

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A COBERTURA DOS TRATAMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA
POR OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE:
Uma análise doutrinária e jurisprudencial nos casos de infertilidade**

NATÁLIA MENDES DE AZEVEDO

Rio de Janeiro

2022

NATÁLIA MENDES DE AZEVEDO

**A COBERTURA DOS TRATAMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA
POR OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE:**

Uma análise doutrinária e jurisprudencial nos casos de infertilidade

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Magalhães Martins.**

Rio de Janeiro

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

A994c Azevedo, Natália Mendes de
A cobertura dos tratamentos de reprodução humana assistida por operadoras de planos de saúde: uma análise doutrinária e jurisprudencial nos casos de infertilidade / Natália Mendes de Azevedo. -- Rio de Janeiro, 2022.
97 f.

Orientador: Guilherme Magalhães Martins.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Reprodução Assistida. 2. Contrato de Planos de Saúde. 3. Tratamento de Infertilidade. 4. Direito à Saúde. 5. Planejamento Familiar. I. Martins, Guilherme Magalhães, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

NATÁLIA MENDES DE AZEVEDO

**A COBERTURA DOS TRATAMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA
POR OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE:
Uma análise doutrinária e jurisprudencial nos casos de infertilidade**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Magalhães Martins**.

Data da Aprovação: 19/12/2022.

Banca Examinadora:

Orientador: Guilherme Magalhães Martins

Membro da Banca: Andreia F. Almeida Rangel

Membro da Banca: Juliana Gomes Lage

Rio de Janeiro

2022

Aos meus pais, Simone e Marcelo, por todo o amor, carinho, suporte, incentivo e confiança.

AGRADECIMENTOS

Ao concluir mais uma etapa da minha vida, não posso deixar de lembrar tudo o que me trouxe a este momento e todos que estiveram ao meu lado nessa trajetória de mais de cinco anos na faculdade de direito. Este trabalho não é uma conquista individual, mas uma vitória coletiva, e eu só tenho a agradecer!

Agradeço aos meus amados pais, Simone e Marcelo, por todo carinho, paciência, dedicação, apoio e amor incondicional. Agradeço por ouvirem as fofocas, as reclamações, as crises e todas as histórias de todos os meus dias (em mínimos detalhes), por celebrarem cada vitória, ajudarem e aconselharem em cada dificuldade, e acreditarem em todos os meus sonhos. Vocês são meus maiores confidentes e apoiadores e foram peças fundamentais na minha formação pessoal e profissional. Nós sabemos que este trabalho não teria sido concluído sem os seus incansáveis incentivos. Sou grata a vocês por tudo que sou hoje.

Agradeço ao meu irmão, Rodrigo, por cada palavra e gesto de apoio e carinho, e, em especial, pela amizade que me é tão cara. Crescer ao seu lado tem sido um privilégio.

Aos meus avós, Carlos, Janete e Dora, por sempre cuidarem de mim e demonstrarem o mais puro amor em todos os seus atos. Sou grata por cada gesto, incentivo, história, conselho e momento compartilhado.

À toda minha família, pelo carinho e apoio, em especial ao meu padrinho Ricardo, que agora eu tenho o prazer de dividir o papel de bacharel em direito; às minhas madrinhas Isabela e Fabiana, por sempre demonstrarem o amor mais intenso; e à minha prima Larissa, por todas as brincadeiras, confidenciais e risadas.

Agradeço às minhas amigas Bia Vassali, Larissa e Luísa – e à nossa amizade de mais de uma década –, e às minhas amigas Antônia e Bia Olm – e à nossa amizade de quase uma década. Compartilhar a vida com vocês, nas vitórias e nas dificuldades, é uma das minhas maiores alegrias. Vocês têm um carinho sem precedentes, um apoio inabalável e uma amizade para todos os momentos, e não há nada mais que eu possa desejar.

Aos amigos e amigas da Faculdade Nacional de Direito, obrigada pelo companheirismo, pelas idas e vindas no metrô, pelos órfãos e cervejas no Caubi, pelos perrengues nos jogos jurídicos, pelos estudos na biblioteca e nos corredores da FND, pelos surtos antes das provas e por todos os momentos vividos e compartilhados. Agradeço especialmente à Júlia Farias, com quem dividi todos os cadernos, preocupações e felicidades desde a primeira semana de aulas, e com quem tive o prazer de compartilhar a experiência do intercâmbio em Coimbra. Agradeço também às amigas Natália Soprani, Nathalia Fraifeld, Paula Cammarota e Thalita de Mattos, pela parceria e pela amizade que eu levarei para a vida. Sei que sem a ajuda, a motivação e a amizade de vocês os meus anos na FND não teriam sido tão felizes.

Por fim, agradeço à toda equipe do Meijueiro Advogados, pelo aprendizado, confiança e amizade. Aqui, direciono os agradecimentos à Isabella Meijueiro, que me apresentou à temática deste trabalho e me motivou a segui-la, e ao Raphael Reis, que me apresentou ao ramo do direito pelo qual me interesso cada vez mais. Vocês me inspiram todos os dias e me fazem sonhar com uma advocacia mais justa e empática.

Serei sempre grata a todos vocês por essa conquista!

“São precisamente as perguntas para as quais não existem respostas que marcam os limites das possibilidades humanas e traçam as fronteiras da nossa existência.”

– A Insustentável Leveza do Ser, Milan Kundera.

“Ter um filho é manifestar um acordo absoluto com o homem. Se tenho um filho, é como se dissesse: nasci, apreciei a vida e constatei que ela é tão boa que merece ser repetida.”

– A Valsa dos Adeuses, Milan Kundera.

RESUMO

A infertilidade é reconhecida pela Organização Mundial de Saúde como uma doença do sistema reprodutivo que, ao impossibilitar que casais e pessoas inférteis realizem o sonho de procriar e ter filhos biológicos, acarreta danos físicos, psíquicos e sociais aos indivíduos portadores desta enfermidade. Os avanços da medicina e da biomedicina tornaram possível que o desejo de constituir uma família, até então frustrado pela infertilidade, fosse realizado pelas técnicas de reprodução assistida. Contudo, mesmo nos casos de infertilidade devidamente diagnosticada em que o médico especialista indica as técnicas de reprodução assistida como os únicos tratamentos viáveis para superar a infertilidade, o indivíduo infértil encontra óbices à realização do tratamento que necessita para recuperar a sua saúde. O primeiro desses obstáculos é o financeiro, pois, como o oferecimento dos tratamentos de RA pelo SUS é ínfimo e incapaz de atender a demanda populacional, as pessoas precisam recorrer aos serviços prestados pelo sistema suplementar de assistência à saúde, que são de alto custo e, por conseguinte, acabam limitando o direito à reprodução. Ao mesmo tempo, esses tratamentos não são cobertos pelos contratos planos de saúde, que negam estes procedimentos com base no art. 10º, III da Lei nº 9.656 de 1998, que expressamente exclui a obrigatoriedade de cobertura pelas operadoras de planos de saúde da técnica de inseminação artificial. Neste contexto, o presente estudo tem o escopo de analisar a possibilidade e a obrigatoriedade, ou não, de cobertura das técnicas de reprodução assistida pelas operadoras de planos de saúde. Para tal, este trabalho busca verificar a compatibilidade do referido dispositivo legal com o direito à saúde, o direito ao planejamento familiar, a autonomia reprodutiva e os princípios e regras do direito do consumidor, demonstrando a repercussão destes direitos e garantias nos contratos de planos de saúde e como a vedação legal afeta os direitos dos consumidores beneficiários dos planos de saúde.

Palavras-Chaves: Infertilidade; Direito à Saúde; Planejamento Familiar; Reprodução Assistida; Contratos de Planos de Saúde; Direito do Consumidor.

ABSTRACT

Infertility is recognized by the World Health Organization as a disease of the reproductive system that, by making it impossible for infertile couples and people to fulfill their dream of procreating and having biological children, causes physical, psychological, and social damage to individuals with this disease. Advances in medicine and biomedicine made it possible for the desire to start a family, until then frustrated by infertility, to be fulfilled by assisted reproductive technologies. However, even in cases of duly diagnosed infertility in which the specialist physician indicates assisted reproduction techniques as the only viable treatments to overcome infertility, the infertile individual finds obstacles to carry out the treatment they need to recover their health. The first of these obstacles is financial, since, as the offer of ART by the public system - SUS is minimal and unable to meet the population demand, people need to resort to the services provided by the supplementary health care system, which are high cost and, therefore, end up limiting the right to reproduction. At the same time, these treatments are not covered by health plan contracts, which deny these procedures based on art. 10, III of Law n. 9,656 of 1998, that expressly excludes mandatory coverage of the artificial insemination by health plans. In this context, the present study has the scope of analyzing the possibility and the obligation, or not, of coverage of assisted reproductive technologies by health plans. Thereunto, this work seeks to verify the compatibility of the aforementioned legal provision with the right to health, the right to family planning, the reproductive autonomy and the principles and rules of consumer law, demonstrating the impact of these rights and guarantees on health plan contracts and how the legal ban affects the rights of consumers benefiting from health plans.

Keywords: Infertility; Right to Health; Family Planning; Assisted Reproduction; Health Plan Contracts; Consumer Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

art. – Artigo

CC/02 – Código Civil Brasileiro de 2002

CDC – Código de Defesa do Consumidor de 1990

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CFM – Conselho Federal de Medicina

CID – Classificação Internacional de Doenças

FIV – Fertilização *in vitro*

OMS – Organização Mundial de Saúde

RA – Reprodução Assistida

REsp – Recurso especial

RN – Resolução Normativa

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 12 |
| 2. INFERTILIDADE E DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA | 16 |
| 2.1. O DESEJO DE TER FILHOS E A INFERTILIDADE COMO DOENÇA..... | 16 |
| 2.2. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO TRATAMENTO DA INFERTILIDADE ... | 21 |
| 2.3. O DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA | 24 |
| 2.3.1. Direito fundamental à saúde | 27 |
| 2.3.2. Direito à reprodução: direito ao planejamento familiar e autonomia reprodutiva | 32 |
| 2.4. DESIGUALDADE NO ACESSO ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA | 38 |
| 3. O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE NA PERSPECTIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR..... | 41 |
| 3.1. A ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE | 41 |
| 3.2. CONCEPÇÕES CLÁSSICA E CONTEMPORÂNEA DE CONTRATOS..... | 45 |
| 3.3. DIREITO DO CONSUMIDOR E CONTRATOS DE CONSUMO | 52 |
| 3.3.1. Princípios do direito do consumidor..... | 52 |
| 3.3.2. Contratos de consumo e proteção contratual do consumidor..... | 57 |
| 3.4. A APLICAÇÃO DO CDC ÀS RELAÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS E OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE | 62 |
| 3.5. CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE | 65 |
| 4. A COBERTURA DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA PELOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL | 69 |
| 4.1. A LEI Nº 9.656 DE 1998 E A RESOLUÇÃO NORMATIVA DA ANS Nº 465 DE 2021 E A EXCLUSÃO DA COBERTURA DOS TRATAMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA | 69 |
| 4.2. O JULGAMENTO EM RECURSO REPETITIVO DOS RESP 1822420 / SP, RESP 1822818 / SP E RESP 1851062 / SP E O TEMA REPETITIVO 1067: NÃO OBRIGAÇÃO DE CUSTEIO DE TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> POR PLANOS DE SAÚDE..... | 79 |
| 4.3. COMENTÁRIOS À LEI Nº 9.656 DE 1998, À RESOLUÇÃO NORMATIVA DA ANS Nº 465 DE 2021 E À JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA | 83 |
| 5. CONCLUSÃO..... | 87 |
| REFERÊNCIAS | 91 |

1. INTRODUÇÃO

A infertilidade é reconhecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como uma doença do sistema reprodutor masculino ou feminino definida pela incapacidade de procriar após doze meses ou mais de relações sexuais regulares sem qualquer meio contraceptivo. As infertilidades masculina e feminina possuem catalogação na Classificação Internacional de Doenças (CID) da OMS, e são um problema de saúde global, que afetam milhões de pessoas em idade reprodutiva no mundo.

Diante da infertilidade, pessoas e casais portadores desta enfermidade podem ver frustrado o sonho da paternidade e da maternidade, que são objetivos muito comuns da vida adulta e representam a vontade legítima dos indivíduos de terem filhos e constituírem uma família. Nesse sentido, a impossibilidade de gerar a prole em razão da infertilidade pode representar mais que um mero dissabor, pois leva à extinção de perspectivas e planos de vida e, com isso, pode gerar verdadeiros danos psíquicos aos indivíduos.

A partir dos desenvolvimentos da medicina que buscaram solucionar problemas relacionados à reprodução humana, as técnicas de reprodução assistida, como a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, tornaram-se soluções viáveis ao tratamento da infertilidade e para se atingir a capacidade reprodutiva do sujeito, nos casos em que outros meios terapêuticos não tenham surtido efeito ou estes sejam considerados inapropriados.

Contudo, o acesso às técnicas de reprodução assistida é díspar, e afeta adversamente pessoas com menores condições financeiras, isso, pois, esses procedimentos são de alto custo e o oferecimento desses tratamentos pelo SUS é ínfimo e incapaz de atender a demanda populacional. Ao mesmo tempo, a cobertura das técnicas de RA é negada pelas operadoras de planos de saúde. Essa negativa de custeio pelos planos de saúde se dá pela expressa exclusão desses procedimentos do rol de tratamentos e procedimentos de cobertura obrigatória, pela Lei de planos de saúde (Lei nº 9.656 de 1998) e pela Resolução Normativa da ANS nº 465 de 2021.

Ocorre que, embora muitas pessoas tenham condições de arcar com planos de saúde, essas mesmas pessoas muitas vezes não têm condições financeiras de custear os procedimentos de reprodução assistida, por serem caros. Assim, o usuário do plano de saúde,

que paga tempestivamente a mensalidade, vê frustrado o seu direito ao tratamento da infertilidade em razão das limitações legais aos procedimentos de reprodução assistida.

Não obstante as expressas vedações legais, que permitem que os planos de saúde optem pela inclusão ou não da cobertura desses tratamentos à infertilidade, questiona-se se essas previsões estão em harmonia com outras disposições legais do ordenamento jurídico brasileiro, em especial as garantias constitucionais do planejamento familiar, da autonomia reprodutiva e da saúde e o Código de Defesa do Consumidor, que prevê a proteção da parte vulnerável da relação consumerista, no caso, o usuário do plano de saúde.

Neste contexto, o presente trabalho pretende analisar as questões jurídicas relacionadas ao direito à reprodução assistida em caso de infertilidade e aos contratos de planos de saúde celebrados entre as operadoras de planos de saúde e os consumidores. A partir dessa análise, pretende-se apresentar os possíveis óbices constitucionais e principiológicos aos dispositivos normativos que excluem as técnicas de reprodução assistida do rol de procedimentos de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, e verificar a melhor solução para o equilíbrio contratual e para a efetivação dos princípios constitucionais e da proteção do consumidor vulnerável.

Ao realizar um contrato com um plano de saúde, o consumidor busca a garantia de que, caso desenvolva uma doença ou enfermidade, este terá a faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde privados, sem que precise despender valores adicionais para esse tratamento, pois já arca mensalmente com a mensalidade do plano de saúde. Assim, o objetivo do contrato de plano de saúde é assegurar ao consumidor o direito à assistência à saúde, combatendo enfermidades ou prevenindo as suas ocorrências e, por conseguinte, buscando a plenitude de sua saúde e integridade física. Nesse sentido, compreende-se que as operadoras de planos de saúde prestam um serviço de utilidade pública que garante direitos fundamentais aos cidadãos.

Devido a estas características, as operadoras de planos de saúde deveriam prestar seus serviços tendo em vista os interesses existenciais à vida e à saúde dos usuários. Contudo, a exclusão dos tratamentos de reprodução assistida pela lei de planos de saúde e pela jurisprudência atual do STJ demonstra que, apesar dos direitos fundamentais do consumidor relacionados ao tema, o que prevaleceu foi o poder econômico das grandes empresas.

A incapacidade em conceber descendentes genéticos é reconhecido pela Organização Mundial de Saúde como uma doença do sistema reprodutivo, que pode causar no casal infértil sérios problemas psíquicos, afastando-os da definição completa de saúde, como estado completo de bem-estar físico, mental e social. Desta forma, a negativa do custeio das técnicas de RA pelas operadoras de planos de saúde demonstra que não há o acesso efetivo e adequado a um direito tão importante.

Como veremos, há casos de infertilidade que apenas as técnicas de reprodução humana assistidas permitirão a concretização do direito à concepção e à descendência. Logo, se é dever das operadoras de planos de saúde a prestação de serviços à saúde de forma efetiva, não seria razoável a negativa do custeio da reprodução assistida aos casais inférteis que não possuam outro meio viável e indicado pela medicina contemporânea para a concepção e a efetivação do direito de ter filhos.

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

No caso da exclusão dos tratamentos de reprodução assistida pelos contratos de planos de saúde, verifica-se que os princípios gerais dos contratos e os princípios específicos do direito do consumidor, como a boa-fé objetiva, a função social do contrato, a proteção da parte vulnerável e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, são rejeitados em detrimento da busca por elevados lucros das empresas.

Como será demonstrado, este trabalho não defende o fornecimento indiscriminado das técnicas de reprodução humana assistida para todos os indivíduos que desejarem. É necessário a análise dos casos, as particularidades e possíveis alternativas economicamente mais viáveis, buscando o equilíbrio contratual. Dessa maneira, a partir da análise das garantias

constitucionais e consumeristas dos indivíduos, bem como das características específicas dos contratos de planos de saúde, caminhou-se para o entendimento de que é devida a cobertura das técnicas reprodução assistida aos casais inférteis que não possuem outra opção para a concretização da concepção biológica.

Portanto, busca-se demonstrar neste trabalho, adotando o raciocínio hipotético-dedutivo, a supracitada discordância entre, de um lado, a vedação legal e o atual entendimento jurisprudencial e, de outro lado, a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor. Com base nesse raciocínio, verificou-se ser devido aos planos de saúde o ônus de cobrir os tratamentos de reprodução assistida nos casos em que não há outro meio de se alcançar a efetivação do direito à saúde e ao planejamento familiar, não sendo razoável que a exclusão legal se sobreponha a todas as garantias constitucionais envolvidas.

2. INFERTILIDADE E DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

2.1. O DESEJO DE TER FILHOS E A INFERTILIDADE COMO DOENÇA

A paternidade e a maternidade são uns dos objetivos mais comuns da vida adulta, tanto que grande parte das pessoas inclui filhos em seus planos de vida¹. Contudo, nem todos que desejam uma gravidez conseguem atingi-la de forma espontânea e natural. A incapacidade de gerar filhos pelos meios convencionais pode afetar uma variedade de pessoas, incluindo casais heterossexuais, casais e estruturas familiares formadas por pessoas LGBTQIA, pessoas idosas, indivíduos que não estão em relações sexuais e aqueles com certas condições médicas e fisiológicas que geram a infertilidade.

Tradicionalmente, o ato de procriar teria origem unicamente no ato sexual entre o homem e a mulher, e a reprodução estaria quase que indissociavelmente ligada à estrutura matrimonial heterossexual, sendo o casamento o único fundamento legítimo da concepção e da família². Além disso, nesse contexto, o casamento e a constituição da família tinham como principal finalidade a procriação e, com ela, a perpetuação da espécie, do nome e dos bens da família, sendo a principal obrigação dos cônjuges, e em especial das mulheres, terem filhos³.

A evolução social, legal e doutrinária, inclusive com a ampliação do conceito de família pela Constituição Federal de 1988, permitiram o desenvolvimento da ideia de família para além do vínculo do parentesco, da consanguinidade e do casamento. Como bem desenvolvem Froener e Catalan, o exercício das liberdades positivas permitiu que a coexistência, a ternura e a afetividade familiar fossem vivenciadas nos mais diversos formatos familiares, de modo que uma família não mais pressupõe aspectos antes considerados inerentes à sua constituição, tal como, casamento, relações sexuais, parceiros de sexos distintos e filhos⁴.

¹ BOIVIN, J.; BUNTING, L.; COLLINS, J. A., *et al.*. International estimates of infertility prevalence and treatment-seeking: potential need and demand for infertility medical care. **Human reproduction**, Oxford, v. 22, n. 6, 2007, p. 1506.

² BELTRÃO, Silvio Romero. **Reprodução humana assistida: conflitos éticos e legais: legislar é necessário**. 2010, Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010, p.17.

³ *Ibid.*, p. 20.

⁴ CATALAN, Marcos; FROENER, Carla. **A Reprodução Humana Assistida na Sociedade de Consumo**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 10-11.

Para Alves e Souza, a introdução de novos valores e interesses na sociedade contemporânea levou à reformulação do conceito de família e da estrutura familiar baseada exclusivamente no casamento e na procriação, de modo que atualmente há o predomínio de um modelo familiar moderno, baseado na liberdade de escolha e no planejamento familiar⁵.

Ao mesmo tempo, a finalidade natural do casamento e da vida adulta deixaram de ser unicamente a procriação e a educação da prole. Quanto à finalidade do casamento e da família, Eduardo de Oliveira Leite expõem que, hoje, a intenção de viverem juntos, o amor - “que independe de mera atração sexual e encontra a sua manifestação mais veemente na afeição, solidariedade, cumplicidade, atração mútua e afinidades pessoais” - e o companheirismo - “calcado num projeto comum, capaz de atender e satisfazer ideais e interesses comuns” - são os elementos fundamentais do vínculo conjugal⁶.

Ademais, os ideais da vida adulta foram (e continuam sendo) paulatinamente transformados diante das mudanças culturais e sociais e dos avanços da medicina. Um marco importante nesse âmbito foi o fenômeno da emancipação feminina que, iniciada na década de 1960, foi caracterizada pela divulgação de métodos contraceptivos mais eficazes, pela dissociação entre sexo e procriação da espécie, pela maior qualificação educacional feminina e pela maior participação da mulher no mercado de trabalho. Essa emancipação levou a um atraso no desejo reprodutivo e a uma diminuição no número de filhos por casal. Com isso, verifica-se que, atualmente, a maioria das pessoas tem como objetivos de vida adulta estudar, se realizar profissionalmente, encontrar um par amoroso e com ele dar início a uma nova família, eventualmente com o advento de filhos⁷.

Contudo, ainda que a procriação não se encontre mais como a finalidade única do casamento e da vida adulta, ter filhos permanece como um desejo de muitos casais⁸. Essa é

⁵ ALVES, Oslania de Fátima; SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano. As principais técnicas de reprodução humana assistida. **Saúde & Ciência em Ação – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde**, v. 2, n. 1, p. 26-37, jan.-jul. 2016, p. 35.

⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito de Família**. São Paulo: RT, 2005, p. 51.

⁷ RODRIGUES, Isabella Meijueiro Edo. **O direito das mulheres portadoras de infertilidade em receber tratamento pelo SUS e pelos planos de saúde no Brasil**. Dissertação (Pós-graduação em Direito) – Curso Especialização em Direito da Medicina, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, p. 4.

⁸ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2021**. Rio de Janeiro: IBGE, 2021, p. 67.

uma aspiração individual, pessoal e social, e deve ser reconhecida como um objetivo legítimo. Nesse contexto, considerando o casal formado por indivíduos de sexos biológicos opostos - que é o foco desta pesquisa, o desejo genuíno de ter filhos pode ser frustrado pela existência de condições médicas e fisiológicas do indivíduo ou do casal que levam à incapacidade de conceber e produzir descendentes pela via natural.

A infertilidade é reconhecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como uma doença do sistema reprodutor masculino ou feminino definida pela incapacidade de procriar após doze meses ou mais de relações sexuais regulares sem qualquer meio contraceptivo⁹. A infertilidade é um problema de saúde pública global, que afeta milhões de pessoas em idade reprodutiva, e, segundo pesquisa realizada em 2007, estima-se que no mundo 72,4 milhões de mulheres possuem infertilidade¹⁰. A OMS complementa com a estimativa de que 48 milhões de casais e 186 milhões de indivíduos possuam infertilidade¹¹.

As infertilidades masculina e feminina possuem catalogação na Classificação Internacional de Doenças (CID) da OMS, com os códigos CID 11-GA31 e CID 11-GB04, respectivamente¹². O reconhecimento da incapacidade reprodutiva como uma doença trata-se de um avanço importante, pois, ao trazer uma situação antes considerada exclusivamente privada para o campo médico, permite o seu tratamento, bem como auxilia na redução do estigma em relação à doença. Nesse sentido, Alberto Barros expõe:

A infertilidade era, pelo contrário, considerada como uma doença vergonhosa, até mesmo uma maldição dos deuses, que era necessário conjurar com rituais religiosos

A pesquisa revela que, considerando a organização das pessoas em arranjos domiciliares e da composição das relações de parentesco, o arranjo familiar mais comum no Brasil em 2020 é o de casal com filhos, sendo este responsável por cerca de 58,6% dos arranjos familiares.

⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Glossário revisado da Terminologia das Técnicas de Reprodução Assistida (TRA): Comitê Internacional para Monitorização da Tecnologia Reprodutiva Assistida**. Geneva: OMS, 2009, p. 6.

¹⁰ Pesquisa realizada em 2007 sobre a prevalência da infertilidade após 12 meses ou mais de relações sexuais regulares sem qualquer meio contraceptivo, a partir de 25 inquéritos populacionais amostrando 172.413 mulheres de diferentes países. Com base nos dados obtidos e na população mundial à época, identificou-se que 72,4 milhões de mulheres possuíam infertilidade e, destas, 40,5 milhões procuravam cuidados médicos para infertilidade (BOIVIN, J.; BUNTING, L.; COLLINS, J. A., *et al.*. International estimates of infertility prevalence and treatment-seeking: potential need and demand for infertility medical care. **Human reproduction**, Oxford, v. 22, n. 6, 2007, p. 1506).

¹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Infertility**. Disponível em <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility> Acesso em 30 maio 2022.

¹² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **International Classification of Diseases 11th Revision**. Disponível em <https://icd.who.int/browse11/l-m/en> Acesso em 30 maio 2022.

e mágicos, sendo a mulher quem, em regra, era inculpada e muitas vezes desprezada, odiada e maltratada pela circunstância de não ter filhos.¹³

Assim, a concepção de infertilidade como uma doença, em oposição à sua prévia consideração como um dos desígnios divinos, a torna passível de ser tratada.

Outrossim, o reconhecimento da infertilidade como doença não se refere exclusivamente aos fatores fisiológicos do casal ou do indivíduo infértil que impedem ou dificultam a concepção ou geração de filhos. Mas também se relaciona aos reflexos psicológicos muitas vezes decorrente da infertilidade, principalmente ao considerar a abrangente noção de saúde compreendida como o “estado completo de bem-estar psicofísico”¹⁴.

A infertilidade pode romper com o desejo da filiação, da descendência genética e do elo familiar - que são objetivos para muitas pessoas e casais -, bem como pode obstar os projetos de maternidade e paternidade e os planos comuns do casal, uma vez que “sua decisão de conceber, na hora mais apropriada e racionalmente calculada, coloca-se contra sua incapacidade de completar esse desejo”¹⁵.

Além disso, a impossibilidade de conceber um filho pode representar mais que um mero dissabor, pois a frustração de ver impossibilitada a perspectiva futura de constituir a sua própria família, em razão da infertilidade, pode representar danos psíquicos aos indivíduos. Albuquerque explica que muitas pessoas inférteis “percebem a situação como estigmatizante, causadora de sofrimento psíquico e isolamento social”, e que os impactos psicológicos da infertilidade afetam aspectos das vidas sexual, afetiva, social e laboral do paciente infértil.¹⁶

O diagnóstico da infertilidade pode gerar no casal ou no indivíduo sentimentos de tristeza, vergonha, incompletude, solidão e inferioridade, que são relacionados a perda do

¹³ BARROS, Alberto. Procriação Medicamente Assistida. In: BARBOSA, Carla; LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias. **Direito à saúde, estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira**: Genética e Procriação Medicamente Assistida. Coimbra: Almedina, 2016, p. 107.

¹⁴ GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de Plano de Saúde**. 2. ed. Leme, SP: Editora Mizuno, 2020, p. 233.

¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Revista dos Tribunais, 1995, p. 22.

¹⁶ ALBUQUERQUE, R. M.; CARVALHO, J. A.; CUNHA, M. C. V, *et al.*. Infertilidade: associação com transtornos mentais comuns e a importância do apoio social. **Rev. psiquiatr.**, Rio Grande do Sul, v. 30, n. 3, p. 201-210, dez. 2008, p. 201.

controle sobre si, seu corpo e seu projeto de vida¹⁷. Leite e Frota dispõem ainda sobre o efeito da infertilidade no reconhecimento de si mesmo e nos seus ideais de masculinidade e feminilidade:

Gerar um filho traz um significado pessoal muito importante para a mulher, uma vez que a gravidez pode representar a confirmação de sua feminilidade. Assim sendo, a infertilidade pode ferir e desestruturar a representação da autoimagem feminina, uma vez que costuma afetar a maneira como as mulheres se sentem a respeito de si mesmas.¹⁸

Na medida em que estão profundamente envolvidos com o desejo da maternidade e paternidade, os casais inférteis também entram em contato com questões relacionadas aos seus referenciais de masculinidade e feminilidade. Sentem-se feridos no seu orgulho de ser homem e de ser mulher quando amputados de sua função reprodutiva.¹⁹

Os impactos negativos da infertilidade também são sociais, uma vez que traz à tona desigualdades de gênero que atingem particularmente as mulheres. Apesar da infertilidade ser uma doença conjugal, é comum culturalmente, e até mesmo dentro da comunidade médica, que a mulher seja identificada como a principal responsável pela incapacidade reprodutiva, mesmo quando não é infértil²⁰. As mulheres frequentemente são as que mais sofrem em razão da infertilidade, em razão de violência, divórcio, estigma social, estresse emocional, depressão, ansiedade e baixa autoestima.

Sobre o aspecto da desigualdade de gênero, Hochschild, Dickens e Manzur²¹ relatam que os efeitos negativos da infertilidade recaem de forma mais grave sobre as mulheres pois, embora os homens possam ter a sua masculinidade afetada pela incapacidade de conceber um filho, estes podem se redimir de outras formas aos olhos da sociedade. Contudo, quanto às mulheres, em um contexto social e cultural marcado pelo machismo estrutural e ostensivo, que é ainda muitas vezes reforçado pelos estereótipos religiosos, a maternidade é vista como uma tarefa indispensável à mulher adulta, de modo que a infertilidade ceifa a sua principal ou única forma de estima na família e na sociedade.

¹⁷ LEITE, Renata Ramalho Queiroz; FROTA, Ana Maria Monte Coelho. O Desejo de Ser Mãe e a Barreira da Infertilidade: Uma Compreensão Fenomenológica. **Revista da Abordagem Gestáltica - Phenomenological Studies**, v. XX, n. 2, 151-160, jul. – dez., 2014, p. 152.

¹⁸ *Ibid.*, p. 151.

¹⁹ *Ibid.*, p. 152.

²⁰ *Ibid.*, p. 152.

²¹ DICKENS, B. M.; HOCHSCHILD, F. Z.; MANZUR, S. D. Human Rights To In Vitro Fertilization. **JBRA Assisted Reproduction**. Disponível em <https://www.jbra.com.br/media/html/JBRA1064.html> Acesso em 16 out. 2022.

Nesse sentido, Leite e Frota argumentam que apesar dos avanços e dos novos locais ocupados pelas mulheres na sociedade contemporânea, o patriarcalismo arraigado em nosso cotidiano faz com que a maternidade ainda seja naturalizada “tanto como destino biológico, quanto como valor social inerente à consolidação da identidade feminina”²². Assim, a impossibilidade de acesso a métodos efetivos de tratamento à infertilidade gera uma discriminação contra a mulher.

Pelo exposto, verifica-se que a infertilidade traz consequências não apenas para a saúde física da pessoa infértil, mas reverbera na possibilidade de alcançar o desejo da procriação e de concretizar o planejamento familiar da pessoa infértil e de sua família. A infertilidade gera ainda impactos psicológicos complexos, além de impactos sociais, como estigmatização e isolamento social e desigualdade de gênero. E, neste contexto, as Técnicas de Reprodução Humana Assistida surgem como meios legítimos de tratamento da infertilidade e de concretização do desejo de ter filhos.

2.2. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO TRATAMENTO DA INFERTILIDADE

O desenvolvimento tecnológico da medicina, aliado à expansão, na esfera jurídica, da autonomia existencial, propiciaram o entendimento de que indivíduos e casais têm o direito de decidir se, quando e como querem procriar, e o número, época e espaçamento de seus filhos. Assim, o tratamento da infertilidade, entendida como uma doença, é uma parte importante da realização do direito dos indivíduos e casais de fundar e planejar uma família e exercer seus direitos reprodutivos.

Sartori explica que a infertilidade pode ser feminina ou masculina, e que, quanto a primeira delas, a infertilidade, pode ser ocasionada por alterações hormonais, alterações anatômicas no útero e nas trompas e outras patologias reprodutivas²³. Além disso, a infertilidade feminina pode ser causada por alguma doença base (doença primária) – como endometriose, falência ovariana, menopausa precoce, remoção de útero, dos ovários ou das trompas, obstrução tubária, efeitos de produtos químicos ou de anticoncepcionais, consequência de doenças geneticamente transmissíveis e câncer – que acabe gerando uma doença

²² LEITE, Renata Ramalho Queiroz; FROTA, Ana Maria Monte Coelho, *Op. cit.*, p. 153.

²³ SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução humana assistida: um direito fundamental?**. 1 ed. Curitiba: Appris, 2015, p. 185.

secundária, que é a infertilidade²⁴. Quanto à infertilidade masculina, para Sartori, esta geralmente não está vinculada a uma causa única e, por isso, é mais difícil de ser identificada e tratada²⁵. Ademais, fatores como alcoolismo, tabagismo, sedentarismo, obesidade, poluição e doenças sexualmente transmissíveis (DST) também interferem negativamente na fertilidade feminina e masculina²⁶.

Em relação às causas de infertilidade, Alberto Barros complementa que, no âmbito do casal heterossexual, o diagnóstico de uma eventual causa de infertilidade em um dos membros do casal não deve excluir a análise da fertilidade do outro, posto que, do ponto de vista médico, ambos os membros do casal integram uma “unidade infértil”, que deve ser estudada e tratada como um todo.²⁷

Sobre o conceito da infertilidade, é importante esclarecer que esta não é a impossibilidade irreversível de ter filhos, mas sim uma dificuldade em conceber²⁸. Assim, o fato de um casal ser diagnosticado com infertilidade não impede que este mesmo casal possa ter filhos biológicos através de métodos naturais ou não naturais.

Nesse âmbito, Othoniel Pinheiro Neto esclarece que muitos dos casos de infertilidade podem ser tratados com métodos pouco invasivos e simples tais como o “coito programado,

²⁴ RODRIGUES, Isabella Meijueiro Edo, *Op. cit.*, p. 7.

²⁵ SARTORI, Giana Lisa Zanardo, *Op. cit.*, p. 185.

²⁶ BARROS, Alberto, *Op. cit.*, p. 114.

²⁷ *Ibid.*, p. 107-108.

²⁸ Nesse âmbito, busca-se diferenciar a infertilidade da esterilidade, sendo a primeira destas o objeto do presente trabalho.

Primeiramente, verifica-se que não existe um consenso na literatura médica e jurídica acerca da diferenciação entre infertilidade e esterilidade, não havendo uma diferenciação precisa entre os dois termos, que por vezes são apresentados como sinônimos ou como gênero e espécie (sendo a infertilidade um gênero e a esterilidade uma espécie de infertilidade mais grave), ou caracterizados pela diferença entre a incapacidade de gerar e a incapacidade de levar uma gestação adiante (definindo respectivamente a esterilidade e a infertilidade).

Contudo, para os fins deste trabalho utilizou-se os conceitos mais recorrentes na literatura sobre o tema, que define a infertilidade como a ausência de gestação após um ano ou mais de relações sexuais frequentes sem a utilização de métodos contraceptivos, resultante de uma disfunção dos órgãos reprodutores, dos gametas ou do conceito que dificultam a concepção e reduzem as chances de uma gravidez natural. Já a esterilidade é definida como a impossibilidade do homem e/ou da mulher de produzir gametas ou zigotos viáveis, o que torna o casal permanentemente incapaz de ter uma gravidez natural. Assim, enquanto na infertilidade as dificuldades de gerar poderiam ser contornadas por medidas médicas, na esterilidade a capacidade de gerar filhos biológicos de forma natural seria nula. (ABCMED, 2012. **Qual a diferença entre infertilidade e esterilidade? Quais são as causas?**. Disponível em: <https://www.abc.med.br/p/309845/qual-a-diferenca-entre-infertilidade-e-esterilidade-quais-sao-as-causas.htm>. Acesso em: 23 out. 2022.)

Não obstante tal diferenciação, entende-se que as técnicas de reprodução assistida poderiam ser utilizadas a fim de permitir a procriação tanto em casos de esterilidade quanto de infertilidade, sendo que na primeira destas a utilização de gametas de terceiros seria necessária. Assim, entende-se que os debates realizados na presente pesquisa em grande parte poderiam ser aplicados para a análise de ambas as doenças, contudo, a fim de delimitar o objeto da pesquisa, por ora focou-se no estudo da reprodução assistida nos casos de infertilidade.

um simples exame laboratorial, a laparoscopia (vídeo), a endoscopia pélvica e a reversão de ligadura de trompas”²⁹. Assim, há uma ideia equivocada de que os únicos tratamentos viáveis são as técnicas de reprodução humana assistida, marcadamente a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* (FIV). Não obstante, é possível que os tratamentos alternativos apresentados não solucionem o problema do casal infértil e, diante de tal situação, com os avanços da medicina e da biomedicina nas últimas décadas, uma solução viável ao tratamento da infertilidade é a reprodução humana assistida, através de métodos como a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial.

Para Freire de Sá e Naves, as técnicas de reprodução assistida no contexto da infertilidade ampliam o direito à liberdade de procriação, antes impossibilitada pela doença³⁰. Nesse sentido, Maria Helena Diniz explica que as técnicas de reprodução assistida devolvem às pessoas e aos casais inférteis o direito à descendência, auxiliando na resolução de problemas de infertilidade humana e “facilitando o processo de procriação, quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes para a solução da situação atual de infertilidade”³¹. A Autora ressalta, contudo, que a reprodução assistida apenas deve ser tentada se houver probabilidade de sucesso e não existir risco à saúde do paciente e do possível filho³².

A reprodução assistida pode ser definida como uma técnica usada no tratamento da infertilidade em que se realiza a manipulação de pelo menos um dos gametas para unir artificialmente os gametas masculino e feminino, objetivando dar origem a um ser humano³³. Há assim a intervenção médico-tecnológica para possibilitar uma gestação que não aconteceria espontaneamente, de modo que a intervenção médica se torna uma condição necessária à procriação, substituindo ou facilitando alguma etapa deficiente no procedimento natural de fecundação^{34,35}.

²⁹ PINHEIRO NETO, Othoniel. O direito à reprodução humana assistida: da teoria à concretização judicial. Curitiba: Juruá, 2012, p. 14.

³⁰ FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. **Ver. Bio. y Der.**, n. 34, p. 64-80, 2015, p. 67.

³¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 712.

³² *Ibid.*, p. 712.

³³ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução - RDC nº 23, de 27 de maio de 2011. **Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências**. Disponível em https://www.saude.mg.gov.br/index.php?option=com_gmg&controller=document&id=708 Acesso em 11 jun. 2022.

³⁴ FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 2005, p. 28.

Em termos mais técnicos, Maria Helena Diniz, com base no conceito trazido pela Resolução RDC nº 23/2011 da ANVISA, entende por reprodução assistida o “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano”³⁶. A autora prossegue explicando que esses procedimentos podem ser realizados principalmente por dois métodos, um que consiste na manipulação de ambos os gametas (espermatozoides e óvulos) em laboratório, com a realização da fecundação fora do corpo humano e a posterior introdução do embrião no útero da mulher (conhecido como fertilização *in vitro*), e outro que consiste na inoculação do sêmen dentro do corpo da mulher, sem manipulação externa de óvulo ou de embrião (entendida como inseminação artificial)³⁷.

Conforme as duas técnicas de RA supramencionadas, a reprodução assistida pode ser classificada como intracorpórea, quando a fecundação é realizada dentro do corpo da mulher, ou extracorpórea, quando a fecundação ocorre em proveta, fora do corpo da mulher. Ademais, no que diz respeito ao material genético a ser utilizado, pode-se dividir as técnicas de reprodução assistida em homólogas, quando são utilizados os gametas masculino e feminino do próprio casal, e heterólogas, quando ambos ou pelo menos um dos gametas são de um terceiro doador³⁸.

Por fim, verifica-se que a Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que disciplina a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil, corrobora com o entendimento de que as técnicas de reprodução assistidas podem ser utilizadas como meios de tratamento à infertilidade, ao considerar que tais técnicas têm o papel de auxiliar no processo de procriação e podem ser remédios eficazes contra a infertilidade³⁹. Desse modo, para a CFM, as técnicas de reprodução assistida representam um meio de combate e de superação da infertilidade, entendida como um problema de saúde com implicações médicas e psicológicas.

2.3. O DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

³⁵ RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha. Reprodução assistida, consumo de tecnologia, deslocamentos e exclusões. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 60, n. 1, p. 39-41, 2008, p. 1.

³⁶ DINIZ, Maria Helena, *Op. cit.*, p. 711.

³⁷ DINIZ, Maria Helena, *Op. cit.*, p. 711.

³⁸ ALVES, Oslania de Fátima; SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano, *Op. cit.*, p. 29.

³⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.320/2022. **Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida**. Diário Oficial da União, Brasília, 20 set. 2022, Seção I, p. 107. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 17 out. 2022.

Atualmente no Brasil não existe legislação específica a respeito da reprodução assistida, e embora tramitem no Congresso Nacional diversos projetos sobre o assunto, nenhum deles chegou a termo. Assim, a temática da reprodução assistida no Brasil permanece marcada por diversas divergências e questões éticas e jurídicas polêmicas que, por não serem apreciadas pelo legislativo, fazem com que o Direito precise se apoiar na doutrina, em legislações esparsas e nas resoluções do Conselho Federal da Medicina para abordar a questão da reprodução assistida.

O vácuo legislativo sobre a reprodução assistida acarreta um amplo debate que envolve questões jurídicas, éticas, sociais, religiosas, psicológicas, médicas e bioéticas, tais como:

A determinação de idade máxima das candidatas às técnicas de reprodução assistida; o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e de embriões, e também dos receptores; a chamada “doação compartilhada de oócitos”; a possibilidade de descarte de embriões, após a criopreservação no período de cinco anos; a questão da “doação temporária de útero”, e os limites dessa doação; e a reprodução assistida *post mortem*⁴⁰.

A respeito das questões jurídicas levantadas em razão das técnicas de RA, Beltrão esclarece que no âmbito das técnicas homólogas o debate central está na possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, ou seja, com material biológico de pessoa falecida. Por sua vez, as técnicas heterólogas levantam diversas questões como o reconhecimento ou não do anonimato do doador, a determinação da paternidade, o direito do filho em investigar a sua identidade pessoal e o direito da mulher solteira em realizar a reprodução assistida⁴¹.

Débora Gozzo destaca que no Brasil há uma grande lacuna legislativa no âmbito da reprodução assistida, posto que a matéria não é regulamentada em lei, mas as “únicas normas disponíveis são do Conselho Federal de Medicina que, por meio de várias Resoluções, desde 1992, vem disciplinando a matéria, acompanhando, na medida do possível, as mudanças sociais”⁴². E, embora, essas resoluções da CFM sirvam de parâmetro interpretativo para o Direito, estas foram criadas para regular o exercício da profissão médica e, portanto, não criam o direito, não podendo inovar originariamente a ordem jurídica⁴³.

⁴⁰ FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, *Op. cit.*, p. 67.

⁴¹ BELTRÃO, Silvio Romero, *Op. cit.*, p. 36-37.

⁴² GOZZO, Débora. Reprodução humana assistida e autonomia existencial da mulher. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 23- 42, jul.-dez., 2017, p. 32.

⁴³ FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, *Op. cit.*, p. 67.

Carlos e Cíntia Konder argumentam ainda que, além de existir pouca regulação sobre reprodução assistida no ordenamento brasileiro, a que existe é por vezes falha e limitadora. Isso pois, os órgãos estatais, administrativos ou legislativos, nos dispositivos normativos existentes e nos projetos de lei, criaram ou pretenderam criar certas determinações sobre o acesso às técnicas de reprodução assistida que são incompatíveis com os direitos fundamentais e princípios constitucionais, “criando distinções injustificadas e restrições incompatíveis com a tutela da dignidade da pessoa humana”⁴⁴.

Embora o presente trabalho não tenha como objetivo analisar todos os problemas jurídicos supramencionados, nem exaurir os pontos de divergência atualmente em debate, é certo que a falta de legislação sobre o tema da reprodução assistida impacta o presente estudo, em especial no que se refere à existência, ou não, de um direito à reprodução humana assistida e os seus fundamentos jurídicos.

Olga Krell explica que a ausência de uma menção expressa ao direito à reprodução assistida no ordenamento jurídico brasileiro faz com que seja necessária uma análise sistemática de direitos previstos na Constituição a fim de verificar a existência de tal direito, as suas possibilidades e os seus limites⁴⁵. Há, assim, o debate sobre os princípios e garantias constitucionais que norteiam, ou que deveriam nortear, a reprodução humana assistida.

Nesse sentido, Sartori entende que os valores da reprodução assistida “privilegiam o ser humano na sua Dignidade e estão garantidos por Princípios Constitucionais como a Igualdade, Liberdade, Solidariedade e Fraternidade”⁴⁶. Quanto aos direitos constitucionais, Krell aponta que os direitos fundamentais à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à dignidade da pessoa humana amparam a existência de um direito à reprodução assistida⁴⁷.

Para os fins deste trabalho, verificar-se-á a relação dos direitos à saúde, ao planejamento familiar e à autonomia reprodutiva como fundamentos para o direito à reprodução assistida.

⁴⁴ KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Autonomia reprodutiva e novas tecnologias no ordenamento brasileiro: violações e ameaças ao direito a gerar e a não gerar filhos. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, p. 113-131, jul.-dez. 2016, p. 123.

⁴⁵ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 98.

⁴⁶ SARTORI, Giana Lisa Zanardo, *Op. cit.*, p. 209.

⁴⁷ KRELL, Olga Jubert Gouveia, *Op. cit.*, p. 98.

2.3.1. Direito fundamental à saúde

O direito à saúde enquanto um fundamento ao direito à reprodução assistida tem como base três pressupostos: o reconhecimento já concretizado da infertilidade como uma doença reprodutiva, com implicações físicas e psicológicas; o reconhecimento das técnicas de reprodução assistida como tratamento dessa patologia - permitindo a reprodução que de outra forma não seria viável; e o conceito amplo de saúde adotado pela Organização Mundial de Saúde e aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre a delimitação conceitual da saúde, tem-se que, tradicionalmente, esta era entendida apenas sob o aspecto físico e biológico, sendo compreendida como a ausência de enfermidades⁴⁸. Contudo, tal definição se mostrou demasiadamente restritiva, não incluindo questões relativas à prevenção de doenças - tal como saneamento básico e água tratada -, nem os aspectos psíquicos, sociais e culturais que afetam a saúde do indivíduo⁴⁹.

Durante o século XX tal definição de saúde foi reformulada, deixando de ser entendida somente pelo aspecto negativo e passando a ser compreendida de forma positiva e abrangente. Nesse sentido, a OMS no preâmbulo de sua Constituição, aprovada no Brasil por meio do Decreto nº 26.042 de 17 de dezembro de 1948, definiu saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”⁵⁰, sendo “um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sejam quais forem sua raça, sua religião, suas opiniões políticas, sua condição econômica ou social”⁵¹.

A definição de saúde da OMS não foi recebida sem críticas, principalmente por ser considerado um conceito muito amplo, subjetivo e inatingível. As principais críticas formuladas sobre o conceito foram sobre a subjetividade e impossibilidade de definir a

⁴⁸ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 50.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 51.

⁵⁰ BRASIL. Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948. **Promulga os Atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde.** Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 29 maio 2022.

⁵¹ *Ibid.*

expressão “completo estado de bem-estar”, e sobre tal expressão, na prática, não existir⁵². Nesse sentido:

Tantas vezes citado, o conceito adotado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 1948, longe de ser uma realidade, simboliza um compromisso, um horizonte a ser perseguido. Remete à ideia de uma “saúde ótima”, possivelmente inatingível e utópica já que a mudança, e não a estabilidade, é predominante na vida. Saúde não é um “estado estável”, que uma vez atingido possa ser mantido. A própria compreensão de saúde tem também alto grau de subjetividade e determinação histórica, na medida em que indivíduos e sociedades consideram ter mais ou menos saúde dependendo do momento, do referencial e dos valores que atribuem a uma situação.⁵³

Apesar das críticas ao conceito, certo é que a nova definição da OMS representou um verdadeiro avanço, uma vez que possibilitou e fundamentou uma atuação positiva dos Estados na garantia da saúde, ampliando as políticas públicas de caráter sanitário e profilático. Sobre isso, Josiane Araújo Gomes expõe:

Constata-se que a saúde não pode ser compreendida apenas em seu sentido biológico, por ser um fenômeno essencialmente humano, ou seja, é determinada pela infinidade de fatores que influenciam a vida de uma pessoa, seja de ordem natural – biológica, genética -; ambiental – moradia, poluição -; social – relações familiares, trabalho -; cultural e, inclusive, religiosa⁵⁴.

Ademais, tal definição de saúde da OMS incorporou as dimensões da sexualidade e da reprodução humana no conceito de saúde, permitindo a compreensão da saúde sexual e da saúde reprodutiva como necessárias à garantia de um pleno bem-estar físico, mental e social. Com isso, pode-se constatar que a saúde de um indivíduo abrange, dentre outros, a sua plena capacidade de reprodução⁵⁵.

Assim, independentemente do debate sobre o conceito de saúde, para o propósito desta pesquisa, pode-se concluir que o reconhecimento da infertilidade como uma patologia, aliado à definição de saúde apresentada pela OMS, que amplia a ideia de saúde para além da dimensão física, e aliado à proposição de que a saúde é um direito fundamental que deve ser assegurado a todas as pessoas, tornam evidentes que o tratamento da infertilidade, enquanto

⁵² DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira da Saúde Ocupacional**, n. 54 – vol 14 – Abril, Maio, Jun, 1986, p. 1.

⁵³ BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. **Saúde**. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf> Acesso em 02 jun. 2022, p. 65.

⁵⁴ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 52.

⁵⁵ VIEIRA, Pollyana. **Direito Fundamental à Reprodução Assistida**. 2020, Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2020, p. 62.

uma doença com efeitos físicos, psíquicos e sociais, é essencial à concretização do direito à saúde e, por conseguinte, à garantia de uma existência digna.

Em linhas similares às previstas na Constituição da OMS, a Constituição Federal de 1988 elencou a saúde como um direito constitucional social previsto em seu art. 6º. Os direitos sociais são direitos fundamentais que, enumerados no referido art. 6º da Carta Magna, formam um conjunto mínimo de direitos e prestações positivas do Estado indispensáveis à garantia da igualdade real e da vida digna aos indivíduos⁵⁶.

Nesse sentido, verifica-se que a fundamentalidade do direito à saúde, enquanto um direito social, decorre e está diretamente relacionada a outros dois direitos fundamentais: o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, que são princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, previstos respectivamente no art. 5º, *caput* da CF/88 e no art. 3º, III, da CF/88⁵⁷.

A Constituição Federal prevê que a saúde é um direito de todos, e que é dever do Estado a prestação de serviços à saúde e a disponibilização das condições necessárias ao pleno exercício de tal direito. Para tal, o Estado deverá atuar por meio da criação de políticas sociais e econômicas que busquem reduzir os riscos de doenças e visem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde⁵⁸.

O direito à saúde se manifesta tanto como um direito negativo quanto como um direito positivo. A dimensão negativa do direito à saúde evidencia-se pela imposição de que o Estado e os particulares não intervenham indevidamente nas liberdades pessoais relacionadas à saúde do indivíduo⁵⁹, e pela garantia do direito de defesa individual e coletiva contra qualquer agressão de terceiros ao direito à saúde⁶⁰. Ainda, essa dimensão tem implicações no princípio da vedação do retrocesso, que determina que o Estado, após ter implementado um direito fundamental e dado a este um grau de concretização, não pode revogar ou vulnerar tal direito

⁵⁶ GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde**: a ótica de proteção do consumidor. 4. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019, p. 31.

⁵⁷ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 55.

⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa da República do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 20 maio 2022, art. 196.

⁵⁹ PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de saúde e a tutela judicial de direitos**: teoria e prática. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 25.

⁶⁰ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 65.

que estava passível de fruição, sem que, em substituição, crie uma medida compensatória com nível de proteção igual ou superior à anterior⁶¹.

Já a dimensão positiva caracteriza-se pelo dever prestacional do Estado para a garantia do acesso universal aos bens e serviços de saúde, devendo fazê-lo pela elaboração normativa e pela atuação prática por meio de políticas públicas⁶². Maria Helena Diniz complementa apresentando os três níveis do conteúdo normativo do direito à saúde: “o do direito subjetivo, o do direito programático (destinado a orientar a política estatal para melhoria do setor de saúde) e o da obrigação jurídica (dirigida a assegurar condições que possibilitem ao cidadão procurar obter um nível máximo de saúde)”⁶³.

O direito à saúde também é previsto na Lei nº 8.080 de 1990, que além de determinar a saúde como um direito fundamental, estipulou as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde pública, e para o funcionamento dos serviços de saúde prestados por pessoas jurídicas de direito privado⁶⁴. A possibilidade de participação, de forma complementar, da iniciativa privada na assistência à saúde também é prevista na CF/88, no art. 199. Nesse sentido Daniel de Macedo Pereira esclarece que se adota no Brasil um sistema de saúde pluralista quanto às modalidades de prestação de saúde, podendo o cidadão buscar o acesso à saúde por diferentes vias:

- (i) o Sistema Único de Saúde (SUS), de acesso universal, gratuito e financiado exclusivamente com recursos públicos com atendimento por intermédio de sua rede própria (ii) o Sistema Único de Saúde (SUS) com as diretrizes do item anterior que se vale da contratação de instituição privada com fins lucrativos; (iii) a instituição privada de caráter filantrópico; (iv) a instituição privada com fim lucrativo autônoma (privado não SUS ou privado exclusivo).⁶⁵

Quanto a primeira das vias, Daniel de Macedo Pereira explica que esta seria denominada “saúde pública”, a segunda via a “saúde complementar”, e as últimas duas vias a “saúde suplementar”, que pode ser acessada tanto diretamente pelo cidadão quanto por intermédio de operadoras de planos privados de assistência à saúde⁶⁶.

⁶¹ *Ibid.*, p. 65.

⁶² PEREIRA, Daniel de Macedo Alves, *Op. cit.*, p. 25.

⁶³ DINIZ, Maria Helena, *Op. cit.*, p. 200.

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm Acesso em 20 jun. 2022.

⁶⁵ PEREIRA, Daniel de Macedo Alves, *Op. cit.*, p. 26.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 27.

Em relação à saúde suplementar, deve-se destacar que por se tratar de uma prestação de serviço de relevância pública, qual seja, a saúde, a iniciativa privada não detém plena liberdade de atuação, mas, ao contrário, é controlada, fiscalizada e regulamentada pelo Estado⁶⁷. Da mesma forma, as operadoras de planos de saúde - fornecedores que interessam ao presente trabalho -, por prestarem serviços de saúde que, como tal, são de relevância pública, têm suas atividades normatizadas, regulamentadas e fiscalizadas pelo Estado, devendo tais empresas garantir a saúde em consonância com as garantias fundamentais da CF/88 e com a Lei nº 8.080 de 1990.

Uma vez compreendido o direito constitucional à saúde e o papel do Estado como garantidor deste direito, cabe retomar a análise do direito à saúde como um dos fundamentos que alicerçam um possível direito à reprodução assistida.

Sobre o direito à saúde, Pollyana Vieira explica que o direito fundamental à saúde, ao abranger também um direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva, torna o tratamento de doenças sexuais e reprodutivas, dentre elas a infertilidade, uma questão de saúde pública, sendo função do Estado a garantia de acesso a tais tratamentos⁶⁸. No mesmo sentido Krell expõe que:

A “saúde sexual” de um indivíduo abrange o seu poder de procriar naturalmente. Onde há incapacidade nesse sentido, o afetado tem o direito a que o Estado disponibilize os meios para que ele possa ter filhos através da reprodução assistida. Por isso, o direito fundamental pode ser estendido à proteção da saúde sexual do indivíduo no âmbito da procriação, ou seja, aos direitos reprodutivos. Os métodos de reprodução artificial estão intimamente vinculados à terapia de casais (ou indivíduos) impossibilitados de gerar, por si, seus próprios filhos, tendo criado expectativas e esperanças no tratamento da esterilidade.⁶⁹

Nesse diapasão, sendo a infertilidade uma doença reconhecida pela OMS cujo tratamento pode ser realizado pelas técnicas de reprodução assistida, e sendo a saúde um direito social e fundamental que abrange o direito à saúde sexual e reprodutiva, a pessoa ou o casal infértil teriam o direito de buscar junto ao Estado o tratamento à infertilidade, inclusive por meio da reprodução assistida se esta for a terapia indicada.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 33.

⁶⁸ VIEIRA, Pollyana, *Op. cit.*, p. 63.

⁶⁹ KRELL, Olga Jubert Gouveia, *Op. cit.*, p. 110-111.

A partir desse entendimento, defende-se a existência de um direito à reprodução assistida como uma ramificação natural do direito à saúde⁷⁰. Isso, pois, diante de uma situação de infertilidade em que outras terapias não são capazes de gerar uma gestação, o acesso universal e igualitário à saúde apenas seria possível a partir do acesso universal e igualitário às técnicas de reprodução assistida. Por conseguinte, para efetivar o direito à saúde faz-se necessário reconhecer o direito ao acesso às técnicas de reprodução assistida e, portanto, o direito à reprodução assistida. Nesse sentido, Pollyana Vieira conclui que “não é possível falar no direito à saúde sem o reconhecimento de um direito fundamental à reprodução assistida”⁷¹.

2.3.2. Direito à reprodução: direito ao planejamento familiar e autonomia reprodutiva

Durante o século XX, ocorreram no âmbito da Organização das Nações Unidas grandes conferências mundiais acerca do crescimento populacional do planeta. Essas conferências, dentre outros temas, abordaram pela primeira vez no contexto da saúde global a saúde sexual e os direitos reprodutivos. O Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, elaborado na Conferência do Cairo que ocorreu em 1994, definiu o conceito de saúde e de direitos reprodutivos nos seus capítulos 7.2. e 7.3⁷².

Sobre o conceito de saúde reprodutiva, em linhas similares à definição de saúde da OMS, o relatório a define como sendo “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos”⁷³. E, ainda, complementa que ter saúde reprodutiva significa ter capacidade de reproduzir e ter liberdade de decidir quando fazê-lo.

Já os direitos à reprodução são entendidos pela conferência como:

⁷⁰ Sobre o reconhecimento do direito à reprodução assistida com fundamento no direito à saúde, Olga Krell expõe que “Admitir o direito à reprodução assistida baseado no direito fundamental à saúde limita automaticamente a sua utilização por pessoas fisicamente incapazes de gerar filhos, excluindo-se, portanto, as mulheres solteiras sadias e os casais homossexuais” (KRELL, Olga Jubert Gouveia., *Op. cit.*, p. 111). Assim, a referida autora apresenta outras linhas argumentativas que poderiam ser traçadas a fim de encontrar fundamentos jurídicos ao direito à reprodução assistida (como o direito à intimidade privada, o direito à liberdade individual e a dignidade da pessoa humana) que permitam a ampliação de tal direito para além dos casos de infertilidade.

⁷¹ VIEIRA, Pollyana, *Op. cit.*, p. 65.

⁷² PINHEIRO NETO, Othoniel, *Op. cit.*, p. 22.

⁷³ PLATAFORMA DE CAIRO. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**. Disponível em <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf> Acesso em 10 jun. 2020.

Direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução⁷⁴.

Os acordos e conceitos estabelecidos na Conferência do Cairo foram reafirmados na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que ocorreu em Pequim. Além de reiterar esses ideais, o relatório desta convenção reconheceu os direitos reprodutivos como direitos humanos das mulheres, estabelecendo um direito à livre decisão sobre questões relacionadas à reprodução, e dando ênfase tanto na liberdade quanto na capacidade de procriação.⁷⁵

Segundo Maria Helena Diniz, os direitos reprodutivos abordados pelas referidas conferências relacionam-se muito mais com as liberdades negativas do que com as positivas, ou seja, o direito de não ter filhos⁷⁶. Não obstante, as conferências foram importantes para ensejar o debate sobre o direito ao exercício da maternidade e da paternidade de forma positiva, isso é, o direito de ter filhos⁷⁷. Nesse sentido, Othoniel Pinheiro Neto entende que o reconhecimento desses direitos reprodutivos implica, conseqüentemente, no reconhecimento do direito dos indivíduos e casais buscarem as técnicas de reprodução assistida, a fim de encontrar a solução para seus problemas reprodutivos⁷⁸.

Em linhas similares, Heloisa Helena Barboza argumenta que o reconhecimento do direito à reprodução nas referidas conferências internacionais tem como consequência o reconhecimento de um direito à reprodução assistida:

Foi também textualmente reconhecido, como direito humano, “o direito à escolha reprodutiva”, como direito à liberdade reprodutiva, relativa a “se” e “quando” reproduzir, ensejando incluir nessa escolha o “como” reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial, compreendidas, portanto, nos mesmos termos, como opção pessoal absolutamente fundamental.⁷⁹

Dessa forma, as conferências reconheceram a existência do direito fundamental de todo indivíduo e casal escolher de forma livre, esclarecida e responsável sobre ter filhos, bem como reconheceram o direito à concepção e à descendência, sejam estes obtidos a

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ PEQUIM. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Disponível em https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf Acesso em 10 jun. 2020.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena, *Op. cit.*, p. 183.

⁷⁷ PINHEIRO NETO, Othoniel, *Op. cit.*, p. 23.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 26.

⁷⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção da Autonomia Reprodutiva dos Transexuais. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, n. 20 (2), p. 549-558, maio – ago., 2012, p. 551.

partir dos métodos convencionais e naturais de procriação, ou a partir das técnicas de reprodução assistida, no caso de infertilidade^{80 81}.

Maria Helena Diniz complementa e amplia o direito à reprodução com o direito ao exercício da maternidade, que, para a autora, é um direito social constitucional, imprescindível para a perpetuação da espécie e para a garantia da liberdade das mulheres, devendo, portanto, ser protegido pelo ordenamento jurídico. Para Diniz, as normas sobre a tutela à maternidade devem propiciar condições favoráveis para que as mulheres tenham filhos, evitando riscos contra a saúde da mulher e garantindo o desenvolvimento da gestação e da criança⁸². Assim, trata-se de mais do que a mera liberdade de procriação, mas a atuação positiva para a garantia do direito de ter filhos.

Não obstante o reconhecimento pelas conferências internacionais dos direitos reprodutivos, no ordenamento jurídico brasileiro há o debate a respeito do direito à reprodução ser, ou não, um direito fundamental. Nesse sentido, Débora Gozzo aponta que embora o direito à reprodução não esteja previsto expressamente no rol de direitos do art. 5º da CF/88, tem-se entendido doutrinária e jurisprudencialmente que esse direito está contido no direito ao planejamento familiar previsto no art. 226, § 7º da Carta Magna⁸³, que assim dispõe:

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

Nos termos da CF/88, o planejamento familiar é um direito fundamental, que encontra sua base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo regulado pela Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Extrai-se dos artigos 1º e 2º da Lei nº

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena, *Op. cit.*, p. 185.

⁸¹ Não obstante a compreensão dos direitos reprodutivos como direitos humanos fundamentais, é importante mencionar que tais direitos não são absolutos, sendo fundamental o exercício de uma “parentalidade responsável”. Assim, o Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento destaca que os indivíduos devem exercer seus direitos reprodutivos em consonância com “as necessidades de seus filhos atuais e futuros e suas responsabilidades para com a comunidade”. Da mesma forma, o direito ao planejamento familiar consagrado na Constituição Federal brasileira, como se verá a seguir, também é limitado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente (ANDRADE, Denise Almeida; CHAGAS, Márcia Correia. **O direito ao planejamento familiar no Brasil**: a questão da filiação e da identidade genética no âmbito do “projeto parental” realizado por meio da inseminação artificial heteróloga. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2816.pdf Acesso em 25 out. 2022.).

⁸² DINIZ, Maria Helena, *Op. cit.*, p. 168.

⁸³ GOZZO, Débora, *Op. cit.*, p. 27.

9.263/9612 que o planejamento familiar é um direito de todo cidadão, e consiste em um conjunto de ações de regulamentação da fecundidade que garanta à mulher, ao homem ou ao casal direitos iguais de limitação, constituição ou aumento da sua prole⁸⁴. Assim, o planejamento familiar compreende o direito e a liberdade de toda e qualquer pessoa a reproduzir-se, mantendo sua descendência e planejando a sua família livremente.

Pela leitura da lei resta evidente que o direito ao planejamento familiar abrange tanto ações direcionadas à contracepção quanto à concepção, incluindo-se nessa última as técnicas de reprodução assistida para a superação da infertilidade que, ao auxiliarem na procriação, permitem a realização do projeto parental⁸⁵. Nesse sentido, Pollyana Vieira esclarece que o direito ao planejamento familiar possui duas faces: “ora é fundamento constitucional à contracepção, ora é fundamento constitucional ao direito de procriar artificialmente com fins terapêuticos”⁸⁶.

Da análise do art. 226, § 7º da CF/88, em especial da previsão que “o planejamento familiar é livre decisão do casal” e que é vedado qualquer forma coercitiva de interferência no planejamento familiar, verifica-se que o direito ao planejamento familiar está intrinsecamente relacionado e é impulsionado pelo direito fundamental à liberdade e pela autonomia privada na constituição das famílias. Nesse sentido, Heloisa Helena Barboza argumenta que o direito ao planejamento familiar introduz em nosso ordenamento jurídico a “autonomia reprodutiva”⁸⁷.

Nesse diapasão, pode-se apresentar outro fundamento à existência do direito fundamental à reprodução: a autonomia reprodutiva. Essa autonomia reverbera tanto no âmbito negativo, compreendendo a defesa contra “qualquer ingerência, privação ou limitação da liberdade de escolha quanto a procriar ou não”⁸⁸, quanto no positivo, implicando no direito de decidir se, quando e como procriar, incluindo aqui a possibilidade de utilizar-se das técnicas de reprodução assistida.

⁸⁴ 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.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm Acesso em 20 jun. 2022.

⁸⁵ ALDROVANDI, Andréa. **O Acesso às Tecnologias Reprodutivas: garantias e limites jurídicos.** 2006, Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2006, p. 59.

⁸⁶ VIEIRA, Pollyana, *Op. cit.*, p. 59.

⁸⁷ BARBOZA, Heloisa Helena, *Op. cit.*, p. 551.

⁸⁸ KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza, *Op. cit.*, p. 114.

A autonomia reprodutiva reflete-se no direito ao planejamento familiar, ao estabelecer a liberdade de concepção e de constituição e planejamento de uma família. Além disso, a autonomia reprodutiva encontra fundamento no direito ao corpo, sendo a garantia à liberdade de reprodução, essencialmente, uma garantia à autonomia corporal e à autonomia existencial da pessoa humana⁸⁹. Nesse sentido dispõem Carlos e Cíntia Konder:

Na esfera da reprodução, vivemos uma longa história de libertação de limites naturais, jurídicos e culturais: primeiro com recurso aos métodos contraceptivos, que separaram a sexualidade da reprodução, permitindo um movimento rumo à procriação responsável; segundo com as técnicas de reprodução assistida, que separam a reprodução da sexualidade, pondo ênfase no “filho desejado” e permitindo a escolha livre do se, como e quando procriar⁹⁰.

Desta forma, verifica-se que a Constituição Federal reconheceu que a atividade reprodutiva é um bem jurídico que deve ser tutelado e concedeu aos indivíduos e casais a titularidade dos direitos reprodutivos⁹¹. Contudo, diante da existência de um direito à reprodução, é necessário esclarecer se há também um direito à reprodução assistida, tendo em vista que a CF/88 e a Lei nº 9.263/96 não mencionam em qualquer momento as técnicas de reprodução assistida⁹².

Embora não haja menção expressa à referidas técnicas de reprodução, em seu art. 9º, a Lei nº 9.263/96 estabelece políticas para implementação dos serviços de planejamento familiar, incluindo, para tal, atividades de assistência à concepção: “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”⁹³.

A ênfase atribuída à autonomia do casal e do indivíduo nos textos legais e a disposição sobre a possibilidade de concepção por métodos e técnicas diversos dos naturais, demonstram

⁸⁹ *Ibid.*, p. 116.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 116.

⁹¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia, *Op. cit.*, p. 106.

⁹² *Ibid.*, p. 106.

⁹³ 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.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm Acesso em 20 jun. 2022.

que há também a autonomia do indivíduo escolher os meios de planejar a sua vida reprodutiva, sejam eles naturais ou não⁹⁴. Nesse sentido, Pollyana Vieira expõe:

A incorporação dos direitos sexuais e reprodutivos ao elenco dos direitos humanos assegura o direito ao planejamento familiar para organização da vida reprodutiva, incluindo recurso às descobertas científicas que possam garantir o tratamento de patologias ligadas à função reprodutiva. Não se trata apenas de um direito à procriação, mas sim de liberdade de escolha reprodutiva, envolvendo o direito ao acesso às novas tecnologias que possibilitem a procriação⁹⁵.

Assim, Beltrão leciona que “se há o direito à reprodução, derivada do direito ao planejamento familiar, a reprodução deve ser reconhecida em todas as suas formas, quer seja natural, quer seja assistida”⁹⁶, argumentado que, portanto, existiria efetivamente um direito à reprodução assistida.

Vieira complementa ao argumentar que, não apenas o reconhecimento do direito à reprodução assistida tem fundamento no direito ao planejamento familiar, mas também que o direito à reprodução assistida é necessário para a efetivação do direito expresso no art. 226, § 7º, da CF/88. Para a referida autora: “nos casos em que o indivíduo tem a saúde reprodutiva comprometida, de forma que o impossibilite de ter filhos de forma natural, o exercício do planejamento familiar restará prejudicado caso não seja reconhecido um direito à reprodução assistida”⁹⁷.

Dessa forma, conclui-se que a procriação é um ato privado, no qual a decisão é de cunho estritamente pessoal do indivíduo ou do casal, não admitindo a interferência coercitiva do Estado ou de qualquer terceiro. A opção por ter filhos pressupõe unicamente a vontade das partes envolvidas, e está resguardado pela livre manifestação da autonomia dos indivíduos, garantida na constituição brasileira tanto pelo planejamento familiar, quanto pela autonomia corporal, existencial e reprodutiva das pessoas. Ademais, verifica-se que o ordenamento pátrio prevê que as pessoas são livres para planejar sua filiação, seja com relação ao tempo, a quantidade ou a maneira que essa reprodução se dará, sendo esta concretizada de maneira natural ou com o auxílio das técnicas de reprodução artificial.

⁹⁴ KRELL, Olga Jubert Gouveia, *Op. cit.*, p. 107.

⁹⁵ VIEIRA, Pollyana, *Op. cit.*, p. 58.

⁹⁶ BELTRÃO, Silvio Romero, *Op. cit.*, p. 49.

⁹⁷ VIEIRA, Pollyana, *Op. cit.*, p. 60.

Assim, chegado ao ponto de confirmar a existência de um direito à reprodução assistida a partir de outros direitos fundamentais consagrados na Constituição, verificamos que o direito à reprodução assistida pelas pessoas inférteis está fundamentado pelo direito fundamental à saúde, pelo direito ao planejamento familiar e pela autonomia reprodutiva. Destarte, a admissão do direito à reprodução assistida no âmbito do tratamento da infertilidade estabelece uma prerrogativa protegida, *prima facie*, de que a pessoa ou casal infértil têm direito de utilizar as técnicas de RA a fim de concretizar o desejo de ter filhos, e assim exercer plenamente seus direitos à saúde, à reprodução e ao planejamento familiar.

Por fim, cabe esclarecer que o reconhecimento do direito à reprodução assistida não implica na sua prevalência sobre outros direitos e interesses merecedores de tutela, nem na sua aplicação em todas as circunstâncias. O direito às técnicas de reprodução assistida não pode ser considerado absoluto, mas deve observar, dentre outros, o risco à saúde da mãe paciente e do possível descendente e a parentalidade responsável.

2.4. DESIGUALDADE NO ACESSO ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Como já abordado, o direito à reprodução assistida no âmbito do tratamento da infertilidade decorre e está diretamente relacionado à concretização dos direitos à saúde e ao planejamento familiar que, conforme disposto legalmente, exigem uma atuação direta e positiva do Estado por meio Sistema Único de Saúde. Contudo, embora se reconheça o direito à reprodução assistida aos indivíduos que possuem infertilidade, o que se verifica na prática é que esse direito, em especial no que se refere à disponibilização de técnicas de FIV e inseminação artificial, não se estende de forma plena a todas as pessoas inférteis.

Ocorre que, embora a infertilidade seja um problema de saúde e a garantia da saúde e do planejamento familiar sejam direitos de todos e deveres do Estado, o direito ao acesso às técnicas de reprodução assistida pelos indivíduos e casais inférteis jamais foi efetivamente alcançado na saúde pública e, além da inércia estatal, os planos de saúde, em regra, também não cobrem esse tratamento na rede privada de saúde (como veremos adiante, essa negativa de custeio pelos planos de saúde se dá pela expressa exclusão dos procedimentos de RA do rol legal e normativo de tratamentos de cobertura obrigatória). Desta forma, é nítida a ineficiência da Lei nº 9. 263/96 no sentido de proporcionar acesso igualitário aos métodos e técnicas para a reprodução assistida aos casais inférteis.

Sobre o acesso às técnicas de reprodução assistida, Corrêa e Loyola expõem que no Brasil a principal exclusão do acesso à reprodução assistida é de base econômica⁹⁸. De um lado, a deficiência e, muitas vezes, inexistência de serviços e tecnologias de tratamento à infertilidade no SUS e, de outro lado, os altos custos dos procedimentos de reprodução assistida na rede privada, tornam a procriação assistida inacessível a uma enorme parcela da população interessada.

Atualmente, as clínicas particulares de reprodução assistida exercem, salvo poucas exceções, o monopólio na disponibilização desse serviço no Brasil⁹⁹. Por essa razão, os casais e indivíduos com menores condições financeiras - que não possuem condições de custear medicamentos ou tratamentos de reprodução assistida - muito dificilmente conseguirão ter acesso a técnicas tais como a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* a fim de concretizar o seu direito à procriação. Dessa forma, “as pessoas já frustradas em seus projetos reprodutivos diante da indisponibilidade de técnicas de alta complexidade no setor público, têm sua situação de vulnerabilidade moral e social agravada”¹⁰⁰.

Apesar de alguns hospitais públicos específicos, hospitais universitários e instituições filantrópicas oferecerem gratuitamente o tratamento da infertilidade, na realidade a fila de espera costuma ser muito longa e apenas permite que um número pequeno de pessoas realize esses tratamentos. Sobre esse acesso, um estudo realizado com dados de todo país demonstrou que apenas 5% das demandas por tratamento de reprodução assistida são realizadas no setor público; e que os poucos hospitais que oferecem esses serviços na maioria das vezes não custeiam integralmente todas as fases do tratamento, sendo muitas vezes necessária a participação financeira do paciente.¹⁰¹

Portanto, observa-se que o direito à reprodução assistida está limitado pela condição financeira de cada casal infértil. A decisão do livre planejamento de sua família, no que tange a ter filhos, a quantidade destes e aos intervalos entre as gestações, estará tolhida pela infertilidade, mas também, pela falta de condição financeira em custear os procedimentos de

⁹⁸ CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA. Maria Andrea. Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 753-777, 2015, p. 763.

⁹⁹ ALDROVANDI, Andréa, *Op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁰ CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA. Maria Andrea, *Op. cit.*, p. 763.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 764.

reprodução humana. Essa situação aprofunda as desigualdades e as vulnerabilidades das pessoas inférteis excluídas do acesso à reprodução assistida, bem como revela a violação pelo Estado de direitos já consagrados na lei nacional.

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

3.1. A ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

O direito à saúde é previsto na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental social, fundado nos princípios da universalidade, da equidade e da dignidade da pessoa humana e no direito à vida. Trata-se de um direito de todos que, portanto, resulta em um dever prestacional do Estado, que deve atuar positivamente a fim de reduzir o risco de doenças e de outros agravos e garantir o acesso universal e igualitário dos indivíduos às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde¹⁰².

Josiane Araújo Gomes destaca que a consagração constitucional do direito à saúde como um direito fundamental é essencial à materialização desse direito, em razão da autoaplicabilidade dos direitos fundamentais prevista no art. 5^a, § 1^o, da CF/88, que assim dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹⁰³. Assim, “o desenvolvimento de políticas e o dispêndio de recursos financeiro-orçamentários não se torna mera promessa do legislador constituinte originário, sendo dotada, pois, de aplicabilidade direta e imediata”¹⁰⁴.

Tal dever atribuído ao Estado é, em um primeiro momento, pautado principalmente em ações dos poderes Executivo e Legislativo, que devem buscar a concretização do direito à saúde através de políticas econômicas e sociais¹⁰⁵. Contudo, apesar da saúde ser amplamente protegida pelo ordenamento constitucional e legal e possuir autoaplicabilidade, verifica-se na prática que o Estado brasileiro cumpre o seu dever de prestação direta de serviços à saúde de forma deficiente e insatisfatório, não sendo capaz de atender de forma eficiente e tempestiva às demandas populacionais por assistência à saúde¹⁰⁶.

¹⁰² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa da República do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 20 maio 2022, art. 196.

¹⁰³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa da República do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 20 maio 2022, art. 5^o, § 1.

¹⁰⁴ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 66.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 63.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 67-68.

A constante inadimplência arbitrária e injustificada deste dever pelo Estado, em especial pelos poderes Executivo e Legislativo, fazem com que seja necessária a provocação individual ou coletiva do poder Judiciário para que este possa garantir pontualmente o direito à saúde¹⁰⁷.

Outra consequência da incapacidade do sistema público de saúde é o desenvolvimento, no Brasil, da saúde privada, autorizada pelo art. 199 da Constituição Federal. O referido artigo estabelece que não há um monopólio estatal sobre a prestação dos serviços de assistência à saúde, de modo que os serviços à saúde podem ser prestados diretamente pelo Estado, por meio do SUS, ou pela iniciativa privada¹⁰⁸, que poderá fazê-lo de forma complementar ao SUS, ou suplementar.

A saúde suplementar, como apresentado no capítulo anterior, engloba a atuação de profissionais liberais e de pessoas jurídicas de direito privado, legalmente habilitados, que prestam serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, objetivando a obtenção de lucro com o exercício da sua atividade, mediante o recebimento de contraprestação pelos seus serviços¹⁰⁹. Nesse conceito estão enquadradas as operadoras de planos de assistência à saúde (doravante simplesmente operadoras de planos de saúde ou planos de saúde), definidas pela Lei nº 9.656 de 1998 como pessoas jurídicas de direito privado que operam produtos, serviços ou contratos de planos privados de assistência à saúde^{110 111}.

Nesse contexto, Maria Stella Gregori aponta que a prestação de serviços de assistência à saúde por instituições privadas com fins lucrativos “engloba, em menor parte, a prestação direta dos serviços por profissionais e estabelecimentos de saúde” e, em maior parte, a prestação de tais serviços intermediados por operadoras de planos de saúde¹¹². A atuação das operadoras de planos de saúde é tal que, segundo dados da Agência Nacional de Saúde

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 64.

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa da República do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 20 nov. 2022, art. 199.

¹⁰⁹ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 68.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.656 de 3 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm Acesso em 20 nov. 2022, art. 1º, incisos I e II.

¹¹¹ Por sua vez, a Lei nº 9.656 de 1998, em seu art. 1º, inciso I, define plano privado de assistência à saúde como: “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”.

¹¹² GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 37.

Suplementar (ANS) de setembro de 2022, 50.199.241 indivíduos no Brasil, o que representa 25,88% da população nacional, são beneficiários dos serviços de plano de saúde¹¹³

O alto número de beneficiários de planos de saúde demonstra a fundamentalidade destas instituições para a concretização do acesso à saúde e, por conseguinte, evidencia a função das operadoras de planos de saúde em complementar as lacunas deixadas pelo poder público na prestação de serviços de assistência à saúde. Essa relevância pública das operadoras de planos de saúde torna necessário que a sua atuação esteja vinculada às diretrizes traçadas pelo SUS. Nesse sentido, dispõe o art. 22, da Lei nº 8.080 de 1990: “Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento”¹¹⁴.

Em razão da natureza social e fundamental do direito à saúde e da relevância das operadoras de planos de saúde para a concretização desse direito, tais instituições estão submetidas ao controle, fiscalização e regulamentação do Estado. Essa atuação do poder público busca conciliar, de um lado, os interesses econômicos das operadoras de planos de saúde, e, de outro lado, a necessidade de concretização do acesso à saúde pelos indivíduos¹¹⁵.

Nessa dualidade, verifica-se que, sob o viés das operadoras de planos de saúde, os seus serviços configuram uma atividade de mercado que tem como fim principal a obtenção de lucro, e não a manutenção da saúde do beneficiário. Assim, uma atuação desenfreada destas instituições abre margem para contratos de planos de saúde - típicos contratos de adesão em que o beneficiário/consumidor não tem poder de alterar seus termos e condições - com obrigações demasiadas aos beneficiários, indevidas limitações de responsabilidades das operadoras e exclusões de procedimentos e tratamentos do rol de cobertura dos planos de saúde¹¹⁶.

¹¹³ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dados e Indicadores do Setor. ANS. Disponível em https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de-situacao.html Acesso em 03 dez. 2022.

¹¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm Acesso em 03 dez. 2022, art. 22.

¹¹⁵ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 69.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 69.

Em contrapartida, sob o viés do usuário do plano de saúde, o contrato de plano de saúde é um meio de suprir a incapacidade do sistema público de saúde e buscar a promoção, proteção e recuperação da sua saúde¹¹⁷. Tal posição do beneficiário, em conjunto com outros fatores típicos da relação entre consumidor e fornecedor, o colocam em uma clara posição de vulnerabilidade na relação contratual, o que justifica a regulamentação do setor pelo poder público.

Tendo em vista a existência desse binômio, Maria Stella Gregori explica que, historicamente, a falta de normas específicas sobre planos privados de assistência à saúde e de um sistema de coordenação e fiscalização dessa atividade levaram a relações contratuais desequilibradas, marcadas pela preponderância dos interesses do fornecedor e abusos e ilegalidades contra os beneficiários/consumidores¹¹⁸.

Nesse contexto, coube ao Estado disciplinar sobre a saúde suplementar, inclusive, sobre os conteúdos dos contratos de planos de saúde. Essa regulação foi efetivada na década de 1990, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei nº 8.078 de 1990) e da Lei de planos de saúde (Lei nº 9.656 de 1998), que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (criada pela MP 1.928 de 1999 e promulgada pela Lei 9.961 de 2000), que por meio da sua atuação fiscalizadora e da edição de resoluções normativas regulamenta o setor de operadoras de planos de saúde¹¹⁹.

Contudo, apesar dessa regulamentação e dos efetivos avanços que as referidas leis e órgãos permitiram na proteção do direito à saúde no âmbito das operadoras de planos de saúde, muitos ainda são os temas controvertidos sobre a atuação dessas instituições. Assim, verifica-se que o debate sobre as operadoras de planos de saúde no Brasil ainda não está encerrado, sendo necessário um constante aperfeiçoamento do setor a fim de harmonizar as relações entre planos de saúde e seus beneficiários¹²⁰.

Especificamente sobre o tema deste trabalho, observa-se que, como reflexo da ineficiência geral do SUS em atender a demanda populacional, o acesso às técnicas de

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 69.

¹¹⁸ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 43.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 43 e 70.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 179.

reprodução assistida com o objetivo de tratamento da infertilidade não é efetivamente garantido pela saúde pública. Porém, diferentemente de outras doenças em que o indivíduo não atendido pelo SUS pode buscar amparo na rede privada coberta pelo seu contrato de plano de saúde, o tratamento da infertilidade por meio da reprodução assistida é, em sua maioria, negado pelas operadoras de planos de saúde. Assim, concretiza-se a disparidade no acesso à reprodução assistida que, em razão das limitações contratuais impostas pelos planos de saúde, é quase inteiramente restrita aos indivíduos com condições financeiras de arcar com os procedimentos de RA.

Essa negativa de custeio pelos planos de saúde se dá pela expressa exclusão pela Lei de planos de saúde e pela Resolução Normativa da ANS nº 465 de 2021 dos procedimentos de reprodução assistida do rol de tratamentos e procedimentos de cobertura obrigatória dos planos de saúde. Contudo, como será levantado nesta pesquisa, é possível questionar as referidas disposições legais à luz da garantia do direito à saúde e do direito à reprodução assistida. Nesse sentido, Josiane Araújo Gomes argumenta que:

A previsão de limitações na cobertura contratada é própria dos contratos de planos de saúde, visando o equilíbrio entre as prestações pagas pelos usuários e os serviços cobertos pelas operadoras; contudo, tais limitações não podem impedir ou dificultar o acesso a serviços inerentes à cobertura, pois, neste caso, haverá ofensa ao direito à saúde¹²¹.

Nesse sentido, é necessário debruçar-se sobre o contrato de plano de saúde, e sobre os seus conceitos, características, aplicações e abusividades, a fim de analisar a legalidade, ou não, da negativa de custeio das técnicas de reprodução assistida pelas operadoras de planos de saúde.

3.2. CONCEPÇÕES CLÁSSICA E CONTEMPORÂNEA DE CONTRATOS

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

Tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato. Os primeiros indícios de contrato, ao menos em sentido amplo, remontam à Antiguidade, e surgiram a partir da

¹²¹ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 70-71.

necessidade dos indivíduos de se relacionarem e viverem em sociedade, estando presente nos primeiros sistemas de trocas¹²².

O contrato é um instrumento oriundo da natural necessidade de regular as relações entre os indivíduos, tendo como intuito compor os interesses das partes e conferir confiabilidade, segurança e certeza aos atos negociais¹²³. Por meio do contrato, os indivíduos sempre buscaram estabelecer os parâmetros de comportamento para manter o convívio harmônico entre si.

A definição de contrato vem sendo moldado e alterado desde a época romana, e a sua concepção está em contínua atualização a fim de abarcar a realidade social em que se encontra. Tendo em vista a complexidade da vida negocial contemporânea e das mudanças sociais, Paulo Lôbo entende que não é recomendado que a lei busque uma definição de contrato, posto que esta pode se tornar insuficiente e ultrapassada, nessa linha, o Código Civil de 2002 não traz um conceito de contrato¹²⁴.

Para Orlando Gomes, o conceito de contrato no direito civil brasileiro, embora não tenha sido definido expressamente pelo Código Civil de 2002, está vinculado ao negócio jurídico, sendo o contrato uma espécie de negócio jurídico, que se distingue dos demais por exigir, para a sua formação, ao menos duas pessoas, sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral¹²⁵. Assim, buscando-se uma definição ampla de contratos, compreende-se que este é “um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial”¹²⁶.

Trançando-se uma linha histórica do direito contratual, verifica-se que este direito começa a surgir no século XVIII, desenvolvendo-se principalmente no século XIX, no apogeu do individualismo e do pensamento liberal¹²⁷. Nesse período do liberalismo individualista foi desenvolvida a concepção considerada clássica ou tradicional de contratos.

¹²² TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 9 ed. São Paulo: Moderna, 2014, p. 18.

¹²³ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 122.

¹²⁴ LÔBO, Paulo. **Contratos**: Coleção Direito Civil Volume 3. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 19.

¹²⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 4.

¹²⁶ TARTUCE, Flávio, *Op. cit.*, p. 18.

¹²⁷ LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p.16.

No esquema clássico, o contrato tem origem no binômio oferta e aceitação, em que, a partir do consentimento, considerado como a manifestação da vontade livre e conscientes de pessoas civilmente capazes e em uma relação de igualdade formal, os indivíduos celebram o contrato, que representa as suas vontades e forma lei entre as partes¹²⁸. Essa concepção é marcada pelo protagonismo da “vontade das partes”, sendo esta a fonte fundadora dos direitos e obrigações¹²⁹.

A teoria clássica do contrato está assentada nos valores da liberdade contratual, da autonomia da vontade, da proteção patrimonial e da imutabilidade dos contratos. Sobre a liberdade de contratar, Orlando Gomes explica que esse se apresenta de três formas: na liberdade de celebrar o contrato, na liberdade de escolher o outro contratante, e na liberdade de determinar o conteúdo do contrato¹³⁰.

Ao entender que o contrato é a manifestação da vontade dos contratantes, essa teoria pressupõe que as Partes têm a oportunidade de negociar conjuntamente, de forma livre e em condição de igualdade, o conteúdo e a forma do contrato. Assim, uma vez que as partes chegassem a um consenso e celebrassem o contrato, assumiriam um compromisso que não poderiam descumprir, pois o contrato se fazia lei entre as partes¹³¹. Nesse contexto, exigia-se uma interferência mínima do legislador ou do juiz no negócio, sendo que apenas “competia ao ordenamento jurídico prover as regras gerais e os requisitos de existência, validade e eficácia para seu reconhecimento, sem interferir no conteúdo das relações privadas”¹³².

Verifica-se que como reflexo do pensamento liberal à época, que sustentava a ideia de igualdade absoluta entre os indivíduos perante a lei, o conceito tradicional de contrato partia da premissa de que os contratantes sempre se encontravam em condições de igualdade, ainda que meramente jurídica, formal e abstrata¹³³. Assim, “não se levava em conta a condição ou posição social dos sujeitos, se pertenciam ou não a certa classe, se eram ricos ou pobres”, e também “não se distinguia se o objeto de contrato era um bem de consumo ou um bem essencial, um meio de produção ou um bem voluptuário”¹³⁴.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 16 e 21.

¹²⁹ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 122.

¹³⁰ GOMES, Orlando, *Op. cit.*, p. 9.

¹³¹ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 123.

¹³² LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 22-23.

¹³³ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 124.

¹³⁴ GOMES, Orlando, *Op. cit.*, p. 6 e 8.

A concepção clássica de contrato entra em crise, juntamente com o liberalismo, em razão do advento do Estado social ao longo do século XX. Essa mudança de paradigma foi impulsionada pelos movimentos sociais à época, que buscavam mais do que apenas a liberdade e a igualdade formais e reivindicavam uma postura mais ativa do Estado perante a sociedade, como garantidor dos direitos de segunda geração, ou seja, os direitos sociais¹³⁵.

Nesse contexto, a visão individualista, paritária e patrimonialista que sustentava a teoria clássica cede espaço à preocupação com a redução das desigualdades, justiça social, proteção dos hipossuficientes e juridicamente vulneráveis e harmonização de interesses privados com os interesses sociais, públicos e coletivos^{136 137}. Sobre isso, Paulo Lôbo expõe que:

As premissas do individualismo, com sua aversão ao social, demonstraram inadequação para o enfrentamento da profunda transformação que se operou no contrato, em decorrência da intensa modificação social e econômica de nossa sociedade. O contrato teve de sair do isolamento a que foi destinado pelo liberalismo individualista, como instrumento de autocomposição de interesses privados formalmente iguais, para abranger outras relações jurídicas contratuais que se desenvolveram à margem desse modelo voluntarista e marcadas pela necessidade de regulação social ou pública, pela relevância da conduta negocial típica, pelas hipóteses de abstração da vontade e pela consideração do poder negocial¹³⁸.

A ideia de igualdade material entre os contratantes que surge nesse período, em oposição à mera igualdade formal defendida na teoria clássica, foi um dos principais pontos de superação da concepção tradicional de contrato. A ausência de uma verdadeira igualdade social e econômica entre as partes provocava um desequilíbrio contratual, em que a parte com menor poder de negociação via-se obrigada a aceitar disposições contratuais impostas pelo outro contratante, afastando-se o princípio máximo da teoria clássica: a manifestação de vontade livre de ambas os contratantes.

Superada a suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes independentemente de sua condição social e econômica, identificou-se que a igualdade substancial e, por conseguinte, a declaração de vontade livre e vinculante dos indivíduos, apenas seria possível mediante a tutela jurídica da parte hipossuficiente e vulnerável. Assim, como explica Adriana Mandim Theodoro de Mello, a

¹³⁵ LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 24.

¹³⁶ LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 16.

¹³⁷ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 124-125.

¹³⁸ LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 17.

exposição de vontades apenas será livre se a parte hipossuficiente tiver condições de negociar eficazmente as condições contratuais, possuindo liberdade para escolher contratar ou não contratar e para estabelecer as cláusulas mínimas que representem a sua vontade e preservem os seus direitos juridicamente tutelados¹³⁹.

Em diálogo com as reivindicações de direitos sociais e de igualdade material para garantir o equilíbrio contratual, outro fator importante para a construção da concepção contemporânea de contrato foram as mudanças ocorridas na sociedade de consumo no século XX. Nesse período verificou-se o aumento e a sofisticação da produção e da oferta de bens e serviços e, ao mesmo tempo, a crescente concentração de capital. Tais mudanças sociais e econômicas provocaram a massificação das relações contratuais, marcadas agora pela imposição de contratos com condições e cláusulas uniformizadas e preestabelecidas de forma geral e abstrata e pela despersonalização dos contraentes¹⁴⁰.

No contexto contemporâneo, a despersonalização de muitas das relações contratuais verifica-se pela dificuldade de identificação dos sujeitos contratantes, que não se conhecem. Essa realidade se opõe às relações jurídicas tradicionais, que ocorriam entre pessoas identificadas ou identificáveis.

Quanto às cláusulas preestabelecidas, verifica-se que muitos contratos passam a possuir condições gerais predispostas por uma das partes, não permitindo que o outro contratante altere ou negocie seus termos. Nessa conjuntura, defende-se que a celebração do contrato não representa a manifestação livre da vontade da parte que adere às condições contratuais impostas, mas a sua submissão a essas disposições. Paulo Lôbo expõe que esse fenômeno contratual gerou uma verdadeira ruptura com o paradigma do liberalismo e com a ideia de autonomia da vontade, que não mais atendem a realidade das relações jurídicas¹⁴¹.

Por fim, também é importante para a teoria contratual contemporânea o reconhecimento dos direitos de terceira geração, de natureza transindividuais, que ultrapassam

¹³⁹ MELLO, Adriana Mandim Theodoro. A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-Fé no Código Civil Brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**, v. 801, ano 91, São Paulo: RT. jul. 2002, p. 17.

¹⁴⁰ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 125.

¹⁴¹ LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 138-139.

as partes concretas da relação contratual e visam proteger os direitos de titularidade coletiva, como os direitos do consumidor¹⁴².

Assim, passou a se exigir uma maior intervenção pública nas relações contratuais, que antes eram entendidas como exclusivamente privadas e aceitavam apenas uma atuação excepcional do Estado. Tal intervenção visa reduzir o desequilíbrio inerente a muitas atividades econômicas e, com isso, impedir o proveito injustificado de uma das partes em detrimento da onerosidade excessiva imposta à outra¹⁴³. Dessa forma, reconhece-se o valor social do contrato, sendo a sua regulação fundamental para o desenvolvimento de um mercado orientado para a justiça social, como determina o art. 170 da CF/88¹⁴⁴.

A intervenção estatal na formação dos contratos ocorre pela edição de leis com especial proteção a determinadas categorias de pessoas consideradas vulneráveis, pela atuação fiscalizadora e regulamentadora de órgãos administrativos e pela atuação do poder Judiciário no controle efetivo do conteúdo dos contratos, em especial de cláusulas abusivas¹⁴⁵. Destaca-se aqui o entendimento de que a regulação estatal para a proteção da parte vulnerável não representa um cerceamento à autonomia privada ou à liberdade de contratar, mas sim a garantia dessa liberdade à parte mais fraca, sendo necessária a conciliação entre os referidos valores¹⁴⁶.

Gregori aponta que o marco legal da mudança para a concepção contemporânea de contratos é o Código de Defesa do Consumidor, que incorpora diversos dos princípios e direitos sociais amparados pela Constituição de 1988 (como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial) a fim de regulamentar a relação naturalmente assimétrica entre fornecedor e consumidor¹⁴⁷.

Por sua vez, o Código Civil de 2002 também incorpora a concepção contemporânea de contratos ao consagrar a função social do contrato (art. 421, CC/02) - de modo que a liberdade contratual apenas pode ser exercida nos limites da função social - e a boa-fé objetiva (art. 422, CC/02). Ademais, entende-se que o Código Civil, ainda que de forma implícita, contemplou o princípio da igualdade material entre os contratantes ao dispor sobre a possibilidade de

¹⁴² *Ibid.*, p. 25.

¹⁴³ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 126.

¹⁴⁴ LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 17 e 24.

¹⁴⁵ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 126.

¹⁴⁶ LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁷ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 126.

revisão judicial do contrato e sobre os contratos de adesão, prevendo a interpretação mais favorável ao aderente e a nulidade de cláusulas abusivas (artigos 423 e 424, CC/02)¹⁴⁸.

Sobre a concepção contemporânea dos contratos na doutrina, cabe destacar a definição cunhada pelo professor Paulo Roberto Ribeiro Nalin, que define contrato como uma relação intersubjetiva, baseada no solidarismo constitucional, e que traz efeitos existenciais e patrimoniais, não somente em relação às partes, mas também em relação a terceiros¹⁴⁹. Esse conceito de Paulo Nalin ainda não se encontra consolidado na jurisprudência e na doutrina brasileira, mas alguns dos valores apresentados estão abarcados na CF/88, no CDC, no CC/02 e em outras legislações esparsas.

Analisando essa definição sob o ponto de vista do direito do consumidor e das relações contratuais entre beneficiários e operadoras de planos de saúde, verifica-se que o contrato de plano de saúde deve ser amparado pelos valores constitucionais, uma vez que envolve o direito à saúde, um direito fundamental com repercussões sociais e reflexos na autonomia privada dos consumidores contratantes. Assim, com base no entendimento de que o contrato está amparado em valores constitucionais, na elaboração do contrato de plano de saúde e no julgamento de litígios relacionados a esse contrato deve ser realizada a ponderação entre o direito à saúde e a manutenção econômica, sendo necessária, muitas vezes, a prevalência do primeiro¹⁵⁰.

Ademais, Tartuce explica que essa concepção, ao concluir que o contrato envolve situações existenciais das partes contratantes, leva ao entendimento de que o papel do contrato não é a circulação de riquezas, mas o seu fundamento é a perpetuação da vida humana. Sob esse ponto de vista de valorização da pessoa e dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, da igualdade em sentido amplo e da função social do contrato, o autor defende que a função do contrato não é atender o mercado, mas sim o indivíduo contratante¹⁵¹. Nesse sentido, o Enunciado nº 23, da I Jornada de Direito Civil dispõe:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio

¹⁴⁸ LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁹ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005, p. 255.

¹⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 289.

¹⁵¹ TARTUCE, Flávio, *Op. cit.*, p. 19.

quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana¹⁵².

Esse posicionamento rejeita o ideal meramente patrimonialista do contrato e, ao focar na vida humana, traz importantes pontos a serem absorvidos pelo contrato de consumo e, em especial, pelo contrato de plano de saúde.

Segundo Tartuce, essa concepção focada no indivíduo contratante está de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Código de Defesa do Consumidor, que consagram uma “principiologia social do contrato”¹⁵³. Em sentido similar, o Enunciado nº 167, da III Jornada de Direito Civil afirma que “houve forte aproximação principiológica entre o CC/02 e o Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”¹⁵⁴. Essa aproximação principiológica possibilitou a defesa da Teoria do Diálogo das Fontes, que se fundamenta no entendimento de que o CC/02 e o CDC não se excluem, mas, muitas vezes, se complementam.

Assim, no âmbito dos contratos de planos de saúde, o Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 9.656 de 1998 devem ser avaliados em conjunto e dialogar entre si, buscando proteger e atender os interesses dos indivíduos contratantes.

3.3. DIREITO DO CONSUMIDOR E CONTRATOS DE CONSUMO

3.3.1. Princípios do direito do consumidor

Os movimentos por direitos sociais e o fenômeno da massificação da sociedade de consumo ocorridos no século XX foram marcos importantes para o reconhecimento da assimetria de poderes entre os fornecedores de produtos e serviços e os seus consumidores. O desequilíbrio entre as partes na relação consumerista é observado em diversos aspectos como, por exemplo, na falta de controle do consumidor sobre os produtos e serviços que lhe são

¹⁵² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 23, I Jornada de Direito Civil**. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669> Acesso em 03 dez. 2022.

¹⁵³ TARTUCE, Flávio, *Op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁴ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 167, III Jornada de Direito Civil**. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/295> Acesso em 03 dez. 2022.

oferecidos no mercado e na desproporção do seu poder de negociação, nível de conhecimento e capacidade econômica em comparação com os fornecedores¹⁵⁵.

Diante disso, o direito parte do pressuposto que a relação consumerista é desigual e merecedora de tutela e que o consumidor é a parte vulnerável no mercado de consumo, exigindo um tratamento desigual para partes naturalmente desiguais. Nesse âmbito surge o Código de Defesa do Consumidor, visando proteger o consumidor enquanto parte vulnerável da relação jurídica e, em específico, da relação contratual.

A proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro tem como destinatário não um consumidor determinado, mas sim o conjunto dos consumidores, considerados em geral como partes vulneráveis da sociedade de consumo. Assim, partindo de uma presunção absoluta de vulnerabilidade, consagrada no art. 4º, I, do CDC, a legislação pátria prevê que a tutela ao consumidor é indisponível, independente da vontade das partes e aplicável ainda que o consumidor se mantenha inerte ou a renuncie, sendo consagrada como direito fundamental pelo art. 5º, XXXII, da CF/88 e como princípio da ordem econômica pelo art. 170, V, da CF/88¹⁵⁶.

A vulnerabilidade do consumidor é um dos princípios orientadores do Código de Defesa do Consumidor. Tal princípio, em conjunto com os demais princípios previstos no CDC, e de forma complementar no CC/02 e na CF/88, orientam e indicam ao aplicador do direito a interpretação e a aplicação prática das regras consumeristas, dando-lhe harmonia, uniformidade e integração com o restante do ordenamento jurídico¹⁵⁷.

Os princípios gerais das relações de consumo estão dispostos nos artigos 1º ao 7º do CDC e também na CF/88 e no CC/02. Sobre as disposições contidas nos referidos artigos do Código de Defesa do Consumidor, Maria Stella Gregori resume:

O CDC, em seu art. 1.º, estabeleceu normas de proteção e defesa do consumidor de ordem pública e interesse social; nos arts. 2.º e 3.º, conceituaram-se consumidor e fornecedor, nos arts. 4.º e 5.º, delinearam-se a Política Nacional das Relações de Consumo e os instrumentos do Estado para a sua implementação; no art. 6.º, descreveram-se quais são os direitos básicos do consumidor e; no art. 7.º, tratou-se da convivência das suas normas em relação às decorrentes de tratados ou

¹⁵⁵ FILOMENO, José Geral do Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 14.

¹⁵⁶ LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 35-36.

¹⁵⁷ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 97.

convenções internacionais ou relativas à legislação interna e também se estabeleceu a responsabilidade solidária dos fornecedores¹⁵⁸.

O CDC está pautado na proteção total do consumidor em seus mais diferenciados aspectos. Esta proteção ao indivíduo pode ser observada no art. 4º da mencionada lei, que elenca os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, tais como a proteção à dignidade do indivíduo e a segurança, transparência e harmonia das relações de consumo¹⁵⁹. Com base nesses ideais, o CDC estipula os seguintes princípios orientadores das relações de consumo: a vulnerabilidade, a boa-fé objetiva, o equilíbrio e a transparência.

O princípio da vulnerabilidade está previsto no art. 4º, inciso I, do CDC e, como mencionado anteriormente, parte da convicção de que o consumidor será sempre a parte mais fraca da relação consumerista, merecedora de tutela especial a fim de se alcançar efetivamente a isonomia entre as partes naturalmente desiguais¹⁶⁰. Nesse sentido, Bruno Miragem explica que:

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidade que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. Neste sentido, há possibilidade de sua identificação ou determinação a priori, in abstracto, ou ao contrário, sua verificação a posteriori, in concreto, dependendo, neste último caso, da demonstração da situação de vulnerabilidade. A opção do legislador brasileiro, como já referimos, foi pelo estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, de modo que todos os consumidores sejam considerados vulneráveis, uma vez que a princípio não possuem o poder de direção da relação de consumo, estando expostos às práticas comerciais dos fornecedores no mercado.¹⁶¹

Assim, o cuidado em distinguir o tratamento dado entre as partes da relação consumerista serve para efetivar a igualdade material e o equilíbrio na relação contratual, garantindo um tratamento mais protecionista ao consumidor em razão da sua fragilidade em diversos aspectos, quando comparado ao fornecedor.

Utilizando-se da categorização cunhada por Cláudia Lima Marques, existem três tipos de vulnerabilidade: a vulnerabilidade socioeconômica ou fática, a vulnerabilidade técnica e a vulnerabilidade científica ou jurídica. A vulnerabilidade fática ou socioeconômica do consumidor é verificada na disparidade socioeconômica e de poder aquisitivo que tem o

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 96-97.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 99.

¹⁶⁰ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 99-100.

¹⁶¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 123.

consumidor frente ao fornecedor, uma vez que o fornecedor, devido ao seu poder econômico, impele seu poder e suas vontades a todos que com ele contratam. A vulnerabilidade técnica se consubstancia na falta de conhecimento técnico do consumidor sobre os produtos e serviços em comparação com os fornecedores. E, por fim, a vulnerabilidade jurídica ou científica é observada na disparidade entre o nível de educação e de conhecimento jurídico sobre as leis aplicáveis e sobre os contratos celebrados entre as partes¹⁶².

Dessa forma, observa-se que a vulnerabilidade do consumidor pode se apresentar de diferentes formas, em razão das suas características pessoais e as suas condições econômicas, sociais e intelectuais. Há, ainda, os casos dos consumidores que, por possuírem fragilidades específicas, apresentam diversas vulnerabilidades intrínsecas, sendo considerados, assim, hipervulneráveis. A hipervulnerabilidade, ou vulnerabilidade agravada, é verificada diante da soma de vulnerabilidades de certos indivíduos, que, por essa razão, são considerados mais suscetíveis a riscos nas relações de consumo em comparação com o consumidor padrão¹⁶³. Trata-se, por exemplo, dos consumidores idosos, crianças e adolescentes, analfabetos, portadores de deficiência e, em certas relações de consumo, os consumidores pacientes médicos, alérgicos ou hipersensíveis a determinadas substâncias, que, diante das suas necessidades próprias, requerem um tratamento diferenciado e uma proteção maior.

Além da vulnerabilidade, o CDC reconhece em seu art. 6, inciso VIII, a hipossuficiência do consumidor. A hipossuficiência no direito do consumidor se faz presente apenas no âmbito da ação judicial, assegurando a inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando observados os critérios legais, quais seja, quando o consumidor é hipossuficiente ou quando a sua alegação é verossímil. Essa disposição visa facilitar a defesa do consumidor em juízo, diante da sua dificuldade técnica para produzir provas, buscando, assim, reduzir a desigualdade entre os litigantes¹⁶⁴.

Outro princípio orientador do direito do consumidor é o princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 4º, inciso III, do CDC, que impõe expressamente um patamar mínimo de

¹⁶² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 4.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 270.

¹⁶³ MIRAGEM, Bruno, *Op. cit.*, p. 130-131.

¹⁶⁴ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 101.

boa-fé na conduta das partes, em especial do fornecedor, nas relações de consumo¹⁶⁵. A boa-fé prevista no CDC estabelece a construção de uma atmosfera solidária, leal, transparente e colaborativa nos contratos, trata-se, portanto, de uma boa-fé objetiva, e não apenas da boa-fé subjetiva.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques explica que a boa-fé exige um posicionamento solidário do fornecedor, pensando no consumidor e respeitando seus interesses, direitos, pessoa e patrimônio, agindo com lealdade e sem abuso e cooperando para atingir a finalidade principal da relação, que é o cumprimento do objeto contratual e a realização dos interesses legítimos de ambas as partes. A boa-fé objetiva, assim, estabelece um padrão de conduta ao fornecedor, que deve respeitar a lealdade e a confiança depositadas pelo consumidor na contratação, sem violar as suas expectativas legítimas¹⁶⁶.

No que tange ao princípio do equilíbrio, este refere-se ao equilíbrio econômico-financeiro nas relações de consumo, e visa construir uma relação justa entre as partes, na qual exista uma proporcionalidade e razoabilidade entre a prestação do fornecedor e a contraprestação do consumidor. Este princípio, previsto nos artigos 4º, inciso III, 6º, inciso V e 51, inciso IV, do CDC, tem como ponto de partida o pressuposto de vulnerabilidade do consumidor, a partir do qual busca reequilibrar a relação naturalmente desigual entre fornecedor e consumidor e proteger economicamente o consumidor¹⁶⁷.

O princípio do equilíbrio tem especial importância no conteúdo dos contratos, e orienta que os deveres, direitos, prestações e contraprestações das partes contratantes devem ser balanceados, sem impor prestações desproporcionais ou uma desvantagem contratual exagerada ao consumidor em detrimento do fornecedor. A partir desse princípio temos claramente a proibição de cláusulas abusivas (art. 51, CDC) e de práticas abusivas (art. 39, CDC). Além disso, o princípio do equilíbrio tem reflexos para além do contrato, sustentando disposições do CDC como a responsabilidade civil extracontratual do fornecedor, que independe de culpa, e o equilíbrio processual das partes nas ações judiciais consumeristas¹⁶⁸.

¹⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor: A evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 18, 2000, p. 43.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 44.

¹⁶⁷ MIRAGEM, Bruno, *Op. cit.*, p. 148.

¹⁶⁸ MIRAGEM, Bruno, *Op. cit.*, p. 149.

Deve-se destacar, ainda, o art. 47 do CDC, que, decorrente dos princípios da vulnerabilidade, da isonomia e do equilíbrio, prevê que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Por fim, também orienta as relações de consumo o princípio da transparência. Este princípio está previsto no art. 4º, *caput*, do CDC, e é derivado do dever de informação e do princípio da boa-fé objetiva. Nas relações civis em geral as partes possuem o dever de informar o outro contratante a respeito das qualidades e características do objeto do contrato. Já nas relações de consumo, esse dever é exacerbado, traduzindo-se no dever do fornecedor de ofertar e fornecer produtos e serviços com informações “corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”¹⁶⁹.

O CDC garante ao consumidor o acesso às informações sobre os produtos ou serviços contratados, bem como sobre seus direitos e deveres, devendo o fornecedor destacar nos contratos de adesão as cláusulas que limitem direitos dos consumidores, facilitando a sua identificação e compreensão¹⁷⁰. Verifica-se, portanto, que esse princípio é de suma importância, pois apenas a partir da transparência do fornecedor o consumidor pode contratar com segurança¹⁷¹.

3.3.2. Contratos de consumo e proteção contratual do consumidor

Sobre o Contrato de Consumo, segundo Paulo Lôbo, não existem tipos contratuais diferenciados no CDC, sendo estes contratos, no âmbito formal, os mesmos do direito comum. Assim, o que diferencia o contrato de consumo dos demais é a sua função de estipular e sustentar relações de consumo, em que, de um lado, há quem exerce a atividade profissional organizada de fornecimento de produtos ou serviços ao público, denominado

¹⁶⁹ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm Acesso em 03 dez. 2022, art. 31.

¹⁷⁰ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm Acesso em 03 dez. 2022, art. 54, § 4º.

¹⁷¹ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 105.

fornecedor, e, de outro lado, o eventual adquirente ou usuário dos bens ou serviços como destinatário final¹⁷², denominado consumidor, nos termos do CDC^{173 174}.

Dessa forma, contratos de consumo podem ser definidos como “aquele em que alguém, um profissional, fornece um produto ou presta um serviço a um destinatário final, fático e econômico, denominado consumidor, mediante remuneração direta ou vantagens indiretas.”¹⁷⁵

O Código de Defesa do Consumidor, como explica Cláudia Lima Marques, é uma lei principiológica, tendo como objetivo estabelecer novos parâmetros e paradigmas que regem todos os contratos e fatos juridicamente relevantes entre consumidores e fornecedores, ou seja, todas as relações de consumo. Assim, compreende-se que o CDC regula todo o fornecimento de produtos e serviços entre consumidores e fornecedores e as relações jurídicas daí resultantes, incluindo as relações contratuais, pré-contratuais, pós-contratuais e extracontratuais de consumo¹⁷⁶.

Nesse sentido, Paulo Lôbo explica que “equivale ao contrato de consumo qualquer manifestação negocial do fornecedor, dirigida aos consumidores em potencial, pouco importando o suporte material que utilize: módulos, formulários, prospectos, anúncios, documentos de publicidade, recibos, pré-contratos”¹⁷⁷.

Esse entendimento é uma inovação do CDC que, com base numa visão dinâmica da relação consumerista, compreende o contrato de consumo como uma série de comportamentos de aproximação entre fornecedores e consumidores antes da contratação, durante o contrato e após a contratação. Assim, por exemplo, na fase pré-contratual o CDC estabelece obrigações ao

¹⁷² Em breve análise, sobre o ponto de vista da teoria finalista, tem-se que a tutela do CDC não abrange o consumidor intermediário, entendido como aquele que adquire produto ou serviço para inseri-lo no mercado de consumo, como um insumo para a sua atividade produtiva. Assim, inclui-se no conceito de consumidor apenas o consumidor destinatário final fático e econômico do produto ou serviço, podendo ser uma pessoa física ou jurídica. (LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 36; TARTUCE, Flávio, *Op. cit.*, p. 40). Por outro lado, a teoria maximalista sustenta que a definição do art. 2º deve ser a mais extensa possível, sendo consumidor o destinatário fático do produto ou do serviço, retirando-o do mercado, independentemente do objetivo de lucro (PEREIRA, Daniel de Macedo Alves, *Op. cit.*, p. 69).

¹⁷³ LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 35.

¹⁷⁴ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm Acesso em 03 dez. 2022, art. 2º e 3º.

¹⁷⁵ TARTUCE, Flávio, *Op. cit.*, p. 40.

¹⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor: A evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 18, 2000, p. 40.

¹⁷⁷ LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 37.

fornecedor com relação à oferta e à publicidade de produtos e serviços, e na fase pós-contratual prevê regras sobre a garantia dos produtos e serviços adquiridos^{178 179}.

No âmbito da proteção na fase contratual, a fim de impedir os abusos decorrentes do desequilíbrio entre as partes contratantes, o CDC disciplina, em diversos dispositivos, o conteúdo e a forma dos contratos de consumo. O Capítulo VI do Título I, “Da Proteção Contratual”, estabelece as regras referentes aos contratos consumeristas, regulando, dentre outros, a redação dos contratos, a interpretação das cláusulas, a vinculação dos escritos e recibos e a garantia contratual.

Sem exaurir todos os dispositivos legais de proteção contratual do consumidor, cabe destacar: a imposição de que os contratos sejam redigidos de forma clara, ostensiva e com caracteres legíveis, dando-se destaque às cláusulas que implicam em limitações de direitos ao consumidor (artigos 31, 46 e 54, §§3º e 4º do CDC); o afastamento das obrigações contratuais do consumidor se ele não tiver tido a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se sua redação for de difícil compreensão (art. 46, do CDC); a interpretação das cláusulas de forma mais favorável ao consumidor (art. 47, do CDC); a vinculação do fornecedor ao disposto no contrato, na oferta e/ou nas demais declarações do fornecedor na fase pré-contratual ou contratual, sob pena de execução forçada e indenização por perdas e danos (artigos 30 e 48 do CDC); a nulidade das cláusulas abusivas listadas de forma exemplificativa no art. 51 do CDC; e a possibilidade de revisão de cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais ou que se tornem excessivamente onerosas ao consumidor por fatos supervenientes (art. 6ª, V, do CDC)¹⁸⁰.

O CDC também traz proteções ao consumidor em razão do desequilíbrio entre as Partes nas negociações dos conteúdos dos contratos de consumo. Como já exposto neste capítulo, a massificação, despersonalização e necessidade por dinamismo e celeridade nas relações econômicas na contemporânea sociedade de consumo levaram à crescente redução dos contratos negociados. Assim, a discussão individualizada de cláusulas pelas Partes

¹⁷⁸ MIRAGEM, Bruno, *Op. cit.*, p. 252.

¹⁷⁹ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 105.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 106-107.

perde espaço para os contratos padronizados e previamente estabelecidos pelo fornecedor, os chamados contratos de adesão¹⁸¹.

Orlando Gomes leciona que o contrato de adesão se caracteriza pela pré-constituição dos termos contratuais por uma das partes, eliminando a livre discussão pelos contratantes. Assim, cabe a uma das partes - a parte contratual e economicamente mais fraca, em regra o consumidor - aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual já previamente definida¹⁸². Dessa forma, ao aderente resta apenas ponderar o custo-benefício das cláusulas estabelecidas e da contraprestação obrigatória, optando por aceitar ou não o conteúdo do negócio e, por conseguinte, aderir ao contrato ou não.

Sobre a estrutura do contrato de adesão, Paulo Lôbo destaca a diferença entre o contrato de adesão e as condições gerais do contrato, definindo a última como a “regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão, que vier a ser concluído entre o predisponente e o respectivo aderente”¹⁸³. As condições gerais são anteriores ao próprio contrato de adesão, consistindo nas cláusulas gerais contratuais definidas unilateral, prévia e abstratamente por uma das partes, e que serão posteriormente integradas ao contrato de adesão celebrado pelos contratantes, formando a relação jurídica bilateral¹⁸⁴.

Assim, a relação entre os dois institutos é de matéria e instrumento de eficácia, sendo o contrato de adesão o instrumento que concretiza os efeitos das condições gerais¹⁸⁵. O contrato de adesão pode ser assim concebido como “o contrato que adere a condições gerais”¹⁸⁶. Além das condições gerais, o contrato de adesão pode conter cláusulas e disposições negociadas especificamente pelas Partes, de modo que estes muitas vezes possuem espaços em branco destinados à determinação de dados pessoais, identificação do objeto, preço e outras situações particulares, o que, conforme dispõe o art. 54, § 1º, do CDC, não desfigura a natureza de adesão do contrato¹⁸⁷.

¹⁸¹ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 128.

¹⁸² GOMES, Orlando, *Op. cit.*, p. 128.

¹⁸³ LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 141.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 141.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 147.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 148.

¹⁸⁷ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 129.

O contrato de adesão foi disciplinado no ordenamento brasileiro pela primeira vez no Código de Defesa do Consumidor, em ser art. 54, que o conceituou como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”¹⁸⁸.

Dessa definição, podemos identificar as principais características das condições gerais que integram o contrato de adesão: a unilateralidade, já que são estipuladas por apenas uma das partes, denominado estipulante ou predisponente; a pré-formulação, eis que são definidas antes do ato de negociação e celebração do contrato; a uniformidade, pois irão orientar todas as relações idênticas celebradas pelo predisponente; a rigidez, pois não permitem a negociação e alteração dos seus termos pelo aderente; e a abstração, à medida que são aplicáveis indistintamente a todos que as aderirem¹⁸⁹.

Em razão dessas características, Lôbo defende que a adesão ao contrato elimina a ideia de vontade autônoma, e não representa a exteriorização da vontade do consumidor aderente, mas apenas a sua submissão às condições gerais¹⁹⁰. Assim, as cláusulas gerais devem respeitar os princípios da vulnerabilidade, da boa-fé objetiva, da transparência e do equilíbrio, que norteiam o CDC, bem como exigem um controle maior sobre o seu conteúdo e forma, a fim de afastar abusos.

Flávio Tartuce destaca que, embora haja previsão aos contratos de adesão no CDC, estes não se confundem com os contratos de consumo¹⁹¹. Com as devidas conceituações do contrato de adesão e do contrato de consumo, verifica-se que estes não são a mesma coisa, mas que é absolutamente possível, e comum, que um contrato de consumo seja firmado por adesão. Esse é justamente o caso dos contratos de plano de saúde, pois, como se verá a seguir, estes se submetem à lógica consumerista do CDC e são previstos integralmente pelo fornecedor, operadora do plano de saúde, que inclui cláusulas que refletem os seus interesses, cabendo ao consumidor apenas a opção de se submeter a estas condições impostas ou rejeitar o contrato integralmente.

¹⁸⁸ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm Acesso em 03 dez. 2022, art. 54.

¹⁸⁹ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 129.

¹⁹⁰ LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 139.

¹⁹¹ TARTUCE, Flávio, *Op. cit.*, p. 40.

3.4. A APLICAÇÃO DO CDC ÀS RELAÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS E OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Feita a abordagem sobre os contratos de consumo e a sua proteção legal, bem como sobre os sujeitos e objeto destas relações jurídicas, faz-se necessário verificar se a relação entre as operadoras de planos de saúde e os beneficiários/usuários desses serviços enquadra-se como relação de consumo, estando sob a égide do CDC.

Primeiramente, a definição da atividade a ser prestada pelas operadoras de planos de saúde, por meio do contrato firmado com seus usuários, está definida no art. 1º, I, da Lei nº 9.656 de 1998. Consoante a essa definição legal, Aurisvaldo Sampaio, define o contrato de plano de saúde da seguinte forma:

Aquele por meio do qual uma das partes, a operadora, obriga-se diante da outra, o consumidor, a proporcionar a cobertura dos riscos de assistência à saúde, mediante a prestação de serviços médico-hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, reembolso das despesas efetuadas, ou pagamento direto ao prestador dos referidos serviços. Trata-se de contrato de prestação de serviços por prazo indeterminado, obrigando o seu destinatário, como regra, ao pagamento de contraprestações mensais previamente definidas¹⁹².

Quanto aos sujeitos da relação de consumo, o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor define fornecedor de forma ampla, sendo toda a pessoa física ou jurídica que, desenvolvendo com habitualidade a sua atividade, participa do fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo a fim de satisfazer a demanda dos consumidores¹⁹³. Já o art. 2º do CDC conceitua consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, havendo, como já apontado, duas teorias sobre a abrangência dessa definição, a finalista e a maximalista.

Nesse sentido, verifica-se que as operadoras de planos de saúde, ao prestarem um serviço no mercado de consumo mediante uma contraprestação pecuniária, figuram como típicas fornecedoras. Sobre isso, dispõe Maria Stella Gregori:

¹⁹² SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **Contratos de Plano de Saúde**. v. 40. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 187-188.

¹⁹³ PEREIRA, Daniel de Macedo Alves, *Op. cit.*, p. 67.

Atuam tais empresas, a rigor, como intermediárias, gestoras, cuja função é reter os recursos recebidos, reuni-los em um fundo comum para, quando da ocorrência de um evento, dar-lhe a devida cobertura, seja financeira, seja assistencial, por meio de rede própria, credenciada ou referenciada. Enquadram-se, com efeito, na descrição do *caput* do art. 3º, inserindo-se, dessa forma, em um dos polos da relação de consumo¹⁹⁴.

Por sua vez, os beneficiários dos planos de saúde adquirem ou utilizam os serviços oferecidos pelas operadoras como destinatários finais, fática e economicamente, sendo, assim, típicos consumidores, carecendo da proteção da lei consumerista¹⁹⁵. Assim, dispõe Josiane Araújo Gomes sobre os contratos de planos de saúde:

Essas contratações constituem espécie de contrato de consumo, sendo o usuário do plano de saúde o consumidor, ou seja, a parte vulnerável da relação (art. 4º, I), cujo dever de proteção pelo Estado está consagrado no texto constitucional como direito fundamental (art. 5º, XXXII)¹⁹⁶

Ademais, quanto ao objeto da relação entre operadoras e usuários de planos de saúde, verifica-se que a atividade de intermediação desempenhada se enquadra no conceito de serviços descrito no §2º do art. 3º, do CDC, pois é uma atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração.

Dessa forma, resta evidente que se trata de uma relação de consumo, aplicando-se a proteção e as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. Esse entendimento é pacificado pelo Enunciado da súmula 608 do STJ, que assim dispõe: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”¹⁹⁷.

Contudo, a relação entre operadoras de planos de saúde e seus beneficiários tem um traço distintivo em relação a outras relações consumeristas, uma vez que tem como objeto bens indisponíveis: a saúde e a vida¹⁹⁸. Diante dessa peculiaridade e da importância dos bens tutelados nos contratos de plano de saúde, estes também são regidos pela lei especial que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, a Lei nº 9.656 de 1998.

¹⁹⁴ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 120.

¹⁹⁵ PEREIRA, Daniel de Macedo Alves, *Op. cit.*, p. 69.

¹⁹⁶ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 96.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 608**. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 17 abr. 2018.

¹⁹⁸ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 121.

Cabe aqui retornar à Teoria do Diálogo das Fontes, segundo a qual, diante dos diversos microssistemas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, as diferentes normas incidentes sobre uma situação jurídica devem ser interpretadas e aplicadas de forma complementar, a fim de se alcançar a coexistência harmônica dessas normas e um ordenamento jurídico uno. No caso dos contratos de planos de saúde, é preciso ter diálogo e coerência entre o Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 9.656 de 1998. Segundo Josiane Araújo Gomes, para concretizar a harmonia e a efetividade dos princípios fundamentais da saúde se faz imprescindível a “interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas incidentes em um mesmo caso concreto, de forma a se obter a coordenação e a coerência sistemática desses vários textos normativos”¹⁹⁹.

Nesse âmbito, o CDC, enquanto uma lei principiológica, deve ser sempre observado na interpretação e aplicação das leis especiais que regulam um segmento específico das relações consumeristas, dentre elas as legislações sobre planos de saúde²⁰⁰. Assim, tendo em vista a proteção constitucional garantida ao consumidor, Josiane Araújo Gomes defende uma aplicação cumulativa e complementar do CDC à Lei dos Planos de Saúde, retirando do código consumerista os comandos principiológicos que guiam a proteção do consumidor, e extraíndo da lei específica as disposições relativas aos planos de saúde²⁰¹.

Rejeita-se, portanto, a disposição do art. 35-G da Lei nº 9.656 de 1998, que dispõe que o CDC seria aplicável apenas subsidiariamente aos contratos de plano de saúde, não podendo a lei especial limitar a incidência de uma proteção constitucionalmente garantida²⁰².

Desta forma, na elaboração e na execução dos contratos de plano de saúde é imprescindível a compatibilização de todas as legislações aplicáveis a essas relações, em especial as disposições do CC/02, os princípios que norteiam o CDC e a Lei nº 9.656 de 1998, para que seja alcançada a harmonia do ordenamento jurídico brasileiro em benefício do consumidor e, principalmente, para equilibrar a relação entre as partes envolvidas e efetivar o direito fundamental à saúde.

¹⁹⁹ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 96.

²⁰⁰ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 121.

²⁰¹ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 101.

²⁰² *Ibid.*, p. 101-103.

3.5. CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

Como já se teve a possibilidade de abordar em outros pontos deste trabalho, os contratos de planos privados de assistência à saúde são formados entre os fornecedores - pessoas jurídicas que operam planos privados de assistência à saúde -, e os seus consumidores - beneficiários desses planos de saúde -, tendo como objeto a prestação de um serviço de cobertura de riscos de assistência à saúde. Esses contratos são típicos contratos de consumo, sendo regidos pelos princípios protetivos e demais dispositivos do CDC. E, uma vez que são contratos consumeristas oferecidos em larga escala no mercado de consumo, estes são, em regra, contratos de adesão padronizados e preestabelecidos pelo fornecedor, cabendo ao beneficiário apenas aceitar, ou não, a contratação nas condições oferecidas.

Além das características já apresentadas, verifica-se que esses são contratos sinalagmáticos ou bilaterais, gerando direitos e deveres recíprocos às partes contratantes. Assim, enquanto o usuário fica obrigado ao pagamento de uma contraprestação pecuniária e periódica, à operadora cabe disponibilizar os serviços de assistência à saúde aos seus consumidores quando estes necessitarem²⁰³.

Os contratos de planos de saúde enquadram-se como contratos de trato sucessivo, uma vez que são firmados por prazo indeterminado e requerem uma execução contínua, prolongando-se no tempo e gerando uma relação duradoura entre os contratantes. Os contratos de planos de saúde são denominados por Cláudia Lima Marques, como “contratos cativos de longa duração”, sendo contratos que, com base na confiança recíproca das partes, prolongam-se de forma continuada²⁰⁴. Sobre essa categoria de contrato, Cláudia Lima Marques explica:

Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (por meio de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos) para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores²⁰⁵.

²⁰³ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 131.

²⁰⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio, *Op. cit.*, p. 286.

²⁰⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 4.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 79.

Assim, nos contratos de planos de saúde, os consumidores contribuem durante anos, pagando periodicamente a contraprestação devida pelos serviços e utilizando, ou não, tais serviços regularmente a depender do seu estado de saúde e dos seus dependentes, depositando a confiança de que, quando necessário, terá assegurada a assistência à saúde. Gera-se no consumidor, assim, a expectativa de segurança e tranquilidade em caso de eventos danosos à saúde no futuro²⁰⁶.

Dáí se extrai mais uma característica dos contratos de planos de saúde: a aleatoriedade. Esses contratos são considerados aleatórios pois a prestação principal do fornecedor é incerta, dependendo da ocorrência de eventos futuros e incertos. Assim, embora o consumidor pague periodicamente a contraprestação pelos serviços, poderá usufruir dos serviços raramente ou frequentemente, a depender da sua saúde e da ocorrência das situações previstas em contrato. Essa incerteza, contudo, refere-se apenas a “quando o serviço deve ser prestado”, sendo certo que, ocorrendo um evento danoso à saúde coberto pelo contrato, tal serviço deve ser prestado, configurando a atividade das operadoras de planos de saúde como uma obrigação de resultado²⁰⁷.

Dessa forma, verifica-se que o consumidor, ao firmar esse tipo contrato, tem como objetivo assegurar a preservação e a recuperação da sua saúde, mantendo uma relação de convivência e dependência com o fornecedor do serviço, e criando uma expectativa legítima de assistência à saúde²⁰⁸. A dependência do consumidor é outra característica dessa relação jurídica, pois em razão da forma de contratação por adesão, da catividade do contrato - que é de longa duração e baseado na confiança -, do objeto da contratação - que se refere ao bem essencial da saúde -, e da posição das partes na relação de consumo, o beneficiário dos serviços de plano de saúde encontra-se em clara posição de submissão e dependência contratual²⁰⁹.

Pode-se apontar, ainda, outras características a esses contratos, como a onerosidade, uma vez que depende de uma contraprestação pecuniária do consumidor; e a formalidade, posto que a legislação consumerista e de planos de saúde exigem certas formalidades na elaboração do contrato, como, por exemplo, o art. 16 da Lei 9.656/98 que estabelece o

²⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Expectativas Legítimas dos Consumidores nos Planos e Seguros Privados de Saúde e os Atuais Projetos de Lei. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 12, 1996, p. 81.

²⁰⁷ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 132-133.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 132-133.

²⁰⁹ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 132.

conteúdo mínimo do contrato, sendo um requisito de validade do negócio jurídico²¹⁰. Em suma, para António Joaquim Fernandes Neto os contratos de planos de saúde são:

Contratos atípicos, de prestação de serviços. São contratos de adesão, sinalagmáticos, onerosos e formais, de execução diferida e prazo indeterminado. Há consenso quanto ao fato de apresentar um caráter aleatório em relação à necessidade de prestação de serviço, mas, conforme adverte Cláudia Lima Marques, “incerto é quando deve ser prestada e não se deve ser prestada a obrigação principal” e, por essa razão, a operadora de plano de saúde assume obrigação de resultado²¹¹.

O contrato de plano de saúde também se distingue e se caracteriza pelo seu objeto, que é a disponibilização ao beneficiário de serviços de assistência privada à saúde, a fim de assegurar a sua saúde. Dessa forma, Josiane Araújo Gomes aponta que o objeto do contrato de plano de saúde é essencial à manutenção da vida, da integridade física e psíquica e da dignidade humana e, por conseguinte, essa relação contratual adquire uma natureza existencial²¹².

Assim, os contratos de planos de saúde enquadram-se, também, como contratos existenciais, de modo que eles não têm apenas um fim patrimonial de circulação de riquezas na sociedade, mas têm um fim extrapatrimonial, como garantidores dos direitos fundamentais dos indivíduos. Verifica-se nessa relação jurídica, portanto, uma constante tensão entre os interesses patrimoniais das operadoras de planos de saúde e os interesses existenciais dos consumidores, sendo necessária a ponderação do atributo econômico do contrato frente à essencialidade da proteção da vida humana²¹³.

Gomes conclui que tal ponderação é alcançada a partir da proteção dos interesses patrimoniais apenas enquanto esses são necessários à efetivação dos interesses existenciais, sendo necessária a predominância destes, com a consequente exigência do cumprimento de obrigações pelos fornecedores, sempre que implique na conservação dos direitos fundamentais à saúde, à vida, à dignidade humana e à integridade psicofísica do consumidor²¹⁴.

Nesse diapasão, insta verificar como os interesses das operadoras de planos de saúde e dos beneficiários acometidos pela infertilidade são compatibilizados e ponderados pela

²¹⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo, *Op. cit.*, p. 225 e 228.

²¹¹ FERNANDES NETO, António Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002, p. 128.

²¹² GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 127.

²¹³ *Ibid.*, p. 127-128.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 128.

legislação e pela jurisprudência no âmbito da cobertura pelos planos de saúde das técnicas de reprodução assistida. Bem como, deve-se analisar se tais soluções legais e judiciais estão de acordo com os princípios que regem o direito do consumidor e com os direitos fundamentais que respaldam o direito à reprodução assistida.

4. A COBERTURA DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA PELOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL

4.1. A LEI Nº 9.656 DE 1998 E A RESOLUÇÃO NORMATIVA DA ANS Nº 465 DE 2021 E A EXCLUSÃO DA COBERTURA DOS TRATAMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As operadoras de planos de saúde estão submetidas às regras e previsões da Lei nº 9.656 de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e regulamenta essas atividades, estabelecendo, dentre outros, os parâmetros mínimos de cobertura assistencial a serem observados por esses fornecedores. A referida lei, em seu artigo 10º, *caput*, prevê que as operadoras de planos de saúde devem seguir o plano-referência de assistência à saúde, possuindo uma cobertura mínima que compreenda o tratamento de todas as doenças listadas na Classificação Internacional de Doenças da OMS²¹⁵.

Em complemento, o art. 35-F da Lei de planos de saúde dispõe que a assistência à saúde a ser prestada pelas operadoras de planos de saúde “compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde”, observados os termos da lei e do contrato celebrado com o consumidor²¹⁶.

A lei de planos de saúde, no entanto, permite algumas exceções, prevendo, nos incisos do referido art. 10º, o rol de procedimentos médico-hospitalares, insumos e medicamentos que estão excluídos da cobertura obrigatória dos planos de saúde. Fica, portanto, facultado às operadoras de planos de saúde preverem, ou não, a cobertura de tais tratamentos em contrato. Sobre isso, Josiane Araújo Gomes destaca que a previsão legal visa apenas legitimar a exclusão dos tratamentos, devendo as efetivas exclusões dos procedimentos estar expressamente previstas no contrato, sob pena da operadora ser obrigada a custeá-los, tendo em vista o princípio da transparência que norteia os contratos de consumo²¹⁷.

²¹⁵ Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto.

²¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.656 de 3 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm Acesso em 03 dez. 2022, art. 35-F.

²¹⁷ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 211.

Conforme o art. 10º, §1º, da Lei nº 9.656 de 1998, o legislador deixou a cargo da Agência Nacional de Saúde Suplementar o exercício do poder regulamentar sobre as hipóteses legais de exclusão assistencial. Tal atribuição da ANS expressa-se pela possibilidade de elaborar regulamentos sobre os temas de sua competência, sendo certo que tais regulamentações não podem inovar a ordem jurídica, devendo estar limitadas às normas e aos princípios que lhe são superiores. Assim, entende-se que a regulamentação pela ANS das exceções de cobertura obrigatória não pode ultrapassar as disposições contidas na Lei nº 9.656 de 1998²¹⁸. Nesse sentido, destaca-se o entendimento de que o rol do art. 10º é taxativo, aplicando-se a exceção de cobertura apenas aos procedimentos, insumos e medicamentos listados expressamente na lei, observando-se, ainda, o princípio de que as exceções legais devem ser interpretadas de forma limitada, abrangendo apenas os casos que específicos²¹⁹.

A infertilidade, como já verificado, é uma doença reconhecida pela Organização Mundial de Saúde, possuindo cadastro na CID e sendo passível de ser tratada. Assim, nos termos da Lei nº 9.656 de 1998, é obrigatório que a cobertura dos planos de saúde inclua o tratamento à infertilidade. Contudo, embora saiba-se que um dos tratamentos à infertilidade é a reprodução assistida, sendo este muitas vezes o único procedimento capaz de superar a infertilidade, o art. 10º, III, da Lei de planos de saúde, excluiu do rol de tratamentos e procedimentos de cobertura obrigatória a técnica de reprodução assistida denominada, textualmente pelo dispositivo legal, “inseminação artificial”.

Essa exclusão é confirmada pela ANS na sua Resolução Normativa nº 465 de 2021 (que dispõe sobre o rol atualizado de procedimentos de cobertura obrigatória aos planos de saúde), ao determinar, no art. 17, parágrafo único, III²²⁰, que é permitida a exclusão da cobertura assistencial da inseminação artificial, sendo esta definida como:

Técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas,

²¹⁸ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 70.

²¹⁹ PEREIRA, Daniel de Macedo Alves, *Op. cit.*, p. 191.

²²⁰ Art. 17. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência previstos nesta Resolução Normativa e seus Anexos, na forma estabelecida no art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

Parágrafo único. São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:

(...)

III - inseminação artificial;

transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas.²²¹

A partir da leitura da definição de inseminação artificial apresentada pela ANS, verifica-se que esta é mais abrangente do que a concepção cunhada e utilizada pela literatura médica, que define a inseminação artificial como uma técnica de reprodução assistida consistente na introdução de gameta masculino, por meio artificial, no corpo da mulher, esperando-se que a própria natureza faça a fecundação.

Assim, por uma simples comparação das definições de inseminação artificial da doutrina e da Resolução Normativa nº 465 de 2021, observa-se que a ANS ampliou o conceito de inseminação artificial a fim de incluir outras técnicas de reprodução assistida, para além da previsão legal. Ao estabelecer que a exceção de cobertura obrigatória abrange “entre outras técnicas”, a ANS verdadeiramente inviabilizou a cobertura contratual de qualquer tratamento de reprodução assistida, inclusive aquelas que venham a surgir, baseadas na evolução da biomedicina e da biotecnologia²²².

É incontroverso na doutrina e na jurisprudência que a reprodução humana assistida é um gênero, que pode ser realizada por diversas técnicas, com destaque para os procedimentos de inseminação artificial e fertilização *in vitro*, que são espécies de RA. Apesar de tal diferenciação ser evidente e do fato da técnica de fertilização *in vitro* já existir e ser utilizada à época da entrada em vigor da Lei de planos de saúde, o legislador optou por apenas listar a técnica de inseminação artificial no rol do art. 10º. Assim, há que se questionar a regulamentação da ANS sobre a cobertura da inseminação artificial, e sobre a inclusão nessa exceção de todas as técnicas de reprodução assistida.

Primeiramente, verifica-se que a Resolução Normativa nº 465 de 2021 não apresentou a diferença entre inseminação artificial e as demais técnicas de reprodução assistida e, ao equiparar a inseminação artificial aos demais tratamentos de RA, a resolução inovou a ordem

²²¹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa nº 465 de 24 de fevereiro de 2021. **Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde.** Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw==> Acesso em 03 dez. 2022, art. 4º, VII, “g”.

²²² PEREIRA, Daniel de Macedo Alves, *Op. cit.*, p. 190.

jurídica, ampliando a exclusão para além do que foi previsto em lei²²³. Tal interpretação abrangente representa um claro excesso da ANS na sua função regulamentar, pois restringiu direitos dos consumidores não previstos na legislação e ampliou de forma ilegal o rol taxativo do art. 10º da Lei nº 9.656 de 1998, o que extrapola a sua competência e ofende o princípio da hierarquia de normas.

Ademais, verifica-se que ao excluir todas as técnicas de reprodução assistida do rol cobertura de obrigatória, a RN restringe direitos do consumidor e o prejudica, o que representa uma violação à regra da interpretação mais favorável ao consumidor, prevista no art. 47, do CDC, e da interpretação mais favorável ao aderente, prevista no art. 423, do CC/02²²⁴. Sobre a interpretação do inciso III, do art. 10º, Daniel de Macedo Pereira explica:

No particular, a norma restringe direitos do consumidor e, assim, deve ser interpretada restritivamente, conforme o preceito hermenêutico expresso na *parêmia exceptio strictissimi juris*, ou seja, a lei que abre exceção a regras gerais só abrange os casos que especifica. Neste sentido, deve-se afastar a interpretação segundo a qual permite-se que a lei mencione uma única técnica de reprodução assistida, entendendo-se por identidade de razões a autorização para que se vede o acesso a outras técnicas de reprodução assistida, e não apenas a inseminação artificial. De outro lado, estar-se-ia instituindo uma interpretação contrária a parte vulnerável destas relações jurídicas, em clara ofensa ao sistema de proteção ao consumidor²²⁵.

Com base nessa análise, caminha-se para concluir que a interpretação abrangente dada pela ANS é ilegal e, portanto, inválida. Contudo, este não é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça que, embora reconheça a distinção entre a fertilização *in vitro*, a inseminação artificial e os demais métodos de reprodução assistida, entende que tal diferenciação não reduz o núcleo interpretativo do disposto no art. 10º, III, da Lei dos Planos de Saúde, sendo compreendido que o termo “inseminação artificial” previsto na Lei nº 9.656 de 1998 abarca todas as técnicas de RA²²⁶.

²²³ GREGORI, Maria Stella, *Op. cit.*, p. 79.

²²⁴ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 240.

²²⁵ PEREIRA, Daniel de Macedo Alves, *Op. cit.*, p. 191.

²²⁶ RECURSO ESPECIAL AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ART. 10, III, LEI 9.656/98. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO.

1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 02/08/2017, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 28/08/2018 e encaminhado ao gabinete em 05/11/2019.

2. O propósito recursal consiste em dizer da interpretação do art. 10, III, da Lei 9.656/98, pontualmente se ao excluir a inseminação artificial do plano-referência também deve ser compreendida, ou não, a exclusão da técnica de fertilização *in vitro*.

3. Apesar de conhecida a distinção conceitual de diversos métodos de reprodução assistida, referida diversificação de técnicas não importa redução do núcleo interpretativo do disposto no art. 10, III, da Lei dos Planos de Saúde, ao autorizar a exclusão do plano-referência da inseminação artificial.

Em sentido similar, o Enunciado nº 20 da 1ª Jornada de Direito da Saúde estabeleceu que “a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa previsão contratual”²²⁷. Esse enunciado, além de consubstanciar a inclusão do tratamento de fertilização *in vitro* no rol de exceções, inverteu a regra do art. 10º, III, da Lei dos planos de saúde. Entenda-se, a leitura estrita da lei leva à compreensão de que as operadoras de planos de saúde podem excluir os tratamentos de inseminação artificial do seu rol de cobertura, devendo, para tal, prever tal exclusão em contrato. Contudo, a partir do enunciado tem-se que a regra é a exclusão da cobertura desses tratamentos, que só serão prestados se o contrato dispuser expressamente que há cobertura²²⁸.

Outra controvérsia relacionada à cobertura pelos planos de saúde das técnicas de reprodução refere-se à análise da conformidade dessa exclusão legal à luz do direito à reprodução assistida e dos direitos que o fundamentam: a garantia à saúde e ao planejamento familiar.

Daniel de Macedo Pereira explica que a razão dada pelo legislador para a exclusão do rol de procedimentos de cobertura obrigatória é de que o tratamento de inseminação artificial não consiste em um procedimento curativo ou terapêutico necessário à manutenção da vida ou do estado saudável do indivíduo, sendo meramente um ato de vontade da pessoa²²⁹. Todavia, pode-se constatar de imediato que cabem críticas a este fundamento legal, pois, como já exposto, o estado de saúde do indivíduo é um conceito abrangente, sendo entendido como um estado de completo bem-estar físico, mental e social.

4. Ao exercer o poder regulamentar acerca das exclusões do plano-referência (Resolução Normativa 387/2015), a ANS atuou nos exatos termos do disposto no art. 10, § 1º, da Lei 9.656/98, não havendo, portanto, inovação da ordem jurídica nem ampliação do rol taxativo, mas a sua materialização na linha do disposto e autorizado expressamente pela lei de regência.

5. A inseminação artificial compreende a fertilização *in vitro*, bem como todas as técnicas médico-científicas de reprodução assistida, sejam elas realizadas dentro ou fora do corpo feminino.

6. Recurso especial conhecido e provido.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.794.629/SP**. Relator: Ministro Moura Ribeiro; Relator para o acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 mar. 2020. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900271706&dt_publicacao=10/03/2020 Acesso em 03 dez. 2022.

²²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 20, 1ª Jornada de Direito da Saúde**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf> Acesso em 03 dez. 2022.

²²⁸ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 241.

²²⁹ PEREIRA, Daniel de Macedo Alves, *Op. cit.*, p. 190.

Por sua vez, a infertilidade é reconhecida pela Classificação Internacional de Doenças da OMS, sendo considerada uma doença com diversas implicações físicas e psicológicas, podendo causar sérios prejuízos à saúde do indivíduo infértil e, portanto, merecedora de tutela jurídica integral. É, assim, evidentemente legítimo o anseio do portador de infertilidade de superá-la, a fim de recuperar a sua saúde²³⁰.

Dessa forma, verifica-se que quando a Lei dos planos de saúde faculta às operadoras o fornecimento dos procedimentos de reprodução assistida, ela desconsidera a definição de saúde dada pela OMS e aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como desconsidera os prejuízos à saúde física e psíquica do indivíduo que podem ser ocasionadas pela infertilidade. Consequentemente, a referida disposição legal limita o direito fundamental à saúde, pois impossibilita que os indivíduos tenham acesso às técnicas de reprodução assistida, ainda que estas sejam necessárias para o tratamento da doença que lhes acomete e para a promoção, proteção e recuperação da sua saúde.

Ademais, tal exclusão tem implicações no direito ao planejamento familiar que, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, é previsto no art. 226, § 7º, da Constituição Federal e assegura a liberdade dos indivíduos de decidirem livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos. O planejamento familiar garante, ainda, meios para o exercício dos direitos ligados ao planejamento familiar, abrangendo tanto ações direcionadas à contracepção quanto à concepção. Assim, como apresentado anteriormente neste trabalho, a partir da previsão constitucional do direito ao planejamento familiar, entende-se que há, também, um direito constitucional fundamental à reprodução e à plena autonomia reprodutiva, seja esta através de meios naturais ou de técnicas de reprodução assistida.

Nesse sentido, o art. 9º, da Lei nº 9.263 de 1996 (Lei do planejamento familiar), estabelece que os serviços de planejamento familiar incluem a assistência à concepção e à contracepção, devendo ser oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, incluindo-se, nas técnicas de concepção, os tratamentos de reprodução assistida.

²³⁰ *Ibid.*, p. 192.

O art. 226, § 7º, da CF/88 dispõe sobre o dever do Estado de propiciar os recursos necessários ao planejamento familiar. Contudo, com o advento da Lei nº 11.935 de 2009, que incluiu o inciso III no art. 35-C da Lei dos planos de saúde, verifica-se que esse dever passa a ser também das operadoras de planos de saúde: “É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: (...) III - de planejamento familiar”.

Desse modo, com base na concepção de planejamento familiar e nas ações incluídas no escopo deste direito previstas na Lei nº 9.263 de 1996, progrediu o entendimento de que, nos casos em que os indivíduos planejem procriar de forma responsável, porém não consigam concretizar tal desejo em razão da infertilidade devidamente diagnosticada, o plano de saúde deveria realizar a cobertura das técnicas de reprodução humana assistida indicadas pelo médico do consumidor²³¹. Nesse sentido, Pereira dispõe que:

É indubitável que nos casos de infertilidade diagnosticada que impeça o planejamento pelo casal, é impositiva a cobertura da técnica de reprodução assistida pela operadora de plano de saúde, como forma de tornar efetivo o comando constitucional. Essa conclusão tornou-se incontornável com o advento da Lei nº 11.935, de 11 de maio de 2009, que incluiu o inciso III no art. 35-C da Lei dos planos de saúde, tornando obrigatória a cobertura do atendimento para planejamento familiar²³².

Josiane Araújo Gomes destaca que a inclusão do inciso III, do art. 35-C, da Lei nº 9.656 de 1998, trouxe debate acerca da possível revogação tácita do art. 10º, inciso III, da mesma lei, em razão da incompatibilidade entre os dois dispositivos. Isso, pois, o direito ao acesso às técnicas de reprodução assistida é necessário para a efetivação do planejamento familiar, cuja cobertura é obrigatória pelos planos de saúde, sendo assim inviável o cumprimento da cobertura do planejamento familiar com a exclusão da inseminação artificial do rol de procedimentos de cobertura obrigatória²³³.

Contudo, essa não foi a interpretação adotada pela ANS. Novamente, no art. 35-C, parágrafo único, da Lei nº 9.656 de 1998, o legislador deixou a cargo da Agência Nacional de Saúde Suplementar o exercício do poder regulamentar sobre a cobertura do planejamento familiar. Nesse sentido, o art. 9º, da Resolução Normativa nº 465 de 2021, dispõe que “as

²³¹ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 234.

²³² PEREIRA, Daniel de Macedo Alves, *Op. cit.*, p. 192-193.

²³³ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 236-237.

ações de planejamento familiar de que trata o inciso III do art. 35-C da Lei n.º 9.656 de 1998, devem envolver as atividades de educação, aconselhamento, contracepção e atendimento clínico previstas nos Anexos desta Resolução Normativa”.

Verifica-se que a regulamentação da ANS sobre a cobertura pelas operadoras de planos de saúde do planejamento familiar limitou-se às atividades relacionadas à contracepção, ignorando o dever de propiciar recursos educacionais e científicos referentes à concepção. Essa posição da ANS não se coaduna com a lei específica ou com os princípios constitucionais sobre planejamento familiar.

Assim, entende-se que esta previsão representa mais uma extrapolção pela ANS do seu poder regulamentar, uma vez que, com o objetivo de suprimir os objetivos da Lei nº 9.263 de 1996 e do art. 35-C da Lei dos planos de saúde, limitou extensamente as ações de planejamento familiar garantidas pela constituição e pela legislação específica e, com isso, retirou direitos dos consumidores. Tal ação ofende a obrigatoriedade de cobertura prevista no referido art. 35-C, impede o exercício do direito constitucional ao livre planejamento familiar e ofende o princípio da hierarquia de normas²³⁴.

Contudo, o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça não concluiu pela invalidade da regulamentação da ANS que limitou a cobertura das atividades de planejamento familiar. O STJ defende que, tendo em vista a amplitude do termo planejamento familiar e das atividades a ele relacionadas, a definição dos casos de planejamento familiar que possuem cobertura obrigatória pelas operadoras de planos de saúde deve ser obtida através da interpretação sistemática e teleológica do art. 35-C, III, da Lei n. 9.656 de 1998, somada à necessidade de se garantir o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de assistência à saúde suplementar. Assim, a referida Corte concluiu que as atividades que devem ser cobertas pelos planos de saúde são apenas aquelas disciplinadas na RN da ANS, não podendo se exigir das operadoras o custeio de todo e qualquer procedimento correlato, salvo se estiver previsto contratualmente²³⁵.

²³⁴ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 236.

²³⁵ RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO COMO FORMA DE ALCANÇAR A GRAVIDEZ. DISCUSSÃO ACERCA DO ALCANCE DO TERMO PLANEJAMENTO FAMILIAR, INSERIDO NO INCISO III DO ART. 35-C DA LEI N. 9.656/1998 COMO HIPÓTESE DE COBERTURA OBRIGATÓRIA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DO DISPOSITIVO. FINALIDADE DA NORMA EM GARANTIR O MÍNIMO NECESSÁRIO AOS SEGURADOS EM RELAÇÃO A PROCEDIMENTOS DE PLANEJAMENTO

Já em relação à incompatibilidade entre os artigos 35-C, III, e 10º, III, da Lei nº 9.656 de 1998, no Superior Tribunal de Justiça é majoritário o entendimento sobre a licitude da previsão contratual que exclui a cobertura dos procedimentos de reprodução assistida. Segundo o entendimento da Corte, a limitação da lei quanto à inseminação artificial apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar²³⁶.

FAMILIAR, OS QUAIS ESTÃO LISTADOS EM RESOLUÇÕES DA ANS, QUE REGULAMENTARAM O ARTIGO EM COMENTO. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO PLANO E DA PRÓPRIA HIGIEZ DO SISTEMA DE SUPLEMENTAÇÃO PRIVADA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RECURSO PROVIDO.

1. A controvérsia trazida nestes autos cinge-se a saber se o tratamento de fertilização in vitro passou a ser de cobertura obrigatória após a edição da Lei n. 11.935/2009, que incluiu o inciso III no art. 35-C da Lei n. 9.656/1998, o qual estabelece a obrigatoriedade de atendimento nos casos de planejamento familiar pelos planos e seguros privados de assistência à saúde.

2. Considerando a amplitude do termo planejamento familiar e em cumprimento à própria determinação da lei no parágrafo único do dispositivo legal em comento, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS estabeleceu, por meio de resoluções normativas, diversos procedimentos de cobertura obrigatória, garantindo-se o mínimo necessário aos segurados de planos de saúde privados no que concerne a atendimentos relacionados ao planejamento familiar.

3. A interpretação sistemática e teleológica do art. 35-C, inciso III, da Lei n. 9.656/1998, somado à necessidade de se buscar sempre a exegese que garanta o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, impõe a conclusão no sentido de que os casos de atendimento de planejamento familiar que possuem cobertura obrigatória, nos termos do referido dispositivo legal, são aqueles disciplinados nas respectivas resoluções da ANS, não podendo as operadoras de plano de saúde serem obrigadas ao custeio de todo e qualquer procedimento correlato, salvo se estiver previsto contratualmente.

4. Com efeito, admitir uma interpretação tão abrangente acerca do alcance do termo planejamento familiar, compreendendo-se todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos como hipóteses de cobertura obrigatória, acarretaria, inevitavelmente, negativa repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do plano, prejudicando todos os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde.

5. Por essas razões, considerando que o tratamento de fertilização in vitro não possui cobertura obrigatória, tampouco, na hipótese dos autos, está previsto contratualmente, é de rigor o restabelecimento da sentença de improcedência do pedido.

6. Recurso especial provido.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.692.179/SP**. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 15 dez. 2017. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702035926&dt_publicacao=15/12/2017 Acesso em 03 dez. 2022.

²³⁶ CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. ENDOMETRIOSE. PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXCLUSÃO DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. NÃO CONFIGURADA. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. RESOLUÇÃO NORMATIVA 338/2013. FUNDAMENTO NA LEI 9.656/98.

1. Ação ajuizada em 21/07/2014. Recurso especial interposto em 09/11/2015 e concluso ao gabinete em 02/09/2016. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal é definir se a inseminação artificial por meio da técnica de fertilização in vitro deve ser custeada por plano de saúde.

3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

4. A Lei 9.656/98 (LPS) dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e estabelece as exigências mínimas de oferta aos consumidores (art. 12), as exceções (art. 10) e as hipóteses obrigatórias de cobertura do atendimento (art. 35-C).

5. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a autorização prevista no art. 10, §4º, da LPS, é o órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano-referência de assistência à saúde. 6. A

O entendimento jurisprudencial atual é, então, que não haveria contradição no texto legal ao dispor, de um lado, a obrigatoriedade de tratamento das doenças catalogadas na CID e de atendimento ao planejamento familiar e, de outro lado, a não obrigatoriedade de custear as técnicas de reprodução assistida, mas esta seria apenas uma exceção à regra de cobertura. Assim, tem-se que os planos de saúde devem cobrir o tratamento das doenças listadas na CID da OMS, dentre elas a infertilidade, e devem cobrir o atendimento de planejamento familiar, ainda que apenas aquelas atividades previstas na RN da ANS, contudo, deverá fazê-lo por meio de técnicas e procedimentos diversos da reprodução assistida.

Conclui-se assim, que, atualmente, a interpretação e a aplicação do art. 10º, III, da Lei nº 9.656 de 1998, têm ocorrido à luz da regulamentação promovida pela ANS, que limita integralmente o acesso dos consumidores às técnicas de reprodução assistida custeadas pelas operadoras de planos de saúde, tendo em vista a compreensão abrangente de “inseminação artificial” e a interpretação reduzida de “planejamento familiar”²³⁷.

A direção verificada nas decisões e interpretações aqui mencionadas do STJ atingem, enfim, o seu ápice atual com o julgamento em Recurso Repetitivo dos REsp 1822420 / SP, REsp 1822818 / SP e REsp 1851062 / SP, que consagrou o Tema Repetitivo 1067, que será visto em seguida.

Resolução Normativa 338/2013 da ANS, aplicável à hipótese concreta, define planejamento familiar como o "conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal" (art. 7º, I, RN 338/2013 ANS).

7. Aos consumidores estão assegurados, quanto à atenção em planejamento familiar, o acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, o acompanhamento de profissional habilitado (v.g. ginecologistas, obstetras, urologistas), a realização de exames clínicos e laboratoriais, os atendimentos de urgência e de emergência, inclusive a utilização de recursos comportamentais, medicamentosos ou cirúrgicos, reversíveis e irreversíveis em matéria reprodutiva.

8. A limitação da lei quanto à inseminação artificial (art. 10, III, LPS) apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar (art. 35-C, III, LPS). Não há, portanto, abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial, o que tem respaldo na LPS e na RN 338/2013.

9. Recurso especial conhecido e provido.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.590.221/DF**. Relator: Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 nov. 2017. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600679213&dt_publicacao=13/11/2017 Acesso em 03 dez. 2022.

²³⁷ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 241.

4.2. O JULGAMENTO EM RECURSO REPETITIVO DOS RESP 1822420 / SP, RESP 1822818 / SP E RESP 1851062 / SP E O TEMA REPETITIVO 1067: NÃO OBRIGAÇÃO DE CUSTEIO DE TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* POR PLANOS DE SAÚDE

Foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 13 de outubro de 2021, em sede de recurso repetitivo, os REsp 1822420 / SP²³⁸, REsp 1822818 / SP²³⁹ e REsp 1851062 / SP²⁴⁰, que tinham como objetivo a definição pelo STJ da obrigatoriedade, ou não, de cobertura do procedimento médico de fertilização *in vitro* por planos de saúde, à luz do que dispõe o art. 35-C, III da Lei n.º 9.656/1998, incluído pela Lei n.º 11.935/2009.

Julgados os recursos com base nos fundamentos que serão a seguir mencionados, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, decidiu que os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento de fertilização *in vitro* se a cobertura deste não estiver prevista em contrato. Firmou-se, assim, o Tema Repetitivo 1.067, que dispõe: “Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização *in vitro*”²⁴¹.

A relatoria dos recursos especiais foi do Ministro Marco Buzzi, que, com base na análise da Lei n.º 9.656 de 1998 e da Resolução normativa da ANS consagrada como norma regulamentadora da Lei dos planos de saúde, considerou que a técnica reprodução assistida por fertilização *in vitro* não tem cobertura obrigatória pelos planos de saúde.

²³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.822.420 / SP**. Relator: Marco Buzzi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 out. 2021. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=134819790®istro_numero=201901804699&peticao_numero=&publicacao_data=20211027&formato=PDF Acesso em 03 dez. 2022.

²³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.822.818 / SP**. Relator: Marco Buzzi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 out. 2021. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=135226378®istro_numero=201901834717&peticao_numero=&publicacao_data=20211027&formato=PDF Acesso em 03 dez. 2022.

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.851.062 / SP**. Relator: Marco Buzzi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 out. 2021. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=135220890®istro_numero=201903569861&peticao_numero=&publicacao_data=20211027&formato=PDF Acesso em 03 dez. 2022.

²⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 1.067**. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1067&cod_tema_final=1067 Acesso em 03 dez. 2022.

Deve-se iniciar a análise das decisões ressaltando o ponto de partida para a fundamentação dos acórdãos, que era a verificação do caso à luz da legislação e das normas da ANS, tendo em vista a obrigação de custeio pelos planos de saúde do planejamento familiar. Assim, de plano, verifica-se que alguns fatores importantes e que trazem implicações à questão da cobertura das técnicas de RA não foram observados nas decisões, pois não foram questionados na lide. É o caso, por exemplo, da análise da constitucionalidade dos dispositivos normativos frente aos direitos fundamentais à saúde, à vida, ao planejamento familiar, à reprodução assistida e à dignidade da pessoa humana, e da legalidade da interpretação da lei em desfavor do usuário do plano de saúde tendo em vista a proteção do consumidor.

O magistrado inicia a análise do mérito recursal destacando que a interpretação da controvérsia deve ser guiada e ponderada pelos dispositivos legais aplicáveis, pelo objetivo de atender às necessidades de preservação da saúde do consumidor, pela legítima expectativa do consumidor ao celebrar o ajuste, e pelo equilíbrio atuarial dos custos financeiros das operadoras de planos de saúde. Sobre esta consideração não se discorda, uma vez que, como já visto, os contratos de planos de saúde são marcados pela constante disputa entre os interesses existenciais dos consumidores e econômicos e fornecedores, que devem ser constantemente conciliados.

Sobre tais fatores a serem ponderados, de início, a decisão afasta a necessidade das técnicas de reprodução para a garantia da saúde da consumidora, pois entende que a enfermidade que a paciente possui, a endometriose, não tem indicação de tratamento pelo procedimento de fertilização *in vitro*, sendo que este teria como objetivo apenas a reprodução. Há, contudo, que se discordar desse entendimento, uma vez que a cobertura da FIV almejada pela consumidora não visa o tratamento da endometriose, mas sim da infertilidade que lhe acomete. Sobre isso, cabe realçar que a infertilidade pode ser causada por uma doença base (doença primária), como a endometriose, que leve a uma doença secundária, que é a infertilidade, esta reconhecida individualmente como doença pela OMS.

Assim, entende-se não ser devida o afastamento *prima facie* da FIV como tratamento necessário à preservação e à recuperação da saúde da paciente portadora de infertilidade. Nesse sentido, em seu voto-vista ao referido recurso repetitivo, o Ministro Moura Ribeiro entendeu:

Desse modo, independentemente da causa da infertilidade, se provocada por endometriose ou qualquer outra enfermidade, seja da mulher ou seja do homem, o plano de saúde não pode se recusar a custear o tratamento daquela doença que a acomete, repita-se, a infertilidade, que está registrada na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, CID 10 da Organização Mundial da Saúde, podendo ser tratada por intermédio da fertilização *in vitro*, que não foi excluída pelo inciso III do art. 10 da LPS²⁴².

Em seguida, o voto do relator do recurso repetitivo debruça-se sobre a distinção entre inseminação artificial e fertilização *in vitro*. A partir da análise doutrinária e da jurisdição comparada sobre o tema, o ministro conclui que a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são técnicas distintas de reprodução assistida, sendo a primeira um procedimento mais simples, que consiste na colocação do sêmen diretamente na cavidade uterina; e a segunda, mais complexa, feita em laboratório, envolvendo o desenvolvimento *in vitro* do embrião e a sua posterior transferência para o útero.

Feita a consideração sobre as diferentes espécies de reprodução assistida, o magistrado aponta que a Lei dos Planos de Saúde exclui expressamente, em seu art. 10º, III, a inseminação artificial do plano-referência de cobertura obrigatória a ser oferecida pelos planos de saúde aos consumidores, sendo, portanto, facultativa a inclusão da referida assistência nos respectivos contratos de saúde. Por outro lado, a Lei n.º 9.656 de 1998, no seu art. 35-C, III, inclui o planejamento familiar no rol de cobertura obrigatória, sendo o planejamento familiar definido no art. 2º da Lei n.º 9.263 de 1997 como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Complementa informando que a referida lei atribui à ANS a competência para regulamentar a matéria sobre a exclusão de cobertura da inseminação artificial, bem como sobre a inclusão da cobertura do planejamento familiar, o que esta faz por meio Resolução Normativa n.º 428 de 2017 (RN vigente à época do litígio, atualmente revogada pela Resolução Normativa n.º 465 de 2021, que atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde de cobertura assistencial obrigatória, e que, a respeito das matérias objeto desta decisão, reproduz o conteúdo da RN n.º 428 de 2017) e pela Resolução Normativa n.º 192 de 2009.

²⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.822.420 / SP**. Relator: Marco Buzzi. Voto-vista: Min. Moura Ribeiro. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 out. 2021. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=136889078&num_registro=201901804699&data=20211027&tipo=3&formato=PDF Acesso em 03 dez. 2022.

Nesse sentido, o art. 20, § 1º da RN 428/2017 (disposição atualmente prevista no art. 4º, VII, “g”, da Resolução Normativa nº 465 de 2021), dispõe que é permitida a exclusão da cobertura assistencial dos tratamentos de inseminação artificial, entendidos com base em um conceito amplo, que abrange todas as técnicas de reprodução assistida. Ou seja, na prática a RN permite a exclusão de cobertura de todas as técnicas de RA. Na Resolução Normativa 192 de 2009, a ANS estabeleceu como procedimentos de cobertura obrigatória relacionados ao planejamento familiar as consultas de aconselhamento, as atividades educacionais e o implante de dispositivo intrauterino (DIU), e excluiu expressamente do rol de cobertura obrigatória, em seu Art. 1º, § 2º, a inseminação artificial.

O relator destacou que a exclusão das técnicas de inseminação artificial da cobertura obrigatória pelas duas resoluções da ANS possui fundamento na própria Lei dos Planos de Saúde, que prevê tal exclusão no art. 10º, III. Da mesma forma, entendeu que a regulamentação e interpretação dada pela ANS também se fundamentam na referida lei, que atribui a função regulamentar à ANS nos artigos 10º, § 1º, e 35-C, parágrafo único. Assim, para o relator não é possível entender que a ANS tenha agido de maneira excessiva, pois foi autorizada expressamente pela lei a regulamentar a matéria.

Quanto à abrangência dada pela RN da ANS ao conceito de inseminação artificial, a decisão assim dispôs:

De fato, não há, pois, lógica que o procedimento médico de inseminação artificial seja, por um lado, de cobertura facultativa - consoante a regra do art. 10, III, da lei de regência - e, por outro, a fertilização in vitro, que possui característica complexa e onerosa - consoante examinamos alhures - tenha cobertura obrigatória²⁴³.

A decisão traz, então, diversos precedentes da Terceira e da Quarta Turmas do STJ, a partir dos quais o relator verificou a necessidade de observância do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de plano de saúde para solucionar a controvérsia da lide. Dessa forma, concluiu que a deliberação sobre a obrigatoriedade ou não da cobertura dos procedimentos de RA pelos planos de saúde, diante da obrigação de custeio das atividades de planejamento familiar, exige uma interpretação jurídica sistemática e teleológica da lei, de modo a garantir o equilíbrio econômico do sistema de assistência à saúde suplementar, não podendo as

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.822.420 / SP**. Relator: Marco Buzzi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 out. 2021.

operadoras ser obrigadas a custear procedimentos que, conforme a lei específica e a regulamentação da ANS, são de natureza facultativa, salvo expressa previsão contratual.

Finalmente, a decisão conclui que se a lei excluiu a inseminação artificial da cobertura obrigatória que deve ser oferecida pelas operadoras de planos saúde aos consumidores, sendo a sua inclusão nos contratos facultativa, "na hipótese de ausência de previsão contratual expressa, é impositivo o afastamento do dever de custeio do mencionado tratamento pelas operadoras de planos de saúde". Estabelece-se, assim, a seguinte ementa de acórdão:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 1036 E SEQUINTE DO CPC/2015 - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER JULGADA IMPROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - REFORMA EM SEDE DE APELAÇÃO - INSURGÊNCIA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE - CUSTEIO DE TRATAMENTO POR MEIO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO - INVIABILIDADE - ESCÓLIO JURISPRUDENCIAL PACÍFICO DAS TURMAS QUE COMPÕEM A SEGUNDA SEÇÃO.

1. Para fins dos arts. 1036 e seguintes do CPC/2015:1.1. Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização in vitro.
2. Caso concreto: ausente cláusula autorizando a cobertura do tratamento de fertilização in vitro, impõe-se o acolhimento da insurgência recursal a fim de restabelecer a sentença de improcedência do pedido inicial.
3. Recurso especial provido²⁴⁴.

4.3. COMENTÁRIOS À LEI Nº 9.656 DE 1998, À RESOLUÇÃO NORMATIVA DA ANS Nº 465 DE 2021 E À JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do entendimento legal e jurisprudencial de que os tratamentos de reprodução assistida são exceções do rol de tratamentos de cobertura obrigatória, há que se questionar o motivo dessa exceção. Ora, tem-se como fato incontroverso que as técnicas de reprodução assistida são necessárias e/ou úteis para a superação da infertilidade e restabelecimento da saúde física e psíquica do indivíduo, e que são meios de planejamento familiar para a concepção, uma vez que o saber médico e técnico demonstraram cabalmente que estas técnicas são meios viáveis para se alcançar a gestação em caso de infertilidade e para que os indivíduos possam exercer a sua autonomia reprodutiva.

Assim, como já amplamente defendido neste trabalho, estão previstos no ordenamento jurídico os fundamentos necessários para se demonstrar a existência do direito à reprodução

²⁴⁴ *Ibid.*

assistida. Contudo, observa-se que, não obstante tais disposições constitucionais de caráter fundamental, as disposições legais específicas, os normativos da ANS e o entendimento jurisprudencial do STJ permanecem afastando a obrigação de cobertura dos tratamentos de RA pelos planos de saúde.

Ocorre que, como apontado, o julgamento repetitivo dos recursos especiais supramencionados não considerou na sua análise a compatibilidade da exclusão dos tratamentos de reprodução assistida com as garantias constitucionais e com a proteção do consumidor. Desse modo, baseando-se num entendimento, ora considerado equivocado, de que a FIV não era um procedimento hábil para tratar a enfermidade que a consumidora possuía, a infertilidade, o relator entendeu pela preponderância dos interesses econômicos da operadora de plano de saúde em detrimento dos interesses existenciais da beneficiária. É esse, portanto, o entendimento objeto de questionamento nesta pesquisa.

Sobre a questão em análise, é fato que há expressa vedação legal à obrigatoriedade de cobertura da reprodução assistida, porém, o que se busca no presente é justamente verificar se o referido dispositivo legal é compatível com a Constituição Federal de 1988 e as suas garantias incansavelmente mencionadas no bojo deste trabalho.

Para isso, é basilar entender que a teoria da argumentação jurídica permite o desenvolvimento do raciocínio jurídico para além das disposições legais positivadas. Assim, é possível a revisão e interpretação de normas e o julgamento de casos concretos *contra legem* sempre que se verificar um desacordo entre a solução legal e uma solução em prol de se atingir efetivamente a justiça - que, por vezes, não é alcançada a partir do que está disposto em lei, mas sim por interpretações do caso concreto²⁴⁵

Sendo assim, entende-se que não é razoável e justo que o indivíduo tenha desconsiderados a sua saúde, a sua dignidade, o direito ao planejamento da sua família e o seu direito à procriação, ou seja, tenha desconsiderado os seus direitos fundamentais existenciais, em razão de disposições infraconstitucionais da Lei nº 9.656 de 1998 e da regulamentação das

²⁴⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 12, out./dez. 2002. Rio de Janeiro: ed. Padma, p. 289.

Resoluções Normativas da ANS, que, conforme o Tema Repetitivo 1067, se sobrepõem a esses direitos fundamentais em razão do equilíbrio atuarial do contrato de plano de saúde.

É manifesto que uma lei infraconstitucional não pode se sobrepor ao que dispõe a Carta Magna, que prevê em seu bojo as garantias fundamentais ao indivíduo enquanto pessoa humana. Ademais, as disposições legais e contratuais sobre a relação de consumo entre operadoras e beneficiários de planos de saúde também devem observar os princípios e as garantias do CDC, sendo esta uma lei principiológica que trata sobre a vulnerabilidade e a proteção da relação consumerista. Todavia, o que se observa na legislação e jurisprudência vigentes sobre a cobertura dos tratamentos de RA é justamente o contrário, havendo uma inversão da lógica do ordenamento jurídico, em que deve prevalecer a supremacia da CF/88²⁴⁶.

Além disso, como já exposto, o traço marcante e distintivo das relações estabelecidas nos contratos de planos de saúde é o seu objeto, que é a cobertura de riscos de assistência à saúde por meio da prestação de serviços médico-hospitalares, e, por conseguinte, a proteção dos bens jurídicos da saúde e da vida. Nesse sentido, é possível verificar a contrariedade entre o conceito e os bens jurídicos tutelados pelos contratos de planos de saúde e a vedação em comento, uma vez que um contrato criado para esta finalidade tem uma lei contrária à cobertura de um tratamento de saúde, ainda que este seja indicado pelo médico do consumidor como necessário à sua saúde.

A economia e a livre iniciativa são, sem dúvidas, valores a serem observados na relação entre consumidores e operadoras de planos de saúde. Contudo, diante do objeto existencial do contrato, tais interesses econômicos devem estar comprometidos e alinhados com o fim último do ramo da saúde suplementar, que é a efetivação do direito fundamental social à saúde. Desta forma, os contratos de planos de saúde devem ser visualizados e interpretados em prol da sociedade e da efetividade da prestação do serviço suplementar à saúde.

Nesse diapasão, cabe lembrar que a busca pela cobertura dos tratamentos de reprodução assistida em caso de infertilidade não se trata apenas de uma pura e simples vontade do indivíduo de conceber um filho, mas sim de uma realidade em que muitas pessoas observam na geração de filhos o verdadeiro sentido da sua vida, algo que as completa e dá

²⁴⁶ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 241.

sentido à sua existência. Contudo, o desejo da filiação, da descendência genética e do elo familiar e o sonho de constituição de uma família pode se tornar inalcançável diante da infertilidade, sendo esta uma doença reprodutiva, com implicações físicas e psicológicas.

Ademais, deve-se considerar que, conforme insistentemente defendido no presente trabalho, é direito da pessoa humana, resguardado pela Constituição pátria, planejar a sua estrutura familiar a partir do direito à procriação, sendo do indivíduo a decisão, e cabendo ao Estado e ao ente privado respeitar e proporcionar os meios para a execução desse direito.

Assim sendo, pode-se defender que a exclusão da cobertura assistencial da inseminação artificial pelo art. 10, III, da Lei nº 9.656 de 1998, bem como a eventual disposição contratual que vede a cobertura de procedimentos de reprodução assistida, contrariam as normas constitucionais sobre direito à saúde e planejamento familiar (incluindo, sem se limitar, as disposições dos artigos 5º, *caput*; 196 c/c 99; e 226, § 7º; da CF/88), e o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que frustram a expectativa legítima do consumidor, a prestação dos serviços médicos hospitalares devidos e o objeto do pacto jurídico.

Em sentido diverso da jurisprudência atual do STJ, levanta-se, então, o argumento da obrigação de fazer das operadoras de planos de saúde quanto à cobertura do tratamento de reprodução assistida. Esse entendimento fundamenta-se no direito de todo e qualquer ser humano de poder gerar filhos, e no fato da infertilidade ser um problema de saúde, e, portanto, abrangida pela atividade fim da assistência privada à saúde.

Assim, compreende-se que, diante de uma situação de infertilidade do usuário de plano de saúde, devidamente diagnosticada e atestada pelo médico especialista, em que recomenda-se o procedimento de reprodução assistida como única alternativa capaz de, a um só tempo, conter o avanço da enfermidade e permitir a concepção e gestação superando a infertilidade, será obrigatória a sua cobertura pelo plano de saúde²⁴⁷; sob pena de incorrer em desvio da finalidade do contrato mantido entre as partes, bem como de se negar eficácia aos princípios constitucionais da saúde, do planejamento familiar e da autonomia reprodutiva.

²⁴⁷ GOMES, Josiane Araújo, *Op. cit.*, p. 241.

5. CONCLUSÃO

Partindo de uma análise sistemática de princípios e garantias constitucionais que fundamentam a existência, as possibilidades e os limites do direito à reprodução assistida, e de um estudo da evolução dos contratos e dos princípios e regras que regem os contratos de planos de saúde, o presente trabalho buscou esclarecer a discussão existente em torno da expressa vedação legal e regulamentar de cobertura dos tratamentos de reprodução assistida pelas operadoras de planos de saúde. E, a partir dessa exclusão prevista na Lei nº 9.656 de 1998 e na Resolução Normativa da ANS nº 465 de 2021, pretendeu-se verificar a repercussão que esta causa nos contratos entre operadoras de planos de saúde e consumidores, e a sua conformidade com os princípios constitucionais relacionados ao tema.

A mudança conceitual do termo “saúde” pela OMS fez com que este deixasse de referir-se apenas ao aspecto biológico e à ausência de enfermidade, passando a ser definido como o estado de completo “bem-estar físico, mental e social”. A nova definição de saúde não apenas conceituou o termo de forma mais abrangente, mas desencadeou verdadeiras mudanças, uma vez que o aspecto positivo do termo possibilitou a adoção de políticas públicas para a garantia do acesso e da proteção à saúde. O conceito amplo de saúde, em conjunto com a elevação do direito à saúde ao status de direito fundamental social pela CF/88, sendo um direito indisponível por natureza, tornou nítida a responsabilidade estatal pela saúde física, psíquica e social dos indivíduos.

Contudo, a incapacidade do Estado em atender de forma eficiente, qualificada e tempestiva as demandas populacionais por assistência à saúde, levou à ampliação do sistema suplementar de assistência à saúde, e, por conseguinte, da atuação das operadoras de saúde, que prestam serviços de cobertura de riscos de assistência à saúde. A relevância pública do direito à saúde levou à atribuição ao Estado do poder de fiscalização, regulamentação e controle das atividades de assistência à saúde prestadas por particulares. Logo, a prestação de serviços de saúde suplementar pelas operadoras de planos de saúde não fica a bel prazer do mercado de consumo, mas devem observar os requisitos mínimos de qualidade estabelecidos pelo poder público, bem como devem ser prestados de forma ampla, observando a conceituação abrangente de saúde.

Ademais, pelo presente trabalho verificou-se o reconhecimento no ordenamento jurídico, a partir do direito ao planejamento familiar e da autonomia reprodutiva, do direito à reprodução. Nesse sentido, a CF/88 legitima o direito do casal em escolher, de forma livre e responsável, o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos, com o fito de se atingir o mais elevado nível de saúde sexual e reprodutiva. Dessa forma, é possível afirmar que todo cidadão tem direito à concepção e à descendência, podendo exercê-lo por meio da concepção natural ou a partir de técnicas de reprodução humana assistida, nos casos de infertilidade do casal.

Conforme foi estudado, a infertilidade é uma doença do sistema reprodutivo, reconhecida pela OMS como uma enfermidade com efeitos físicos, psíquicos e sociais. A incapacidade em conceber descendentes genéticos pode causar no casal infértil sérios problemas psíquicos, afastando-os do estado de completo bem-estar mental. Dessa forma, a fim de garantir o direito à saúde, torna-se indispensável que o Estado e as operadoras de planos de saúde custeiem os tratamentos indicados para cada caso de infertilidade.

Como verificou-se, há casos de infertilidade que apenas as técnicas de reprodução humana assistidas permitem a concretização do direito à concepção e à descendência. Logo, se não existe outro meio viável e indicado pela medicina contemporânea para a efetivação do direito de ter filhos, as operadoras de planos de saúde deveriam custear os tratamentos de reprodução assistida, uma vez que são prestadoras de um serviço de utilidade pública, e de caráter fundamental. Entende-se que, nessas hipóteses, o atingimento do completo estado de bem-estar físico, mental e psíquico do ser humano e, conseqüentemente, a efetivação do direito à saúde, só seria possível por meio das técnicas de reprodução assistida.

Por outro lado, apesar da positivação dos direitos sociais pela Constituição Federal de 1998, e a autorização pelo Estado da prestação de serviços à saúde por entes privados, não há a efetivação plena desse direito. Assim, apesar dos avanços médicos que, por meio das técnicas de reprodução humana assistida, permitiram a concretização do sonho e do direito à concepção, não há obrigatoriedade do custeio pelas operadoras de planos de saúde destes tratamentos aos casais inférteis, uma vez que a Lei de plano de saúde exclui as técnicas de RA do rol de procedimentos de cobertura obrigatória. Ademais, além da limitação legislativa, o consumidor ainda tem a limitação contratual.

Sobre a relação contratual entre as operadoras de planos de saúde e os seus beneficiários, não há dúvidas de que esta é uma relação de consumo e, portanto, deve ser resguardada pelo Código de Defesa do Consumidor. Tendo em vista que essa relação é consumerista, os princípios gerais do direito do consumidor, quais sejam, a vulnerabilidade, a boa-fé objetiva, o equilíbrio e a transparência, e as demais regras e disposições do CDC devem incidir diretamente nos contratos de planos de saúde. A incidência do CDC nesses contratos é fundamental para equilibrar o negócio jurídico firmado entre as partes e para combater e proteger os consumidores das cláusulas abusivas que venham a ser estipuladas pelos fornecedores, havendo, para isso, a proteção pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Essa proteção do CDC nos contratos de planos de saúde é de basilar importância, tendo em vista a clara discrepância de poderes entre o fornecedor e o consumidor, e o fato desses contratos serem, em regra, de adesão, sem a possibilidade de o consumidor alterar os seus termos e condições. Essas características da relação entre operadoras de planos de saúde e consumidores, somada ao caráter fundamental e existencial do bem jurídico objeto do contrato de planos de saúde - o direito à saúde - , deixa o consumidor propenso a se submeter a obrigações demasiadas, a indevidas limitações de responsabilidades das operadoras e a exclusões de procedimentos e tratamentos do rol de cobertura dos planos de saúde. O que torna a relação extremamente onerosa e desvantajosa ao consumidor vulnerável.

Nesse contexto, é de suma importância que os contratos de planos de saúde sejam adequados à realidade e às demandas dos consumidores, visto que são contratos de longa duração, sem prazo estimulado para término e baseados na confiança dos consumidores de que, quando necessário, terão assegurados a assistência à saúde. Assim, como foi observado, é preciso que o poder público intervenha nessa relação contratual, uma vez que as limitações impostas pelos contratos podem afastar o consumidor do seu direito de atingir a saúde plena.

Por todo o exposto, foi possível alcançar a afirmação de que a obrigatoriedade de custeio dos tratamentos de reprodução assistida pelas operadoras de planos de saúde, nos casos de infertilidade, tem fundamento nos preceitos constitucionais do direito à saúde, do direito à concepção e do direito ao livre planejamento familiar (sendo esse último, inclusive, um tratamento de cobertura obrigatória pelos planos de saúde). Bem como, foi possível afirmar que, na ponderação entre os interesses existenciais dos consumidores e os interesses econômicos das operadoras de planos de saúde, tendo em vista a relevância dos referidos

direitos constitucionais e da função do contrato em prol da equivalência material entre os contratantes, deve-se prevalecer o direito do consumidor infértil aos tratamentos de reprodução assistida custeados pelos planos de saúde.

Como foi destacado neste trabalho, não se defende o fornecimento indiscriminado das técnicas de reprodução humana assistida para todos os indivíduos que desejarem. Mas é necessário analisar o caso, as particularidades e possíveis alternativas economicamente mais viáveis, uma vez que as técnicas de reprodução humana assistida possuem custos elevados e o fornecimento indiscriminado acarretaria desequilíbrio contratual e conseqüentemente tal prejuízo seria repassado aos demais consumidores com o aumento das mensalidades. Dessa maneira, seria justa e leal a cobertura da reprodução assistida aos casais inférteis que não possuem outra opção para a concretização da concepção biológica.

Assim, apesar da expressa vedação legal e do entendimento jurisprudencial do STJ que confirma a validade da exclusão legal, entende-se que o consumidor tem direito à cobertura do tratamento de reprodução assistida arcada pelas operadoras de planos de saúde, em respeito aos princípios e garantias constitucionais e ao direito do consumidor. Bem como, compreende-se que essa cobertura não representaria um desequilíbrio financeiro à empresa, posto que a prestação da saúde em caráter suplementar deve concretizar o estado de completo bem-estar físico e mental dos consumidores.

O presente trabalho compreende o direito à procriação como um direito decorrente dos direitos fundamentais à saúde, à vida, e ao planejamento familiar. Deste modo, as técnicas de reprodução humana assistida possuem o condão de superar a patologia da infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando todos os outros métodos possíveis tenham falhado. Nestes casos, a partir da interpretação, da integração e da aplicação das normas do CDC e do CC/02, dos princípios e garantias constitucionais e dos princípios contratuais em consonância com a lei de planos de saúde, entende-se que as operadoras de planos de saúde deveriam ser obrigadas a custear os tratamentos de reprodução assistida em prol da parte mais fraca da relação, o consumidor.

REFERÊNCIAS

- ABCMED, 2012. **Qual a diferença entre infertilidade e esterilidade? Quais são as causas?**. Disponível em: <https://www.abc.med.br/p/309845/qual-a-diferenca-entre-infertilidade-e-esterilidade-quais-sao-as-causas.htm>. Acesso em: 23 out. 2022.
- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dados e Indicadores do Setor. **ANS**. Disponível em https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de-situacao.html. Acesso em 03 dez. 2022.
- ALBUQUERQUE, R. M.; *et al.*. Infertilidade: associação com transtornos mentais comuns e a importância do apoio social. **Rev. psiquiatr.**, Rio Grande do Sul, v. 30, n. 3, p. 201-210, dez. 2008.
- ALDROVANDI, Andréa. **O Acesso às Tecnologias Reprodutivas: garantias e limites jurídicos**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2006.
- ALVES, Oslania de Fátima; SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano. As principais técnicas de reprodução humana assistida. **Saúde & Ciência em Ação – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde**, v. 2, n. 1, p. 26-37, jan.-jul. 2016.
- ANDRADE, Denise Almeida; CHAGAS, Márcia Correia. **O direito ao planejamento familiar no brasil**: a questão da filiação e da identidade genética no âmbito do “projeto parental” realizado por meio da inseminação artificial heteróloga. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2816.pdf Acesso em 25 out. 2022.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção da Autonomia Reprodutiva dos Transexuais. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, n. 20 (2), p. 549-558, maio – ago., 2012.
- BARROS, Alberto. Procriação Medicamente Assistida. In: BARBOSA, Carla; LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias. **Direito à saúde, estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira: Genética e Procriação Medicamente Assistida**. Coimbra: Almedina, 2016
- BELTRÃO, Silvio Romero. **Reprodução humana assistida: conflitos éticos e legais: legislar é necessário**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.
- BOIVIN J.; BUNTING L.; *et al.*. International estimates of infertility prevalence and treatment-seeking: potential need and demand for infertility medical care. **Human reproduction**, Oxford, v. 22, n. 6, p. 1506-1512, 2007.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa nº 465 de 24 de fevereiro de 2021. **Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à**

saúde. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw>. Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 23, I Jornada de Direito Civil.** Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>. Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 167, III Jornada de Direito Civil.** Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/295>. Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.320/2022. **Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 20, 1ª Jornada de Direito da Saúde.** Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa da República do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 20 maio 2022.

BRASIL. Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948. **Promulga os Atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde.** Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 29 maio 2022.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2021.** Rio de Janeiro: IBGE, 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm Acesso em 20 jun. 2022.

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.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm Acesso em 20 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.656 de 3 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm Acesso em 20 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em 29 maio 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução - RDC nº 23 de 27 de maio de 2011. **Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências**. Disponível em https://www.saude.mg.gov.br/index.php?option=com_gmg&controller=document&id=708 Acesso em 11 jun. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional de Saúde**. Disponível em <https://www.pns.icict.fiocruz.br/> Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 426/GM de 22 de março de 2005**. Disponível em https://bvsmg.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. **Saúde**. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf> Acesso em 02 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.590.221/DF**. Relator: Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 nov. 2017. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600679213&dt_publicacao=13/11/2017 Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.692.179/SP**. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 15 dez. 2017. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702035926&dt_publicacao=15/12/2017 Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.794.629/SP**. Relator: Ministro Moura Ribeiro; Relator para o acórdão: Ministra Nancy Andrighi.. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 mar. 2020. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900271706&dt_publicacao=10/03/2020 Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.822.420 / SP**. Relator: Marco Buzzi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 out. 2021. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=134819790®istro_numero=201901804699&peticao_numero=&publicacao_data=20211027&formato=PDF Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.822.420 / SP**. Relator: Marco Buzzi. Voto-vista: Min. Moura Ribeiro. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 out. 2021. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=136889078&num_registro=201901804699&data=20211027&tipo=3&formato=PDF Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.822.818 / SP**. Relator: Marco Buzzi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 out. 2021. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=135226378®istro_numero=201901834717&peticao_numero=&publicacao_data=20211027&formato=PDF Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.851.062 / SP**. Relator: Marco Buzzi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 out. 2021. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=135220890®istro_numero=201903569861&peticao_numero=&publicacao_data=20211027&formato=PDF Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 608**. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 17 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 1.067**. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1067&cod_tema_final=1067 Acesso em 03 dez. 2022.

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

CATALAN, Marcos; FROENER, Carla. **A Reprodução Humana Assistida na Sociedade de Consumo**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

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

DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira da Saúde Ocupacional**, n. 54, vol. 14, abril, Maio, Jun, 1986.

DICKENS, B. M.; HOCHSCHILD, F. Z.; MANZUR, S. D. Human Rights To In Vitro Fertilization. **JBRA Assisted Reproduction**. Disponível em <https://www.jbra.com.br/media/html/JBRA1064.html> Acesso em 16 out. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

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

FILOMENO, José Geral do Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. **Ver. Bio. y Der.**, n. 34, p. 64-80, 2015.

GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de Plano de Saúde**. 2. ed. Leme, SP: Editora Mizuno, 2020.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOZZO, Débora. Reprodução humana assistida e autonomia existencial da mulher. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 23-42, jul.-dez., 2017.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica de proteção do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019.

KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Autonomia reprodutiva e novas tecnologias no ordenamento brasileiro: violações e ameaças ao direito a gerar e a não gerar filhos. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, p. 113-131, jul.-dez. 2016.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito de Família**. São Paulo: RT, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, Renata Ramalho Queiroz; FROTA, Ana Maria Monte Coelho. O Desejo de Ser Mãe e a Barreira da Infertilidade: Uma Compreensão Fenomenológica. **Revista da Abordagem Gestáltica - Phenomenological Studies**, v. XX, n. 2, 151-160, jul. – dez., 2014.

LÔBO, Paulo. **Contratos: Coleção Direito Civil volume 3**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Expectativas Legítimas dos Consumidores nos Planos e Seguros Privados de Saúde e os Atuais Projetos de Lei. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 12, p. 80-92, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor: A evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 18, p. 35-76, 2000.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro. A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-Fé no Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 801, ano 91, 2002.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **International Classification of Diseases 11th Revision**. Disponível em <https://icd.who.int/browse11/l-m/en>. Acesso em 30 maio 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Glossário revisado da Terminologia das Técnicas de Reprodução Assistida (TRA): Comitê Internacional para Monitorização da Tecnologia Reprodutiva Assistida**. Geneva: OMS, 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Infertility**. Disponível em <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>. Acesso em 30 maio 2022.

PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de saúde e a tutela judicial de direitos: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PEQUIM. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Disponível em https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em 10 jun. 2020.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **O direito à reprodução humana assistida: da teoria à concretização judicial**. Curitiba: Juruá, 2012.

PLATAFORMA DE CAIRO. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 10 jun. 2020.

RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha. Reprodução assistida, consumo de tecnologia, deslocamentos e exclusões. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 60, n. 1, p. 39-41, 2008.

RODRIGUES, Isabella Meijueiro Edo. **O direito das mulheres portadoras de infertilidade em receber tratamento pelo SUS e pelos planos de saúde no Brasil**. 2020. Dissertação (Pós-graduação em Direito) – Curso Especialização em Direito da Medicina, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

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

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução humana assistida: um direito fundamental?** 1. ed. Curitiba: Appris, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 9 ed. São Paulo: Moderna, 2014.

VIEIRA, Pollyana. **Direito Fundamental à Reprodução Assistida**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2020.