, especialmente, a inseminação artificial, proporcionou aos casais a realização do desejo de constituição de uma família biologicamente semelhante⁴⁷.

2.5 A Constituição Federal de 1998 e o direito ao planejamento familiar

A liberdade garantida constitucionalmente, se manifesta em diversos direitos, como na liberdade de consciência e de crença, liberdade de manifestação de pensamento, liberdade de locomoção, bem como, na liberdade de fomentar os projetos de cunho pessoal, como o planejamento familiar.

Esta liberdade decorre da autodeterminação, o individuo tem o direito de definir seu comportamento, e a constituição de sua instituição familiar no modelo e tamanho que desejar⁴⁸. Todavia, o mero reconhecimento destas liberdades não é suficiente, se faz necessário promover as condições mínimas para a concretização delas. Para Daniel Sarmento a ausência de condições mínimas para a concretização da liberdade “parece-nos anacrônica a rejeição à ideia da liberdade positiva, diante da inevitável constatação de que a pessoa humana não é minimamente livre enquanto suas necessidades vitais não estão satisfeitas”⁴⁹.

4- Hospital Universitário de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo (USP);

5- Hospital Universitário da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp).

⁴⁶ Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>. Acessado em: 10 de janeiro de 2018.

⁴⁷ Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>. Acessado em: 10 de janeiro de 2018.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

E foi com o objetivo de promover as liberdades fundamentais que em 1996 foi realizada a Conferência Internacional de Direitos Humanos em Teerã, no Irã. A Conferência tratou de diversos temas, desde o incentivo ao respeito aos direitos humanos até a autonomia privada na formação familiar⁵⁰.

A Conferência Internacional ao tratar do planejamento familiar o elevou ao mais alto nível, o de Direitos Humanos. A disposição nº 16 da Conferência, elenca que a preocupação com a instituição familiar e com a criança “continua a ser uma preocupação da comunidade internacional. Os pais têm o direito humano básico de determinar de forma livre e responsável o número e o espaçamento dos seus filhos”⁵¹.

Desta forma, ao erigir o planejamento familiar ao nível de Direitos Humanos, o Brasil, devoto a este primado, também estabeleceu na sua Constituição Federal de 1998, este direito como dogma a ser seguido no país⁵². O direito à constituição de uma família pelas pessoas inférteis não está fundamentado apenas no direito fundamental à saúde. Está assegurado também por meio do planejamento familiar, estabelecido pela Constituição Federal de 1998 e pela Lei nº 9.263 de 1996 criada para atingir tal finalidade.

O direito à descendência genética e a concepção está fundamentado no art. 226 §7º da Constituição federal, como um direito humano básico⁵³. Este direito reprodutivo é conhecido como um conjunto de intervenções que auxiliam os indivíduos que desejam conceber descendentes genéticos, sendo de competência do Estado garantir os recursos educacionais, contraceptivos e científicos para o exercício deste direito.

Com o intuito de promover mais efetividade ao Direito Constitucional do planejamento familiar foi elaborada a Lei nº 9.263 de 1996, que regulamenta o art.

⁵⁰ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Descendência Genética. Direitos Fundamentais e Princípios Sociais*. Curitiba: Juruá, 2015, p.109.

⁵¹ Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_10.htm. Acessado em: 10 de janeiro de 2018

⁵² ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Descendência Genética. Direitos Fundamentais e Princípios Sociais*. Curitiba: Juruá, 2015, p.109.

⁵³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 10 de janeiro de 2018.

226 §7º da Constituição Federal. A lei estabeleceu que o planejamento familiar é direito de todos os cidadãos, seja eles casados ou não.⁵⁴

A lei define o 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”. Sendo ele “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”.

Desta forma, é possível perceber que apesar da dificuldade na definição do termo saúde, o legislador constituinte reconheceu que a atividade reprodutiva é um bem jurídico por excelência, e por isso deve ser tutelado. No entanto, apesar de toda a regulamentação voltada no sentido de auxiliar os indivíduos que desejam procriar de forma responsável, a lei também dá ênfase às práticas de esterilização, foi criado inclusive um capítulo para tratar dos tipos penais.

Desse modo, os programas de planejamento familiar também possuem viés um tanto quanto antinatalista. No que se referem à prevenção das gestações não planejadas, as de alto risco para a mãe, como também, promovem melhor intervalo entre os partos⁵⁵.

Maria Helena Diniz salienta, ainda, que o planejamento familiar “não é planejamento populacional, porque não deve induzir o comportamento social ou o

⁵⁴ Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei
Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis.

V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis. (Redação dada pela Lei nº 13.045, de 2014)

⁵⁵ Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>. Acesso em: 10 jan de 2018.

sexual, nem deliberar quantos filhos o casal pode ou não deve ter”, como também, “não podendo haver controle público ou privado” .⁵⁶

Todavia, a criação do direito ao planejamento familiar pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei nº 9. 263/96 tem o objetivo de promover o planejamento familiar de forma positiva, auxiliando todos os indivíduos a conceber descendentes genéticos. E para a concretização deste direito, a lei determina que “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”⁵⁷. Cabendo aos cidadãos exercer o seu direito por meio do método natural ou nos casos de infertilidade e esterilidade, com o auxílio das técnicas de reprodução Humana Assistida.

Embora a infertilidade e esterilidade serem problemas da saúde reprodutiva e conseqüentemente, problemas de saúde pública, nunca foi criado um programa “de terapia para casais sem filhos, solucionado crises de autoestima, angústias ou ansiedades, que podem causar abalo conjugal”, além da inércia estatal “nem os planos de saúde cobrem seus tratamentos”.

Desta forma, é nítida a ineficiência da Lei nº 9.623/96 no sentido de proporcionar acesso igualitário aos métodos e técnicas para a regulação da fecundidade, no que tange aos casais inférteis. A Reprodução Humana Assistida é um procedimento muito caro, logo, os casais menos abastados jamais terão a chance de utilizar tais procedimentos com o objetivo de concretizar o seu direito à procriação. Apesar de que alguns Hospitais Universitários e instituições filantrópicas oferecerem gratuitamente o tratamento da infertilidade, de modo algum estes serviços atenderão uma demanda estimada em mais de 278 mil casais inférteis⁵⁸.

Desta forma, a liberdade para conceber estará limitada pela condição financeira do cada casal infértil. A decisão ao livre planejamento de sua família, no que tange a ter filhos, a quantidade destes e aos intervalos entre as gestações estará tolhida pela incapacidade corporal em perpetuar a espécie de forma natural,

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 8ª edição. São Paulo. Saraiva, 2011, p 171.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 8ª edição. São Paulo. Saraiva, 2011, p 171.

⁵⁸ Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>

como também, pela falta de condição financeira em custear os procedimentos de reprodução humana, como a inseminação artificial⁵⁹.

2.6 Conceito e características da inseminação artificial

Conforme explanado anteriormente, a inseminação artificial (IA) é a terapêutica utilizada para o casal diagnosticado com algum tipo de infertilidade, ou seja, a incapacidade de conceber e produzir descendência. A IA consiste na inserção do esperma previamente selecionado em laboratório, no útero da mulher. O encontro do espermatozoide e do óvulo irá ocorrer de forma natural nas tubas uterinas, este fenômeno é conhecido cientificamente como fecundação. Depois de formado o embrião, ele migrará e se implantará de modo espontâneo na cavidade uterina feminina, e o sonho da concepção estará a nove meses de ser realizado⁶⁰.

Neste tipo de Reprodução Humana Assistida, não é utilizado o sêmen fresco, posto que ele poderá apresentar colônias de bactérias ou fungos, além de fatores inflamatórios que podem irritar o trato genital feminino, provocando dor e desconforto abdominal. Desta forma, com o intuito de aumentar a porcentagem de sucesso do procedimento em questão, os espermatozoides são previamente processados em laboratório para reduzir o risco de infecção e desconforto para a futura mãe.⁶¹

O procedimento da inseminação artificial será homóloga quando for utilizado o próprio material genético do companheiro ou marido na mulher, e heteróloga quando o material genético for de um doador⁶².

A Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina determina que o material genético não poderá ser doado pelo médico responsável pelo procedimento, nem qualquer outro integrante da equipe hospitalar envolvido no

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 8ª edição. São Paulo. Saraiva, 2011, p 170.

⁵⁹ Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm. Acessado em: 05 janeiro de 2018.

⁶⁰ DZIK, Atur; PERERIA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario; AMARAL, Waldemar Naves do Amaral. Reprodução Assistida/Indicações e Tratamentos. São Paulo. Ed. Segmento Farma. 2012, pgs. 2,3. Disponível em : http://arturdzik.med.br/_pdf/atlascapitulosartur.pdf. Acessado em: 05 janeiro de 2018

⁶¹ DZIK, Atur; PERERIA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario; AMARAL, Waldemar Naves do Amaral. Tratado de Reprodução Assistida. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana 2ª Edição

⁶² DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 8ª edição. São Paulo. Saraiva, 2011, p 49.

referido procedimento, como também, proíbe veemente a possibilidade de comercialização dos gametas ou embriões⁶³.

A Reprodução Humana Assistida não se limita apenas a técnica de inseminação artificial, outra modalidade amplamente utilizada é a fertilização *in vitro* (FIV), tendo como característica a retirada de óvulos do útero da mulher, para a fecundação em laboratório⁶⁴. Este procedimento terapêutico é muito mais caro, devido à alta tecnologia empregada.

Na FIV, os espermatozoides selecionados são colocados juntamente com os óvulos em uma cultura, para que ocorra a fecundação de forma espontânea e natural⁶⁵. Após a fecundação, os embriões são transferidos para a cavidade uterina da mulher.⁶⁶ O número de embriões a serem inseridos na cavidade uterina será determinado pela equipe médica e pelo casal⁶⁷. Caso a família e a equipe médica optem pela inserção de mais de um embrião, é possível a concretização da gestação de gêmeos ou trigêmeos, a depender da quantidade de embriões que vingaram dentro do útero.

Todavia, há casos que nenhum espermatozoide consegue fecundar o óvulo, nessas situações, denominada por fertilização reduzida, realiza-se a injeção citoplasmática de um único espermatozoide no óvulo, neste caso, a fecundação não será natural, será realizada pelo especialista em embriologia⁶⁸. Neste diapasão,

⁶³ Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm. Acessado em: 05 janeiro de 2018.

RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham participar como doador nos programas de RA.

⁶⁴ Glossário Revisado da Terminologia das Técnicas de Reprodução Assistida (TRA), Comitê Internacional para Monitorização da Tecnologia Reprodutiva Assistida (ICMART) e Organização Mundial da Saúde (OMS). Disponível em: http://redlara.com/aa_portugues/glossario.asp. Acessado em: 05 de janeiro de 2018.

⁶⁵ ⁶⁵ DZIK, Atur; PERERIA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario; AMARAL, Waldemar Naves do Amaral. Tratado de Reprodução Assistida. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana 2ª Edição, p. 52.

⁶⁶ DZIK, Atur; PERERIA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario; AMARAL, Waldemar Naves do Amaral. Tratado de Reprodução Assistida. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana 2ª Edição, p. 52.

⁶⁷ DZIK, Atur; PERERIA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario; AMARAL, Waldemar Naves do Amaral. Tratado de Reprodução Assistida. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana 2ª Edição, p. 52.

⁶⁸ DZIK, Atur; PERERIA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario; AMARAL, Waldemar Naves do Amaral. Tratado de Reprodução Assistida. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana 2ª Edição, p. 52.

Petracco e Badalotti, definem a FIV como “a fertilização do óvulo pelo espermatozoide em laboratório com a posterior transferência de embriões para o útero em virtude de problemas tubários”⁶⁹.

Atualmente, mesmo com todo o avanço da fertilização *in vitro* (FIV), a Inseminação Artificial ainda é a modalidade mais utilizada, sendo de grande importância no tratamento de casais inférteis, por ser um procedimento considerado de baixa complexidade, como também, mais acessível devido ao seu baixo custo, quando se compara a outras modalidades de Reprodução Humana⁷⁰. As técnicas de reprodução humana assistida tem custo extremamente elevado no Brasil, com preços que variam entre R\$ 1.500,00 a R\$16.500,00, por tentativa⁷¹.

Os critérios de escolha entre a Inseminação Artificial e a Fertilização *In Vitro*, se distingue muito pouco. Devido às particularidades de alguns casos, se estabelece parâmetros diferenciados para a utilização das técnicas e modalidades da Reprodução Humana Assistida.

Na maior parte dos casos a inseminação artificial será indicada para o casal, na qual a mulher apresente permeabilidade da tuba uterina e o homem apresente material seminal adequado⁷². Assim como, nos casos que existam específicas indicações, vejamos:

Fator cervical, infertilidade de causa inexplicada, endometriose mínima e leve e fator masculino e leve Outras indicações são a incapacidade de se manterem relações sexuais e a utilização de sêmen de doador (inclusive em mulheres homossexuais). A condição essencial para que a Inseminação Intrauterina seja indicada é que haja pelo menos uma tuba pèrvia e funcionante. Além disso, a concentração de espermatozoides menor que cinco milhões torna o procedimento pouco eficaz.⁷³

⁶⁹ COSTA, Aníbal. Fertilização *InVitro*(IVF) e Transferência de Embriões(ET): Indicações Atuais. In: BADALOTTI, Mariângela. TELOKEN, Claudio. PETRACCO, Álvaro. Infertilidade: Definições e Epidemiologia.

⁷⁰ COSTA, Aníbal. Fertilização *InVitro*(IVF) e Transferência de Embriões(ET): Indicações Atuais. In: BADALOTTI, Mariângela. TELOKEN, Claudio. PETRACCO, Álvaro. Infertilidade: Definições e Epidemiologia.

⁷¹ Inseminação artificial – de R\$ 1,5 mil a R\$ 3 mil, por tentativa;
Fertilização *in vitro* clássica – de R\$ 10,5 mil a R\$ 14 mil, por tentativa;
Fertilização *in vitro* com inserção de esperma – de R\$ 11,3 mil a R\$ 16,5 mil – inclui fertilização *in vitro* clássica, mais o procedimento de injeção do espermatozoide dentro do óvulo, que custa entre R\$ 800 e R\$ 2,5 mil, por tentativa;
<http://meuperiodofertil.com.br/quanto-custa-uma-inseminacao-artificial-no-brasil>. Acesso em: 17. Jan. 2018.

⁷² BADALOTTI, Mariângela. TELOKEN, Cláudio. PETRACCO, Álvaro. Infertilidade: Definições e Epidemiologia. Fertilidade e infertilidade humana. Rio de Janeiro: MEDSI, 1997, p.602.

⁷³ DZIK, Atur; PERERIA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario; AMARAL, Waldemar Naves do Amaral. Reprodução Assistida/Indicações e Tratamentos. São Paulo. Ed. Segmento Farma. 2012, p.

Como vimos à endometriose é uma das doenças que causam a infertilidade feminina, ela é uma patologia incurável que atinge até 10% das mulheres em idade reprodutiva.⁷⁴ Conforme o ginecologista Sérgio Podgac “a endometriose é uma doença crônica, inflamatória, estrogênio-dependente que ocorre durante o período reprodutivo da vida da mulher, caracterizando-se pela presença de tecido endometrial, glândula fora da cavidade uterina”. Por fim, ele aduz que “a relação existente entre endometriose e infertilidade é complexa e importante objeto de controvérsias”. As pesquisas realizadas “sugeriram que 25% a 50% das mulheres inférteis têm endometriose e que 30% a 50% das mulheres com endometriose são inférteis” .⁷⁵

A causa da infertilidade feminina associada à endometriose não está totalmente compreendidos, todavia, esta relação está baseada na grande incidência de mulheres com endometriose serem inférteis⁷⁶. O especialista da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, Sérgio Podagec assevera que a partir de uma série de estudos “incluindo aqueles em pacientes submetidas a técnicas de reprodução assistida, tem sugerido uma menor taxa de gestação na presença de endometriose”. O estudo ainda constatou que “comparadas com pacientes com infertilidade tubária, as taxas de gestação em mulheres com endometriose são 50% menores daquelas esperadas para as pacientes submetidas à fertilização in vitro (FIV).”⁷⁷

Com relação a outros tratamentos da endometriose, existem alguns casos específicos que há a indicação de tratamento cirúrgico para esta patologia. O procedimento cirúrgico é eficaz em reduzir a dor causada pela doença. Todavia, no

2. Disponível em : http://arturdzik.med.br/_pdf/atlascapitulosartur.pdf. Acessado em: 05 janeiro de 2018

⁷⁴ Dunselman GA, Vermeulen N, Becker C, Calhaz-Jorge C, D'Hooghe T, De Bie B, et al. ESHRE guideline: management of women with endometriosis. Human reproduction. 2014; p. 51.

⁷⁵ PODAGEC, Sérgio. Manual de endometriose. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2014, p. 79. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/13162/material/Manual%20Endometriose%202015.pdf>.

⁷⁶ Dunselman GA, Vermeulen N, Becker C, Calhaz-Jorge C, D'Hooghe T, De Bie B, et al. ESHRE guideline: management of women with endometriosis. Human reproduction. 2014; p. 52.

⁷⁷ PODAGEC, Sérgio. Manual de endometriose. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2014, p. 79. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/13162/material/Manual%20Endometriose%202015.pdf>.

que tange a infertilidade, acredita-se que o procedimento cirúrgico possa aumentar a probabilidade de alcançar a concretização do sonho maternal, nos casos iniciais da endometriose. Não há garantia quanto à reversão da infertilidade, após a cirurgia, é possível que a mulher reverta o quadro da infertilidade, entretanto, não há garantia quanto a isso⁷⁸.

E nestes casos de infertilidade feminina associada à endometriose, em que não há indicação para tratamento cirúrgico, visto que se trata de endometriose em nível avançado ou qualquer outro motivo que não seja viável a intervenção cirúrgica, é indicada a inseminação artificial para a concretização do sonho materno fundamentada na descendência biológica. Vejamos:

à inseminação intrauterina (IIU) é tratamento comumente utilizado para manejo de infertilidade associada à endometriose mínima/leve. Estudos demonstraram que a indução da ovulação associada à IIU apresenta melhores resultados do que intercurso sexual programado, indução da ovulação isolada, IIU isolada ou inseminação intracervical⁷⁹

Há de se destacar que a Inseminação Artificial, a Fecundação *In Vitro* e as demais técnicas de Reprodução Humana Assistida não possuem a capacidade de cura, elas são apenas alternativas modernas à superação destes obstáculos, tornando possível a concretização do desejo de conceber e gerar uma vida.

Neste sentido, Eduardo de Oliveira Leite escreve que “nem a Inseminação Artificial, nem a fecundação *in vitro*, nem a maternidade por substituição não curam a esterilidade que as motivam. São paliativos, são tratamentos capazes de dar filhos a quem a natureza os negou”⁸⁰. Para Cláudia Regina Magalhães Loureiro, a reprodução humana assistida tem o escopo de “suprir o problema da infertilidade humana”, uma vez que as referidas técnicas facilitam o processo de concepção, procriação e de perpetuação da espécie, quando o método natural e os outros métodos tenham falhado⁸¹.

⁷⁸ PODAGEC, Sérgio. Manual de endometriose. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2014, p. 79. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/13162/material/Manual%20Endometriose%202015.pdf>.

⁷⁹ PODAGEC, Sérgio. Manual de endometriose. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2014, p. 50. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/13162/material/Manual%20Endometriose%202015.pdf>.

⁸⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Revista dos Tribunais, 1995, p. 26.

Desta forma, faz-se imprescindível ponderar a respeito da angústia e aflição de um casal que descobre a impossibilidade na concretização da maternidade e a paternidade. Nos dizeres de Giana Sartori, “não é o desejo mais ou menos profundo que vai limitar a legitimidade dos meios que são usados para alcançar esse grandioso objetivo”⁸².

Além da concretização do sonho de conceber descendentes genéticos, há uma melhora na convivência do casal, bem como na relação conjugal. Segundo a pesquisadora Maria João Coito Delgado, há a “aproximação entre os dois elementos do casal, o fortalecimento da relação e a melhoria da comunicação, isto porque o casal é forçado a falar sobre aspectos essenciais da vida e sobre os aspectos emocionais da infertilidade”⁸³.

⁸² SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Reprodução Humana Assistida. Um direito fundamental?. 1 ed. Curitiba: Appris, 2015, p. 127.

⁸³ DELGADO, Maria João Coito (2007) – O desejo de ter um filho. As vivencias do casal infértil. Lisboa : Universidade Aberta. Tese de mestrado. Acesso em: 17. Jan. 2018. Disponível em <http://repositorioaberto.univ-ab.pt/bitstream/10400.2/724/1/LC331.pdf>.

3. O contrato de plano de saúde na perspectiva do direito do consumidor

O sistema Único de Saúde (SUS) surgiu no Brasil após a Constituição Federal de 1988. Com o SUS, a saúde ganhou importância social, sendo tratado com um direito fundamental. Com a legitimação desta prerrogativa como um direito de todo cidadão, e dever prestacional do Estado, a saúde assumiu o status de bem público. Contudo, apesar da elevada importância para a sociedade, o SUS é um sistema extremamente precário e ineficaz, caracterizado pela falta de efetividade da proteção constitucional.

Desta insatisfação com o sistema público de saúde surge a saúde suplementar no Brasil. Por se caracterizarem como contratos de adesão, com cláusulas predeterminadas pelo fornecedor, tem originado inúmeras ações judiciais, devido as cláusulas abusivas como também, pelo descumprimento do contrato pelas operadoras de plano de saúde. É nesse contexto de cláusulas obscuras, desvantagens demasiadas que a Lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC) concentra no contrato em geral e na proteção dos consumidores⁸⁴.

3.1. Concepção clássica e contemporânea dos contratos

O conceito de contrato não foi definido no Código civil de 1916, bem como, no Novo código Civil de 2002⁸⁵. Segundo Washington de Barros este deveria ser um trabalho doutrinário, sendo responsabilidade dos legisladores⁸⁶. Na perspectiva do ilustre Orlando Gomes “o contrato é uma espécie de negócio jurídico

⁸⁴ BENJAMIN, Antônio Herman Vascellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA; Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

⁸⁵ CATUSSO, Joseane. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2008, p.158.

Disponível em: <http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/15151/Joseane%20Catusso%20%20dissertacao.pdf?sequence=1%253E>. Acesso em: 24. Fev 2018

⁸⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, São Paulo: Saraiva, vol.3

que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos, de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral”⁸⁷.

A concepção clássica dos contratos é definida como um negócio jurídico, bilateral ou plurilateral, que visa à criação, a modificação ou a extinção as partes de direitos e deveres com conteúdo patrimonial. Segundo Maria Helena Diniz Todo contrato sem exceção é negócio jurídico pelo menos de caráter bilateral, por envolver no mínimo duas partes ou duas vontades⁸⁸. Outras características dos contratos é que ele são negócios jurídicos celebrado Inter vivos, e de caráter patrimonial.

A concepção contemporânea dos contratos possui como marco teórico a figura do ilustre professor da Universidade Federal do Paraná, Paulo Roberto Ribeiro Nalin que tem como tese de dourado a obra “Conceito Pós-Moderno de Contrato: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional”. A referida obra define contrato como uma relação intersubjetiva, baseada no solidarismo constitucional, e que traz efeitos existenciais e patrimoniais, não somente em relação às partes, porém, também em relação a terceiros⁸⁹.

O conceito contemporâneo de contrato é importante devido ao solidarismo constitucional, definido no art. 3º, inciso I da Constituição Federal de 1998⁹⁰, sendo o contrato o instrumento de solidariedade e de colaboração entre as partes, não sendo apenas mera transferência de patrimônio⁹¹. Outra característica deste conceito é que o contrato envolve valores existenciais relativos à tutela da pessoa humana, especificadamente ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Inclusive o Enunciado nº 411, da V Jornada de Direito Civil, afirma que “o descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988”⁹². Por fim, última característica da definição de contrato dada por Paulo Nalin, se refere à capacidade

⁸⁷ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro. Forense. 2001, p.4.

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002

⁸⁹ NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação civil-constitucional. 1. ed.4.tir. Curitiba: Juruá, 2004. p.

⁹⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

⁹¹ CATUSSO, Joseane. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2008, p.158.

Disponível em:

<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/15151/Joseane%20Catusso%20%20dissertacao.pdf?sequence=1%253E>. Acesso em: 24. Fev 2018

⁹² Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/216>. Acesso em: 10. Fev 2018.

que os contratos possuem em gerar efeitos perante as partes do contrato e perante terceiros.

O conceito de Paulo Nalin, ainda não se encontra consolidado na jurisprudência e doutrina brasileira, há a prevalência do conceito clássico dos contratos em nosso ordenamento jurídico. A cristalização do conceito contemporâneo de contrato acarretaria a humanização do contrato, centrada na dignidade da pessoa humana. Nas relações consumerista, por exemplo, haveria maior preocupação em relação à parte vulnerável.

Neste contexto, foi aprovado o Enunciado nº 167, na III Jornada de Direito Civil, na qual se afirma que “com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre o CC/02 e o Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”⁹³. Esta aproximação principiológica, trata-se dos princípios que serão estudados nos próximos tópicos, sendo eles o princípio da autonomia privada, função social do contrato elencado no art. 421 CC/02⁹⁴ e o princípio da boa-fé objetiva especificado nos arts. 4º, inc. III CDC e arts. 113⁹⁵, 187⁹⁶, 422⁹⁷ CC/02. E devido a essa aproximação principiológica, possibilitou a concretização da Teoria do Diálogo das Fontes, que se fundamentam no entendimento que o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor não se excluem, eles se complementam⁹⁸.

3.2 Características dos contratos de planos de saúde

Para a Teoria geral dos contratos, o contrato é o instrumento jurídico que garante a transferência econômica, na qual se constitui uma relação jurídica de caráter obrigacional, com direitos e deveres estabelecidos previamente para o contratante e o contratado. Os contratos de planos de saúde, por serem

⁹³ Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/295>. Acesso em: 10. Fev 2018.

⁹⁴ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁹⁵ Código Civil 2002. Art. 113 - Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁹⁶ Código Civil 2002. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁹⁷ Código Civil. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5.ª ed., São Paulo: RT, p. 90, 2006.

notadamente contemporâneos se caracterizam pela impossibilidade de discussão e ajustes quanto ao seu conteúdo, cabendo ao indivíduo apenas aderir ou não.

A massificação das relações comerciais e contatuais voltada ao escoamento em grande escala das produções mudou radicalmente a estrutura jurídica dos contratos. As avenças não são estabelecidas entre indivíduos formalmente iguais, converteu-se em meros documentos onde a parte mais fraca aceita ou não à vontade do mais forte⁹⁹.

Atualmente, não há a possibilidade de se ajustar as cláusulas contratuais, cabendo apenas ao indivíduo aceitar ou não o contrato de adesão. O indivíduo terá apenas a liberdade de autodeterminação, irá ponderar o custo benefício das cláusulas estabelecidas e da contraprestação obrigatória, optando por aderir ao contrato ou não. Logo, a aceitação ou a recusa, ao contrato com todos os seus direitos e obrigações é uma forma de consentimento¹⁰⁰.

Para Guilherme Fernandes Neto, a liberdade de decidir livremente encontra-se inclusive nos contratos de adesão, não sendo caracterizado com um ato unicamente unilateral¹⁰¹. Sendo uma liberdade de escolha do consumidor, contratar ou não. Com o contrato de plano de saúde não é diferente, o indivíduo tem a liberdade de escolha no que tange a adesão ou não às cláusulas pré-determinadas dos contratos. A diferença é que o objeto contratual não se trata de uma simples prestação de serviço, como a internet ou serviços de telefonia, que ficam a bel prazer do mercado de consumo, trata-se da prestação de um serviço caracterizado como direito fundamental, tanto no aspecto formal, como no aspecto material.¹⁰²

Para Leonardo Vizeu Figueiredo “os elementos fundamentais para o conceito de contrato de plano privado de assistência saúde são a garantia de

⁹⁹ NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na Perspectiva Civil-Constitucional. Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2002, v. II, p. 109.

¹⁰⁰ SILVA, Joseane Suzart Lopes. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 146.

¹⁰¹ FERNANDES NETO, Guilherme. Cláusula de fidelidade. Disponível em: http://www.guilhermefernandes.pro.br/site_media/uploaded/article/Clausula_de_Fidelidade.pdf.

Acesso em: 10 fev 2018.

¹⁰² PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). Teoria dos Direitos Humanos. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 175.

assistência à saúde e a garantia de cobertura financeira dos riscos desta assistência”.¹⁰³

Como visto acima, o contrato de plano de saúde tem como escopo a prestação de um serviço essencial para a sociedade, sendo caracterizado como um bem jurídico. Devido a estas singularidades, o contrato de plano de saúde não se classifica dentro da doutrina tradicional civilista.¹⁰⁴ O pacto celebrado entre as seguradoras de planos de saúde e os consumidores possuem características próprias, conforme será destacado.

A bilateralidade dos contratos de planos de saúde se caracteriza pelos direitos e deveres recíprocos. Há contraprestação de ambos os lados, enquanto o usuário fica obrigado ao pagamento de uma contraprestação monetária e periódica, a operadora fica responsável em disponibilizar serviços de assistência à saúde de seus consumidores¹⁰⁵.

Os contratos de planos de saúde são denominados por Cláudia Lima Marques, como “contratos cativos de longa duração”¹⁰⁶. Sendo contratos que se protraem no tempo e envolvem o contraente por um longo prazo. Vale salientar que após a promulgação da Lei nº 9.656/98, conhecida como lei de planos de saúde, a rescisão contratual passou a ser bilateral, sendo permitida em regra, apenas aos usuários dos planos. Para Ronaldo Porto Macedo, estes contratos de longa duração, “tendem a criar relações contínuas e duradouras, nas quais os termos da troca são cada vez mais abertos”.¹⁰⁷

Para as operadoras de planos de saúde rescindir os contratos dos usuários, é preciso da prévia autorização da Agência Nacional de Saúde (ANS), nas hipóteses de “fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o

¹⁰³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Curso de Direito de Saúde Suplementar. Manual Jurídico de Planos e seguros de Saúde. 2ª ed. Rio de Janeiro, p. 167.

¹⁰⁴ SILVA, Joseane Suzart Lopes. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 150.

¹⁰⁵ SILVA, Joseane Suzart Lopes. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 150.

¹⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 81.

¹⁰⁷ MACEDO, Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. São Paulo, Max Limonad, 1998. p 41.

quinquagésimo dia de inadimplência”. Desta forma, observamos que o referido contrato se caracteriza por ser oneroso, com contraprestação pecuniária e periódica¹⁰⁸.

Outra característica importante deste contrato *sui generis* Conforme leciona José Reinaldo de Lima Lopes é a aleatoriedade¹⁰⁹, que se caracteriza por ser uma prestação de risco, isto é, “o fornecedor não precisará prestar o serviço se não acontecerem os eventos previstos, e o consumidor, somente terá a cobertura, se porventura, ocorrerem às situações preestabelecidas”¹¹⁰.

Desta forma, podemos afirmar que os contratos de plano de saúde se caracterizam por serem sinalagmáticos, na qual se cria obrigações mutua entre o consumidor e o fornecedor. Para Antônio Joaquim Fernandes Neto, os contratos sinalagmáticos, “também chamados bilaterais ou de prestações correlatas, são aqueles que uma obrigação é causa, e a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações”¹¹¹.

Como vimos, os contratos de plano de saúde são contratos de adesão, onerosos, sinalagmáticos, plurilateral, aleatório, de trato sucessivo e prazo indeterminado. Assim sendo, devido a estas especificidades, bem como, a elevada importância objeto contratual, que é um direito social e fundamental por excelência, por serem contratos consumeristas sujeitam-se às regras do CDC, Todavia, em razão de sua peculiaridade necessita uma lei própria para regular a matéria.¹¹²

3.3 Aplicações dos princípios do direito do consumidor aos contratos de plano de saúde

Os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico são a base, o alicerce de todo o sistema jurídico. Para Luís Roberto Barroso eles exercem a função de guia para os indivíduos, na qual a o procedimento deve basear na

¹⁰⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Curso de Direito de Saúde Suplementar. Manual Jurídico de Planos e seguros de Saúde. 2ª ed. Rio de Janeiro, p. 168.

¹⁰⁹ GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde. A ótica da proteção do consumidor. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007, p. 26 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31).

¹¹¹ FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. Planos de saúde e direito do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 140.

¹¹² GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde. A ótica da proteção do consumidor. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007, p. 26 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31).

“identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie”¹¹³.

E no direito do consumidor não é diferente, os princípios fundamentais orientam e condicionam o interprete para a aplicação e integração das regras consumeristas conforme o ordenamento jurídico¹¹⁴. Estes princípios estão dispostos no arts. 1º ao 7º da Lei nº 8.078, conhecido como Código de Defesa do Consumidor (CDC), como também, na Constituição Federal de 1998.

A Carta Magna ao estabelecer no art. 5º, inc. XXXII, que o Estado promoverá a defesa do consumidor na forma da lei, elevou este preceito ao patamar de cláusula pétrea, uma vez que o poder constituinte não poderá alterar os direitos e garantias adquiridos. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais se encontram no topo do ordenamento jurídico, e devido a esta posição tratam-se direitos de natureza supralegal, e estão subordinados aos limites formais e materiais da alteração constitucional¹¹⁵. Sarlet, ainda, reforça que os direitos fundamentais são tão importantes que foram “retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos”.¹¹⁶

Portanto, o CDC está pautado na proteção total do consumidor em seus mais diferenciados aspectos. Esta proteção ao individuo pode ser observada, no art. 4º da mencionada lei, ela elenca todos os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, desde a proteção à dignidade do individuo, até transparência e harmonia das relações de consumo¹¹⁷.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. “Interpretação e aplicação da Constituição”. 3ª São Paulo: Saraiva, 1999. p. 149

¹¹⁴ GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde. A ótica da proteção do consumidor. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007, p. 97 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31).

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10º ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. p.74.

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10º ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. p.77

¹¹⁷ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
 II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
 a) por iniciativa direta;
 b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
 c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

O mencionado art. 4º, define a finalidade e o resultado esperado com a Política Nacional das Relações de Consumo. Para o jurista Eros Roberto Grau “todas as normas de conduta e todas as normas de organização, que são as demais normas que compõem o Código de Defesa do Consumidor, instrumentam a realização desses objetivos”, tendo como “base os princípios enunciados no próprio art. 4º”.¹¹⁸

Outro princípio de grande importância listado no Código de Defesa do Consumidor é o princípio da vulnerabilidade, toda a estrutura do CDC se consubstancia nele. Para o legislador, o consumidor será sempre a parte mais fraca da relação consumerista. Embora haja aparente semelhança entre a vulnerabilidade e a hipossuficiência, eles são institutos jurídicos diferentes. Enquanto a vulnerabilidade é uma característica presumida a todo consumidor, a hipossuficiência não é presumida, trata-se da análise socioeconômica do consumidor, da sua impossibilidade em arcar com as custas processuais, por exemplo. Resumidamente, todo consumidor será sempre vulnerável, mas, nem todo consumidor será hipossuficiente¹¹⁹.

A presença do mandamento da vulnerabilidade no CDC tem o objetivo de atingir efetivamente o princípio constitucional da isonomia, realizando verdadeiramente a igualdade real das partes. Para Nelson Nery Júnior “dar

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de defesa do Consumidor – Revista de Direito do Consumidor, nº5, São Paulo, RT, p.188, jan. – mar.1993.

¹¹⁹ GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde. A ótica da proteção do consumidor. São Paulo. Revista dos Tribunais. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31), 2007, p. 98.

tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.¹²⁰

Assim, o cuidado em distinguir o tratamento dado entre as partes da relação consumerista serve para efetivar a igualdade material. O consumidor por ser classificado como a parte mais frágil da relação, recebe um tratamento mais protecionista em relação ao fornecedor, uma vez que o fornecedor dispõe do controle total da produção dos bens e serviços. A proteção dada ao consumidor tem o objetivo de atingir o tão almejado equilíbrio na relação contratual.¹²¹ Para Sarlet, os direitos fundamentais:

“Constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor de justiça material”¹²²

Contextualizando o pensamento do Ilustre Sarlet com a proteção dada ao direito fundamental do consumidor, é possível afirmar que o poder constituinte quis estabelecer equilíbrio e harmonia na relação consumerista, bem como, proporcionar a justiça material entre as partes da relação.

Apesar do esforço constitucional e legislativo para assegurar o equilíbrio da relação consumerista, há muita discrepância no tratamento dos consumidores, podemos citar como exemplo desta desigualdade os contratos de plano de saúde, que se caracterizam por serem contratos de adesão, cabendo ao consumidor apenas aceita-los ou rejeita-los em sua totalidade.

Para Claudia Lima Marques, esta situação trata-se da vulnerabilidade fática ou socioeconômica do consumidor, uma vez que o fornecedor impele seu poder e suas vontades a todos que com ele contratam. Além deste tipo de vulnerabilidade, há ainda a vulnerabilidade técnica que se consubstancia na ausência de conhecimentos técnicos por parte do consumidor, e por fim a vulnerabilidade jurídica ou científica¹²³.

¹²⁰ NERY JR, Nelson. Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor: RT, 1994. p. 68.

¹²¹ GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde. A ótica da proteção do consumidor. São Paulo. Revista dos Tribunais. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31), 2007, p. 97.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10º ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. p.62

¹²³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5.ª ed., São Paulo: RT, p. 90, 2006.

Outros princípios também aplicados ao direito do consumidor é o princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico. A boa-fé objetiva estabelece a construção de uma atmosfera solidária, leal, transparente e colaborativa nos contratos. Os contratos passam a ser visto com função social e econômica, eles não são mais vistos apenas sob perspectiva individual.¹²⁴ No que tange ao mandamento do equilíbrio econômico, o legislador quis novamente deixar claro que é preciso construir uma relação justa entre as partes, na qual exista uma proporcionalidade e razoabilidade entre a prestação do fornecedor e a contraprestação do consumidor.¹²⁵

Para Leonardo Roscoe Bessa, a preocupação do CDC como o equilíbrio econômico contratual é tamanha, que há no código inúmeros fragmentos tratando sobre o assunto¹²⁶. Desde a possibilidade de modificação das possíveis cláusulas desproporcionais até a configuração de abuso do fornecedor nos casos em que há aumento imotivado dos produtos ou serviços¹²⁷.

Como vimos, o ordenamento jurídico é composto de diversos microssistemas de normas jurídicas. Para que estas diversas normas coexistam dentro de um ordenamento jurídico uno, é preciso que a aplicação das normas seja utilizada de forma complementar, tendo em vista a perspectiva sistêmica do ordenamento. Nesse contexto, que a Teoria do Diálogo das Fontes foi trazida por Claudia Lima Marques ao Brasil.¹²⁸

Esta Teoria foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, o objetivo do renomado teórico consiste no diálogo entre o Direito Civil e o Direito do consumidor, de forma que os haja o aproveitamento dos conceitos de forma complementar. Desse modo, é possível afirmar que esta teoria estabelece um mecanismo

¹²⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009, p.283.

¹²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009, p.286.

¹²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009, p.287.

¹²⁷ Art. 6º, V, CDC, a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Art. 39, V, CDC, exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

Art. 39, X, CDC, elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

Art. 51, IV, CDC, estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

¹²⁸ GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde, A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016, p. 91.

interpretativo que tem como escopo a ordenação das inúmeras fontes em confronto, superando os “critérios clássicos de solução das antinomias - hierárquico, especialidade e cronológico”.¹²⁹

Nos contratos de planos de saúde também há a aplicação da teoria do diálogo das fontes, uma vez que é preciso ter diálogo e coerência entre o CDC, o Código de Direito Civil e a Lei nº 9.656/1998, conhecida como a dos planos de saúde. Segundo Josiane Araújo Gomes, para concretizar a harmonia e a efetividade dos princípios fundamentais da saúde se faz imprescindível a “interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas incidentes em um mesmo caso concreto, de forma a se obter a coordenação e a coerência sistemática desses vários textos normativos”.¹³⁰

O diálogo das fontes ocorre quando uma legislação pode ser somada à aplicação de outra norma, de forma complementar ou até mesmo subsidiária. No que tange ao contrato de planos de saúde não é diferente, há a incidência harmônica do Código Civil em complementariedade aos pressupostos da Lei nº 8.656/98, e do Código de Defesa do consumidor.

De acordo com Claudia Lima Marques, existem três tipos de possíveis diálogos entre as fontes. O diálogo sistemático de coerência, que podemos analisar a partir dos contratos de planos de saúde quanto à aplicação nos contratos de planos de saúde da Lei nº 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor. O diálogo da complementariedade e o dialogo de coordenação.¹³¹ Para Josiane Araújo Gomes, o diálogo da complementariedade incide no CDC quanto aos contratos de planos de saúde, uma vez que estas:

“Contratações constituem espécie de contrato de consumo, sendo o usuário do plano de saúde o consumidor, ou seja, a parte vulnerável da relação (art. 4º, I), cujo dever de proteção pelo Estado está consagrado no texto constitucional como direito fundamental (art. 5º, XXXII)”.¹³²

¹²⁹ GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde, A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016, p. 94.

¹³⁰ GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde, A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016, p. 95.

¹³¹ MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor. (Biblioteca do direito do consumidor v.36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 112.

¹³² GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde, A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016, p. 96.

Desta forma, é possível afirmar que não há possibilidade de fazer qualquer objeção quanto à utilização dos princípios gerais do consumidor no contrato de plano de saúde, como também, não é possível fazer objeções quanto à proteção constitucional dada ao consumidor. É imprescindível a compatibilização de todas as legislações específicas no que tange aos planos de saúde, como as normas do Código Civil, os mandamentos do Código de Defesa do Consumidor, a lei que trata dos planos de saúde, para que seja alcançada a harmonia do sistema normativo brasileiro em benefício do consumidor e principalmente, para efetivar o direito fundamental à saúde.

3.4 Lei nº 9.656/1998 e a exclusão da cobertura do tratamento de inseminação artificial pelas operadoras de planos de saúde

A Lei nº 9.656/98, conhecida como Lei dos planos de saúde foi elaborada para regulamentar as operações sobre os planos e seguros privados de assistência suplementar à saúde¹³³. A lei também dispõe, ainda, sobre a atenção dada as garantias que propiciam a efetivação dos contratos de assistência à saúde, no que se refere à prevenção de patologias, a recuperação, a manutenção da saúde e do bem estar físico, bem como, a reabilitação do indivíduo.¹³⁴

A lei dos planos de saúde foi criada a partir de inúmeros debates envolvendo entidades de proteção ao consumidor, comissão de fornecedores dos serviços de saúde, representante das entidades médicas e órgãos da área da saúde. Todavia, a referida lei excluiu alguns tipos de procedimentos da obrigatoriedade da cobertura pelos planos de saúde. Dentre estas hipóteses autorizadas de exclusão está a da inseminação artificial¹³⁵.

Em que pese à exclusão dada pela lei de planos de saúde, em 11 de maio de 2009, foi editada a Lei nº 11.935/09, na qual se estabeleceu a obrigatoriedade da cobertura dos atendimentos pelos planos de saúde nos casos de

¹³³ MARTINS, Wal. Direito à saúde: compendio. Edição. Belo Horizonte: forum, 2008. 176 p.

¹³⁴ MARTINS, Wal. Direito à saúde: compendio. Edição. Belo Horizonte: forum, 2008. 153 p.

¹³⁵ Lei nº 9.656/98, 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:
III - inseminação artificial;

planejamento familiar. Neste contexto, a inseminação artificial e as outras técnicas de reprodução humana passaram a ser obrigatórias para os casais inférteis, uma vez que se trata de planejamento familiar.

Porém, a Agência reguladora estabeleceu em sua Resolução Normativa nº 428/2017 ANS, especificadamente, no art. 20º, inc. III, as exclusões assistenciais permitidas pelas operadoras. Neste caso, foi facultada a cobertura pelos planos de saúde não apenas do procedimento da inseminação artificial, como também, das técnicas de manipulação de oócitos e espermatozoides para alcançar a fertilização, por meio de injeções de espermatozoides intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas de reprodução humana.¹³⁶

Constata-se, que a lei de planos de saúde e a RN nº428/2017, facultaram a cobertura de toda e qualquer técnica de reprodução humana assistida aos indivíduos inférteis e estéreis. O fundamento para esta faculdade dada as operadoras de plano de saúde, reside no entendimento de que a inseminação artificial não altera o estado saudável da pessoa, e não irá curar as causas da infertilidade e, além disso, o custeio das referidas técnicas onerariam as operadoras de planos de saúde, que veem seus contratos como uma mera mercantilização¹³⁷

Ocorre que a definição de saúde não é mais entendida apenas sob este aspecto biológico. Segundo Jesualdo Eduardo de Almeida Junior, a definição de saúde além de ser a superação de patologias, é também a busca da harmonia psicológica. A possível privação do direito de concepção devido à esterilidade é nitidamente uma agressão à dignidade do indivíduo.¹³⁸ Quando a lei dos planos de saúde faculta às operadoras o fornecimento dos procedimentos de reprodução

¹³⁶ Art. 20. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:

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

¹³⁷ GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde, A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016, p. 213.

¹³⁸ ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Descendência Genética, Direitos Fundamentais e Princípios Sociais. Curitiba: Juruá, 2015, pg. 40.

humana assistida, ela desconsidera a definição de saúde dada pela OMS.e seguido pelo ordenamento jurídico¹³⁹

A esterilidade é considerada uma doença do sistema reprodutivo, com CIDS específicos. E para alguns indivíduos, esta impossibilidade em reproduzir descendentes causa diversos traumas psicológicos.¹⁴⁰ Cumpre salientar, que o direito à procriação do indivíduo infértil, não está fundamentado apenas no direito à saúde. Este direito é assegurado também por meio do direito constitucional ao planejamento familiar. Estabelecido no art. 226 § 7º¹⁴¹ da Constituição federal e pela Lei nº9.263/96, que foi elaborada para atingir tal finalidade.

Desse modo, nos casos em que os indivíduos planejem procriar de forma responsável, porém não concretize tal desejo devido à incapacidade corporal, o plano de saúde deverá realizar a cobertura das técnicas de reprodução humana assistida indicada para o caso. Segundo Josiane Araújo Gomes, a ANS extrapolou os limites de sua regulamentação, uma vez que:

“a Resolução Normativa confronta a obrigatoriedade de cobertura prevista no art. 35-C da Lei nº 9.656/98, bem como impede o exercício do direito constitucional ao livre planejamento familiar, o qual se funda nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável”¹⁴²

Por todo exposto, fica nítido a ineficiência da lei nº 9.623/96 em promover o planejamento familiar de forma positiva aos casais. A desobrigação dos planos em custear a inseminação artificial, impede o livre exercício do direito determinado na Constituição Federal ao livre planejamento familiar, na qual se baseia no princípio fundamental da dignidade humana e no direito a ter filhos¹⁴³.

¹³⁹ "estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade". ¹³⁹ Disponível em: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>. Acesso em: 13. fev.2017

¹⁴⁰ GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde, A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016, p. 213.

¹⁴¹ Art. 226 § 7º Constituição Federal de 1998. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹⁴² GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde, A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016, p. 214.

¹⁴³ GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde, A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016, p. 214.

3.5 Decisões judiciais sobre o tema

A concretização do sonho da concepção de descendentes genéticos é para a maioria dos casais uma mera vivência de mais um estágio da vida conjugal. Contudo, para uma grande parcela da população brasileira diagnosticada com infertilidade ou esterilidade, esta vivência não é tão simples de ser alcançada, sendo necessária a utilização de técnicas de reprodução humana assistida para que se alcance esta etapa da vida conjugal. Segundo a pesquisa realizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), entre os anos de 2011 a 2016, houve aumento no número de procedimentos de reprodução humana assistida, de 13 mil procedimentos anuais em 2011, saltaram para 33.790 casos em 2016. Tendo um crescimento de aproximadamente, 159,92%¹⁴⁴.

As técnicas de reprodução humana assistida são procedimentos extremamente caros, e conseqüentemente, torna-se economicamente inviável para a maior parte dos casais inférteis. Contudo a reprodução humana assistida é a terapêutica indicada para os casais diagnosticados com infertilidade alcançarem o sonho da concepção genética. A infertilidade é definida como um problema da saúde reprodutiva e, portanto, problema de saúde pública. Contudo, o Estado não criou políticas públicas neste sentido. Além da inércia estatal, como vimos, há a desobrigação da cobertura pelas operadoras de planos de saúde. O rol de negativas da lei de planos de saúde elenca que as operadoras estão desobrigadas no custeio da inseminação artificial e das demais técnicas de reprodução humana para os consumidores inférteis.

Há algumas instituições filantrópicas e hospitais universitários que oferecem gratuitamente algumas técnicas de reprodução humana assistida, todavia, estes serviços não conseguem atender a quantidade de casais inférteis no Brasil, estima-se que há no país mais de 278 mil casais inférteis¹⁴⁵. Apesar do grande

¹⁴⁴

Disponível

em:

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/O-sonho-da-maternidade-%C3%A0s-portas-do-Judici%C3%A1rio

¹⁴⁵ Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>. Acesso: em 14 fev.2018.

número de casos de infertilidade no país, segundo o Superior Tribunal de Justiça a busca judicial pela concretização do sonho maternal é pouco requerido.¹⁴⁶

Diante deste contexto, serão analisadas duas decisões judiciais recentes sobre o assunto, o agravo de instrumento do processo nº 0703629-76.2017.8.07.0000, proferida pelo Desembargador Jose Divino de Oliveira, membro do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), e o julgamento do Recurso Especial (RE) nº 1.590.221, realizado pela Ministra Nancy Andrighi, conhecida por suas decisões favoráveis a parte vulnerável da relação contratual, o consumidor.

Vejamos a ementa da decisão proferida pelo Desembargador Jose Divino de Oliveira do TJDFT:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INTERNO. PLANO DE SAÚDE. **PLANEJAMENTO FAMILIAR. DIREITO FUNDAMENTAL. COBERTURA DE PROCEDIMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO. OBRIGATORIEDADE. CLÁUSULA CONTRATUAL RESTRITIVA. NULA.** 1. O direito ao planejamento familiar, que engloba a pretensão de o casal ter filhos pela maneira convencional ou por meio de técnicas científicas de fecundidade e procriação, constitui direito fundamental. 2. Para atender a esse direito fundamental, a Lei Federal nº 11.935/2009 acrescentou o art. 35-C à Lei Federal nº 9.656/1998, tornando obrigatório o atendimento, pelos planos de saúde, das ações que visem à concretização do planejamento familiar, tanto na concepção como na contracepção. **3. Os planos de saúde têm o dever de arcar com os custos referentes ao tratamento mediante utilização de técnicas de reprodução assistida, sendo nula a cláusula contratual restritiva da fertilização in vitro.** 4. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. Agravo interno prejudicado.

(Acórdão n.1013452, 07019758820168070000, Relator: CARLOS RODRIGUES 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/04/2017, Publicado no DJE: 08/05/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.)¹⁴⁷

A mencionada decisão trata-se de um agravo de instrumento, com pedido liminar, contra a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau da 2ª Vara cível de

¹⁴⁶

Disponível

em:

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/O-sonho-da-maternidade-%C3%A0s-portas-do-Judici%C3%A1rio. Acesso em: 01. Fev. 2018.

¹⁴⁷ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/160823158/djdf-15-09-2017-pg-381/pdfView>. Acesso em: 01. Fev. 2018.

Brazlândia/DF, na qual foi indeferida a antecipação da tutela, no que se refere ao custeio da operadora de plano de saúde pelo tratamento de fertilização in vitro. A agravante se refere a uma mulher com 37 anos de idade, diagnosticada com infertilidade há cinco anos, e com endometriose. Neste caso, a agravante possui infertilidade causada por reserva ovariana reduzida, a endometriose apenas agravou o nível de infertilidade.

A agravante não possui alternativa dentro do rol oferecido pelo planejamento familiar, a não ser a utilização da reprodução humana assistida para efetivar o exercício de seu direito. E como forma de efetivação deste direito ao planejamento familiar, a operadora de plano de saúde foi condenada a custear as despesas relativas ao procedimento de reprodução humana assistida (FIV), visto que era a única opção terapêutica indicada para a paciente.

Desse modo, segundo o entendimento do Desembargador existe a obrigatoriedade na cobertura da inseminação artificial ou da fertilização in vitro pelos planos de saúde, nos casos em que não exista outro meio ou técnica de concretização do planejamento familiar responsável. A decisão fundamenta-se, ainda, na aplicação dos princípios inseridos no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a relação estabelecida entre as operadoras de planos de saúde e os usuários é identificada como consumerista, conforme súmula nº 469 do STJ¹⁴⁸. Por fim, o desembargador aduz, ainda, que por se tratar de um contrato de adesão, os limites e as condições estabelecidas devem ser vislumbradas com maior amplitude em favor do consumidor, posto que não foi oportunizado ao consumidor a possibilidade de alinhar as cláusulas contratuais com o fornecedor, apenas foi possível a liberdade de subscrição ao contrato ou não.

Em sentido oposto a decisão do RE nº 1.590.221¹⁴⁹, elaborada pela Ministra Nancy Andrighi, contrasta com a tese central do presente trabalho. A

¹⁴⁸ Súmula 469 STJ - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. (Súmula 469, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010)

¹⁴⁹ RECURSO ESPECIAL Nº 1.590.221 STJ EMENTA:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.590.221 STJ EMENTA:

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. ENDOMETRIOSE. PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXCLUSÃO DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. NÃO CONFIGURADA. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. RESOLUÇÃO NORMATIVA 338/2013. FUNDAMENTO NA LEI 9.656/98. 1. Ação ajuizada em 21/07/2014. Recurso especial interposto em 09/11/2015 e concluso ao gabinete em 02/09/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se a inseminação artificial por meio

Ministra nega a cobertura do tratamento de inseminação artificial pela operadora de plano de saúde, visto que em sua concepção as operadoras de planos de saúde não possuem o dever prestacional do planejamento familiar, vejamos o trecho do voto:

Ademais, vale dizer que a Lei 9.263/96 diz respeito ao Estado e à prestação do serviço público de saúde. Por essa razão, a disponibilização pelo Sistema Único de Saúde de auxílio referente à reprodução assistida na modalidade fertilização in vitro **constitui política pública que não se confunde nem é capaz de alterar a relação contratual-privada própria dos planos de saúde regulados pela LPS.**

Outro ponto interessante desta decisão trata-se do pedido feito pela demandante, foi requerida a cobertura do tratamento de inseminação artificial ao plano de saúde como meio de cura à endometriose. Porém, as utilizações das técnicas de reprodução humana não curam à infertilidade, conforme mencionado alhures, apenas “são tratamentos capazes de dar filhos a quem a natureza os negou”¹⁵⁰.

Além da negativa devido ao entendimento da Ministra de que a lei de planejamento familiar não diz respeito aos planos de saúde e somente ao Estado. A decisão fundamenta-se, ainda, na existência de outro meio possível para atingir o

da técnica de fertilização in vitro deve ser custeada por plano de saúde. 3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 4. A Lei 9.656/98 (LPS) dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e estabelece as exigências mínimas de oferta aos consumidores (art. 12), as exceções (art. 10) e as hipóteses obrigatórias de cobertura do atendimento (art. 35-C). 5. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a autorização prevista no art. 10, § 4º, da LPS, é o órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano-referência de assistência à saúde. 6. A Resolução Normativa 338/2013 da ANS, aplicável à hipótese concreta, define planejamento familiar como o "conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal" (art. 7º, I, RN 338/2013 ANS). 7. Aos consumidores estão assegurados, quanto à atenção em planejamento familiar, o acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, o acompanhamento de profissional habilitado (v.g. ginecologistas, obstetras, urologistas), a realização de exames clínicos e laboratoriais, os atendimentos de urgência e de emergência, inclusive a utilização de recursos comportamentais, medicamentosos ou cirúrgicos, reversíveis e irreversíveis em matéria reprodutiva. 8. A limitação da lei quanto à inseminação artificial (art. 10, III, LPS) apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar (art. 35-C, III, LPS). Não há, portanto, abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial, o que tem respaldo na LPS e na RN 338/2013. 9. Recurso especial conhecido e provido.

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

¹⁵⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Revista dos Tribunais, 1995, p. 26.

estado gravídico, e principalmente, alcançar a cura da endometriose, que neste caso é o tratamento cirúrgico. Nesse sentido, a ministra aduz em seu voto que:

“Há, inclusive, previsão específica de tratamento cirúrgico para endometriose. Nessa ordem de ideias, o tratamento referente à endometriose de que sofre a recorrida pode ser efetivado conforme a técnica médica recomendável, com a correspondente cobertura obrigatória pela operadora do plano de saúde”.¹⁵¹

A decisão afirma, ainda, que Lei de Planos de Saúde não revogou os procedimentos e técnicas elencadas na lei de planejamento familiar, visto que, “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” (art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB)¹⁵². Logo, a lei planejamento familiar nº 9.623/96, não foi revogada e nem modificada pela lei de planos de saúde nº 9.656/98, segundo a ministra houve apenas uma delimitação quanto às técnicas obrigatórias do plano de saúde. A ministra, afirma, ainda, que não há desequilíbrio contratual, devido o respaldo da Lei de Planos de Saúde e na Resolução normativa nº 428/2017, quanto à exclusão da cobertura de inseminação artificial.

Infelizmente, a decisão da Ministra não considera diversos aspectos imprescindíveis, como por exemplo, a infertilidade é reconhecida como uma doença do sistema reprodutivo, ao negar o custeio deste tratamento para os casais inférteis, que não possuem outro meio para a concepção, a não ser o uso das técnicas de reprodução humana assistida, a Ministra acaba negando o acesso à saúde, ao direito fundamental e social. Além disso, é preciso analisar os princípios envolvidos na relação contratual de um serviço tão importante, sendo indispensável à ponderação dos interesses das operadoras e dos beneficiários para se alcançar a finalidade do equilíbrio contratual e econômico.

A economia e a livre iniciativa devem estar comprometidas e alinhadas com a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária. Desta forma, os

¹⁵¹ Trecho da Decisão STJ - REsp: 1590221 DF 2016/0067921-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2017)

¹⁵² Trecho da Decisão STJ - REsp: 1590221 DF 2016/0067921-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2017)

contratos de planos de saúde devem ser visualizados e interpretados em prol da sociedade e da efetividade de prestação do serviço suplementar à saúde.

Além disso, quando o consumidor subscreve a um contrato, ele não delimita as cláusulas do contrato, elas vem pré-estabelecidas pelo fornecedor. Neste contexto de desequilíbrio contratual, só resta ao consumidor a intervenção judicial, a fim de se possibilitar a harmonização dos interesses econômicos das operadoras com a eficácia do direito à saúde, como fim último do ramo de saúde suplementar, bem como, a máxima efetividade desse direito fundamental social.

4. A obrigatoriedade da cobertura de inseminação artificial nos contratos de plano de saúde brasileiros

Como vimos o direito à saúde foi erigida no nível de direito social, sendo, portanto um direito fundamental de todo cidadão. Logo, a efetivação deste direito é de extrema importância para que o indivíduo alcance a vida digna e plena. Trata-se de competência do Estado a promoção do direito à saúde, bem como, a regularização, a fiscalização e o controle dos serviços prestados por entidades privadas, identificados como serviço de saúde suplementar.

Nesse sentido, a prestação à saúde suplementar é de livre iniciativa das instituições privadas, entretanto, por ser caracterizado como um serviço de relevância pública as operadoras de planos de saúde deverão oferecer aos consumidores condições mínimas de qualidade e competência, no que diz respeito à prestação de saúde.

Nessas circunstâncias, a prestação dos serviços à saúde não ficará ao bel prazer do mercado de consumo ou ao arbítrio dos grandes empresários. Uma vez que não se trata de uma mera prestação de serviço, trata-se de um direito constitucional social. Desta forma, competem as operadoras de planos de saúde a elaboração de contratos que respeitem os princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, bem como, todos os princípios gerais estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

Para reforçar a compreensão de que as operadoras de planos de saúde são obrigadas a custear a inseminação artificial para os casais inférteis, será trabalhado no próximo capítulo alguns institutos jurídicos que reforçará o embasamento do tema central deste trabalho.

4.1 Cláusula geral da boa-fé objetiva

Como vimos à teoria contratual passou por uma evolução, da Concepção Clássica dos contratos para a Teoria Contemporânea. Esta evolução acarretou algumas mudanças nas relações contratuais, como por exemplo, os princípios contratuais clássicos da autonomia da vontade e *pacta sunt servanda* passaram a ser analisados sob uma diferente perspectiva, delineado pelos princípios constitucionais presentes no ordenamento jurídico, da dignidade da pessoa humana

e solidariedade social. Os contratos contemporâneos devem se relacionar com a boa-fé objetiva, com a função social do contrato e também com o equilíbrio econômico contratual.¹⁵³

Segundo Judith Martins a definição de boa-fé objetiva não é de fácil conceituação, devido a “expressão semanticamente vaga ou aberta”¹⁵⁴ Para a ilustre doutrinadora o conteúdo da boa-fé encontra-se interligado com as circunstâncias de cada contrato e sociedade. Além disso, a função do princípio da boa-fé objetiva tem mais relevância e aplicação que sua mera conceituação.¹⁵⁵

Para Joseane Suzart o princípio da boa fé objetiva “pressupõe que os participantes em dada relação jurídica atuem em conformidade com os padrões de conduta que, em certa comunidade, seriam previsíveis como normais e aceitáveis”.¹⁵⁶ Estes padrões de condutas não poderão ser delimitados , de modo prévio, pelos legisladores, é preciso avaliar os “aspectos históricos, culturais, sociais, econômicos e políticos”.¹⁵⁷

O princípio da boa-fé se subdivide em boa fé subjetiva e boa fé objetiva. O aspecto subjetivo é representado por um estado psicológico, a boa intenção. O aspecto objetivo trata-se da boa-fé concreta, sendo a realização de uma boa conduta¹⁵⁸.

Para Franz Wieacker, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ocorrerá de três formas, “a) atuação consoante o sentido estrito do ordenamento jurídico (*officium iudicis*); b) *Praeter legem* exigindo-se que as partes adotem condutas justas na defesa dos seus interesses”, e, por fim, “c) *Contra legem*, ou seja, como meio de ruptura ético-jurídica do direito positivo”.¹⁵⁹

¹⁵³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009, p.283.

¹⁵⁴ COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 1999. 2015, p. 36.

¹⁵⁵ ¹⁵⁵ COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 1999. 2015, p. 41.

¹⁵⁶ SILVA, Joseane Suzart Lopes. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 422.

¹⁵⁷ SILVA, Joseane Suzart Lopes. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 423

¹⁵⁸ ¹⁵⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009, p.285.

¹⁵⁹ SILVA, Joseane Suzart Lopes. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 428 *apud* WIEACKER, Franz. El Principio General de La buena fe. Trad. José Luis Carro. Madri, Civitas, 1946, p. 125.

De acordo com a divisão de Franz Wieacker, podemos afirmar que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de planos de saúde, no que tange a negativa do custeio das técnicas de reprodução humana, além das outras funções, deverá ocorrer como meio de ruptura da Resolução normativa nº 428/2017 da ANS e da Lei de planos de saúde. Tendo como objetivo, alcançar o equilíbrio contratual, a efetivação dos princípios constitucionais em detrimento da desenfreada busca pela lucratividade das operadoras de planos de saúde.

Na interpretação dos contratos de planos de saúde, não pode se ater apenas ao teor da estrutura contratual, visto que desse modo à interpretação literal “em nada contribuiria para a defesa da boa-fé dos aderentes, desprotegidos contra as armadilhas das cláusulas pré-redigidas pelas operadoras”¹⁶⁰. A interpretação dos contratos de planos de saúde deverá ser levada em conta a partir dos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, direito fundamental à saúde, entre outros. Não é razoável a sobreposição de uma relação contratual às garantias constitucionais.

Conforme Joseph Esser, a leitura da função integrativa da boa-fé objetiva nos contratos deverá ocorrer como um dever de deferência, as partes de uma relação contratual deverão satisfazer suas vontades e desejos. Entretanto, não poderão esquecer do outro indivíduo da relação. Sendo necessário o alinhamento dessas vontades e desejos de ambas as partes, para que nenhum integrante da relação seja onerado.¹⁶¹ Outro dever elencado por Joseph Esser é o dever de fidelidade, para o autor essas obrigações contratuais “comportam a subdivisão em deveres de notificação, deveres de informação, de cuidado e de elaboração”¹⁶². Sendo estes, os deveres laterais que as partes de uma relação jurídica devem seguir.

No ordenamento jurídico brasileiro, o código civil de 2002 elenca três funções do princípio da boa-fé objetiva. No art. 113¹⁶³ do referido Código é dado a este princípio a função interpretativa, na qual se estabelece que os contratos devem ser

¹⁶⁰ SILVA, Joseane Suzart Lopes. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 434

¹⁶¹ SILVA, Joseane Suzart Lopes. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 439 *apud* ESSER, Joseph. Principio y norma em la elaboración jurisprudencial de derecho privado. Trad. Eduardo Valti Fiol, Bosch, 1961, p. 285-7.

¹⁶² SILVA, Joseane Suzart Lopes. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 439 *apud* ESSER, Joseph. Principio y norma em la elaboración jurisprudencial de derecho privado. Trad. Eduardo Valti Fiol, Bosch, 1961, p. 285-7.

¹⁶³ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

interpretados pela máxima lealdade, transparência e solidariedade. Outras funções verificadas é a do controle, elencado no art. 187 do CC/02¹⁶⁴ e a função interpretativa elencada no art. 422¹⁶⁵ do CC/02, na qual se estabelece que os contratos não devem ser analisados sob o ponto de vista individualista, sendo imprescindível a análise de todo o conjunto, do ambiente de solidariedade.

A professora Roxana Borges, elenca que:

“Não convence o discurso démodé de que a intervenção legal ou judicial nos contratos é fator de insegurança jurídica e de um suposto “custo Brasil”, como alardeiam os porta-vozes do empresariado nacional e estrangeiro. Tal discurso está deslocado, fora de época, fora de contexto, pois ultrapassado no século passado por um compromisso público com outro valor, que prevalece, como objetivo principal, sobre a segurança jurídica, que é a justiça contratual ou equidade contratual ou, simplesmente, equilíbrio contratual”¹⁶⁶

Neste contexto é possível afirmar, que a compreensão e interpretação de uma relação jurídica devem ser enxergadas em sua totalidade, considerando os princípios norteadores da Constituição Federal de 1988, das normas consumerista e normas contratuais. Os contratos devem ser construídos e elaborados em plena harmonia com os anseios e necessidades das partes, da forma mais equilibrada possível. A intervenção judicial nos contratos para atingir o reequilíbrio contratual não deve ser a regra, deve ser a exceção. As operadoras de planos de saúde devem prestar serviços com qualidade mínima aos seus usuários, a restrição quanto à inseminação artificial para os casais inférteis é abusivo, não cumpre com o princípio da boa-fé contratual.

4.2 Função social do contrato

A função social do contrato é definida pela ilustre professora Joseane Suzart como “princípio ou cláusula geral que norteia as relações de natureza contratual,

¹⁶⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁶⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁶⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Contrato: Do clássico ao contemporâneo: A reconstrução do conceito. Disponível em : <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/081007.pdf>. Acesso em: 29. Jan 2018.

exigindo-lhe regularidade para que não causem impactos negativos perante a sociedade”¹⁶⁷.

Para Tereza Negreiros “a função social dos contratos é resultado do novo fundamento da sua força obrigatória, que se deslocou da vontade para a lei”, além disso, a força vinculante do contrato passa a estar funcionalizada à realização das finalidades traçadas pela ordem pública”, ela finaliza que os contratos não deverão ser “interpretado como apenas um instrumento de satisfação dos interesses dos contratantes individualmente considerados”.¹⁶⁸

O princípio da função social do contrato encontra-se expresso nos art. 421¹⁶⁹ e art. 2035 § único¹⁷⁰ do Código Civil de 2002, bem como, de forma implícita no Código de Defesa do consumidor. A função social do contrato trata-se da preocupação com a coletividade, com a finalidade coletiva. Para Miguel Reale, a função do contrato não é apenas atender aos interesses e demandas das partes, entretanto, deve atender toda a sociedade, uma vez que o contrato também produz efeitos para terceiros¹⁷¹.

A concepção que se deve ter deste princípio, é de que a economia e a livre iniciativa devem estar comprometidas e alinhadas com a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária. Neste contexto, os contratos de planos de saúde devem ser visualizados e interpretados em prol da sociedade e da efetividade de prestação do serviço complementar à saúde. A economia do país não se esgota em si mesmo, ela está a serviço da sociedade.

Os contratos são indutores do desenvolvimento social, desse modo, não se pode conceber uma liberdade contratual que venha ferir um direito fundamental dos indivíduos. Além disso, os contratos de planos de saúde não servem apenas para realizar uma operação econômica entre o usuário e o fornecedor, eles servem, também, para projetar a realização de valores presentes no Estado Social, que é a

¹⁶⁷ SILVA, Joseane Suzart Lopes. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 476

¹⁶⁸ NEGREIROS, Tereza. Teoria do contrato. Novos paradigmas, Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p.228

¹⁶⁹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁷⁰ Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

¹⁷¹ REALE, Miguel. Nova fase do direito Moderno. São Paulo. Saraiva, 1990, p. 95.

prestação ao direito fundamental à saúde, entre outros princípios.

Imperioso salientar, que a função do contrato não possui o condão de limitar a liberdade de contratar, ela apenas limita a o conteúdo contratual. No Brasil há a prevalência doutrinária e jurisprudencial, no sentido de que a função social do contrato tem uma dupla eficácia. Tendo, portanto, uma eficácia interna, que é a aplicação entre as partes do contrato de acordo com o Enunciado nº 360 da IV Jornada de Direito Civil¹⁷², bem como, possui eficácia externa, que é aplicação dos efeitos perante terceiros, conforme o Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Civil¹⁷³.

A eficácia interna se concretiza no que tange a proteção da dignidade humana dentro do contrato¹⁷⁴, no reconhecimento de cláusulas notoriamente abusivas como nulas, na proteção do equilíbrio contratual, proibindo a onerosidade excessiva de uma das partes, outra aplicação da eficácia interna se dá na tutela da parte vulnerável do contrato, que de acordo o Código Civil é o aderente¹⁷⁵. Podemos citar, como exemplo da aplicação deste entendimento, a Súmula nº 302 do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁶, na qual se determinou a abusividade da cláusula contratual que estipulava a limitação temporal de internação hospitalar.

Podemos afirmar que a súmula aborda todos os aspectos mencionados alhures, verifica-se a garantia ao usuário do plano de saúde da proteção e manutenção de sua vida, como também, ocorre a declaração da nulidade quanto ao conteúdo da cláusula abusiva. Além disso, há a conservação do contrato, uma vez que mantem-se o objeto contratual e apenas é retirada a cláusula abusiva. Por fim, verifica-se especialmente a proteção da parte vulnerável do contrato, o consumidor.

A aplicação da eficácia externa ocorre com a aplicação da proteção dos direitos difusos e coletivos aos contratos. Sendo o contrato nulo ou ineficaz quando

¹⁷² Enunciado nº 360 O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.

¹⁷³ Enunciado nº 21 A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

¹⁷⁴ I Jornada de Direito Civil, Enunciado nº 23, A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

¹⁷⁵ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

¹⁷⁶ Súmula nº 302 É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

violam algum destes direitos. Outra aplicação que se dá a esta eficácia, é a proteção da tutela externa do crédito, na qual se tem como dogma que o contrato fera efeitos perante terceiros.

5 CONCLUSÃO

1. Como foi estudada a saúde era entendida apenas sob o aspecto biológico, sendo a mera ausência de enfermidade. Esta conceituação restritiva inclusive não abordava as questões externas, como o acesso ao saneamento básico, fornecimento de água potável e questões de ordem psíquicas, limitavam-se, apenas as questões físicas. Contudo, após a nova delimitação do termo saúde pela OMS, a saúde passou a ser definida inclusive como estado de completo “bem-estar físico, mental e social”. Além disso, o direito à saúde foi erigido como direito fundamental social no Brasil, sendo um direito indisponível por natureza.
2. A mudança na nova delimitação da saúde não apenas delimitou o termo de forma mais abrangente e positiva, a mudança firmou avanço no plano formal, uma vez que o aspecto positivo do termo possibilitou a adoção de políticas públicas pelo Estado brasileiro, em nível sanitário e profilático. Desta forma, ficou nítida a responsabilidade dos governos pela saúde física, psíquica e mental de seus administrados. Sendo dever do Estado à ampliação e aperfeiçoamento do padrão de saúde da população.
3. Desse modo, não restam dúvidas que se a infertilidade é uma doença do sistema reprodutivo, inclusive reconhecida pela OMS como um problema de saúde reprodutiva, com CIDS específicos para cada tipo de infertilidade, é obrigação do Estado a promoção, a proteção e a recuperação do bem-estar físico, mental e psíquico dos casais inférteis.
4. Por sua importância o direito à saúde foi elencado como um serviço de relevância pública, desse modo, foi atribuído ao Estado um poder de intervenção em nível mais elevado que em relação a outros serviços prestados por particulares. Sendo a função de o Estado normatizar, regulamentar e fiscalizar tais serviços. Logo, se a saúde é um serviço de utilidade pública, quando uma pessoa jurídica de direito privado ou qualquer outra instituição presta estes tipos de serviços, a prestação da saúde suplementar, realizada pelas operadoras de planos de saúde, não ficaram a bel prazer do mercado de consumo. As empresas deverão prestar serviços com qualidades mínimas e de forma ampla.
5. Devido à relevância dos serviços prestados pelas operadoras de planos de

saúde, a efetivação da saúde deverá ser feita de forma ampla, conforme sua conceituação mundial. Por consequência, o direito fundamental à saúde, bem como, a Lei nº 8.080/90, deverão ser compreendidos com a mesma amplitude e abrangência da definição do termo saúde, uma vez que estamos falando na prestação de saúde de formar suplementar ao Estado.

6. Conforme foi estudado, a incapacidade em conceber descendentes genéticos, pode causar no casal infértil sérios problemas psíquicos, afastando-os do estado completo de bem-estar mental. Desta forma, o Estado e o as operadoras de planos de saúde, deverão custear os tratamentos indicados para cada caso de infertilidade. Como sabemos, há casos de infertilidade que apenas as técnicas de reprodução humana assistidas irão permitir a concretização do direito à concepção e à descendência. Logo, se não existe outro meio viável e indicado pela medicina contemporânea para a efetivação do direito de ter filhos, as operadoras de plano de saúde deverão custear os tratamentos de inseminação artificial, uma vez que são prestadoras de um serviço de utilidade pública, e de caráter fundamental.

7. Insta salientar que a inseminação artificial não irá curar a infertilidade. Contudo, é o tratamento capaz de dar filhos a quem a natureza negou. São apenas paliativos necessários para o atingimento do completo estado de bem-estar físico, mental e psíquico do ser humano. Consequentemente, a efetivação do direito à saúde.

8. Por outro lado, apesar da positivação dos direitos sociais pela Constituição Federal de 1998, e a autorização pelo Estado da prestação de serviços à saúde por entes privados, não há a efetivação plena desse direito. Então, apesar do avanço das técnicas de reprodução humana assistida que são capazes de concretizar o sonho e o direito à concepção, não há obrigatoriedade no custeio deste tratamento aos casais inférteis. Uma vez que o Estado transferiu um serviço de suma importância, sem a devida legislação. A lei de plano de saúde, inclusive, tem o rol de técnicas e procedimentos de caráter não obrigatório dos planos, na qual se encontra a exclusão da inseminação artificial e das demais técnicas de reprodução humana assistida.

9. A lei de planos de saúde foi criada a partir de inúmeros debates envolvendo entidades de proteção ao consumidor, comissão de fornecedores dos serviços de

saúde, representante das entidades médicas e órgãos da área da saúde, para que fosse elaborada uma lei justa e equilibrada. Todavia, isso não ocorreu. A lei de Plano de Saúde já nasceu com inúmeras limitações ao consumidor, com diversas exclusões no que tange a cobertura pelas operadoras, como por exemplo, a exclusão do custeio da inseminação artificial. Além da limitação legislativa, o consumidor ainda tem a limitação contratual. Podemos afirmar então que a relação é extremamente onerosa e desvantajosa ao consumidor vulnerável.

10. Nesse contexto, é de suma importância que os contratos de planos de saúde sejam readequadas a realidade e as demandas do consumidor, visto que se tratam de contratos de longa duração, sem prazo estimulado para término e além disso, as operadoras não podem cancelar os referidos contratos sem a prévia autorização da ANS. Neste caso, é preciso que o poder público intervenha nesta relação contratual, uma vez que as limitações impostas pela lei e pelos contratos afastam o consumidor infértil de atingir a saúde plena, uma vez que não terão a cobertura do tratamento de inseminação artificial.

11. Por esses motivos, o presente trabalho predispôs a estudar o direito à procriação, que é conhecido no ordenamento jurídico como um direito que o casal possui para escolher de forma livre e responsável a sua prole, o intervalo destes nascimentos, com o fito de se atingir o mais elevado nível de saúde sexual e reprodutiva. Neste sentido, é possível afirmar que todo cidadão tem direito a concepção e a descendência, podendo exercê-lo por meio da concepção natural ou a partir de técnicas de reprodução humana assistida, nos casos de infertilidade do casal.

12. Desta forma, é possível afirmar que o custeio do tratamento de inseminação artificial pelas operadoras de plano de saúde, para os casos de infertilidade, tem fundamento nos preceitos constitucionais de direito à saúde, direito à concepção e no direito ao livre planejamento familiar.

13. A exclusão do tratamento da inseminação artificial esta amparada na lei de planos de saúde. Todavia, o sistema jurídico brasileiro assegurou o planejamento familiar como direito essencial a todos os casais ou indivíduos, e para concretização do art. o art. 226, §7º da CF/88, foi criada a lei nº 9.263/96, para dar efetividade a este direito constitucional.

14. A inclusão na lei de planos de saúde do inciso III, artigo 35 C, obrigou as operadoras de planos de saúde custear os tratamentos de inseminação artificial quando se tratar de situações envolvendo o planejamento familiar. Todavia, a ANS editou a resolução normativa nº 428/2017, na qual foi ratificada a exclusão da cobertura do tratamento de inseminação artificial até mesmo para os casos de planejamento familiar. Desta forma, fica nítido que o poder econômico das operadoras de plano de saúde sobrepujaram inúmeros direitos constitucionais.

16. O presente trabalho demonstrou que apesar de ainda existir pouca demanda judicial neste sentido, há alguns casos de relevância a serem visto. Como por exemplo, a decisão do TJDFT que concedeu à mulher infértil a cobertura do tratamento de inseminação artificial pelos planos de saúde. A decisão fundamenta-se não só no direito à saúde como também no direito constitucional ao planejamento familiar. Uma vez que a infertilidade é reconhecidamente uma doença, e que na maioria das vezes a técnica indicada para a superação desta limitação fisiológica é a reprodução humana assistida.

15. Além disto, a obrigatoriedade da cobertura do tratamento de inseminação artificial pelas operadoras de saúde se fundamenta também na interpretação ampla dos princípios da boa fé objetiva. Na qual a conduta das partes deverão ser baseadas na lealdade e confiança recíprocas.

16. A obrigatoriedade na cobertura da inseminação artificial pelas operadoras de plano de saúde se fundamenta também na função social do contrato. Apesar de ser um princípio jurídico de delimitação indeterminada, devem-se compreender os contratos de planos de saúde buscando equivalência material entre os contratantes da relação jurídica, em prol da sociedade e do bem comum. Logo, ao excluir a cobertura da inseminação artificial aos indivíduos inférteis, o contrato de plano de saúde não cumpre a sua função social.

17. Neste contexto, imperioso destacar que é interesse social que os contratos estabelecidos entre os consumidores e as operadoras de planos de saúde sigam e respeitem os princípios constitucionais. Como por exemplo, o princípio da proteção do consumidor, princípio do equilíbrio contratual econômico.

18. O presente trabalho não defende o fornecimento indiscriminado das técnicas de reprodução humana assistida para todos os indivíduos que desejarem.

É necessário analisar o caso, as particularidades e possíveis alternativas economicamente mais viáveis. Uma vez que conforme vimos, as técnicas de reprodução humana assistida possuem custos extremamente elevados e o fornecimento indiscriminado acarretaria desequilíbrio contratual e consequentemente tal prejuízo seria repassado aos demais consumidores com o aumento das mensalidades. Dessa maneira, seria justa e leal a cobertura da inseminação artificial aos casais inférteis que não possuem outra opção para a concretização da concepção biológica.

19. Neste caso as operadoras de planos de saúde não devem negar o custeio das referidas técnicas tendo como fundamento o equilíbrio financeiro da empresa. A prestação da saúde em caráter suplementar deve cumprir com efetivação da delimitação do termo saúde. Concretizando aos consumidores o estado de completo bem estar físico, mental e psíquico.

20. Outro ponto que merece destaque nas decisões judiciais é que os julgadores não diferenciam as técnicas de reprodução humana assistida. A partir dos julgados foi possível observar que eles tratam a fertilização in vitro e a inseminação artificial como um só procedimento. Entretanto, trata-se de técnicas diferenciadas, com parâmetros diferenciados para a utilização de cada um, e também, com valores distintos. A inseminação artificial como vimos, possui custo inferior, enquanto a fertilização in vitro por ser um procedimento mais avançado possui o custo superior ao da inseminação artificial.

21. O presente trabalho compreende o direito à procriação como um direito decorrente do direito fundamental à saúde, à vida, e ao planejamento familiar. Deste modo, as técnicas de reprodução humana assistida possuem o condão de suprir o problema e a patologia da infertilidade humana, facilitando o processo de procriação e a perpetuação das espécies, quando todos os outros métodos possíveis tenham falhado.

22. 22. O objetivo do tema central deste trabalho é apresentar a solução para a concretização do direito à procriação a partir da aplicação do diálogo das fontes nos casos de infertilidade. Nestes casos, os planos de saúde deverão ser obrigados a custear o tratamento de inseminação artificial a partir da interpretação, da integração e da aplicação das normas consumeristas, normas civilistas, direitos constitucionais, dos princípios contratuais em consonância com a lei de planos de

saúde. Desta forma, se obterá a coordenação e a coerência sistemática desses vários textos normativos em prol da parte mais fraca da relação, o consumidor.

Referência

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Descendência Genética, Direitos Fundamentais e Princípios Sociais. Curitiba: Juruá, 2015, pg. 40.

BADALOTTI, Mariângela. TELOKEN, Cláudio. PETRACO, Álvaro. Infertilidade: Definições e Epidemiologia. Fertilidade e infertilidade humana. Rio de Janeiro: MEDSI, 1997, p.602.

BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 37)

BARROSO, Luís Roberto. "Interpretação e aplicação da Constituição". 3ª São Paulo: Saraiva, 1999. p. 149

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009, p.283.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Contrato: Do clássico ao contemporâneo: A reconstrução do conceito. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/081007.pdf>. Acesso em: 29. Jan 2018.

CATUSO, Joseane. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2008, p.158. Disponível em: <http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/15151/Joseane%20Catuso%20%20dissertacao.pdf?sequence=1%253E>. Acesso em: 24. Fev 2018

CORREA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. Revista de Bioética, volume 9, nº 2

COSTA, Aníbal. Fertilização InVitro(IVF) e Transferência de Embriões(ET): Indicações Atuais. In: BADALOTTI, Mariângela. TELOKEN, Cláudio. PETRACCO, Álvaro. Infertilidade: Definições e Epidemiologia.

COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 1999. 2015, p. 36.

DELGADO, Maria João Coito (2007) – O desejo de ter um filho. As vivências do casal infértil. Lisboa : Universidade Aberta. Tese de mestrado. Acesso em: 17. Jan. 2018. Disponível em <http://repositorioaberto.univ-ab.pt/bitstream/10400.2/724/1/LC331.pdf>.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002

Disponível em: <<https://dicionarioaurelio.com/saude>>. Acesso em: 12 Dec. 2017

Disponível em: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>. Acesso em: 12. Dec.2017

Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm. Acesso em: 10 de jan 2018.

Disponível em: <http://cid.ninsaude.com/pesquisar-por-cid/>

Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_10.htm. Acesso em: 10 de jan 2018

Disponível em: <http://meuperiodofertil.com.br/quanto-custa-uma-inseminacao-artificial-no-brasil>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

Disponível em: http://redlara.com/aa_portugues/glossario.asp. Acesso em: 16 Dec. 2017

Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>. Acesso em: 16 dec. 2017

Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>

Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/216>. Acesso em: 10. Fev 2018

Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/295>. Acesso em: 10. Fev 2018

Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswhohtml>. Acesso em 12. Dec.2017

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acessado em: 10 de janeiro de 2018

Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 05 janeiro de 2018.

Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/O-sonho-da-maternidade-%C3%A0s-portas-do-Judici%C3%A1rio

Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/

Not%C3%ADcias/O-sonho-da-maternidade-%C3%A0s-portas-do-Judici%C3%A1rio. Acesso em: 01. Fev. 2018.

Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/160823158/djdf-15-09-2017-pg-381/pdfView>. Acesso em: 01. Fev. 2018.

Dunselman GA, Vermeulen N, Becker C, Calhaz-Jorge C, D'Hooghe T, De Bie B, et al. ESHRE guideline: management of women with endometriosis. Human reproduction. 2014; p. 51.

DZIK, Atur; PERERIA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario; AMARAL, Waldemar Naves do Amaral. Tratado de Reprodução Assistida. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana 2ª Edição, p. 52.

DZIK, Atur; PERERIA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario; AMARAL, Waldemar Naves do Amaral. Reprodução Assistida/Indicações e Tratamentos. São Paulo. Ed. Segmento Farma. 2012, pgs. 2,3.

DZIK, Atur; PERERIA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario; AMARAL, Waldemar Naves do Amaral. Tratado de Reprodução Assistida. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana 2ª Edição

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. Planos de saúde e direito do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 140.

FERNANDES NETO, Guilherme. Cláusula de fidelidade. Disponível em: http://www.guilhermefernandes.pro.br/site_media/uploaded/article/Clausula_de_Fidelidade.pdf. Acesso em: 10 fev 2018.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Curso de Direito de Saúde Suplementar. Manual Jurídico de Planos e seguros de Saúde. 2ª ed. Rio de Janeiro, p. 167.

Glossário Revisado da Terminologia das Técnicas de Reprodução Assistida (TRA), Comitê Internacional para Monitorização da Tecnologia Reprodutiva Assistida (ICMART) e Organização Mundial da Saúde (OMS).

Disponível em: http://redlara.com/aa_portugues/glossario.asp. Acessado em: 05 de janeiro de 2018.

GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde, A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016, p. 185.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro. Forense. 2001, p.4.

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de defesa do Consumidor – Revista de Direito do Consumidor, nº5, São Paulo, RT, p.188, jan. – mar.1993.

GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde. A ótica da proteção do consumidor. São Paulo. Revista dos Tribunais. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31),2007, p. 98.

[Http://arturdzik.med.br/_pdf/atlascapitulosartur.pdf](http://arturdzik.med.br/_pdf/atlascapitulosartur.pdf). Acesso em: 05 jan 2018

http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/246/246

JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. Descendência Genética, Direitos Fundamentais e Princípios Sociais. Curitiba: Juruá, 2015, pg. 40.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Revista dos Tribunais, 1995, p. 26.

MACEDO, Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. São Paulo, Max Limonad, 1998. p 41.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 81.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 5.ª ed., São Paulo: RT, p. 90, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor. (Biblioteca do direito do consumidor v.36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 112.

MARTINS, Wal. Direito à Saúde: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 55.

MENNING, Barbara Eck. The Emotional Needs Of infertile Couples. Modern Trends, Associate Editor. Massachusetts, USA, Vol. 34, nº 4, October, 1980.

Disponível em: [http://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(16\)45031-4/pdf](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(16)45031-4/pdf). Acesso em: 07 /01/2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, São Paulo: Saraiva, vol.3

NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na Perspectiva Civil-Constitucional. Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2002, v. II, p. 109.

NEGREIROS, Tereza. Teoria do contrato. Novos paradigmas, Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p.228

NERY JR, Nelson. Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor: RT, 1994. p. 68.

PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). Teoria dos Direitos Humanos. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 175.

PODAGEC, Sérgio. Manual de endometriose. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2014, p. 79.

Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/13162/material/Manual%20Endometriose%202015.pdf>.

RAIMUNDO, José Miguel. Infertilidade uma realidade atual. Revista 3 Auditores. Lisboa, nº 71, outubro/dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.oroc.pt/fotos/editor2/Revista/71/Saude.pdf>. Acesso em: 04/01/2018

SÁ JÚNIOR, Luis Salvador de Miranda, Desconstruindo a definição de saúde. Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM). Jul/ago/set de 2004, pg 15-16.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10º ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. p.77

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada.

Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Reprodução Humana Assistida. Um direito fundamental?. 1 ed. Curitiba: Appris, 2015, p. 138.

SILVA, Joseane Suzart Lopes. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 146.

SILVA, Joseane Suzart Lopes. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 428 apud WIEACKER, Franz. El Principio General de La buena fe. Trad. José Luis Carro. Madri, Civitas, 1946, p. 125.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO HUMANA. Guideline para Abordagem de Infertilidade conjugal, p. 1.

Disponível em: http://www.sbrh.org.br/guidelines/guideline_pdf/guideline_de_infertilidade_conjugal.pdf. Acesso em: 06 janeiro de 2018.

TSO, Leopoldo de Oliveira. DUARTE FILHO, Mario; Epidemiologia da Infertilidade. São Paulo: Segmento Farma, 2011, p.2.

WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pg. 131.