



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
COLEGIADO DE DIREITO**

CRISTIANO SAMPAIO CAVALCANTE

**A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES AO
PLANEJAMENTO FAMILIAR DIANTE DA INFERTILIDADE E
EM FACE DOS PLANOS DE SAÚDE**

Salvador
2018

CRISTIANO SAMPAIO CAVALCANTE

**A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES AO
PLANEJAMENTO FAMILIAR DIANTE DA INFERTILIDADE E
EM FACE DOS PLANOS DE SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Colegiado de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Joseane Suzart Lopes da Silva

Salvador
2018

CRISTIANO SAMPAIO CAVALCANTE

**A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES AO
PLANEJAMENTO FAMILIAR DIANTE DA INFERTILIDADE E
EM FACE DOS PLANOS DE SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Colegiado de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 04 de agosto de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Joseane Suzart Lopes da Silva – Orientadora _____

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia – UFBA

Tiago Silva de Freitas _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Bruno César de Carvalho Coêlho _____

Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador
Universidade Federal da Bahia

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, por ser essencial e a bússola da minha vida, com Ele tudo é possível;

Aos meus pais Adolfo Cavalcante e Nadja Sampaio pelo amor incondicional que devotam a mim, sendo responsáveis por me tornar o homem que sou;

A minha esposa Van Cerqueira por estar comigo em todos os momentos, sendo minha companheira leal, meu porto seguro, meu amor;

A memória das pessoas importantes da minha vida que já não se encontram nesse plano físico, mas que permanecem vivas em meu coração e pensamento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus, que em meio aos meus tropeços não me desamparou, me deu livramento e proteção, e iluminou o meu caminho até aqui, não me deixando titubear e nem me perder nessa longa, tortuosa e árdua jornada.

Aos meus pais por me encorajarem e incentivarem, acreditando tanto em mim que não deixavam espaço para dúvidas das escolhas e do rumo que estava a trilhar.

A minha esposa Van Cerqueira, por ser uma companheira leal, compreensiva, dedicada, e que soube ser incansável quando o objetivo era me fortalecer e me amar.

As minhas tias Edna Sampaio e Elza Sampaio, pelo cuidado e carinho que foram fundamentais na minha trajetória de vida.

Aos meus irmãos, sobrinhas, e demais familiares, que são tão importantes para mim, e fizeram por vezes o meu fardo ficar mais leve.

A minha orientadora Joseane Suzart, por me conduzir brilhantemente na construção dessa pesquisa, sendo para mim um exemplo de pessoa e profissional.

Ao corpo docente da Faculdade de Direito, mestres que me guiaram nessa busca pelo conhecimento jurídico, me preparando para as próximas batalhas a surgir.

Aos funcionários da UFBA, colegas de curso, e amigos, que contribuíram de formas distintas para cada passo dado nessa etapa acadêmica até o seu desfecho.

E a todas as pessoas que de alguma forma somaram para a minha formação, para o encerramento desse ciclo, deixo aqui registrado o meu muito obrigado.

“Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. ”

Boaventura de Sousa Santos

RESUMO

Este presente trabalho trata do Planejamento Familiar, que é definido como um conjunto de ações para regular a fecundidade, garantindo o direito à constituição, limitação ou ao aumento da prole. Estima-se que de 8 a 10% dos casais tem algum problema de infertilidade, já descoberto por eles ou ainda oculto. Buscando pelo sonho de ter filhos, consumidores inférteis acionam judicialmente seus respectivos planos de saúde, para que eles sejam condenados a custear a fertilização *in vitro*. A hipótese suscitada para os problemas evocados é de que a obrigação da efetivação do Planejamento Familiar é uma responsabilidade solidária entre os planos de saúde e o Estado, partindo da premissa da infertilidade enquanto doença, teria o CDC a legitimidade de proteger os interesses desses consumidores e exigir a prestação dessa obrigação por parte dos planos de saúde. Objetiva-se elucidar a efetiva aplicação do Código de Defesa do Consumidor para a proteção do direito ao Planejamento Familiar dos consumidores contratantes de planos de saúde, se estariam eles, sob a égide do CDC, munidos da garantia de que terão a cobertura integral dos planos contratados no tratamento de suas respectivas infertilidades. No primeiro capítulo, buscou-se evidenciar o objeto de estudo e casos concretos. No segundo capítulo, foram analisados os posicionamentos jurisprudenciais. No terceiro capítulo, definiu-se a infertilidade, o planejamento familiar e normas que regulam os planos de saúde. No quarto capítulo, buscou-se o respaldo normativo que possui o consumidor infértil para reivindicar o tratamento necessário, e a preposição de uma solução para esse impasse na seara consumerista. No âmbito da metodologia, para o desenvolvimento dessa pesquisa, utilizou-se os métodos hipotético-dedutivo, dedutivo e indutivo, valendo-se da interpretação e hermenêutica, alinhadas às perspectivas sociológicas, filosóficas e jurídicas. Referente aos tipos genéricos de investigação empregados, este trabalho valeu-se das linhas histórico-jurídica, jurídico-interpretativa e jurídico-propositiva. No que tange aos procedimentos técnicos, foi feita a opção pela realização da pesquisa bibliográfica, documental e estudo de casos. A natureza da investigação é aplicada, e para coleta dos dados temos presentes os de natureza primária e secundária. O reconhecimento da Organização Mundial de Saúde é que a infertilidade é uma patologia, e para o consumidor que contrata o seguro-saúde, o Estado e o plano de saúde possuem uma obrigação solidária de prover o tratamento necessário para sanar essa doença, sendo assim, a fertilização *in vitro* pode ser demandada judicialmente dos fornecedores que se recusarem a dar cobertura aos beneficiários. O pleito dos consumidores possui a defesa normativa esperada no Código de Defesa do Consumidor, que condena as práticas lesivas dos planos de saúde que coloca os beneficiários em desvantagem excessiva, e anula cláusulas contratuais abusivas como as que negam a cobertura de procedimentos.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Planejamento Familiar; Planos de Saúde; Infertilidade; Fertilização *in Vitro*.

ABSTRACT

This paper deals with Family Planning, which is defined as a set of actions to regulate fertility, guaranteeing the right to constitution, limitation or increase of offspring. It is estimated that 8 to 10% of couples have some infertility problem, already discovered by them or even hidden. Chasing for the dream of having children, infertile consumers sue their respective health plans, so they are condemned to pay for in vitro fertilization. The hypothesis raised for the problems mentioned is that the obligation to implement Family Planning is a joint responsibility between health plans and the State, starting from the premise of infertility as a disease, the CDC would have the legitimacy to protect the interests of these consumers and require the health plans to provide this obligation. The objective is to elucidate the effective application of the Consumer Protection Code for the protection of the right to Family Planning of consumers contracting health plans, if they would be under the aegis of the CDC, with the guarantee that they will have full coverage of the plans contracted to treat their infertility. In the first chapter, we tried to highlight the object of study and concrete cases. In the second chapter, the jurisprudential positions were analyzed. In the third chapter, we defined infertility, family planning, and norms that regulate health plans. In the fourth chapter, we sought the normative support of the infertile consumer to claim the necessary treatment, and the preposition of a solution to this impasse in the consumerist sector. In the scope of the methodology, for the development of this research, the hypothetical-deductive, deductive and inductive methods were used, using the interpretation and hermeneutics, aligned with the sociological, philosophical and juridical perspectives. Regarding the generic types of research employed, this work was based on historical-legal, juridico-interpretative and legal-propositional lines. Regarding the technical procedures, the option was made to carry out the bibliographical, documentary and case study research. The nature of the investigation is applied, and to collect data we have those of a primary and secondary nature. The recognition of the World Health Organization is that infertility is a pathology, and for the consumer who contracts health insurance, the State and the health plan have a joint obligation to provide the necessary treatment to cure this disease, in vitro fertilization can be sued by suppliers who refuse to cover the beneficiaries. Consumers' lawsuit has the normative defense expected in the Consumer Protection Code, which condemns harmful practices of health insurance that puts beneficiaries at an unfair disadvantage, and cancels abusive contractual clauses such as those that deny coverage of procedures.

Keywords: Consumer Law; Family Planning; Health Insurance; Infertility; In Vitro Fertilization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 OS LITÍGIOS FORMALIZADOS POR CONSUMIDORES INFÉRTEIS CONTRA AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE.....	13
2.1 A METODOLOGIA APLICADA PARA A OBTENÇÃO DOS DADOS.....	13
2.2 LEVANTAMENTO DE DADOS REALIZADOS NA COMARCA DE SALVADOR DO ESTADO DA BAHIA.....	15
2.2.1 Principais argumentos dos consumidores.....	15
2.2.2 Constantes defesas das operadoras de planos de saúde.....	18
2.2.2.1 Dos argumentos iniciais.....	18
2.2.2.2 Dos demais questionamentos.....	23
3 O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE O TEMA.....	27
3.1 A POSTURA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA.....	27
3.2 ENTENDIMENTO DE DEMAIS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA PÁTRIOS.....	32
3.2.1 Tribunais de Justiça do Ceará e do Distrito Federal.....	33
3.2.2 Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e São Paulo.....	36
3.3 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DIANTE DA QUESTÃO.....	39
3.3.1 Pronunciamentos favoráveis aos consumidores.....	39
3.3.2 Entendimentos contrários aos consumidores.....	41
4 ASPECTOS LEGAIS E DOCTRINÁRIOS ATINENTES AO PLANEJAMENTO FAMILIAR PARA USUÁRIOS DE PLANOS DE SAÚDE INFÉRTEIS.....	43
4.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA INFERTILIDADE.....	43
4.2 PLANEJAMENTO FAMILIAR: EM QUE CONSISTE.....	47
4.3 NORMAS SOBRE OS PLANOS DE SAÚDE.....	52
4.3.1 A Lei Federal nº 9.656/98.....	52
4.3.2 Resoluções da ANS.....	54
5 A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR INFÉRTIL EM FACE DOS PLANOS DE SAÚDE.....	55

5.1 O DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR.....	55
5.2 O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO PILAR DA ORDEM ECONÔMICA.....	58
5.3 O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.....	60
5.4 PROPOSTA PARA A RESOLUÇÃO DA PROBLEMÁTICA.....	63
6 CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

Habitualmente, a sociedade desconhece o que é o Planejamento Familiar de maneira plena, tendo a perspectiva limitada de que esse conceito se resume apenas à utilização de métodos contraceptivos para evitar o crescimento da família de maneira indesejada. Esta é apenas uma das vertentes do Planejamento Familiar, que foi regulamentado pela Lei Federal nº 9.263/96, tendo ele contornos muito mais abrangentes. Ele é definido, dentro da Lei Federal citada, como um conjunto de ações para regular a fecundidade, garantindo o direito à constituição, limitação ou ao aumento da prole. É da alçada desse planejamento tantos os métodos e técnicas de contracepção como os de concepção, tendo, portanto, para sua efetivação como direito fundamental previsto no texto constitucional, o desafio de sanar problemas de infertilidade que atingem a população.

Para a área médica, como caracterizado pela Organização Mundial de Saúde – OMS, a infertilidade é definida como a incapacidade de conceber após um ano de tentativas sem o uso de métodos contraceptivos e de atividade sexual regular. Essa incapacidade reprodutiva atinge uma parcela significativa da população, estima-se que de 8 a 10% dos casais tem algum problema de infertilidade, já descoberto por eles ou ainda oculto. A medicina reprodutiva vem avançando gradualmente nos tratamentos e técnicas de fertilização, de modo que, após 1978, das sete bilhões de pessoas no planeta, quatro milhões nasceram por meio da fertilização *in vitro* – FIV. Vem se tornando cada vez maior a quantidade de casais inférteis que procuram uma solução através desses tratamentos para engravidar.

No Brasil, anualmente, 100 mil pessoas recorrem à fertilização *in vitro*, porém, destas, apenas $\frac{1}{4}$ delas consegue fazer o tratamento. Tal dificuldade se dá principalmente pelo valor elevado da técnica de fertilização, que pode custar até cinquenta mil reais por tentativa. Buscando pelo sonho de ter filhos, consumidores inférteis acionam judicialmente seus respectivos planos de saúde, para que eles sejam condenados a custear todo o tratamento de fertilização.

A discussão provocada pelo ajuizamento dessas ações, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor – CDC, para que ocorra a efetiva prestação dos contratos entre os planos de saúde e consumidores que sofrem de infertilidade, gira em torno de pontos cruciais intrínsecos, que são os problemas que este trabalho se propõe a esclarecer: a infertilidade deve ser entendida como um problema de saúde? A

efetivação do direito ao Planejamento Familiar seria uma obrigação exclusiva do Estado que deve prover aos cidadãos esses tratamentos, não sendo exigível aos planos de saúde pelos consumidores? Poderiam os consumidores, sob a proteção do CDC, exigir a prestação dessa obrigação dos planos de saúde contratados, contrariando o que dispõe a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS?

Objetiva-se elucidar a efetiva aplicação do Código de Defesa do Consumidor para proteção do direito ao Planejamento Familiar dos contratantes de planos de saúde, se estariam eles, sob a égide do CDC, munidos da garantia de que terão a cobertura integral dos planos contratados no tratamento de suas respectivas infertilidades, com foco principal aos casos em que se faz necessário a utilização da técnica de fertilização *in vitro*. A hipótese suscitada para os problemas evocados é de que a obrigação da efetivação do Planejamento Familiar é uma responsabilidade solidária entre os planos de saúde e o Estado, partindo da premissa da infertilidade enquanto doença, teria o CDC a legitimidade de proteger os interesses desses consumidores e exigir a prestação dessa obrigação por parte dos planos de saúde.

A infertilidade é um problema que assola uma parcela significativa da população, sendo a motivação de uma discussão de responsabilidade objetiva jurídica contemporânea ainda pouco explorada por pesquisas no âmbito do Direito. Dessa forma, esse tema é de grande relevância não apenas academicamente na área do Direito Consumerista, mas, principalmente para a sociedade que tem um significativo número de indivíduos que sofrem, ou virão a sofrer, dessa doença de grande incidência, e, por isso, anseiam ter segurança jurídica para o tratamento dessa mazela. O enfrentamento desse tema poderá contribuir significativamente para alicerçar essa estabilidade jurídica desejada, e a qual faz falta e desestabiliza quem sofre com essa patologia, tal como vi nos olhos de uma consumidora infértil no meu primeiro estágio, e que me motivou a buscar respostas quando entrei na Associação Baiana de Defesa do Consumidor – ABDECON e a escrever esse trabalho.

No primeiro capítulo, buscar-se-á elucidar como seu deu a escolha do objeto de estudo, a metodologia utilizada para levantamento dos dados analisados, o recorte dado à pesquisa de casos concretos, e, nesses casos, quais as principais fundamentações fáticas e jurídicas trazidas pelos consumidores nas exordiais, e as contra argumentações apresentadas em sede de contestação pelos fornecedores.

No capítulo seguinte, serão analisados os posicionamentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, assim como de outros tribunais estaduais

pátrios, e do Superior Tribunal de Justiça, trazendo, à tona, os entendimentos favoráveis e desfavoráveis aos consumidores acerca da temática.

No terceiro capítulo, será explanada a definição e as características acerca da infertilidade, como são afetados os casais que são acometidos por essa patologia, e os tratamentos disponíveis para a reprodução assistida, assim como será esclarecida a perspectiva legislativa e doutrinária acerca do planejamento familiar e dos dispositivos normativos que são voltados para regular os planos de saúde.

No quarto e último capítulo, buscar-se-á elucidar em âmbito constitucional o respaldo que possui o consumidor acometido por infertilidade para reivindicar o tratamento necessário à sua patologia frente aos planos de saúde, se as operadoras estarão transgredindo limites legais ao negarem a seus assegurados a cobertura de procedimentos mais onerosos financeiramente a elas, explicitar os dispositivos jurídicos da legislação especial (Código de Defesa do Consumidor) que fundamentam os pleitos dos consumidores, e a preposição de uma solução para esse impasse na seara consumerista.

No âmbito da metodologia, para o desenvolvimento dessa pesquisa, utilizou-se os métodos hipotético-dedutivo, visando aferir a veracidade da hipótese proposta, e, dos métodos dedutivo e indutivo, valendo-se da interpretação e hermenêutica, alinhadas as perspectivas sociológicas, filosóficas e jurídicas. Referente aos tipos genéricos de investigação empregados, este trabalho valeu-se das linhas histórico-jurídica, jurídico-interpretativa e jurídico-propositiva. No que tange aos procedimentos técnicos, foi feita a opção pela realização da pesquisa bibliográfica, documental e estudo de casos. A natureza da investigação é aplicada, pois, os objetivos são direcionados à solução de problemas específicos e concretos. Para coleta dos dados analisados, os de natureza primária e secundária estão presentes, tais como posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, leis e outros dispositivos normativos que tratam da matéria, entre outras fontes.

2 OS LITÍGIOS FORMALIZADOS POR CONSUMIDORES INFÉRTEIS CONTRA AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Neste capítulo, buscar-se-á evidenciar como seu deu a escolha do objeto de estudo, a metodologia utilizada para levantamento dos dados analisados, o recorte dado à pesquisa de casos concretos, e, nesses casos quais as principais fundamentações fáticas e jurídicas trazidas pelos consumidores nas exordiais, e as contra argumentações apresentadas em sede de contestação pelos fornecedores.

2.1 A METODOLOGIA APLICADA PARA A OBTENÇÃO DOS DADOS

A escolha do objeto de estudo foi determinada pelo cruzamento de duas experiências do pesquisador no decorrer da sua trajetória acadêmica. O mesmo estagiou em um escritório de advocacia no primeiro semestre do curso de Direito, no qual presenciou a reunião da advogada que chefiava o escritório com uma cliente com problemas de fertilidade. A cliente desejava acionar o plano de saúde que fora contratado por ela para realizar o tratamento para sua infertilidade, mas, a advogada a persuadiu a não ajuizar o plano, pois, o tratamento pretendido era a fertilização *in vitro*, e esse procedimento não figurava o rol de procedimentos de saúde normatizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), e que o pleito dela deveria ser direcionado ao SUS. No semestre seguinte, o pesquisador foi aprovado em processo seletivo para integrar a Associação Baiana de Defesa do Consumidor¹ (ABDECON), e essa nova experiência foi determinante para que o incômodo causado ao mesmo, em presenciar a negativa dada a consumidora infértil, fomentasse este trabalho, fazendo com que o anseio de buscar garantias aos consumidores com problemas de fertilidade se tornasse seu objeto de estudo, amadurecendo-o ao longo da graduação.

Após ser delimitado o objeto de interesse desse trabalho, com o intuito de obter fontes de pesquisa relevantes, optou-se por fazer contato com as clínicas de

¹ A Associação Baiana de Defesa do Consumidor (ABDECON) é uma associação civil autônoma e independente, de âmbito estadual, sem fins econômicos ou lucrativos e sem qualquer tipo de vinculação político-partidária ou religiosa, instituída para a defesa coletiva dos consumidores, sejam estes associados ou não, e, consiste também, em um projeto de extensão da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, vocacionado para promover o princípio constitucional da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

fertilização de Salvador. Em uma delas, de maneira informal, foram disponibilizados, por um dos seus funcionários, os nomes de duas irmãs advogadas alagoanas, Júlia Nunes Santos e Janine Nunes Santos, as quais tinham experiência e boa taxa de sucesso nos litígios judiciais que demandavam contra planos de saúde, para que estes fossem obrigados a custear o tratamento da fertilização *in vitro* de casais inférteis contratantes desses planos. O funcionário ainda informou que essas advogadas mantinham contato diretamente com alguns médicos da clínica, e que, quando algum casal com infertilidade necessitava de tratamento de fertilização *in vitro*, as profissionais já indicavam essas advogadas. Foi solicitado pelo funcionário que o nome da clínica fosse suprimido, assim como o seu próprio.

O segundo passo metodológico foi pesquisar pelo nome das advogadas indicadas pelo funcionário nos sistemas de acompanhamento processual do Tribunal de Justiça da Bahia. Nada foi encontrado nas Varas de Relações de Consumo de Salvador, mas, quando foi buscado nas Varas do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor foram localizados vários processos em que as advogadas eram patronas, e, entre eles, selecionei pelos ajuizados a partir do ano de 2016. O motivo pelo qual todos os processos das advogadas estarem concentrados nos Juizados Especiais pode ser justificado pela celeridade processual, assim como pelo valor da fertilização *in vitro* estar dentro do limite estabelecido para uma ação poder ser protocolada nesse órgão da Justiça, ou seja, o valor da causa está dentro dos quarenta salários mínimos definidos como teto máximo para os processos que tramitam no juizado.

Apesar das advogadas Júlia Nunes Santos e Janine Nunes Santos serem de Alagoas, elas vêm atuando bastante no Juizado Especial da capital soteropolitana, tanto pelo contato estreito com a clínica de fertilidade, como pelo número de vitórias obtidas nos processos que litigam em favor dos consumidores com dificuldades de fertilidade contra os planos de saúde, tendo êxito até mesmo nos pedidos de antecipação de tutela para obrigar os planos a custear o tratamento liminarmente. Pelo conhecimento aprofundado e vasta experiência sobre o tema demonstrada pelas ações judiciais das duas advogadas, o recorte feito para os dados, que serão aqui trabalhados, foram as ações ajuizadas somente por elas no âmbito do Juizado Especial baiano. Após a localização dos dados, os mesmos foram coletados, salvando e catalogando as exordiais, contestações e recursos que foram utilizados em cada processo judicial, afim de obter os elementos mais importantes para a pesquisa.

2.2 LEVANTAMENTO DE DADOS REALIZADOS NA COMARCA DE SALVADOR DO ESTADO DA BAHIA

Como já explicitado, os dados utilizados nesse estudo foram aqueles decorrentes das ações judiciais de duas advogadas que acionam os planos de saúde na defesa dos interesses dos consumidores com problemas de fertilidade no Juizado Especial de Salvador. Nesses processos, vários planos de saúde figuraram o polo passivo, e serão explicitados, a seguir, os argumentos recorrentes e relevantes dos consumidores para alicerçar seu pleito, e das operadoras para contestarem as demandas judiciais.

2.2.1 Principais argumentos dos consumidores

A primeira linha de argumentação das advogadas se concentra nos problemas de saúde dos seus clientes, em geral, são baseados em um histórico médico que resulta em uma dificuldade para engravidar e em uma situação de urgência pelo curto tempo que as consumidoras tem para realizar a fertilização *in vitro*. Os problemas mais recorrentes trazidos na exordial, com fundamentação em exames e nos laudos anexados, são: idade elevada da autora, o que pode resultar em uma gestação de risco ou na infertilidade irreversível com a entrada na menopausa; menopausa precoce, que faz com que as consumidoras parem de produzir óvulos prematuramente; o longo tempo que os casais vem tentando engravidar de maneira natural sem sucesso; trompas obstruídas; miomas uterinos; endometriose; ovários policísticos; problemas hormonais; baixa reserva de óvulos; sêmen com alterações que dificultam a gravidez natural; varicocele; hidrocele²; etc. As patologias variam de paciente a paciente, e é importante também para a obtenção do pedido de antecipação de tutela.

No âmbito jurídico, a argumentação segue a linha de se demonstrar a relação contratual na seara consumerista entre a parte autora da ação e o réu (plano de

² BRASIL. Janine Nunes Santos; Júlia Nunes Santos. Exordial de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0084107-66.2017.8.05.0001, da 3ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 27 de maio de 2017.

saúde), trazendo artigos do Código de Defesa do Consumidor³ e jurisprudência que definem que casos que envolvam contratos de plano de saúde devem ser analisados e solucionados com a aplicação da mencionada legislação. Nessa mesma linha, é defendido pelas advogadas que se faz necessária a inversão do ônus da prova em favor da autora com base em dois argumentos: por todo o lastro probatório de documentos, exames e laudos acostados aos autos a alegação da consumidora é verossímil; e que a consumidora é vulnerável, sendo toda a documentação trazida por ela fruto de muito esforço, pois, pela sua fragilidade, não tem como comprovar a totalidade dos fatos frente a tecnicidade da matéria, o que é possível para o plano de saúde que possui lastro financeiro necessário para tal⁴.

Posteriormente, a ação adentra a esfera da proteção constitucional, citando e explicitando que o planejamento familiar é uma garantia constitucional, sendo um dos desdobramentos do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Devido à grande relevância do tema, além da previsão constitucional mais geral e abstrata, foi criada a Lei nº 9.263/96⁵ que aborda o planejamento familiar de maneira mais detalhada e aprofundada, caracterizando, conceituando e definindo garantias acerca desse direito essencial de todo cidadão, no que tange a assegurar técnicas, métodos e procedimentos não apenas para a contracepção, mas, principalmente os de concepção, tal como a fertilização *in vitro*⁶.

É trazido, na exordial, que a infertilidade é uma doença grave que pode fomentar outras patologias psicológicas e psiquiátricas, e que os planos de saúde devem fornecer amplo atendimento aos consumidores, não podendo tal direito dos propositores das ações ser obstaculizado por outras normas de menor hierarquia e menos específicas, sendo que o direito ao Planejamento Familiar possui aspectos que englobam a dignidade da pessoa humana e da família. É pontuado também, que a pretensão das consumidoras é abrangida pela garantia à saúde que deve ser dada

³ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁴ BRASIL. Janine Nunes Santos; Júlia Nunes Santos. Exordial de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0081153-47.2017.8.05.0001, da 14ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 17 de junho de 2017.

⁵ BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁶ BRASIL. Janine Nunes Santos; Júlia Nunes Santos. Exordial de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0049261-23.2017.8.05.0001, da 15ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 13 de março de 2016.

pelas empresas que prestam esse serviço, tal como é previsto pela Lei 9.656/98⁷. Consta também que o contrato, pactuado entre as partes, visa a cobertura ao segurado dos riscos de futura necessidade de assistência médica hospitalar, sendo um contrato de natureza social, por ter como objeto a saúde, não deixando dúvidas quanto ao dever dos planos de saúde, sendo incerto apenas quando haverá a necessidade dos segurados⁸.

É afirmado que, quando ocorrer a negativa por parte do plano em cobrir o procedimento para infertilidade, estaria ele criando um risco à saúde das seguradas, e que caberá ao Estado social intervencionista interferir nesses contratos privados em nome da coletividade, afim de equilibrar as relações negociais para que haja igualdade entre as partes, e para que os interesses econômicos cedam espaço para a função social, assim como apregoa o Código de Defesa do Consumidor⁹ sobre a necessidade do equilíbrio entre a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico do país. A proteção constitucional no âmbito das relações de consumo é pontuada, especificamente ao tocante nos contratos de adesão, nos quais a legislação especial que trata das relações consumeristas prevê intervenções nas cláusulas contratuais, principalmente as que demonstrarem ser mais onerosas ao consumidor¹⁰.

Ainda nessa linha, pode o Estado até mesmo anular as disposições do contrato que, de alguma forma, restringem o direito do contratante de boa-fé, e que as interpretações das cláusulas deverão ser feitas da maneira mais favorável ao consumidor. Conclui as advogadas afirmando que é direito do consumidor ter acesso a produtos e serviços eficientes e seguros, devendo ser bem informado, principalmente aos dispositivos contratuais que limitem os seus direitos, tais como as que regulem e/ou restrinjam a autorização para procedimentos, remoções, internamentos, etc. Ressaltam que o objetivo da Política das Relações de Consumo é atender às necessidades básicas do consumidor, com enfoque na sua saúde,

⁷ BRASIL. *Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁸ BRASIL. Janine Nunes Santos; Júlia Nunes Santos. Exordial de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0084107-66.2017.8.05.0001, da 15ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 25 de maio de 2017.

⁹ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁰ BRASIL. Janine Nunes Santos; Júlia Nunes Santos. Exordial de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0162226-41.2017.8.05.0001, da 16ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 15 de novembro de 2017.

melhoria da qualidade de vida e preservação pela harmonia das relações jurídicas, reconhecendo expressamente sua vulnerabilidade¹¹.

2.2.2 Constantes defesas das operadoras de planos de saúde

Dentre os processos analisados, foram utilizadas nove contestações de planos de saúde para coleta de dados, foram: três da SUL AMÉRICA CIA DE SEGURO SAÚDE S/A; duas da BRADESCO SAÚDE S/A; duas da AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A; uma da UNIMED-RIO COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DO RIO DE JANEIRO LTDA; e uma da HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA. Nessas contestações foram mapeados os argumentos comuns na defesa de praticamente todos os planos, em geral as defesas são muito similares e tentam a todo custo desconstruir a infertilidade como doença, assim como a obrigação dos planos em custear os procedimentos para sanar o problema da parte autora, havendo poucos argumentos singulares, sejam motivados pela luz do caso concreto ou pela tentativa de reforçar a defesa dos interesses econômicos dos planos de saúde, sendo clara a intenção de induzir o magistrado ao erro de não priorizar o direito do consumidor requerente.

2.2.2.1 Dos argumentos iniciais

Preliminarmente é arguido que o Juízo deve alegar incompetência por dois motivos. O primeiro é no que tange a elevada complexidade da matéria que necessita de uma perícia médica para comprovar os fatos narrados na exordial sobre a demanda da fertilização *in vitro*, e, na dúvida deverá ser afastada essa competência especial, devendo o juízo alegar incompetência absoluta pela complexidade da causa¹². A prestadora intenta induzir o magistrado a erro, valendo-se da margem subjetiva do

¹¹ BRASIL. Janine Nunes Santos; Júlia Nunes Santos. Exordial de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0005574-59.2018.8.05.0001, da 11ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 25 de novembro de 2017.

¹² BRASIL. Aline Tatiana Almeida da Hora. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0073363-12.2017.8.05.0001, da 15ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 14 de julho de 2017.

conceito de “menor complexidade”, que é mencionado no art. 3º da Lei Nº 9.099/95¹³ quando trata da competência que o Juizado Especial tem para conciliar, processar e julgar causas cíveis de menor complexidade. A “menor complexidade” é um conceito aberto, cabendo ao magistrado, no caso concreto, analisar a complexidade da matéria, porém, no caso em discussão, a matéria e os elementos probatórios não demonstram essa alta complexidade alegada, a defesa tenta confundir tecnicidade ou especialidade com complexidade.

O segundo motivo que a parte ré alega a incompetência absoluta do juízo é em razão do valor da causa, pois, cada sessão de fertilização *in vitro* custa em torno de vinte e cinco mil reais, e que a autora passará por várias tentativas até obter a gravidez, ultrapassando o valor dos cem mil reais, e, conseqüentemente, do teto dos quarenta salários mínimos limites para a ação tramitar no juizado¹⁴. Essa alegação não prospera, pois, a autora juntou aos autos os orçamentos da clínica, e o valor do tratamento fica em torno dos trinta e dois mil reais, dentro do teto dos quarenta salários mínimos que o valor da causa deve ter para tramitar no juizado. O número de procedimentos para uma mulher engravidar com a fertilização *in vitro* é variável de caso a caso, podendo a gravidez ser alcançada ainda na primeira experiência, portanto, essa indeterminação não é motivo para alegar incompetência. Até porque a jurisprudência que é seguida pelo juizado especial baiano, na Súmula 02/2016, define que a cobertura devida pelos planos de saúde para a realização da fertilização *in vitro* são de duas tentativas, em face do reconhecimento da infertilidade como patologia pela Organização Mundial de Saúde (OMS)¹⁵; o que garante que o valor não chegará ao montante alegado pela demandada.

Outro argumento utilizado pelos planos de saúde é que o tratamento para infertilidade requerido não é dotado de cobertura contratual, não havendo nenhum óbice quanto a sua negativa, não podendo se questionar a ilegalidade ou abusividade na conduta praticada pela acionada, já que o direito da autora se restringiria ao que

¹³ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁴ BRASIL. Aline Tatiana Almeida da Hora. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0073363-12.2017.8.05.0001, da 15ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 14 de julho de 2017.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Súmula Nº 02 de 2016, das Turmas Recursais Reunidas TJBA. Bahia, 22 de fevereiro de 2016. Súmula disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/111826744/djba-caderno2-28-03-2016-pg-393>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

foi acordado e previsto contratualmente. Aduz também que a cláusula contratual, que prevê que o procedimento não está abrangido pela cobertura, não é abusiva e muito menos nula, não incidindo no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor¹⁶ não podendo o plano responder por riscos não assumidos para não haver desequilíbrio contratual, por não colocar o consumidor em desvantagem exagerada, não lesar o equilíbrio contratual ou ser excessivamente onerosa ao consumidor¹⁷. A defesa cita antecipadamente o artigo 51, por ter ciência que, de fato, os contratos de adesão, aos quais são submetidos os consumidores, são compostos por várias cláusulas abusivas, não existindo a igualdade ou equilíbrio na relação jurídica como é alegado pelos planos, pois, ao beneficiário lhe é imposto um instrumento pronto, em que sua composição foi forjada com o intuito de atender aos interesses econômicos dos prestadores do serviço de saúde.

É afirmado que os consumidores, que firmaram os seus respectivos contratos antes da Lei nº 9656/98¹⁸, e que optaram por não atualizarem os mesmos, não estariam abarcados por ela, e sim pela legislação anterior que tem uma cobertura inferior, e que todos os documentos que não foram adaptados a menciona lei não estão submetidos as determinações dela. Só seria exigível apenas o que está disposto no instrumento firmado entre as partes, que, pela bilateralidade contratual, existem obrigações recíprocas, devendo as disposições pactuadas serem cumpridas em conformidade com o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), só podendo ser modificadas judicialmente se estiverem eivadas de nulidade ou vício de vontade em nome da garantia da segurança jurídica¹⁹. Demonstra-se uma clara intenção de lesar o consumidor que, em geral, não tem o conhecimento jurídico necessário para entender que o documento, que está assinando, encontra-se sob os moldes da lei vigente ou da anterior a ela, e, como a mais recente lhe é mais benéfica, o plano não atualiza seus contratos e ainda utiliza de má-fé, acusando o consumidor

¹⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁷ BRASIL. Lia Maynard Frank. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0116429-42.2017.8.05.0001, da 12ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 28 de novembro de 2017.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁹ BRASIL. Lia Maynard Frank. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0010931-20.2018.8.05.0001, da 12ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 09 de março de 2018.

de ter feito a “opção” em não atualizar o contrato. Mesmo mantendo os contratos desatualizados, não pode o fornecedor exigir o cumprimento das cláusulas contratuais que estão em desacordo com a legislação em vigor como força de lei.

Contesta a demandada que não cabe revisão contratual, já que é previsto, no contrato, no item de exclusão e limitação de cobertura, o tratamento de infertilidade, de esterilização e suas consequências. Questiona ainda que o procedimento de fertilização *in vitro* está expressamente excluído da cobertura contratual assim como no art. 10, inciso III, da lei 9.656/98²⁰, e que não estaria inserido na rubrica “planejamento familiar” trazida no art. 35-C, inciso III, da mesma lei, pois, visa a atender hipóteses opostas a tratada nos autos, como a laqueadura de trompa ou a vasectomia²¹. O item do contrato mencionado pela parte Ré, assim como o inciso III, do artigo 10 da lei 9.656/98, excluem a inseminação artificial, não a fertilização *in vitro*, enquanto a inseminação artificial consiste em depositar o sêmen diretamente na cavidade uterina, a fertilização *in vitro* é mais complexa, com a fecundação ocorrendo em laboratório e sendo posteriormente o embrião transferido para o útero, é de se estranhar que a empresa tenha cometido o mesmo equívoco de pessoas leigas no assunto. Ambos são procedimentos de reprodução assistida que compõem a rubrica do “planejamento familiar” previsto no artigo 35-C, por ela abranger métodos contraceptivos e conceptivos também.

Assevera-se que o direito pretendido pela autora não é um exemplo típico de planejamento familiar, sendo uma técnica caríssima de fertilização, e que, definitivamente, não é interesse público, não podendo nem mesmo se questionar o *periculum in mora*, pois, o procedimento não influencia na enfermidade que causa a infertilidade da autora, lhe proporcionar um filho, portanto, não indica urgência ou risco de vida.²² Como já citado, a Organização Mundial de Saúde reconhece a infertilidade como patologia, de modo que outras doenças femininas e masculinas podem gerar a dificuldade de engravidar, mas, por ser motivada por outras mazelas, não deixa de ser uma patologia, que afeta principalmente o âmbito emocional e psicológico dos

²⁰ BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

²¹ BRASIL. Lia Maynard Frank. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0084107-66.2017.8.05.0001, da 3ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 07 de maio de 2018.

²² BRASIL. Lia Maynard Frank. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0116429-42.2017.8.05.0001, da 12ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 28 de novembro de 2017.

pacientes. Na maioria dos casos, pelos motivos que levam ao problema, existe o *periculum in mora*, pois, se houver demora em iniciar o tratamento, a infertilidade poderá se tornar irreversível. Uma doença que repercute e causa males em todas as esferas da vida de uma parcela significativa da população, em torno de 10 a 15% das pessoas em idade fértil, é algo que é do interesse público, ou pelo menos deveria ser.

Alega-se que existem outras formas de tratamento, porém, a autora buscou junto ao judiciário a medida mais extrema sem buscar outras técnicas recomendadas ao seu estado clínico, tendo o procedimento, em questão, elevadíssimo custo que jamais será reavido pela ré, já que tal gasto não era previsto nos cálculos atuariais da demandada, e a demandante, no caso de ser julgada improcedente a ação, não terá condições financeiras para ressarcir a demandada²³. Entre os documentos acostados aos autos, está o laudo da médica especialista em fertilidade, que, com base nos exames realizados pela autora, aponta a fertilização *in vitro* como única alternativa para sua paciente, não sendo, dessa forma, uma escolha pela autora da medida extrema, mas do único procedimento que pode levar a superação da infertilidade. A demandada é consciente que seus cálculos atuariais têm grande margem de previsão para abarcar as mais variadas situações de patologias, pois, não pode ela ter exatidão em quantos segurados vão adoecer, e quantos vão demandar tratamentos de custo elevado. No caso da autora, o plano não deve ter a preocupação com o ressarcimento do procedimento, uma vez que é obrigação dele custeá-lo, esperar a improcedência da ação é o mesmo que almejar por um erro do judiciário.

É afirmado que o procedimento não é para tratamento de doenças, não se destina ao restabelecimento ou resguardo da saúde física ou psíquica da parte autora, sendo apenas um simples desejo pessoal, que não tratará a enfermidade que causa a infertilidade, uma vez que esta, no caso em questão, não é uma patologia originária, e sim derivada de outros problemas de saúde, e só viabilizará a gravidez da autora²⁴. A infertilidade, como já explicitado, é uma enfermidade que reverbera em todos as esferas de quem a sofre, influencia no seu trabalho, na sua vida social, familiar, psicológica, de modo que não pode ser ignorada ou menosprezada, uma vez que a

²³ BRASIL. Eduardo Lopes de Oliveira. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0010881-91.2018.8.05.0001, da 14ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 02 de março de 2018.

²⁴ BRASIL. Lia Maynard Frank. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0010931-20.2018.8.05.0001, da 12ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 09 de março de 2018.

própria Organização Mundial de Saúde a reconhece como doença. Sendo assim, o procedimento demandado em juízo irá tratar a dificuldade em engravidar, e não a enfermidade que a causou, pouco importando se a infertilidade é originária ou derivada, ela é uma patologia e deve ser enfrentada como tal, e não visto como um desejo fútil da autora.

2.2.2.2 Dos demais questionamentos

Outro argumento utilizado pela parte ré é que a fertilização *in vitro* não consta no rol de procedimentos obrigatórios da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)²⁵, e, por isso, não existe rede credenciada para a sua execução, mas que a demandada possui um prestador com valores diferenciados para o procedimento, sendo importante frisar que esse rol é taxativo, e não exemplificativo, devendo ser respeitada a regulamentação da agência que tem grande relevância na sua atividade²⁶. No que tange ao rol de procedimentos obrigatórios da ANS, ao contrário do que defende erroneamente o plano, ele é exemplificativo, e não taxativo, pois, não teria como o legislador prever todas as hipóteses de exames e procedimentos em que os planos de saúde seriam demandados pelos seus clientes. Exemplo disso se deu com os exames laboratoriais para diagnosticar o vírus da ZIKA, que, apesar da grande incidência na população quando surgiu a doença, por um tempo os planos se recusavam a custear os exames por não estarem previstos no rol da ANS. Dessa forma, exigir que o plano custeie a fertilização *in vitro* não é desrespeitar a agência ou a sua regulamentação, mas reconhecer a limitação dela, cabendo ao judiciário prover a sua lacuna normativa. Importante frisar que a parte Ré se contradiz quando alega que não teria rede credenciada para o procedimento, mas afirma ter um prestador com valores diferenciados para realizar o mesmo.

Contesta que a autora não trouxe, aos autos, qualquer elemento probatório que confirmasse ou oferecesse indícios de que os supostos fatos constitutivos de seu

²⁵ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde - 2018. Rio de Janeiro: ANS, 2018. Resolução disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/rol/2018/Anexo1_Rol-2018_Ok.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2018.

²⁶ BRASIL. Lia Maynard Frank. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0010931-20.2018.8.05.0001, da 12ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 09 de março de 2018.

pretensão de direito tenham sequer existido, não devendo a inversão do ônus da prova ser aplicada de maneira absoluta. Nessa senda, a consumidora não pode alegar hipossuficiência financeira ou técnica para solicitar a inversão do ônus da prova, pois isso iria ferir os princípios da isonomia e igualdade processual, instalando no judiciário uma “ditadura do consumidor”²⁷. Difícil ponderar sobre igualdade ou isonomia quando se trata de uma relação consumerista, pois, o fornecedor ou prestador de serviço goza de vantagem técnica e financeira sobre o beneficiário, é ele que domina as informações técnicas e jurídicas sobre o objeto do consumo. A parte ré é quem possui uma equipe especializada sobre o mesmo, e que tem lastro econômico suficiente para suportar o ônus probatório. O Código de Defesa do Consumidor²⁸, em seu artigo 6º, inciso VIII, exige como requisitos da inversão do ônus da prova que a alegação do consumidor seja verossímil ou que ele seja hipossuficiente, no caso em foco, a autora preenche os dois requisitos previstos em lei, portanto, deferir a inversão do ônus da prova em favor dela é a decisão correta a ser tomada pelo magistrado na busca de um equilíbrio na relação jurídica, que até alguns anos atrás era de fato uma ditadura, mas uma “ditadura do fornecedor”, na qual o consumidor era oprimido e injustiçado.

Em sua defesa, a parte ré solicita que fique registrado que a autora está acompanhada de advogado, e que o mesmo não possui qualquer limitação técnica para demonstrar e comprovar efetivamente o que foi alegado na exordial, pois, impor ao fornecedor o ônus de produzir provas que se contraponham a ausência de verossimilhança das alegações na exordial, seria obrigá-lo a produzir uma prova impossível, negativa ou diabólica. Que a parte autora está em par de igualdade com a ré para a produção de provas, tendo até melhores condições para produzi-las do que a demandada, e se não consegue comprovar os fatos que apresenta, não é merecedora dos pedidos entregues²⁹.

No caso em foco, a advogada da autora é capacitada para defender o pleito de sua cliente, tanto é que acostou aos autos vários exames e o laudo de uma médica especialista em fertilidade, sendo que o acompanhamento de uma profissional dessa

²⁷ BRASIL. Fabio Gil Moreira Santiago. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0135900-44.2017.8.05.0001, da 11ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 25 de outubro de 2017.

²⁸ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

²⁹ BRASIL. Antônio de Moraes Dourado Neto. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0005574-59.2018.8.05.0001, da 11ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 26 de fevereiro de 2018.

área não é, em geral, custeado pelos planos, sendo assim, todos os elementos probatórios trazidos pela consumidora são suficientes e são fruto de grande esforço financeiro para a mesma. Se faz necessário que o magistrado determine a inversão do ônus da prova, não para que a autora deixe de provar, pois, ela já o fez, mas para que o plano agora suporte a carga de produzir novas provas que ele achar necessário, pelo princípio da igualdade o ônus probatório deve recair para quem pode suportá-lo. Considerando a demandada que é impossível produzir provas que contraponham a alegação verossímil da patologia de infertilidade que a autora é acometida, isso só reforça que é justa e necessária a tutela jurisdicional em favor da consumidora.

Contesta a Ré que a Súmula 02/2016³⁰ das Turmas Recursais Reunidas não deve ser seguida por não se tratar de enunciado vinculante, não sendo o magistrado obrigado a aplicá-lo, pois, não cabe ao plano de saúde substituir o Estado na assistência à saúde dos cidadãos³¹. A Súmula, que é mencionada pela demandada, é fruto de um profícuo debate das Turmas Recursais Reunidas, que se depararam com inúmeros casos semelhantes e a elaboraram como orientação para os novos casos que forem ajuizados no âmbito da justiça baiana, devendo sim o magistrado seguir a jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Quanto a substituir o Estado em suas obrigações com o cidadão, não é o objeto em discussão, a consumidora contratou uma prestadora de serviços de saúde, que recebe uma contraprestação financeira para tal. Assim sendo, o plano deve cumprir as obrigações que estabeleceu com a autora, não havendo uma transferência de atribuições para o Estado, e sim existindo obrigações solidárias ou concorrentes, cabendo à consumidora escolher quem figurará o polo passivo da ação.

É alegado que é incumbência do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o planejamento familiar, como prevê o art. 226, § 7º da Constituição Federal de 1988³², sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Súmula Nº 02 de 2016, das Turmas Recursais Reunidas TJBA. Bahia, 22 de fevereiro de 2016. Súmula disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/111826744/djba-caderno2-28-03-2016-pg-393>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

³¹ BRASIL. Aline Tatiana Almeida da Hora. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0073363-12.2017.8.05.0001, da 15ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 14 de julho de 2017.

³² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Lex disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

oficiais ou privadas³³, cabendo ao plano cobrir, no que tange ao planejamento familiar, apenas atividades educativas, aconselhamento e atendimento clínico, como é previsto na Resolução nº 192/2009³⁴ da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)³⁵. Intencionalmente, a Ré tenta induzir o magistrado em erro, interpretando o artigo 226³⁶, como se fosse vedado que uma instituição privada seja obrigada a prestar o planejamento familiar. Na realidade, o referido artigo tenciona garantir que o planejamento familiar seja um direito do cidadão, que deve decidir como gozará dele à sua livre escolha, e não uma imposição de uma instituição oficial ou privada que exigisse algum meio contraceptivo ou limitasse o número de filhos, por exemplo. Como já explicitado, o conteúdo da Resolução da ANS é exemplificativo, e não taxativo, não podendo o plano se esquivar de suas obrigações em decorrência do direito fundamental do cidadão ao planejamento familiar; a obrigação do Estado não exclui a sua própria oriunda do contrato de prestação do serviço de saúde que firmou com a consumidora.

³³ BRASIL. Fabio Gil Moreira Santiago. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0135900-44.2017.8.05.0001, da 11ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 25 de outubro de 2017.

³⁴ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde: RN 192/2009. Rio de Janeiro: ANS, 2009. Resolução disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/consultas_publicas/cp_31_docapoiio_rm192_planejamento_familiar.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2018.

³⁵ BRASIL. Monica Souza de Cerqueira. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0081153-47.2017.8.05.0001, da 14ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 14 de agosto de 2017.

³⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Lex disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

3 O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE O TEMA

No capítulo seguinte, serão analisados os posicionamentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, assim como de outros tribunais estaduais pátrios, e do Superior Tribunal de Justiça, trazendo, à tona, os entendimentos favoráveis e desfavoráveis aos consumidores acerca da temática.

3.1 A POSTURA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Objetiva-se, neste tópico, elucidar qual a postura do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, frente aos consumidores com dificuldade em engravidar que buscam, por via judicial, a defesa dos seus direitos, para que os planos de saúde arquem com o custo do procedimento da fertilização *in vitro*, e eles assim superem essa patologia. Para tal, buscou-se decisões extraídas de acórdãos de órgãos colegiados, e jurisprudência consolidada.

Em apelação interposta ao Tribunal de Justiça em 2006, o plano de saúde Sul América Companhia de Seguros Saúde demandou a reforma da sentença de primeiro grau que julgou procedente o pleito de uma consumidora, que, para tratar de sua infertilidade, necessitava do tratamento *in vitro* e de toda a medicação exigida custeados pelo plano de saúde, que se recusou com base na ausência de previsão contratual. A Segunda Turma Recursal Cível e Criminal entendeu que, a recorrente ao negar cobertura ao procedimento médico, agiu com abusividade, e, também, violou o princípio da boa-fé, que deveria ser a bússola da relação contratual consumerista, sendo assim, o acórdão prolatado negou provimento ao recurso, mantendo na íntegra a sentença recorrida³⁷.

A Segunda Turma Recursal Cível e Criminal apreciou uma apelação em que o caso foi invertido, pois, na primeira instância, a consumidora teve decisão desfavorável contra si, e recorreu, conseguindo reformar a sentença em sua totalidade. Destaca-se o voto do relator Moacir Reis Fernandes Filho, que iniciou explicitando que, por força constitucional, é obrigação do Poder Público utilizar todos

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 29286-9/2006, da Segunda Turma Recursal Cível e Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 09 de outubro de 2007. Lex: jurisprudência do TJBA.

os esforços para exigir que quem presta serviço de saúde o faça de maneira mais completa possível, sendo inadmissível esses prestadores, que se obrigaram tacitamente no que tange à assistência médica a cumprir os deveres do Estado a seus segurados, adotarem condutas abusivas, como limitar a cobertura, como se a saúde se tratasse de uma mercadoria qualquer. No caso em questão, a Bradesco Seguros S/A negou a cobertura do procedimento de fertilização *in vitro* à recorrente, com a alegação que o plano não o cobria e possuía cláusula contratual que o excluía expressamente, frustrando o tratamento que tanto necessitava a recorrente para se recuperar de tal deformidade que influi fisicamente e mentalmente, podendo gerar sérios problemas psicológicos, como depressão, baixa autoestima e intenso sofrimento. Na perspectiva do magistrado, a negativa da cobertura se deu unicamente respaldada em uma cláusula contratual abusiva, por isso, declarou abusiva a conduta da parte recorrida e condenou a mesma a custear todo o tratamento necessário a cura da infertilidade da recorrente, afim de respeitar a garantia constitucional que tutela o bem maior que é a vida³⁸.

Em uma outra apelação julgada pela Segunda Turma Recursal Cível e Criminal, a Sul América Seguro Saúde S/A recorreu contra sentença de 1º grau que a condenou a custear o procedimento de fertilização *in vitro* pleiteado por uma consumidora. O recurso foi improvido e a sentença mantida pelos seus próprios fundamentos, que foram no sentido de reconhecer que a saúde é intrinsecamente relevante à vida e à dignidade humana, exaltada pela Constituição Federal como direito fundamental do homem, não podendo ser considerada como mera mercadoria. Nessa senda, o particular que presta atividade econômica correlacionada à assistência médica possui os mesmos deveres do Estado, devendo prestá-la de maneira integral aos consumidores, com base na Constituição, no Código de Defesa do Consumidor e na lei de mercado que dita que quanto maior o lucro, maior também o risco. E que o prestador, ao negar a cobertura de tratamento a doenças, estaria atentando contra os direitos absolutos à saúde e à vida dos segurados, sendo tal medida ilícita por descumprir a função do contrato³⁹.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 118122-0/2006, da Segunda Turma Recursal Cível e Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 05 de junho de 2009. Lex: jurisprudência do TJBA.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 127122-9/2006, da Segunda Turma Recursal Cível e Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 08 de maio de 2009. Lex: jurisprudência do TJBA.

A Sul América Companhia de Seguro Saúde recorreu contra outra consumidora, mas, dessa vez, a apelação foi julgada pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, argumentando que a autora aderiu ao contrato da assistência médico-hospitalar, consciente da expressa exclusão da fertilização *in vitro*. Consta que a gravidez não é tratamento para endometriose, sendo o único intuito da recorrida engravidar; que ela escolheu justamente o procedimento excluído da cobertura e que não faz parte do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) em detrimento de outros tipos autorizados pelo plano. Questionou que a beneficiária agiu de má-fé, induzindo o juízo em erro ao confundir exclusão da cobertura com negativa infundada. O órgão colegiado deu provimento à apelação, alegando que a recorrida procurou o serviço médico com o intuito de engravidar e não de tratar a endometriose, e que, de fato, o procedimento não estaria previsto na cobertura contratual e no rol da ANS⁴⁰. A decisão do órgão não foi acertada, pois, a infertilidade é a patologia a ser curada com o procedimento, e não a endometriose, e a exclusão contratual do tratamento é uma cláusula abusiva.

Em mais uma apelação da Sul América Companhia de Seguro Saúde, apreciada pela Terceira Câmara Cível, a sentença de primeira instância, que condenou o plano a custear integralmente a fertilização *in vitro* por quantas tentativas fossem necessárias para que a autora alcançasse a gestação, e, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de cinco mil reais, das custas processuais e honorários advocatícios, foi completamente reformada. A apelante argumentou os mesmos motivos do processo citado anteriormente, ou seja, a exclusão da cobertura do plano para o procedimento, e que a técnica de fertilização não serviria para a cura da endometriose que é acometida a apelada⁴¹. Mais uma vez, o órgão colegiado negou os direitos que a apelada teria em seu benefício.

Outra apelação realizada pela Sul América Companhia de Seguro Saúde teve decisão distinta das anteriores explicitadas. Na Quinta Câmara Cível houve uma discordância entre os desembargadores; uma magistrada votou com a relatoria que foi favorável ao plano de saúde, mas a divergência prevaleceu com a maioria dos

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 0068336-34.2006.8.05.0001, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 06 de dezembro de 2017. Lex: jurisprudência do TJBA.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 0520739-65.2013.8.05.0001, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 04 de abril de 2018. Lex: jurisprudência do TJBA.

votos em favor da consumidora, negando provimento ao recurso. Foi argumentado no voto divergente vencedor que, apesar da fertilização *in vitro* estar excluída da cobertura por regulamentação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)⁴², estaria amparada pelo §7º do art. 226 da Constituição Federal⁴³, assim como abarcada entre as formas de aumento da prole com a utilização de técnicas de concepção prevista na Lei nº 9.263/1996⁴⁴ que regulamenta o direito de todo cidadão ao planejamento familiar, não tendo como prevalecer a resolução normativa da ANS ou o contrato firmado entre agravante e agravada em desfavor da lei e da Constituição, sendo a relevância da questão a dignidade da pessoa humana e ao direito ao planejamento familiar, estando, portanto, muito acima dos interesses econômicos do plano de saúde⁴⁵.

A Segunda Câmara Cível, ao realizar julgamento de apelação manejada pela Sul América Companhia de Seguro Saúde, negou provimento ao apelo por unanimidade, mantendo integralmente a sentença que condenou o plano a arcar com todos os custos da fertilização *in vitro* para o tratamento da autora, em quantas tentativas fossem necessárias, e ao pagamento de indenização no valor de dez mil reais por danos morais. A apelante argumentou que a apelada não acostou aos autos documento que comprove a negativa do plano em dar cobertura ao procedimento, e que não há previsão legal e contratual para o mesmo, podendo haver desequilíbrio econômico-financeiro do contrato na utilização indevida ou desnecessária de serviços. O órgão colegiado, ao enfrentar o apelo, afirma não haver dúvidas da necessidade da realização da fertilização *in vitro* em face das provas trazidas pela autora, considerando abusiva a cláusula contratual que exclui uma técnica de reprodução

⁴² BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde - 2018. Rio de Janeiro: ANS, 2018. Resolução disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/rol/2018/Anexol_Rol-2018_Ok.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁴³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Lex disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁴⁴ BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 0500683-40.2015.8.05.0001, da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 13 de março de 2018. Lex: jurisprudência do TJBA.

assistida essencial a apelada, contrariando a obrigação da empresa contratada em assegurar o tratamento adequado a saúde ou a vida da segurada⁴⁶.

Ainda no âmbito recursal, um casal irresignado com a decisão interlocutória do magistrado do primeiro grau, que, na ação movida contra a Sul América Companhia de Seguro Saúde, indeferiu o pedido liminar para que o plano de saúde custeasse a fertilização *in vitro*, interpôs agravo de instrumento. O agravo foi julgado pela Segunda Câmara Cível, que entendeu que o direito pleiteado pelos recorrentes é uma busca de garantir o direito social à maternidade, previsto no artigo 6º da Constituição Federal⁴⁷, do direito à vida com dignidade e do direito ao planejamento familiar, previstos também na Constituição. O órgão colegiado deu provimento ao agravo de instrumento, reconhecendo que os recorrentes atendem aos requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil⁴⁸, visto que, a probabilidade do direito perseguido está na enfermidade que acomete um dos lados do casal, que deve ser tratada pelo plano de saúde que contribuem assiduamente com o procedimento prescrito pelo médico capacitado, e, pela garantia de lei prevista no art. 35-C, inciso III, da Lei nº 9.656/1998⁴⁹. O segundo requisito, que foi atendido pelo casal para ter deferida a liminar, está na elevada idade dos recorrentes, que representa perigo de dano ou risco de resultado útil, com o aumento de chances de problemas clínicos para uma gravidez tardia, como é bem descrito pela literatura médica especializada⁵⁰.

Em mais um agravo de instrumento julgado pela Segunda Câmara Cível, no qual uma consumidora buscou, através do recurso, ter reformada a decisão interlocutória que negou o pedido liminar que obrigaria a Bradesco Saúde S/A a custear a fertilização *in vitro*. O órgão colegiado deu provimento ao agravo, garantindo à agravante as medidas de urgência necessárias para assegurar o tratamento

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 0544039-51.2016.8.05.0001, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 06 de fevereiro de 2018. Lex: jurisprudência do TJBA.

⁴⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Lex disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁴⁸ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁴⁹ BRASIL. *Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Agravo de instrumento nº 0008216-76.2016.8.05.0000, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 30 de agosto de 2016. Lex: jurisprudência do TJBA.

adequado e afastar o risco de lesão grave e/ou irreversível à gestação saudável da mesma. A decisão se fundamentou na garantia constitucional do direito à vida, e em especial ao direito a saúde, por estarem intimamente ligados. Considerou-se que a apelante estaria adimplente com o contrato firmado com o plano de saúde, contrato esse que tem a finalidade de proteger seu bem-estar, sendo abusiva a cláusula que exclui tratamento essencial para a garantia da saúde ou da vida da segurada, não podendo os lucros visados pelas seguradoras estarem acima do bem jurídico tutelado⁵¹. Os julgamentos em grau de recurso, em sua maioria, são favoráveis aos consumidores, apesar da Terceira Câmara Cível ter um posicionamento contrário, pendendo mais em prol dos planos de saúde pelo que se observa.

No âmbito da jurisprudência baiana, destaca-se entendimento consolidado pelas Turmas Recursais Reunidas, que após realizarem grande quantidade de julgamentos de recursos oriundos das ações ordinárias de obrigações de fazer movidas na esfera dos Juizados Especiais por consumidores que sofrem de infertilidade contra seus respectivos planos de saúde, aprovaram a Súmula 02/2016, que reconhece que, pela infertilidade ser classificada como patologia pela Organização Mundial de Saúde (OMS), é devida a cobertura da fertilização *in vitro* pelos planos de saúde, cobertura essa limitada a duas tentativas⁵². Essa Súmula de 2016 trouxe segurança jurídica aos consumidores baianos que buscam, pela via judicial, o direito ao planejamento familiar, direito esse negado pelos planos, que só prestam a obrigação, que lhes é devida, quando são outorgados pelo poder judicial.

3.2 ENTENDIMENTO DE DEMAIS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA PÁTRIOS

Dos tribunais pátrios dos Estados, 04 (quatro) foram escolhidos para serem analisados os julgamentos recursais que tratam do tema, são eles: Ceará; Distrito Federal; Rio Grande do Sul; e São Paulo. Essa escolha foi intencional para aferir os entendimentos acerca da temática de regiões distintas do País, obtendo assim uma

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Agravo de instrumento nº 0028785-64.2017.8.05.0000, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 24 de abril de 2018. Lex: jurisprudência do TJBA.

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Súmula nº 02 de 2016, das Turmas Recursais Reunidas TJBA. Bahia, 22 de fevereiro de 2016. Súmula disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/111826744/djba-caderno2-28-03-2016-pg-393>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

amostragem mais plural. O intuito desse estudo jurisprudencial é elucidar quais Estados tem um posicionamento mais favorável ou mais desfavorável ao consumidor; os que possuem divergências jurisprudenciais, e verificar os argumentos mais recorrentes nos casos julgados pelos órgãos colegiados dos tribunais estaduais.

3.2.1 Tribunais de Justiça do Ceará e do Distrito Federal

O primeiro tribunal pesquisado foi o do Estado do Ceará, em uma apelação movida por um casal contra a decisão de primeira instância que negou o pedido dos autores em obrigar a Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médico Ltda a custear a fertilização *in vitro*. Foi argumentado, no voto, que o tratamento almejado visa somente à reprodução e não à cura da patologia; portanto, não sendo indispensável à manutenção da saúde da apelada; não restou provada a finalidade terapêutica da fertilização para o tratamento da endometriose, citando pesquisas de sites especializados que tratam do tema para fundamentar a sua negativa ao provimento da apelação. A decisão ainda afirma que não poderia obrigar a empresa a custear tratamento não coberto contratualmente com dispêndios tão onerosos, levando em conta o número indeterminado de tentativas até conseguir a gravidez, se a necessidade não provém de perigo de vida ou de incapacidade para a segurada, sendo justa a recusa do plano⁵³. A decisão foi equivocada, pois, a autora é acometida de duas patologias, a endometriose e a infertilidade, a primeira é a causa da segunda. Busca-se com o procedimento a cura da infertilidade; o desembargador desvaloriza exames e o laudo de um profissional médico capacitado em favor de conteúdo extraído de “sites especializados”, e o valor elevado do tratamento não é justificativa para negar o direito ao planejamento familiar.

Em situação inversa, a Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médico Ltda apelou contra decisão que julgou parcialmente o pedido do casal apelado de a obrigar a custear a fertilização *in vitro* requerida na exordial. É afirmado que não existe previsão contratual ou impositivo legal que inflija o plano de saúde a custear o tratamento, e que o direito ao planejamento familiar é uma responsabilidade do Estado

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Apelação nº 0855498-18.2014.8.06.0001, da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Fortaleza, CE, 16 de setembro de 2015. Lex: jurisprudência do TJCE.

prevista no art. 226, §7º da Constituição Federal⁵⁴ e na Lei 9.263/96 em seu art. 2º⁵⁵. Questionou-se que a Portaria GM/MS nº 426/2005⁵⁶ ditou, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, consolidando a responsabilidade dos entes públicos para o fornecimento do tratamento pleiteado, por ser obrigação do Estado é dado provimento a apelação e julgado improcedente o pedido da apelada⁵⁷. Como o próprio magistrado citou, o planejamento familiar tem previsão constitucional e em lei federal, não podendo ser obstado por uma resolução normativa da Agência Nacional da Saúde Suplementar (ANS)⁵⁸, por uma exclusão contratual abusiva. O plano de saúde se obriga a prestar o serviço médico aos seus segurados, tal como o Estado, quando firma contrato de prestação do serviço de assistência médica, sendo, assim, a obrigação da apelada seria concorrente ou solidária com a do Estado.

O terceiro caso também é uma apelação movida por consumidora contra a Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médico Ltda, para reformar a sentença do juiz de 1º grau, que julgou improcedente o pedido da autora. Com fundamento nos artigos 47 e 51 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁵⁹, são reputadas nulas as cláusulas que limitam ou que excluem procedimentos médicos e que criam dificuldades à expectativa legítima do consumidor, devendo, então, ser reconhecida a abusividade da disposição que prevê a exclusão do procedimento no contrato pactuado entre as partes. Isso porque manifesta afronta à exigência legal de obrigatoriedade da cobertura nos casos de planejamento familiar; dessa forma, é dado provimento à apelação, obrigando a apelada a custear todas as despesas necessárias

⁵⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Lex disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁵⁵ BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁵⁶ BRASIL. Portaria nº 426, de 22 de março de 2005. Portaria disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Apelação nº 0130292-72.2016.8.06.0001, da Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Fortaleza, CE, 15 de março de 2017. Lex: jurisprudência do TJCE.

⁵⁸ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde - 2018. Rio de Janeiro: ANS, 2018. Resolução disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/rol/2018/Anexo1_Rol-2018_Ok.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁵⁹ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

à fertilização *in vitro* da recorrente⁶⁰. Esse foi o julgamento favorável ao consumidor das apelações analisadas; claramente os órgãos colegiados do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará tendem a ter um posicionamento mais voltado aos interesses dos planos de saúde e de seguir as disposições contratuais, ainda que abusivas.

Semelhante comportamento acontece no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, como se percebe, na pesquisa jurisprudencial, os julgamentos são favoráveis aos planos de saúde. Em apelação movida por um casal contra a Sul América Companhia de Seguro Saúde, para negar provimento ao recurso, é alegado que o contrato não oferece cobertura à fertilização *in vitro*, que só pode haver mitigação se houver constatação de cláusulas abusivas, não sendo o caso em que os contratantes tinham prévio conhecimento da ausência de previsão para o tratamento requerido e da exclusão da inseminação artificial. Afirmou-se que não há ilegalidade nos contratos elaborados por planos de saúde, e, portanto, inexistente obrigatoriedade da apelada oferecer o procedimento que não é previsto⁶¹. O órgão colegiado ignorou o fato que os contratos de adesão são apresentados aos consumidores sem a possibilidade de alteração ou de ajuste, é um modelo genérico tendenciosamente concebido para atender aos interesses dos planos de saúde, logo, a cláusula que exclui a inseminação artificial é abusiva, porém, nem deveria ser levada em conta, já que a técnica da fertilização *in vitro* não se confunde com a técnica da inseminação artificial.

Ao julgar a apelação interposta por Amil Assistência Médica Internacional S.A. contra um casal de consumidores, para reformar a sentença de primeiro grau que lhe condenou a arcar com os custos da fertilização *in vitro* dos apelados, a corte afirmou ter o entendimento, com base no art. 10, inciso III, da Lei 9.656/98⁶², que as operadoras de planos de saúde não são obrigadas a dar cobertura ao procedimento. Ainda que o casal tenha indicação técnica para a reprodução assistida, todavia, não registra risco de morte ou circunstância que caracterize natureza emergencial ao tratamento. Não se trata de procedimento de urgência ou emergência que justifique

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Apelação nº 0832611-40.2014.8.06.0001, da Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Fortaleza, CE, 14 de junho de 2017. Lex: jurisprudência do TJCE.

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação nº 0005600-13.2017.8.07.0009, da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2018. Lex: jurisprudência do TJDFT.

⁶² BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

imediate intervenção jurisdicional, afastando a responsabilidade do apelante e dando provimento ao seu recurso, julgando totalmente improcedente os pedidos dos apelados⁶³. Novamente, os julgadores fazem confusão entre inseminação artificial, prevista na mencionada lei, com a fertilização *in vitro*, e o órgão se omite de intervir no caso, informando não ser o tratamento algo que cause risco de morte, mas, a qualidade de vida que eles terão sem superar essa infertilidade, que já foi reconhecida como patologia, não importa ao Estado? Desfazer as injustiças promovidas pelos planos de saúde, que prejudicam inúmeros consumidores, não é de interesse estatal?

3.2.2 Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e São Paulo

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, o posicionamento jurisprudencial também pende contra os consumidores, como se constata no julgamento das apelações movidas mutuamente entre a parte autora e a Unimed Planalto Médio Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. A autora apelou requerendo que a sentença que condenou o plano de saúde a custear a fertilização *in vitro*, também a condene a pagar indenização por danos morais. O plano, por sua vez, apelou requerendo que se desobrigue a custear o tratamento. A corte explicita que, por vezes, o contrato refere-se à inseminação artificial de maneira genérica, para abarcar os tipos de reprodução assistida, e que, se a inseminação artificial, que é menos onerosa e menos complexa, fora excluída da cobertura, logo, a fertilização também estaria. Sendo assim, pela expressa exclusão contratual não ser abusiva, mereceu provimento a apelação do plano de saúde, e, por consequência, se foi reconhecido que a autora não tem direito à cobertura do convênio, não há razão para pagamento dos danos morais, negando provimento à apelação da consumidora⁶⁴. O órgão fez uma interpretação equivocada, estendendo o conceito para benefício do plano em detrimento da consumidora, que não tem nem mesmo a segurança do que está expresso no contrato, uma vez que pode ser distorcido para lhe prejudicar.

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação nº 0706101-47.2017.8.07.0001, da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, 02 de maio de 2018. Lex: jurisprudência do TJDFT.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 0179979-49.2017.8.21.7000, da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 27 de setembro de 2017. Lex: jurisprudência do TJRS.

Em apelação movida por consumidora contra Hospital de Prontoclinicas Ltda, com o intuito de reformar a sentença que julgou improcedente o pleito da autora para a realização da fertilização *in vitro*, a corte argumentou que existe cláusula excludente de cobertura para o procedimento. Ademais, que esta exclusão encontra amparo legal, razão pela qual não cabe a declaração de nulidade da cláusula contratual, e, por isso, negou provimento ao recurso da apelante⁶⁵. É notório que o entendimento do tribunal é contrário ao consumidor, não é debatida a abusividade do dispositivo contratual, assim como não se discute o tema à luz da previsão constitucional e de legislação específica que trata do direito ao planejamento familiar.

No âmbito do Tribunal do Estado de São Paulo, a Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico apelou contra a decisão que a obrigou a custear a fertilização *in vitro* para um casal de consumidores. A corte destacou que o procedimento não é tratamento para a melhora ou a cura da infertilidade, que teria apenas a função de permitir que a paciente tivesse filhos, e, além disso, por interpretação conjunta e sistemática, entende-se que o legislador não pretendia incluir, na legislação que cerca o tema, qualquer método contraceptivo ou de reprodução assistida. Na mesma linha, afirmou ainda que quando é mencionada a inseminação artificial, por ser método semelhante à fertilização, a intenção é excluir ambas as técnicas da cobertura obrigatória dos planos de saúde, portanto, não seriam responsáveis pela contraprestação do direito constitucional ao planejamento familiar, ainda que a infertilidade decorra de doença coberta pelo plano, com isso foi dado provimento ao recurso do apelante⁶⁶. A intenção de legitimar o posicionamento favorável ao plano de saúde ultrapassa os limites da razoabilidade, tanto quando o magistrado afirmou que permitir que a apelada tenha filhos, não cura sua infertilidade, como quando pontuou, de maneira infundada, que era a intenção do legislador, ao se referir a uma técnica de reprodução assistida, abranger a todas e que o direito constitucional ao planejamento familiar não alcança os prestadores de assistência médica.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 0066744-40.2018.8.21.7000, da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 25 de abril de 2018. Lex: jurisprudência do TJRS.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1003714-61.2015.8.26.0248, da Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 15 de maio de 2018. Lex: jurisprudência do TJSP.

Para finalizar a análise jurisprudencial dos tribunais pátrios, do tribunal paulista se extraiu a apelação movida por uma consumidora irresignada contra a sentença de primeiro grau que negou o pedido da autora em exigir que a Sul América Companhia de Seguro Saúde arcasse com o custo da fertilização *in vitro*. A corte argumentou que o consumidor adere a um ajuste de vontades preexistente, caso em que as cláusulas já estão preestabelecidas, devendo ser invocado o princípio do equilíbrio contratual entre as partes, com vedação às cláusulas abusivas ou aptas ao favorecimento exagerado do fornecedor de produto ou serviço em detrimento do consumidor. É afirmado também que a infertilidade está listada como patologia na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas com a Saúde, sendo a fertilização *in vitro* o único tratamento indicado para superar a doença e alcançar a reprodução, devendo ser custeado pela parte ré. Explicita que, frente à previsão do art. 35-C na Lei 9.656/98⁶⁷, que assevera ser obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar, somada, a Súmula 102/2013⁶⁸, que define que, no caso de haver expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)⁶⁹, deve-se optar pelo entendimento mais favorável ao consumidor. A negativa de cobertura pela apelada frustrou o objetivo principal do contrato, o que é vedado pelo artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor⁷⁰, concluindo o órgão colegiado que a autora é acometida de patologia que deve ser coberta pelo plano. Não cabe a ele escolher o tratamento da beneficiária, devendo atender a prescrição médica especializada e disponibilizar todos os meios que estiverem ao seu alcance, no caso, em questão, custeando a fertilização *in vitro*, dando assim parcial provimento ao recurso, parcial

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Súmula nº 102 de 2013, aplicada ao Direito Privado do TJSP. São Paulo, 28 de fevereiro de 2013. Súmula disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁶⁹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde - 2018. Rio de Janeiro: ANS, 2018. Resolução disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/rol/2018/Anexo1_Rol-2018_Ok.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

por não haver entendimento que devesse prosperar o pedido de dano moral⁷¹. O julgamento dessa apelação é a representação da necessária proteção dos consumidores inférteis ao planejamento familiar, uma conquista na seara consumerista, apesar de não ser um posicionamento unânime do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

3.3 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DIANTE DA QUESTÃO

Neste tópico, busca-se evidenciar qual o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) frente ao julgamento de recursos especiais que tratam da temática do direito dos consumidores ao planejamento familiar, que demandam pela obrigação dos seus respectivos planos de saúde em custear os procedimentos de reprodução assistida por sofrerem de infertilidade. Objetiva-se analisar os posicionamentos do tribunal superior, tanto os favoráveis como os desfavoráveis aos consumidores.

3.3.1 Pronunciamentos favoráveis aos consumidores

Em recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Estado do Rio de Janeiro o qual obrigou o recorrente a custear a fertilização *in vitro* para a recorrida, que é hipossuficiente e sofre de infertilidade, alegou que a decisão foi omissa, e que inexistia o direito a reprodução e não caberia ao Estado cobrir tal tratamento. No voto do relator do recurso, é afirmado que o Tribunal julgou a lide na íntegra, não sendo obrigado a rebater um a um todos os argumentos da defesa, e que não cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar ofensa aos dispositivos constitucionais, isso seria incumbência do Supremo Tribunal Federal. O Ministro conclui o voto afirmando que o recorrente insiste na tese que inexistia o direito a reprodução, sendo que a decisão da lide foi baseada no planejamento familiar que possui previsão constitucional, e que é dever do Estado a garantia da saúde da população, sendo, assim, evidente a deficiência na fundamentação do recurso, e, por

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1021467-43.2017.8.26.0577, da Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 15 de maio de 2018. Lex: jurisprudência do TJSP.

isso, foi negado o provimento⁷². Apesar desse recurso especial ter como recorrente o Estado do Rio de Janeiro, e não um plano de saúde, é importante ressaltar o reconhecimento por parte da corte superior do direito do cidadão ao planejamento familiar, e que, entendendo que o plano de saúde teria a mesma obrigação que o Estado no que tange à assistência médica que presta ao seu contratante, teria ele o mesmo dever de custear o procedimento.

A Unimed Assis Cooperativa de Trabalho Médico moveu recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe condenou a reembolsar a fertilização *in vitro* custeada pela recorrida e a lhe pagar indenização por danos morais. O Ministro Marco Buzzi afirmou que a recorrente se limitou a apontar violação ao artigo 10, inciso III, da Lei 9.656/98⁷³; que a inseminação artificial está excluída do rol de cobertura do plano de saúde e que se insurgia à indenização por danos morais. No entanto, a recorrente não combateu os argumentos que embasaram o acórdão, que são, a saber: que o tratamento teve natureza emergencial para impedir consequências potencialmente irreversíveis; a típica relação de consumo e a exclusão imposta pela ré ofende a regra do art. 51, §1º, inciso I, da Lei 8.078/90⁷⁴; que o procedimento não decorreu de livre escolha da autora, mas de situação necessária; que o reembolso pretendido possui previsão legal no art. 12, inciso VI, da Lei 9.656/98; e que a técnica de reprodução assistida em questão não pode ser igualado a simples inseminação artificial. Pela existência de fundamentos inatacados e aptos a manutenção do arresto recorrido, e por estar configurado o dano moral pelo comportamento abusivo da recusa injustificada do plano de saúde em autorizar tratamento emergencial que estava obrigado legalmente e contratualmente, foi negado provimento ao recurso especial⁷⁵. A relevância desse julgamento está no reconhecimento da aptidão dos argumentos que fundamentaram o acórdão para o legitimarem, condenando o plano de assistência médica a reembolsar a consumidora e a indenizar por danos morais pela recusa ao tratamento. Destaca-se que esse

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.617.970, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 20 de setembro de 2016. Lex: jurisprudência do STJ.

⁷³ BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.676.853, da Decisão Monocrática do Ministro Marco Buzzi do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 25 de maio de 2018. Lex: jurisprudência do STJ.

posicionamento é ainda mais importante por ter ocorrido posteriormente à recente decisão da Terceira Turma do STJ, que entendeu não ser abusiva a exclusão de inseminação artificial do rol de procedimentos obrigatórios dos planos de saúde.

3.3.2 Entendimentos contrários aos consumidores

Na busca dos entendimentos contrários aos consumidores, é essencial analisar o recurso especial interposto pela Amil Assistência Médica Internacional S.A contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que manteve a decisão de primeira instância que condenou a recorrente em arcar com os custos da fertilização *in vitro* da recorrida em até oito tentativas. A corte superior declarou que a endometriose, a que é acometida a recorrida, tem tratamento previsto pela operadora do plano de saúde, mas essa enfermidade não é tratada com inseminação artificial por meio da técnica de fertilização *in vitro*, que está expressamente excluída do plano-referência em assistência à saúde, nos termos do art. 10, inciso III, da lei 9.656/98⁷⁶. Contudo, essa exclusão da lei à inseminação artificial é uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório nos demais casos que envolvem planejamento familiar na modalidade concepção. Conclui o julgamento, afirmando não haver qualquer ilegalidade quanto à exclusão da inseminação artificial do rol de procedimentos obrigatórios do plano-referência, não tendo nenhuma abusividade ou nulidade a ser declarada, mantendo-se saudável a relação de consumo entre a recorrente e a recorrida. O recurso foi provido para julgar improcedente os pedidos da exordial⁷⁷. A corte cometeu dois erros crassos; o primeiro quando colocou apenas a endometriose como enfermidade, quando ela é a origem de outra patologia, que é a infertilidade, essa sim necessita, por vezes, de métodos de reprodução assistida para ser sanada. O segundo equívoco é dizer que a fertilização *in vitro* é um tipo de inseminação artificial, quando, na realidade, inseminação e fertilização são duas técnicas de reprodução assistida que não se confundem, principalmente em complexidade, mas, a confusão entre elas parecer ter sido intencional, para que a exclusão de cobertura prevista no dispositivo

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.590.221, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 07 de novembro de 2017. Lex: jurisprudência do STJ.

legal citado englobasse o procedimento requerido pela consumidora, legitimando, assim, a negativa judicial. É preocupante a decisão desse julgamento, pois, ele criou um precedente perigoso, que é um verdadeiro retrocesso nessa esfera de luta na seara consumerista pela busca de um verdadeiro equilíbrio e higidez na relação contratual entre consumidores e planos de saúde.

No caso em foco, será analisado o recurso especial interposto pela consumidora contra o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que reformou a sentença de primeiro grau que condenou a Amil Assistência Médica Internacional S.A a reembolsar a consumidora pelos custos da fertilização *in vitro* arcados por ela, por ter sido negada a cobertura pela recorrida. O Ministro Marco Aurélio Bellizze afirmou que a Terceira Turma do STJ firmou o entendimento de que a fertilização *in vitro* não possui cobertura obrigatória, sendo assim, seguindo essa orientação, na hipótese de ausência de previsão contratual, é impositivo o afastamento do dever de custeio do procedimento pela operadora do plano de saúde. Ademais, aduziu que a inclusão do planejamento familiar entre os procedimentos de cobertura obrigatória apresenta caráter preventivo, para subsidiar a escolha e a prescrição do método adequado. Finaliza reiterando que, em conformidade com o entendimento citado, não é considerada abusiva a cláusula que possibilita a exclusão contratual do procedimento de reprodução assistida, e, pelas razões expostas negou provimento ao recurso especial⁷⁸. O julgamento do recurso especial citado anteriormente firmou um entendimento equivocado e arbitrário que tende a ser reforçado nos próximos julgamentos, e, até que se consiga superá-lo, demonstrando sua abusividade intrínseca, muitos consumidores serão prejudicados.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do recurso especial nº 1.718.594, da Decisão Monocrática do Ministro Marco Aurélio Bellizze do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 05 de abril de 2018. Lex: jurisprudência do STJ.

4 ASPECTOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS ATINENTES AO PLANEJAMENTO FAMILIAR PARA USUÁRIOS DE PLANOS DE SAÚDE INFÉRTEIS

Nos próximos tópicos, buscar-se-á explanar a definição e as características acerca da infertilidade, como são afetados os casais que são acometidos por essa patologia, e os tratamentos disponíveis para a reprodução assistida, assim como será esclarecida a perspectiva legislativa e doutrinária acerca do planejamento familiar e dos dispositivos normativos que são voltados para regular os planos de saúde.

4.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA INFERTILIDADE

Qual o projeto da maioria de homens e mulheres em qualquer lugar do mundo? Em geral, a resposta é casar e ter filhos, sendo fundamental estes dois pontos para alcançar a plenitude do desenvolvimento pessoal e cumprir relevante função social⁷⁹. Quando esta meta de vida se torna inviável pela infertilidade, os casais frustrados por não realizar o desejo de maternidade e paternidade passam por um enorme sofrimento desgastante, no âmbito social e emocional. A Associação Americana para Medicina Reprodutiva (ASMR) reconhece que a infertilidade é um problema de saúde pública, uma grave patologia que é definida como a incapacidade de engravidar após doze meses ou mais de relações sexuais regulares sem contracepção⁸⁰.

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), estima-se que entre 60 e 80 milhões de pessoas em todo o mundo enfrentem dificuldades para ter êxito no projeto de paternidade e maternidade em algum momento de suas vidas e calcula-se que esse índice atinja aproximadamente 20% dos casais em idade reprodutiva. Nos países desenvolvidos, a ocorrência desse problema de saúde afeta entre 17 a 28% dos casais, e entre os que sofrem com a patologia apenas 56% procura auxílio médico. A infertilidade torna-se o eixo central na vida de quem é acometido por ela, sendo uma grave e constante fonte de sofrimento psicológico e social, tanto para as mulheres como para os homens, deixando a relação conjugal sob forte pressão⁸¹.

⁷⁹ RIBEIRO, M. *Infertilidade e reprodução assistida: clínica psicanalítica*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

⁸⁰ BADALOTTI, M.; PETRACCO, A. Infertilidade: definições e epidemiologia. In: BADALOTTI M. et al. *Fertilidade e infertilidade humana*. Rio de Janeiro: Medsi, 1997, p. 3-7.

⁸¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*. Geneva: WHO, 2002.

A infertilidade ainda pode ser conceituada tendo como parâmetro a idade da mulher, sendo diagnosticada quando não ocorre a gravidez com um casal que tem relações sexuais regulares, sem uso de contracepção, ao longo de um período de tempo variável: dois anos se mulher tiver menos de 30 anos de idade; um ano se ela tiver entre os 30 e os 35 anos; e, seis meses no caso das demais idades acima dos 35. Em decorrência dessa teoria, a procura por acompanhamento médico é recomendado também levando em consideração a idade da mulher. Se a mulher tiver dos 20 aos 30 anos, o casal deve procurar ajuda médica quando não ocorrer a gravidez após um ano e meio a dois anos tentando, se tiver de 30 e 35 anos após completar um ano, e depois de passados seis meses quando a mulher já tiver mais de 35 anos⁸².

A infertilidade pode afetar um casal de duas formas, a primeira e a mais comum implica na incapacidade de se engravidar, ou seja, que inviabiliza a fecundação, e outra que seria uma dificuldade para manter a gravidez, após a mulher fecundar ela não consegue a evolução da gestação. A partir das duas formas citadas da patologia é possível classifica-la em três tipos: a primária, a secundária e a relativa. Na primária, enquadram-se os casais que não conseguem ter o primeiro filho, e a secundária ocorre quando um casal que já conseguiu ter um filho não consegue conceber outro. A relativa está vinculada à incapacidade da mulher em preservar a gestação até o final, ocorre a concepção, porém, a gravidez não prospera. Os tipos primária e secundária podem atingir homens e mulheres, e a relativa obviamente é um problema enfrentado apenas pela mulher⁸³.

Uma grave crise biopsicossocial é enfrentada por mulheres e homens que, pressionados por grandes expectativas inerentes ao sonho de ter um filho, recebem o diagnóstico de infertilidade⁸⁴. É uma crise complexa que requer por vezes muitos anos para ser superada, e recebe o nome de biopsicossocial por ser uma interação entre fatores físicos que levaram a infertilidade, intervenções médicas para tratar a patologia, conjecturas sociais referentes a parentalidade e a aspectos psicológicos individuais. O casal infértil passa por uma série de reações muito similares às oriundas

⁸² CONCEIÇÃO, S. C. (2000). A Infertilidade no Feminino. *.Net*, Coimbra, 2000. Disponível em: <http://www.aps.pt/cms/docs_prv/docs/DPR462e048bad58e_1.PDF>. Acesso em: 20 mai. 2018.

⁸³ SEGUY, B.; MARTIN, N. *Manual de Ginecologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 463-513.

⁸⁴ PINTO, H. G. Infertilidade: aspectos psicológicos, emocionais e sociais. In: CARDOSO, R. M.. *A Outra Metade da Medicina*. Lisboa: Climepsi editores, 1998, p. 95-111.

por outras crises traumáticas, tal como o falecimento de um ente querido. As reações se subdividem em quatro estágios principais: o primeiro é caracterizado pela negação, surpresa e choque; posteriormente vem o reativo composto pela raiva, ansiedade, sofrimento, frustração, culpa, isolamento e depressão; os dois últimos estágios são o adaptativo com a aceitação e o resolutivo com o planejamento de medidas a serem adotadas buscando soluções futuras⁸⁵.

O impacto da infertilidade e da reprodução medicamente assistida na vida das pessoas têm efeitos distintos, os quais são influenciados pelo contexto que elas vivem e que abrange as dimensões cultural, social, histórica, política e econômica. Para compreender o impacto que a patologia pode ter no cotidiano desses indivíduos, é necessário elucidar qual o sentido de ter um filho para eles, entendendo que estão implícitas muitas expectativas e pressões internas e externas, no âmbito pessoal, familiar e social⁸⁶. O casal que enfrenta esse problema passa por uma situação geradora de stress e instabilidade emocional, e traz como consequências emocionais a depressão, ansiedade, culpa e isolamento social em homens e mulheres, comprometendo com intensidades distintas as diversas esferas das suas vidas pessoais, conjugais e sociais⁸⁷.

Diversos são os motivos que ensejam e aumentam o desejo de ser pai ou mãe, sendo o mais comum a realização pessoal do indivíduo. Existem casais que têm a motivação econômica para ter filhos, atendendo uma necessidade financeira que visa aumentar a mão de obra, e, conseqüentemente, o rendimento familiar. Existe também o ensejo sociobiológico, com o instinto do ser humano de procriar com o intuito de perpetuar a sua representação genética. O objetivo de ter filhos dos indivíduos advém da excitação e imprevisto, criatividade e responsabilidade, a auto-recriação, filiação e renovação da vida, a possibilidade de influenciar o desenvolvimento de outro ser humano⁸⁸.

A reprodução é a concretização de um relacionamento íntimo de um casal e de uma função biológica, sendo elementar para alcançar à realização pessoal, ter aceitação social, e promover uma aproximação das relações familiares e um

⁸⁵ PINTO, H. G. Infertilidade: aspectos psicológicos, emocionais e sociais. In: CARDOSO, R. M.. *A Outra Metade da Medicina*. Lisboa: Climepsi editores, 1998, p. 95-111.

⁸⁶ SEIBEL, D.; CARVALHO, C. A. P.. Respostas emocionais do casal na reprodução humana. In: *18º Congresso Brasileiro de Reprodução Humana*. Porto Alegre: 1998, p. 9-11.

⁸⁷ FARIA, M. C.; SEIXAS, C.. *O bebê que não veio. Análise Psicológica*. Lisboa: ISPA, Série XIII, nº1-2, 1995, p. 101-110.

⁸⁸ PINTO, op. cit., p. 95-111.

fortalecimento do vínculo conjugal. Em caráter social, a paternidade e a maternidade são concebidas como um eixo central da vida dos indivíduos, em geral, enquanto os homens veem a capacidade de ser pai como uma forma de afirmação social da sua virilidade masculina, as mulheres possuem uma educação tradicional que as compele a encarar a maternidade como um norte para o qual caminham enquanto amadurecem, sendo um objetivo essencial e primário para a maioria delas⁸⁹.

Ao longo do tempo, os estudos vêm elucidando quais os motivos que afetam a fertilidade, entre os mais relevantes são: alterações nos hábitos e no estilo de vida da população, tais como o aumento do consumo do tabaco, de álcool e de outras substâncias farmacêuticas, e a alimentação desequilibrada e irregular que pode gerar distúrbios na produção de hormonas. Ademais, pode-se observar a exposição demasiada a substâncias tóxicas provenientes de atividades laborativas e da poluição ambiental; a prorrogação do primeiro filho, motivada por fenômenos sociais como a maior dedicação a carreira profissional, que leva muitas mulheres a deixar para engravidar quando sua fertilidade está em declínio; e o aumento de métodos contraceptivos que reduz o número de ciclos ovulatórios; a recorrência da interrupção da gravidez que tem riscos de complicações para o órgão reprodutor feminino. Outrossim, as elevações da temperatura testicular pelo uso de roupa apertada e de tecido sintético, e exposição prolongada ao calor que acabam fomentando o decréscimo na contagem de espermatozoides; a liberdade sexual que leva a um maior número de parceiros e o início prematuro da vida sexual que cominam no aumento da transmissão das infecções sexualmente transmissíveis e de processos inflamatórios que afetam a função reprodutiva; o alto nível de estresse da vida moderna que tem o potencial para repercutir em alterações hormonais que podem comprometer a produção de gametas⁹⁰.

O conjunto de técnicas que têm por finalidade suprir uma limitação humana quanto à possibilidade de ter filhos recebe o nome de reprodução assistida⁹¹. São utilizados todos os procedimentos disponíveis para ajudar casais a superar as suas

⁸⁹ PINTO, H. G. Infertilidade: aspectos psicológicos, emocionais e sociais. In: CARDOSO, R. M.. *A Outra Metade da Medicina*. Lisboa: Climepsi editores, 1998, p. 95-111.

⁹⁰ FARIA, M. C.. Aspectos psicológicos da infertilidade. in: CANAVARRO, C. (Ed.) *Psicologia da Gravidez e da Maternidade*. Coimbra: Quarteto Editora, 2001, p. 189-209.

⁹¹ MONTENEGRO, Sandra Lima Alves. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para reprodução humana assistida. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 189-209.

dificuldades em engravidar depois que os métodos mais simples falharam⁹². Uma ampla gama de alternativas terapêuticas para infertilidade vem sendo propiciada pelas Novas Tecnologias Reprodutivas (NTR), ampliando sobremaneira as chances de gravidez. A partir dos resultados dos exames solicitados pelo médico especializado em fertilidade, o casal adotará uma das Técnicas de Procriação Medicamente Assistida (TPMA) para conseguirem ter um filho sem utilizar o caminho natural, ou seja, das relações sexuais, substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo⁹³.

Entre os procedimentos mais adotados, observa-se: a fertilização *in vitro* (FIV), que consiste na estimulação dos ovários por hormônios, recolhimento dos óvulos maduros de ambos os ovários, coleta e seleção do esperma, fertilização artificial e transferência de embriões para o útero; a inseminação artificial, que se dá com a injeção de espermatozoides selecionados no útero; a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, em que se realiza uma microcirúrgica fertilização *in vitro* para injetar no óvulo um único espermatozoide selecionado por estar em condições de normalidade; a transferência intra-tubárea de gametas, em que óvulos e espermatozoides são inseridos nas trompas de falópio por laparoscopia; e a transferência intrafalopiana de zigotos, ela se assemelha a FIV com a diferença que ao invés dos gametas é alocado nas trompas o embrião⁹⁴.

4.2 PLANEJAMENTO FAMILIAR: EM QUE CONSISTE

O Planejamento Familiar é o direito fundamental que toda pessoa tem à informação, aos recursos e à assistência especializada para que possa decidir livremente ter ou não ter filhos, a quantidade de filhos, o intervalo temporal entre cada gestação e optar pelo método anticoncepcional que mais se adequa às suas

⁹² MONTENEGRO, Sandra Lima Alves. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para reprodução humana assistida. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 189-209.

⁹³ TELÖKEN Cláudio; BADALOTTI Mariângela. Bioética e reprodução assistida. *Net*, Revista AMRIGS, Porto Alegre, jul/dez. 2002, p. 100. Disponível em: <<http://amrigs.com.br/revista/4603/Bio%C3%A9tica%20e%20reprodu%C3%A7%C3%A3o%20assistida.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

⁹⁴ FAUSTINO, A.R.. Infertilidade: causas e consequências. *Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa*, Lisboa, FML, Série III, Vol.10 nº 5, p. 293-300, jul. 2005.

condições e necessidades. A pessoa deve exercer esse direito com o domínio das informações sobre o tema e de maneira consciente, sem sofrer nenhuma pressão, coerção, violência ou discriminação. Esse conceito sobre planejamento familiar desdobra-se do seu principal alicerce, no art. 226, parágrafo 7º da Constituição Federal⁹⁵, onde ele é definido como livre decisão do casal, cabendo ao Estado oferecer informações e recursos para o exercício desse direito, vedando qualquer tipo de imposição nessa área, proibindo coerções de entidades públicas ou privadas em relação a essa matéria, baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável⁹⁶.

O dispositivo citado é o único que trata do Planejamento Familiar na Constituição Federal, visando efetivá-lo foi sancionada, a Lei nº 9.263, em 12 de janeiro de 1996, a qual conceitua o Planejamento Familiar como um conjunto de ações que regula a fecundidade, possibilitando a limitação ou o aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal e que é um direito de todos os cidadãos. Pela lei, o planejamento orienta-se pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade e por ações preventivas e educativas, sendo dever estatal a promoção de condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício através do Sistema Único de Saúde (SUS)⁹⁷.

As conquistas pertinentes à mudança de entendimento, acerca da reprodução humana no Brasil, são oriundas do movimento das mulheres e das lutas políticas travadas por ele, pois, o planejamento familiar é um dos diversos problemas enfrentados pela mulher no processo de construção dos seus direitos⁹⁸. Na década de 60, os Estados Unidos exerceram grande pressão sobre os países subdesenvolvidos para que adotassem uma política de controle populacional, a qual se deu com distribuição de contraceptivos pouco testados, campanhas de esterilizações em massa, e a oferta de contraprestação pecuniária para aqueles que se submetessem à esterilização. No Brasil, essa política foi implementada até mesmo

⁹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Lex disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*. 1. ed, São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 44.

⁹⁷ BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁹⁸ COELHO, E. A. C. et al. O planejamento familiar no Brasil no contexto das políticas de saúde: determinantes históricos. *Rev. Esc. Enf. USP*, v.34, n.1, p. 37-44, mar. 2000.

como um critério para a realização de empréstimos financeiros, sendo estimulada a contracepção para as mulheres, geralmente pelo método hormonal, mas, sem assistência adequada e comprometendo a sua saúde⁹⁹.

Em decorrência da evidente dependência econômica do capital estrangeiro, o Brasil se rendeu às entidades americanas consideradas de planejamento familiar, apesar da oposição por parte da Igreja, dos militares, e do próprio governo que defendiam a importância de uma grande população tanto pelo aspecto estratégico como econômico. Quando o País enfrentava uma grave crise econômica e política, no ano de 1965, a Sociedade Civil de Bem-Estar Familiar no Brasil (BEMFAM) foi criada com o financiamento de órgãos internacionais movidos por interesses de controle, facilitando o acesso das mulheres aos métodos contraceptivos divulgados como instrumentos eficazes e imprescindíveis para a liberação feminina, permitindo dissociar a sexualidade da procriação, principalmente à pílula, através da distribuição gratuita, sem garantia de acompanhamento médico¹⁰⁰.

Denúncias de esterilização de mulheres em massa na Amazônia ocorreram em 1967, sendo criada uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para proceder a investigação que não obteve nenhum resultado conclusivo, mas que reforçou uma perspectiva natalista do Estado. Em 1968, no Ano Internacional dos Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas (ONU) declara e reconhece o Planejamento Familiar como um direito humano básico, sendo direito dos indivíduos e casais a decisão do tamanho de suas famílias, ou seja, direito de decidir livremente e de forma responsável quando e quantos filhos querem ter. Em 1969, o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) é criado, uma agência de cooperação internacional para o desenvolvimento com igualdade de oportunidades para todos que dentro de suas atividades tenham o anseio de contribuir para o desenvolvimento do planejamento familiar¹⁰¹.

O Brasil atravessa um processo de transição demográfica entre 1970 e 1990, oscilando entre momentos em que se priorizava uma orientação pró-natalista na sociedade, ficando adormecida a concepção de controle da natalidade e outros em que essa ideia ressurgia com força. Visando amenizar a crise financeira enfrentada

⁹⁹ COELHO, E. A. C. et al. O planejamento familiar no Brasil no contexto das políticas de saúde: determinantes históricos. *Rev. Esc. Enf. USP*, v.34, n.1, p. 37-44, mar. 2000.

¹⁰⁰ RODRIGUES, G. de C. *Planejamento familiar*. São Paulo: Ática, 1990.

¹⁰¹ ALVES, José Eustáquio Diniz. *As políticas populacionais e o planejamento familiar na América Latina e no Brasil*. Escola Nacional de ciências Estatísticas. Rio de Janeiro: 2006.

pelo país, em um contexto de desenvolvimento com desigualdades culturais, sociais e de êxodo rural, o Governo realiza intervenções na saúde reprodutiva da população para reduzir a taxa de fecundidade. Uma nova conjuntura produtiva se consolida no final do século passado, reinserindo a mulher no mercado de trabalho em caráter definitivo, ainda que essa inclusão aconteça de maneira precária, sobrecarregando as trabalhadoras com uma segunda, e por vezes terceira, jornada de trabalho, com uma remuneração inferior à dos homens, e sob o estigma de serem "trabalhadores de menor valor", sendo submetidas a uma clara posição de desvantagem, em que se reforça a ideia de que ter um filho era um prejuízo¹⁰².

O Programa de Assistência Integral da Saúde da Mulher (PAISM) foi criado em 1983, nele podia se identificar o primeiro esboço de um programa de planejamento familiar, no qual o Estado propunha uma estratégia para proporcionar atenção integral à saúde da mulher e acompanhar todas as fases da sua vida. O programa continha aspectos do planejamento familiar, como uma reação as ideias internacionalmente difundidas acerca dos direitos sexuais e reprodutivos, porém, sua implementação, em decorrência da crise do sistema público de saúde do Brasil, da ausência de interesse e comprometimento político, e de outros fatores, foi tímida, não se tornando plenamente efetivo¹⁰³.

Como citado, o planejamento familiar até o século passado era voltado principalmente para a contracepção, a concepção não era uma grande preocupação, ficando em segundo plano. A previsão constitucional no parágrafo 7º do art. 226¹⁰⁴ desse direito e o posterior sancionamento de uma lei federal para regular esse dispositivo normativo foi reflexo de que a mentalidade sobre o tema estava se alterando e se ampliando, apesar de ser um processo gradual e lento, de modo que a concepção começava a ganhar mais espaço a partir desse contexto, pois, o planejamento não deveria estar voltado apenas para limitar a prole, mas, também proporcionar o aumento dela.

¹⁰² SPINDEL, Cheywa. "O 'uso' do trabalho da mulher na indústria do vestuário". In: BARROSO, Carmen; COSTA, Albertina de Oliveira (orgs.) *Mulher, mulheres*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1983.

¹⁰³ MAIA, Rebeca Ramalho Torres. *O planejamento familiar como um direito fundamental: uma crítica às políticas públicas desenvolvidas no Brasil*. 2008. Monografia (Graduação) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2008.

¹⁰⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Lex disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

No dispositivo constitucional citado, é realizada a menção ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é explicitado no art. 1º, inciso III da Constituição, tendo o intuito de delimitar o mínimo necessário à vida das pessoas para que elas tenham uma vida digna, sendo assim, conclui-se que o planejamento familiar foi assegurado pelo constituinte no rol das necessidades humanas essenciais. Com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o legislador enfrentou o problema da natalidade definindo como dever do Estado fornecer recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sem desconsiderar o crescimento populacional desordenado reafirma-se que cabe ao casal a escolha dos critérios e dos modos de agir, com proibição expressa de qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e particulares¹⁰⁵.

Na lei nº 9.263/96¹⁰⁶ é reiterado que essa garantia constitucional não se restringe à mulher, mas ao homem e ao casal, devendo todos receberem orientação por ações preventivas e educativas e lhes sendo assegurado o acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. Outra mudança relevante é a de que não cabe mais a intervenção controlista do Governo, por se tratar de um direito de livre escolha individual. É perceptível também a evolução do entendimento norteador da criação do Programa de Assistência Integral da Saúde da Mulher de 1983, que é a concepção do planejamento familiar como uma forma de atenção integral a saúde. A norma reflete a autodeterminação do indivíduo que deve gozar de liberdade sem sofrer quaisquer meios de coerção, trazendo como principais características a desvinculação do planejamento familiar com o controle de natalidade para respeitar os direitos sexuais e reprodutivos, a promoção da autonomia para a contracepção e a concepção, e a previsão de medidas para um acompanhamento de todos os ciclos vitais¹⁰⁷.

Conceitualmente a lei traz importantes alterações, porém, não há no seu conteúdo previsão de medidas para efetivar suas metas, havendo diretrizes apenas para a esterilização voluntária, constituindo assim uma contradição notória com a prática. Apesar do avanço legislativo que representa esse dispositivo jurídico ele ainda

¹⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito de família*. Vol. VI. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁰⁶ BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁰⁷ COSTA, A. M.; GUILHEM, D.; SILVER, L. D. Planejamento familiar: a autonomia das mulheres sob questão. *Rev. Bras. Saúde Mater. Infant.*, Recife, v. 6, n. 1, 2006.

é tímido no que concerne a concepção, a atenção é focada para uma perspectiva limitada e reducionista do planejamento familiar a medidas contraceptivas, reiterando a ausência de prioridade a saúde de maneira integrada e a vinculação com o controle de natalidade, que se mantem como objetivo intrínseco¹⁰⁸.

4.3 NORMAS SOBRE OS PLANOS DE SAÚDE

Nesse tópico, serão tratados os aspectos normativos da lei nº 9.656/98 que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e da resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que delimita as diretrizes de utilização para cobertura de procedimentos na saúde suplementar, no que tange às garantias e às inseguranças dos consumidores na busca de tratamento para suas infertilidades.

4.3.1 A Lei Federal nº 9.656/98

No que se refere à lei federal nº 9.656/98¹⁰⁹, que trata dos planos e seguros privados de assistência à saúde, existem dois dispositivos que versam diretamente sobre o planejamento familiar, são eles o artigo 10 e o artigo 35-C, que por sinal são contraditórios e fomentam uma das principais divergências argumentativas em âmbito judicial nas ações movidas por casais inférteis contra seus respectivos planos de saúde que se negam a prover o tratamento necessário para os contratantes.

O artigo 10 dispõe que haverá cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar compreendendo tratamentos realizados exclusivamente em território brasileiro, quando sendo necessários com internação hospitalar, das doenças listadas pela Organização Mundial de Saúde na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, exceto para os casos previstos nos nove incisos desse artigo, sendo que o inciso III traz a inseminação artificial como

¹⁰⁸ CHAGAS, Márcia Correia. *Tecnologias Médico Reprodutivas e Direito Fundamental ao Planejamento Familiar: pressupostos conceituais e normativos para uma reflexão bioética*. 2005. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco.

¹⁰⁹ BRASIL. *Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

excluída da cobertura obrigatória¹¹⁰. Valendo-se dessa exclusão, as operadoras de planos de saúde recusam-se a custear o tratamento dos consumidores acometidos de infertilidade, alegando que o legislador ao excluir a inseminação artificial na realidade tinha a intenção de excluir todas as demais modalidades de reprodução assistida, pois, a inseminação artificial seria uma técnica bem mais barata que a fertilização *in vitro*, logo, se não cobre a mais barata muito menos a de maior ônus financeiro.

A lógica argumentativa dos planos está completamente equivocada, já que as exceções a cobertura trazidas na lei não são genéricas ou exemplificativas, são taxativas, de modo que a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* não se confundem, sendo técnicas de reprodução assistida completamente distintas. A primeira consiste em introduzir o gameta masculino diretamente na cavidade uterina, para que ocorra fecundação naturalmente dentro da mulher; e a segunda é realizada completamente em laboratório, são colhidos os gametas do casal, a fecundação é realizada no laboratório e é implantado o embrião formado no útero, portanto, os seguros de saúde não podem negar o tratamento da FIV com base na falta de cobertura da inseminação¹¹¹.

No artigo 35-C da mesma lei, encontra-se a contradição que anularia a exclusão de cobertura referente à inseminação artificial prevista no artigo 10. Este dispositivo, em seu inciso III, estatui como obrigatória a cobertura do atendimento pelos planos de saúde nos casos de planejamento familiar, e, entendendo que essa categoria abrange tratamentos e técnicas para a contracepção e a concepção, estaria tanto a inseminação artificial como a fertilização *in vitro* dentro da cobertura obrigatória. Acontece que o dispositivo, que exclui a inseminação, data de quando a lei foi sancionada, o que ocorreu em 03 de junho de 1998, enquanto o 35-C, que assegura a cobertura, foi alterado pela lei nº 11.935 de 11 de maio de 2009¹¹². Compreendendo a situação como uma antinomia jurídica, e, seguindo o critério cronológico para buscar coerência no ordenamento e a solução de qual norma seria a válida, por não ser permitido que a lei retroaja o artigo 35-C seria o vigente, e, logo,

¹¹⁰ BRASIL. *Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹¹¹ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.), *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 238.

¹¹² BRASIL. *Lei nº 11.935, de 11 de maio de 2009*. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

o que possui eficácia para aplicação nos casos concretos¹¹³. No parágrafo único, é explicitado que a ANS publicará normas regulamentares para o disposto no dispositivo, e sobre essas normas que se trata o próximo tópico.

4.3.2 Resoluções da ANS

A Resolução Normativa Nº 428¹¹⁴, de 07 de novembro de 2017, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, consagra em seu artigo 8º, que as ações de planejamento familiar, previstas na lei sobre planos de saúde citada anteriormente, somente envolvem atividades de educação, aconselhamento e atendimento clínico que constam nos anexos. A definição expressa no inciso I prevê o planejamento familiar como um 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. Nos próximos cinco incisos, são descritos outros conceitos, de modo a restringir os planos de saúde a fornecer aconselhamento, palestra, e atendimento clínico até o ponto de subsidiar a escolha e prescrição do método mais adequado para concepção ou anticoncepção.

A intenção claramente é respaldar as operadoras de planos de saúde para que não arquem com as técnicas de reprodução assistida para tratar a infertilidade dos consumidores, porém, essa restrição não merece prosperar, já que ela é contraditória com o disposto na Constituição Federal e na lei que trata do planejamento familiar, que prevê que a efetivação desse direito se dará através de recursos educacionais e científicos. Entendendo a infertilidade como uma patologia, não poderia o plano de saúde recusar o custeamento do tratamento, por configurar uma prática abusiva em negar o serviço pelo qual foi contratado, já que coloca o consumidor em desvantagem exagerada e por ser um comportamento incompatível com a boa-fé ou equidade contratual, como prevê o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor¹¹⁵.

¹¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007, p. 219-259.

¹¹⁴ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa Nº 428. Rio de Janeiro: ANS, 2017. Resolução disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg==>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹¹⁵ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

5 A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR INFÉRTIL EM FACE DOS PLANOS DE SAÚDE

Nos tópicos a seguir, buscar-se-á elucidar, em âmbito constitucional, o respaldo que possui o consumidor acometido por infertilidade para reivindicar o tratamento necessário à sua patologia frente aos planos de saúde; se as operadoras estariam transgredindo limites legais ao negarem a seus assegurados a cobertura de procedimentos mais onerosos financeiramente a elas; explicitar os dispositivos jurídicos da legislação especial que fundamentam os pleitos dos consumidores; e a preposição de uma solução para esse impasse na seara consumerista.

5.1 O DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR

Para além do direito ao Planejamento Familiar, disposto na Constituição Federal e em lei própria, o beneficiário que busca ver realizado o sonho de ter filhos, conta com um dispositivo constitucional que consagra e garante o direito fundamental à proteção do consumidor, que está previsto pelo artigo 5º, inciso XXXII¹¹⁶. A primeira menção desse direito protetivo do consumidor foi exatamente na Constituição de 1988, vindo a ocorrer a criação do Código de Defesa do Consumidor só dois anos depois, sendo assim, entendido que, na Carta Magna, foi onde se semeou a relevância e a necessidade de codificar o direito dos consumidores brasileiros, para que seja reforçado o compromisso do Governo de reconhecer a existência desse direito e a sua relevância enquanto garantia institucional da efetividade do direito nas relações de consumo¹¹⁷.

Atribui validade ao conjunto de normas de proteção do consumidor o simples fato dele estar contemplado pelo texto constitucional, pois, a Constituição goza de preeminência hierárquica normativa, e porque nela encontram-se os direitos e

¹¹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Lex disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

garantias fundamentais e as disposições básicas à organização do Estado¹¹⁸. A presença da proteção do consumidor na Constituição atende ao objetivo que o legislador entende ser a função do Estado, de atuação preponderante para dirimir os casos de desigualdade e desequilíbrio social, que através de mecanismos meramente políticos ou econômicos não poderiam ser ponderadas com eficiência¹¹⁹.

A previsão constitucional traz dois importantes elementos, o fato do legislador reconhecer a existência dos consumidores como novos sujeitos de direitos, seja em âmbito individual ou coletivo, e que, com essa legitimidade surge também a obrigação estatal para promover a sua proteção, garantindo-lhes como titulares de direitos constitucionais fundamentais uma legislação codificada especial, e estabelecendo a defesa do consumidor como princípio da Ordem Econômica¹²⁰. O segundo elemento inovador corresponde ao patamar no qual o consumidor é alocado com o que dispõe a Carta Magna vigente, além da consolidação de uma posição da pessoa numa determinada relação jurídica, a distinção de quem é a parte mais vulnerável nessa situação, quem necessita de guarida legislativa para promover o equilíbrio desejado, ficando expressamente claro que o consumidor é quem precisa ser resguardado contra práticas abusivas dos fornecedores. De maneira geral, todos os indivíduos são em um dado número de relações jurídicas ou em algum momento consumidoras, sendo esse fato inerente ao modo de vida moderno e a uma necessidade humana especial, resultando na caracterização dos direitos do consumidor como direitos humanos¹²¹.

O direito fundamental de proteger o consumidor demanda uma prestação protetiva pelo Estado, abrangendo as três esferas do poder; o que significa assegurar afirmativamente que os Poderes Judiciário, Executivo e o Legislativo realizem positivamente a proteção dos consumidores. Esta defesa dos vulneráveis nas relações de consumo impõe um amparo contra as atuações do Estado (direito de liberdade ou direitos civis, direito fundamental de primeira geração), mas também

¹¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

¹¹⁹ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 262-263.

¹²¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

estabelece uma atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em proteção dos consumidores (direito fundamental de segunda geração)¹²².

A proteção do consumidor, prevista no art. 5º, inciso XXXII da Constituição¹²³, como direito fundamental e garantia individual, não pode ser excluída por meio de emenda constitucional, vedação essa que abrange a modificação de qualquer elemento conceitual da defesa do consumidor, assim como ocorre com outros direitos fundamentais. Sendo assim, quaisquer mudanças que intentem minimizar a proteção ou sua aplicabilidade são inadmissíveis; é possível, entretanto, ampliar esses direitos dando maior abrangência em sua conceituação e aplicação, mas de maneira alguma retroceder e reduzi-los. Essa irreformabilidade parcial da Constituição recebe a nomenclatura de cláusulas pétreas, que são os pilares elementares da Carta Magna, em que o exercício do Poder Constituinte reformador ou derivado não pode atingir, sendo um limite irrevogável ao mesmo¹²⁴.

A dignidade do ser humano é representada por ter sua vida respeitada, sendo viabilizado a ele viver dignamente, ou seja, viver com saúde e qualidade, e, para tal, as pessoas contratam um plano de saúde privado ou utilizam dos serviços de saúde pública. As ações positivas do Estado para a manutenção da saúde são quantitativamente e qualitativamente abaixo das necessidades da população, e, para prevenir os eventos de saúde e transferir estes riscos para os fornecedores, foi organizado um sistema de assistência privada à saúde visando ao lucro, mas oferecendo qualidade e liberdade de escolha para os consumidores que podem arcar com o ônus financeiro de contratar esse serviço privado de alta relevância para manter a qualidade de vida¹²⁵.

No concernente à saúde, entendendo a infertilidade como uma grave patologia, o consumidor, que sofre com essa doença, de fato, faz jus a exigir os tratamentos de reprodução assistida das operadoras de planos de saúde, utilizando para isso o

¹²² MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Lex disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹²⁴ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

¹²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de "ações afirmativas" em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: COUTINHO, Adalcy Rachid, et. al. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

ajuizamento de ações que visam garantir o cumprimento da obrigação do prestador do serviço de saúde, tanto no tocante ao planejamento familiar como pela necessária proteção do consumidor. Não deve haver óbice legítimo a sua pretensão, já que a origem do Código de Defesa do Consumidor está na Constituição, assim como a sua proteção é um direito e um mandamento constitucional revestido no entendimento de que esta garantia normativa intervém na realidade das relações de consumo para a tutela de uma das partes, o consumidor¹²⁶.

5.2 O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO PILAR DA ORDEM ECONÔMICA

O legislador constituinte originário não se limitou a definir que a proteção do consumidor é um direito fundamental, mas, entendendo que a economia voltada ao consumo possuía um histórico de práticas lesivas ao consumidor pelo objetivo do lucro ganancioso e irrestrito, institui também uma barreira a ser respeitada, uma reafirmação do caráter constitucional de se preservar a defesa do consumidor, no artigo 170, inciso V da Constituição Federal¹²⁷. Foram vedadas determinadas práticas no curso da atividade comercial do fornecedor, colocando como fundamento da ordem econômica os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, tendo como um dos limitadores ao exercício da liberdade de mercado o princípio da defesa do consumidor. Dessa forma, no texto constitucional, encontra-se como princípio da ordem econômica que não se observa exclusivamente com conteúdo proibitivo ou limitador da autonomia privada, senão com caráter interventivo e promocional, de efetivação dos preceitos constitucionais que o estabelecem como direito e como princípio, assumindo um contorno conformador da ordem econômica¹²⁸.

A ordem econômica é destinada a assegurar a todos existência digna, observados, dentre outros, o princípio da propriedade privada, para tanto, a Constituição consagrou uma economia de mercado com natureza capitalista,

¹²⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 175.

¹²⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Lex disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹²⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

procurando resguardar a defesa do consumidor; sendo assim, a liberdade econômica não é absoluta por ter que respeitar limites finalísticos da ordem econômica (dignidade da pessoa humana) e pela defesa do consumidor. A ordem econômica é constituída por uma complexa rede normativa, de natureza constitucional, cuja qual são anexas a forma como deve realizar as possíveis e necessárias intervenções do Estado no domínio econômico e a opção por um modelo econômico¹²⁹.

A defesa do consumidor, que está consagrada na Carta Magna, é uma espécie de princípio-programa, que demanda uma vasta e abrangente política pública através da efetivação das chamadas normas-objetivo, tendo os poderes públicos certa liberdade para alcançar esse objetivo com a implementação de normas e de outros meios para atingir a finalidade pretendida pela Constituição Federal. Aparentemente o texto constitucional brasileiro dá maior destaque a livre iniciativa, pela mesma ser o aporte para a ordem econômica e da própria República, porém, não deve haver hierarquia entre o princípio da defesa do consumidor e a livre iniciativa, já que ambos precisam ter uma combinação harmônica. Os demais princípios, contidos nos incisos do artigo 170¹³⁰, não devem ter distinção hierárquica, e, em situação que haja conflito entre eles a postura correta que deve ser tomada tanto pelo legislativo como pelo judiciário é a de sopesar a luz do caso concreto, buscando aferir qual, por circunstâncias fáticas, deve se ter maior cuidado, levando-se em consideração as consequências das alternativas postas, sem que se faça uma classificação de qual teria maior relevância entre eles¹³¹.

A proteção do consumidor está inserida no princípio constitucional da ordem econômica, da ordem constitucional do mercado brasileiro, princípio limitador da livre iniciativa, como dispõe expressamente o texto da Carta Magna. A livre iniciativa das operadoras de planos privados de assistência à saúde está restrita constitucionalmente no mandamento de defesa do consumidor, existindo um Sistema Nacional para aplicar esse controle da atividade privada nas relações de consumo como as presentes nos contratos de planos privados de assistência à saúde e nos contratos de seguro-saúde. O Estado deve impor parâmetros de proteção aos

¹²⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹³⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Lex disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹³¹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

consumidores, deixando bem definidos os limites do abuso e quais cláusulas acabam por violar os direitos dos consumidores e são abusivas¹³².

Partindo dessa lógica intervencionista necessária do Estado, no caso dos indivíduos inférteis que têm seus procedimentos de reprodução assistida negados pelos seus respectivos planos de saúde, percebendo a abusividade na recusa de cobertura das operadoras aos seus segurados, deve o Estado intervir, seja no âmbito legislativo ou judicial, de modo a garantir que o direito constitucional de proteção do consumidor seja efetivado, restringindo para tal a livre iniciativa dos planos, que a utilizam de maneira lesiva aos consumidores inférteis. Esta interferência nas atividades econômicas dos planos pelo poder público é legítima, devendo assim ser adotadas todas as medidas estatais necessárias a assegurar a proteção constante na Carta Constitucional¹³³. O argumento de elevado dispêndio financeiro dos tratamentos não tem legitimidade e/ou legalidade, pois, a infertilidade, como doença que é, não pode estar fora da previsão das operadoras de planos de saúde, tanto no aspecto orçamentário como no contratual, para prover as necessidades de saúde daqueles que aderem ao serviço ofertado por eles.

5.3 O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

É inegável que o Código de Defesa do Consumidor foi um divisor de águas para a proteção dos vulneráveis na seara consumerista no Brasil, sendo o principal diploma legal que regeu sobre os contratos de planos de saúde na década de 90 do Século XX, pelo beneficiário se enquadrar perfeitamente na categoria de consumidor por utilizar serviço como destinatário final¹³⁴. Esta codificação ao incidir nas relações com operadoras de planos de saúde obteve grande eficácia no âmbito de anulação de cláusulas abusivas e de responsabilização por falhas na prestação de serviços, havendo a criação de legislação específica sobre o tema em 1998 (Lei 9.656/98), essa

¹³² MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: COUTINHO, Adalcy Rachid, et. al. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

¹³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 263.

¹³⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; MELO, Álvaro Andrade Antunes; GUSSEM, Marina de Almeida. Contratos de plano de saúde e os direitos do idoso. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 98. Ano 24. P. 155-175. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

é a lei que após ser sancionada rege a atuação dos planos privados de assistência à saúde¹³⁵. Como as práticas abusivas não cessaram, pelo contrário, agravaram-se no âmbito da problemática entre operadoras e usuários, a legislação especializada consumerista ainda é o recurso utilizado pelos consumidores para buscar ver protegido seu direito, principalmente nos artigos 6º, 39 e 51¹³⁶.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é um sistema de normas e princípios para a tutela do consumidor, que é o sujeito de direitos que compõe o grupo vulnerável da relação de consumo, elaborando estruturas para a efetiva proteção desses direitos. Apenas com os primeiros artigos do Código não estaria completo o necessário rol dos direitos para a proteção do consumidor, fazendo-se cogente um artigo mais abrangente para alcançar a vasta gama a ser tutelado, assim, o artigo 6º do CDC estabelece todos os direitos básicos imperiosos para que o consumidor sobreviva no mercado de consumo com igualdade e dignidade¹³⁷.

Sobre os serviços prestados por empresas de medicina de grupo e de prestação especializada em saúde suplementar, não resta dúvida da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não havendo desqualificação para a sua incidência apesar da forma jurídica que pode revestir este tipo de serviço do consumidor, e reconhecer a sua aplicação implica subordinar os contratos ao artigo 6º, ou seja, aos direitos básicos do consumidor¹³⁸. No caso concernente aos consumidores acometidos de infertilidade, tem-se a incidência dos incisos: I, pois, a prática das operadoras de planos de saúde negarem tratamento a patologia sofrida pelo beneficiário constitui risco a proteção a vida e a saúde do mesmo; o IV, pela mesma prática da negativa de cobertura, assim como a abusividade de prever uma cláusula para excluir esses procedimentos de reprodução assistida; e o inciso V, que prevê a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais, como a exclusão de um tratamento de uma doença como a infertilidade. Entre os incisos, destaca-se o IV por abranger a recusa de cobertura ao tratamento necessário

¹³⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; MELO, Álvaro Andrade Antunes; GUSSEM, Marina de Almeida. Contratos de plano de saúde e os direitos do idoso. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 98. Ano 24. P. 155-175. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

¹³⁶ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹³⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 413 p.

¹³⁸ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. O Consumidor e os Planos Privados de Saúde. *Revista Forense*, v. 90, n. 328, out.-dez. 1994.

ao consumidor infértil, tal como a abusividade contratual com clara intenção de lesar o beneficiário que tem excluído um procedimento elementar a sua saúde.

O efeito típico do princípio da boa-fé, em matéria de limitação do exercício de liberdade ou direito subjetivo, constitui-se em um preceito de proteção do consumidor, em face da atuação abusiva do fornecedor. A proteção do consumidor em relação ao abuso do direito por parte do fornecedor é contundente na vedação das práticas abusivas previstas no artigo 39 do CDC¹³⁹, assim como da cominação de nulidade absoluta às cláusulas contratuais abusivas. Nestes casos, todavia, além do conteúdo material da conduta propriamente dita, o caráter abusivo é assinalado pela existência de posição dominante do fornecedor em face da vulnerabilidade do consumidor. O caráter abusivo e a contrariedade à boa-fé resultam da conduta do fornecedor se aproveitar da sua posição de força perante o consumidor para impor-lhe condições desfavoráveis e, neste sentido, violar os deveres de consideração impostos pelo princípio¹⁴⁰. No tocante aos contratos de adesão aos planos de saúde, a cláusula, que prevê a exclusão de um tratamento para infertilidade, é uma prática abusiva abrangida pelo artigo 39, inciso V do CDC, por impor ao consumidor infértil uma obrigação que o coloca em desvantagem, ou seja, uma vantagem manifestamente excessiva, o que torna a mesma nula de pleno direito.

Ainda no âmbito da abusividade da cláusula, o que o artigo 51, inciso IV, do CDC prevê é a nulidade de dispositivos contratuais que vão de contra a boa-fé e a equidade que se espera com uma atuação refletindo e pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, seus direitos, suas expectativas razoáveis, agindo com lealdade, sem obstrução, sem abuso, sem causar desvantagem excessiva ou lesão, cooperando para atingir o bom fim das obrigações através do cumprimento do objetivo contratual e da realização dos interesses das partes¹⁴¹. Quando o plano de saúde intenta lesar o direito do beneficiário acometido de uma patologia por uma cláusula contratual que exclui da cobertura o tratamento necessário, frustra seus interesses e expectativas, e estabelece uma desvantagem excessiva ao consumidor, o impondo uma obrigação considerada iníqua e abusiva.

¹³⁹ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

O artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor¹⁴², ao se referir em desvantagem exagerada ao consumidor, remete ao entendimento do que seria uma cláusula com uma onerosidade excessiva, que é constatada quando, na análise do caso concreto, verificar-se o rompimento da equivalência contratual. Ela é prevista no parágrafo 1º do mesmo artigo, o qual define esse conceito como o dispositivo contratual que: é contrário aos princípios fundamentais do sistema jurídico, não só previstos na Lei n.º 8.078/90, como também nas outras normas que regulam as relações de consumo; que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual; e que se mostra excessivamente onerosa ao consumidor¹⁴³. Na situação do consumidor que assina um contrato de adesão, sendo que foi elaborado pela operadora de plano de saúde com a previsão expressa de exclusões de cobertura, lhe é imposta uma desvantagem excessiva, ao lhe ser suprimidos os tratamentos de uma doença como a infertilidade, tendo os direitos fundamentais inerentes ao contrato de serviço de saúde restringidos, contrariando princípios constitucionais como os do planejamento familiar e da própria proteção do consumidor, resultando no comprometimento do objeto e da equidade contratual¹⁴⁴.

5.4 PROPOSTA PARA A RESOLUÇÃO DA PROBLEMÁTICA

No contexto contemporâneo, em que se busca pela construção de relações jurídicas mais solidárias e que se tem a preocupação de preservar a dignidade da pessoa humana, visando efetivação de preceitos constitucionais que devem balizar o ordenamento jurídico e promover o desenvolvimento coletivo, é indispensável compreender o contrato sob o paradigma da função social¹⁴⁵. Entendendo que a função social do contrato de saúde não é o de atender aos anseios mercadológicos financeiros dos fornecedores, mas sim de pautar entre as partes a lealdade, confiança, e cooperação, afim de harmonizar interesses e buscando condutas compatíveis com

¹⁴² BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁴³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

¹⁴⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1.

os princípios constitucionais e com a boa-fé¹⁴⁶. Percebe-se que os contratos de adesão, que excluem o tratamento da infertilidade, vão de contra a função social que deveria ter a saúde e o bem-estar dos contratantes como prioridade.

Como já demonstrado e explicitado, as operadoras de planos de saúde, amparadas em cláusulas contratuais abusivas, na previsão do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)¹⁴⁷ e na Lei nº 9.656/98¹⁴⁸, esquivam-se de assumir a obrigação inerente aos contratos que firmam com os consumidores no âmbito da infertilidade, afastando o entendimento da mesma como patologia e a sua obrigação de custear tratamentos necessários para sua superação.

Os contratos de adesão, oferecidos pelas operadoras de planos de saúde, já são criados com desigualdade, aproveitando-se da vulnerabilidade do consumidor para lhe impor um instrumento oneroso e desvantajoso para o beneficiário que adquire um serviço viciado, cheio de limitações na fruição do objeto do pacto celebrado entre as partes, contendo cláusulas abusivas que excluem tratamentos a doenças. O desrespeito aos consumidores é latente, fomentado pela vulnerabilidade frente aos planos de saúde que se veem atrelados de forma duradoura, sem interesse em reincidir a relação contratual formalizada para manter uma proteção futura e não perder o que já foi pago e voltar ao período de carência com um outro plano, se resignam a aceitar os inúmeros abusos cometidos contra eles¹⁴⁹.

Tamanho contradição, nessa prática lesiva aos consumidores, demanda uma intervenção estatal nesse contrato de consumo, ainda que interfira no equilíbrio econômico-financeiro, pois, direitos fundamentais, como o do Planejamento Familiar e da proteção ao consumidor, estão sendo desrespeitados pelos planos de saúde, cabendo ao poder público, tanto pelo âmbito legislativo como pelo judiciário, promover equilíbrio nessa relação consumerista, anulando as cláusulas abusivas¹⁵⁰ restritivas aos tratamentos de infertilidade, e reconhecendo a legitimidade do pleito desses

¹⁴⁶ ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 46.

¹⁴⁷ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde - 2018. Rio de Janeiro: ANS, 2018. Resolução disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/rol/2018/Anexo1_Rol-2018_Ok.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁴⁸ BRASIL. *Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998*. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁴⁹ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

¹⁵⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 159.

consumidores em obter o tratamento necessário custeado pelas empresas que se obrigaram livremente a oferecer o serviço de assistência à saúde.

O Planejamento Familiar é uma responsabilidade estatal, como se extrai do artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal¹⁵¹, porém, essa obrigação se estende aos planos de saúde que assumem esse dever de maneira solidária com o Estado ao oferecer aos cidadãos o serviço de saúde, não cabendo a argumentação que essa seria uma obrigação exclusiva do ente público. Dessa forma, cabe aos beneficiários, quando ajuízam ação para terem acesso ao tratamento de infertilidade, optarem por quem figurará o polo passivo do litígio judicial, o plano de saúde contratado ou o Estado. Optando pelo plano de saúde, o consumidor conta com o disposto no CDC¹⁵², nos artigos já expostos em tópico anterior, a fim de conquistar a garantia de que terá a cobertura integral do plano contratado no tratamento de sua respectiva infertilidade, equilibrando assim a relação contratual com a fornecedora do serviço de saúde¹⁵³.

Não existe razoabilidade em mercantilizar a saúde, devendo os custos dos tratamentos, como a fertilização *in vitro*, não serem colocados acima do valor da vida dos beneficiários dos planos de saúde que se encontram em situação de vulnerabilidade nessa relação de consumo¹⁵⁴. Porém, não podem ser utilizados esses direitos constitucionais de maneira irrestrita, utilizando as técnicas de reprodução assistida como um caminho alternativo, não se tratando de mera liberalidade. Esse direito tem o propósito de assegurar aos consumidores inférteis, que comprovam a doença que são acometidos através de exames e relatórios médicos, um tratamento que sane sua patologia, prestando-lhes o direito fundamental que é constitucionalmente previsto, proporcionando o bem-estar físico e psicológico e a dignidade da pessoa humana que lhes é desejado. O legislador, ao definir o conceito de saúde, não se preocupou em limitá-lo exclusivamente à ausência de enfermidades, apontando fatores que considerou determinantes e condicionantes da vida saudável, estendendo a definição a ideia de plenitude e a busca da própria felicidade¹⁵⁵.

¹⁵¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Lex disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁵² BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁵³ BONATTO, Claudio. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor. Principiologia, Conceitos, Contratos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30-31.

¹⁵⁴ ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.15.

¹⁵⁵ SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; SILVEIRA, Fernando Heitor Raohael. Reprodução assistida, planejamento familiar e saúde sob a Constituição de 1988. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 1366.

6 CONCLUSÃO

Como buscar a felicidade suscitada no capítulo anterior? Qual caminho o consumidor infértil deverá trilhar para realizar o sonho de ter filhos? Como já fora evidenciado, este é um percurso tortuoso, que começa com a mudança de mentalidade e compreensão da sociedade e dos tribunais, para compreenderem a infertilidade como uma doença que ela é, com efeitos graves e nefastos ao ser humano acometido por ela em várias esferas da sua vida. Esse é o primeiro ponto a ser discutido e superado, pois, negar a caracterização da infertilidade como doença é um argumento antiético e vil utilizado pelas operadoras de planos de saúde para recusa da cobertura dos tratamentos de infertilidade, em especial, a fertilização *in vitro*, rotulando a demanda dos beneficiários como algo de cunho pessoal que não estaria abrangido enquanto problema de saúde. Nesse campo, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia desponta como pioneiro, servindo de exemplo positivo aos demais Tribunais Estaduais pátrios e ao Superior Tribunal de Justiça, pelo fato das Turmas Recursais Reunidas terem editado a Súmula Nº 02 em 2016, assegurando aos consumidores que acionam contra os planos de saúde duas tentativas de fertilização *in vitro* sob as custas dos fornecedores, reconhecendo a infertilidade como patologia.

Outra fundamentação utilizada pelas operadoras de planos de saúde é que o direito ao Planejamento Familiar seria uma obrigação exclusiva do Estado, e, quando reconhecem suas obrigações no que tange a esse direito fundamental, é reduzindo suas responsabilidades ao campo informativo e consultivo, sem que o elevado ônus financeiro da reprodução assistida recaia sobre eles. É, indiscutivelmente, um dever estatal efetivar o Planejamento Familiar, porém, quando as empresas, de maneira voluntária, oferecem o serviço de assistência à saúde particular, obriga-se a todas as responsabilidades inerentes a saúde frente aos seus segurados. Para o consumidor que contrata o seguro-saúde, o Estado e o plano de saúde possuem uma obrigação solidária de prover o tratamento necessário para sanar sua infertilidade, sendo assim, a fertilização *in vitro* pode ser demandada judicialmente dos fornecedores que se recusarem a dar cobertura aos consumidores.

Os beneficiários inférteis podem exigir dos planos de saúde os tratamentos para infertilidade, sendo o mais comum a fertilização *in vitro* por ser um dos mais prescritos pelos médicos especializados na área, ainda que seja uma das técnicas de reprodução assistida de valor mais alto, com base na defesa do consumidor enquanto

direito fundamental presente no texto constitucional, ele restringe a livre iniciativa das empresas e supera hierarquicamente os dispositivos normativos editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar que intentam subsidiar a recusa da cobertura dos planos de saúde. O pleito dos consumidores possui a defesa normativa esperada no Código de Defesa do Consumidor, que condena as práticas lesivas aos beneficiários e anula cláusulas contratuais abusivas, como as que preveem a negativa de cobertura por parte das operadoras.

A hipótese proposta no trabalho foi verificada, tendo, de fato, o consumidor infértil legitimidade para litigar e exigir dos planos de saúde a cobertura da fertilização *in vitro*, entre outros procedimentos de reprodução assistida, sob a tutela do Código de Defesa do Consumidor, porém, infelizmente, constatou-se que muitos tribunais estaduais ainda possuem entendimentos antagônicos à proteção do consumidor que sofre de infertilidade, e que, decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça também caminham em sentido retrógrado para efetivação do Planejamento Familiar. O Estado da Bahia, nessa lógica, permanece em destaque por garantir certa segurança jurídica aos consumidores inférteis, mas, se faz necessária uma postura mais coerente dos demais órgãos do judiciário brasileiro com os dispositivos normativos presentes na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor, e com a Lei nº 9.263/96, que trata do Planejamento Familiar, para efetivarem nos casos concretos o direito fundamental de proteção ao consumidor.

Para analisar a realidade fática e desenvolver essa pesquisa foram traçados e alcançados os seguintes objetivos específicos: conceituar e definir a abrangência do direito ao Planejamento Familiar; conceituar a infertilidade e suas implicações; identificar em casos concretos os principais argumentos utilizados por consumidores inférteis e planos de saúde em litígio judicial; buscar na jurisprudência o posicionamento dos Tribunais pátrios acerca da problemática; elucidar a legitimidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor em contraposição à ANS para efetivar o direito ao Planejamento Familiar aos beneficiários de planos de saúde; definir as responsabilidades dos planos de saúde no tocante a custear a fertilização *in vitro* e demais técnicas de reprodução assistida aos seus segurados.

A questão da infertilidade é séria e grave, aqueles que sofrem com ela passam por uma severa crise biopsicossocial, um colapso complexo que requer por vezes muitos anos para ser superado, e recebe o nome de biopsicossocial por ser uma interação entre fatores físicos que levaram a infertilidade, intervenções médicas para

tratar a patologia, conjecturas sociais referentes a parentalidade e a aspectos psicológicos individuais. O casal infértil passa por uma série de reações muito similares às oriundas por outras crises traumáticas, podendo ter como consequências emocionais a depressão, ansiedade, culpa e isolamento social, comprometendo com intensidade as diversas esferas das suas vidas pessoais, conjugais e sociais.

Quando as operadoras de planos de saúde se recusam a cobrir o procedimento para infertilidade, especificamente a fertilização *in vitro*, estão criando um risco à saúde dos beneficiários, cabendo ao Estado social intervencionista interferir nesses contratos privados em nome da coletividade, a fim de equilibrar as relações negociais para que haja igualdade entre as partes, e para que os interesses econômicos cedam espaço para a função social do contrato de relação de consumo, assim como apregoa o Código de Defesa do Consumidor. Pode o Estado até mesmo anular as disposições do contrato que, de alguma forma, restringem o direito do contratante de boa-fé, e que as interpretações das cláusulas devem ser feitas da maneira mais favorável ao consumidor, principalmente nos dispositivos contratuais que limitem os seus direitos, tais como as que regulem e/ou restrinjam a autorização para procedimentos, remoções, internamentos, entre outros.

A Política das Relações de Consumo objetiva atender às necessidades básicas do consumidor, com enfoque a sua saúde, melhoria da qualidade de vida e preservação pela harmonia das relações de consumo, reconhecendo expressamente sua vulnerabilidade. A proteção constitucional no âmbito das relações de consumo é pontuada pelo reconhecimento da Defesa do Consumidor como um direito fundamental, e a restrição da livre iniciativa em favor desse direito, somado a previsão constitucional do direito ao Planejamento Familiar, e da legislação específica que trata dos dois direitos. O consumidor pode usufruir de um vasto lastro normativo que lhe assegura, enquanto parte vulnerável da relação jurídica, uma blindagem contra as práticas abusivas dos planos de saúde.

Cabe ao poder judiciário encampar essa luta para promover equilíbrio nessa disputa desigual, sob a força normativa do CDC afastar as pretensões mercantilistas do fornecedor, e reconhecer o direito dos segurados que, pautados na boa-fé, na função social do contrato e com o objetivo de voltarem a ter dignidade, recorrem à justiça para, através da fertilização *in vitro*, concretizar um sonho, dar sentido as suas vidas através do brilho dos olhos de uma criança tão desejada e esperada, pois, ter filhos é um direito que envolve amor, realização, saúde e felicidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALVES, José Eustáquio Diniz. *As políticas populacionais e o planejamento familiar na América Latina e no Brasil*. Escola Nacional de ciências Estatísticas. Rio de Janeiro: 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADALOTTI, M.; PETRACCO, A. Infertilidade: definições e epidemiologia. In: BADALOTTI M. et al. *Fertilidade e infertilidade humana*. Rio de Janeiro: Medsi, 1997.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007.

BONATTO, Claudio. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor. Principiologia, Conceitos, Contratos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Lex disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Lex disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.935, de 11 de maio de 2009.* Altera o art. 36-C da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.* Código de Processo Civil. Lex disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde: RN 192/2009. Rio de Janeiro: ANS, 2009. Resolução disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/consultas_publicas/cp_31_docapoi_o_rn192_planejamento_familiar.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa Nº 428. Rio de Janeiro: ANS, 2017. Resolução disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg==>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde - 2018. Rio de Janeiro: ANS, 2018. Resolução disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/rol/2018/Anexol_Rol-2018_Ok.pdf>. Acesso em 10 mai. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 426, de 22 de março de 2005. Portaria disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Súmula Nº 02 de 2016, das Turmas Recursais Reunidas TJBA. Bahia, 22 de fevereiro de 2016. Súmula disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/111826744/djba-caderno2-28-03-2016-pg-393>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Súmula nº 102 de 2013, aplicada ao Direito Privado do TJSP. São Paulo, 28 de fevereiro de 2013. Súmula disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Janine Nunes Santos; Júlia Nunes Santos. Exordial de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0081153-47.2017.8.05.0001, da 14ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 17 de junho de 2017.

BRASIL. Janine Nunes Santos; Júlia Nunes Santos. Exordial de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0049261-23.2017.8.05.0001, da 15ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 13 de março de 2016.

BRASIL. Janine Nunes Santos; Júlia Nunes Santos. Exordial de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0084107-66.2017.8.05.0001, da 15ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 25 de maio de 2017.

BRASIL. Janine Nunes Santos; Júlia Nunes Santos. Exordial de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0162226-41.2017.8.05.0001, da 16ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 15 de novembro de 2017.

BRASIL. Janine Nunes Santos; Júlia Nunes Santos. Exordial de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0005574-59.2018.8.05.0001, da 11ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 25 de novembro de 2017.

BRASIL. Antônio de Moraes Dourado Neto. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0005574-59.2018.8.05.0001, da 11ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 26 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Aline Tatiana Almeida da Hora. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0073363-12.2017.8.05.0001, da 15ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 14 de julho de 2017.

BRASIL. Lia Maynard Frank. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0116429-42.2017.8.05.0001, da 12ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 28 de novembro de 2017.

BRASIL. Lia Maynard Frank. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0010931-20.2018.8.05.0001, da 12ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 09 de março de 2018.

BRASIL. Lia Maynard Frank. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0084107-66.2017.8.05.0001, da 3ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 07 de maio de 2018.

BRASIL. Eduardo Lopes de Oliveira. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0010881-91.2018.8.05.0001, da 14ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 02 de março de 2018.

BRASIL. Fabio Gil Moreira Santiago. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0135900-44.2017.8.05.0001, da 11ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 25 de outubro de 2017.

BRASIL. Monica Souza de Cerqueira. Contestação de ação ordinária de obrigação de fazer nº 0081153-47.2017.8.05.0001, da 14ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da comarca de Salvador. Salvador, BA, 14 de agosto de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 29286-9/2006, da Segunda Turma Recursal Cível e Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 09 de outubro de 2007. Lex: jurisprudência do TJBA.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 118122-0/2006, da Segunda Turma Recursal Cível e Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 05 de junho de 2009. Lex: jurisprudência do TJBA.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 127122-9/2006, da Segunda Turma Recursal Cível e Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 08 de maio de 2009. Lex: jurisprudência do TJBA.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 0068336-34.2006.8.05.0001, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 06 de dezembro de 2017. Lex: jurisprudência do TJBA.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 0520739-65.2013.8.05.0001, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 04 de abril de 2018. Lex: jurisprudência do TJBA.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 0500683-40.2015.8.05.0001, da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 13 de março de 2018. Lex: jurisprudência do TJBA.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 0544039-51.2016.8.05.0001, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 06 de fevereiro de 2018. Lex: jurisprudência do TJBA.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Agravo de instrumento nº 0008216-76.2016.8.05.0000, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 30 de agosto de 2016. Lex: jurisprudência do TJBA.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Agravo de instrumento nº 0028785-64.2017.8.05.0000, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Salvador, BA, 24 de abril de 2018. Lex: jurisprudência do TJBA.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Apelação nº 0855498-18.2014.8.06.0001, da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Fortaleza, CE, 16 de setembro de 2015. Lex: jurisprudência do TJCE.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Apelação nº 0130292-72.2016.8.06.0001, da Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Fortaleza, CE, 15 de março de 2017. Lex: jurisprudência do TJCE.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Apelação nº 0832611-40.2014.8.06.0001, da Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Fortaleza, CE, 14 de junho de 2017. Lex: jurisprudência do TJCE.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação nº 0005600-13.2017.8.07.0009, da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2018. Lex: jurisprudência do TJDFT.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação nº 0706101-47.2017.8.07.0001, da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, 02 de maio de 2018. Lex: jurisprudência do TJDFT.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 0179979-49.2017.8.21.7000, da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 27 de setembro de 2017. Lex: jurisprudência do TJRS.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 0066744-40.2018.8.21.7000, da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 25 de abril de 2018. Lex: jurisprudência do TJRS.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1003714-61.2015.8.26.0248, da Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 15 de maio de 2018. Lex: jurisprudência do TJSP.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1021467-43.2017.8.26.0577, da Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 15 de maio de 2018. Lex: jurisprudência do TJSP.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.617.970, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 20 de setembro de 2016. Lex: jurisprudência do STJ.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.676.853, da Decisão Monocrática do Ministro Marco Buzzi do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 25 de maio de 2018. Lex: jurisprudência do STJ.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.590.221, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 07 de novembro de 2017. Lex: jurisprudência do STJ.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do recurso especial nº 1.718.594, da Decisão Monocrática do Ministro Marco Aurélio Bellizze do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 05 de abril de 2018. Lex: jurisprudência do STJ.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHAGAS, Márcia Correia. *Tecnologias Médico Reprodutivas e Direito Fundamental ao Planejamento Familiar: pressupostos conceituais e normativos para uma reflexão bioética*. 2005. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco.

COELHO, E. A. C. et al. O planejamento familiar no Brasil no contexto das políticas de saúde: determinantes históricos. *Rev. Esc. Enf. USP*, v.34, n.1, p. 37-44, mar. 2000.

CONCEIÇÃO, S. C. (2000). A Infertilidade no Feminino. *.Net*, Coimbra, 2000. Disponível em: <http://www.aps.pt/cms/docs_prv/docs/DPR462e048bad58e_1.PDF>. Acesso em: 20 mai. 2018.

COSTA, A. M.; GUILHEM, D.; SILVER, L. D. Planejamento familiar: a autonomia das mulheres sob questão. *Rev. Bras. Saúde Mater. Infant.*, Recife, v. 6, n. 1, 2006.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. O Consumidor e os Planos Privados de Saúde. *Revista Forense*, v. 90, n. 328, out.-dez. 1994.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FARIA, M. C.. Aspectos psicológicos da infertilidade. in: CANAVARRO, C. (Ed.) *Psicologia da Gravidez e da Maternidade*. Coimbra: Quarteto Editora, 2001, p. 189-209.

FARIA, M. C.; SEIXAS, C.. *O bebé que não veio. Análise Psicológica*. Lisboa: ISPA, Série XIII, nº1-2, 1995, p. 101-110.

FAUSTINO, A.R.. Infertilidade: causas e consequências. *Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa*, Lisboa, FML, Série III, Vol.10 nº 5, p. 293-300, jul. 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; MELO, Álvaro Andrade Antunes; GUSSEM, Marina de Almeida. Contratos de plano de saúde e os direitos do idoso. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 98. Ano 24. P. 155-175. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito de família*. Vol. VI. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*. 1. ed, São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

MAIA, Rebeca Ramalho Torres. *O planejamento familiar como um direito fundamental: uma crítica às políticas públicas desenvolvidas no Brasil*. 2008. Monografia (Graduação) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: COUTINHO, Adalcy Rachid, et. al. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MONTENEGRO, Sandra Lima Alves. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para reprodução humana assistida. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 189-209.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PINTO, H. G. Infertilidade: aspectos psicológicos, emocionais e sociais. In: CARDOSO, R. M.. *A Outra Metade da Medicina*. Lisboa: Climepsi editores, 1998, p. 95-111.

RIBEIRO, M. *Infertilidade e reprodução assistida: clínica psicanalítica*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

RODRIGUES, G. de C. *Planejamento familiar*. São Paulo: Ática, 1990.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; SILVEIRA, Fernando Heitor Raohael. Reprodução assistida, planejamento familiar e saúde sob a Constituição de 1988. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 1366.

SEGUY, B.; MARTIN, N. *Manual de Ginecologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

SEIBEL, D.; CARVALHO, C. A. P.. Respostas emocionais do casal na reprodução humana. In: *18º Congresso Brasileiro de Reprodução Humana*. Porto Alegre: 1998, p. 9-11.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SPINDEL, Cheywa. "O 'uso' do trabalho da mulher na indústria do vestuário". In: BARROSO, Carmen; COSTA, Albertina de Oliveira (orgs.) *Mulher, mulheres*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1983.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.), *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TELÖKEN Cláudio; BADALOTTI Mariângela. Bioética e reprodução assistida. *.Net*, Revista AMRIGS, Porto Alegre, jul/dez. 2002, p. 100. Disponível em: <<http://amrigs.com.br/revista/4603/Bio%C3%A9tica%20e%20reprodu%C3%A7%C3%A3o%20assistida.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*. Geneva: WHO, 2002.