

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

WILSON ANTÔNIO STEINMETZ

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos; Wilson Antônio Steinmetz; Cláudia Mansani Queda de Toledo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-729-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direitos Fundamentais II", durante o XXVII Congresso Nacional do Conpedi – Porto Alegre-RS, sobre o tema geral Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito, nos dias 14, 15 e 16 de novembro de 2018. Neste conjunto de comunicações científicas consolidam-se os resultados das relevantes pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação de mestrado e doutorado em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos advindos de pesquisas nacionais que levaram ao encontro científico várias controvérsias acadêmicas e desafios relativos às construções teóricas sobre direitos fundamentais e que contaram com relevantes pesquisas empíricas.

O número de artigos submetidos e aprovados foi de 18 ao todo, dos quais foram apresentados 17, com apenas uma ausência, sendo que dois deles com a participação dos coordenadores do Grupo de Trabalho. Todos foram permeados de intensos debates, desde o enfrentamento das dimensões gerais sobre o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito, ao lado de outras duas contribuições acerca da fraternidade enquanto princípio. Discutiu-se a educação e seus atores a partir do conceito constitucional, alcançando-se reflexões a respeito dos direitos fundamentais ligados à saúde como direito fundamental, em abordagem sobre o espectro autista e também sobre a reprodução assistida, ao gênero feminino, à vulnerabilidade do idoso e acrescidos de discussões sobre os desafios relativos à infância e sua proteção integral, a englobar subtemas como as medidas sócio educativas até as questões que envolvem a nutrição infantil e a ciberpublicidade.

Foram igualmente objeto de análise temas relativos à liberdade religiosa e aos preconceitos relacionados às práticas ligadas à religião e à afro-descendência. Por derradeiro, houve também exposições sobre os conteúdos das perícias médicas como direito fundamental e a corrupção como um processo corrosivo em relação aos direitos fundamentais.

Os temas dialogados tem amplo espectro e demonstram a importância do encontro científico, além de enfrentarem problemas teóricos e práticos quanto à integridade dos direitos fundamentais, de forma que a leitura indicará a preocupação com a proteção efetiva da dignidade daqueles que integram o Estado Democrático de Direito.

Registre-se por parte desta coordenação os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz – UCS

Profa. Dra. Bartira Macedo Miranda Santos – UFG

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo - FDSM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PLANOS DE SAÚDE E O DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

HEALTH PLANS AND THE RIGHT TO ASSISTED REPRODUCTION

Maria Cláudia Trajano Marques de Souza Santos ¹

Resumo

O presente artigo tem por escopo demonstrar que o direito ao planejamento familiar constitui uma garantia constitucional ao casal, cuja reprodução pelos meios naturais mostra-se inviável. No primeiro tópico, tratamos do direito à reprodução assistida como espécie do direito à saúde, elevado ao patamar de direito fundamental. Apresentamos ainda, no segundo tópico, as formas de tratamentos médicos para a efetivação da reprodução e por fim, informamos a postura dos planos de saúde ao se depararem com o pedido de cobertura do tratamento, bem como qual tem sido a inclinação do posicionamento jurisprudencial.

Palavras-chave: Plano de saúde, Reprodução assistida, Fertilidade, direito fundamental, dignidade humana

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to demonstrate that the right to family planning constitutes a constitutional guarantee for the couple, whose reproduction through natural means is not feasible. In the first topic, we treat the right to assisted reproduction as a kind of right to health, raised to the level of fundamental right. We also present, in the second topic, the forms of medical treatments for reproductive effectiveness and finally, we inform the health plan's attitude when faced with the request for coverage of the treatment, as well as what has been the slope of the jurisprudential positioning.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Health insurance, Assisted reproduction, Fertility, fundamental right, human dignity

¹ Advogada. Especialista em Direito Civil e Processual Civil - Escola Paulista de Direito. Professora Universitária

INTRODUÇÃO

De acordo com o que se extrai da Constituição Federal em seu artigo 226, § 7º, decorre do princípio da dignidade humana o direito de constituir prole, valendo-se de toda a tecnologia disponível e necessária para tanto.

Além da previsão constitucional, há um rico arsenal de normas infraconstitucionais que visam imprimir efetividade ao pleno exercício do direito ao planejamento familiar, entre as quais destacamos as leis 9.263/99, 9.656/98 e 8.078/90.

O objetivo deste estudo consiste em demonstrar que, embora haja resistência determinada por parte das operadoras de planos de saúde em custear o tratamento necessário à reprodução assistida, alegando para tanto, estar o tratamento excluído do rol de procedimentos, o Judiciário tem se inclinado acertadamente, no sentido de conferir ampla proteção ao casal, cujo tratamento se faz imprescindível à reprodução, declarando nula a referida cláusula contratual por ser patentemente abusiva.

A metodologia utilizada para este trabalho compreende pesquisa jurisprudencial, doutrinária e legal, além de pesquisas acerca de assuntos afetos à saúde humana junto a sites oficiais.

1. O DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1.1 DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O direito ao planejamento familiar apregoado de forma expressa pela Constituição Federal em seu artigo 226, § 7º consiste num desdobramento do princípio da dignidade humana.

Art. 227: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

Segundo conceitua o Ministério da Saúde:

“Planejamento familiar é o direito que toda pessoa tem à informação, à assistência especializada e ao acesso aos recursos que permitam optar livre e conscientemente por ter ou não ter filhos. O número, o espaçamento entre eles e a escolha do método anticoncepcional mais adequado são opções que toda mulher deve ter, na escolha de forma livre e por meio da informação, sem discriminação, coerção ou violência.”¹

A questão do planejamento familiar revela-se atrelada ao princípio fundamental da dignidade humana amparado constitucionalmente para garantir a todo ser humano, uma existência justa e bem atendida em suas necessidades básicas.

Os direitos fundamentais, entre os quais consta o da dignidade humana, são conceituados como “todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos dotados de *status* de pessoa, de cidadão ou pessoa com capacidade de fato.” (FERRAJOLI, 2001, p.37).

Ao Estado cumpre garantir às pessoas o seu pleno exercício. “Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes”. (PINHO, 2010, p. 96).

Bontempo ratifica o privilégio à dignidade humana:

“(…) são autênticos os direitos fundamentais, dotados de eficácia e plenamente exigíveis judicialmente (...). Partindo do pressuposto, portanto, que os direitos sociais são direitos fundamentais, submetem-se eles à principiologia e lógicas próprias dessa categoria de direitos. Vale dizer: devem ser interpretados de modo a garantir a dignidade da

¹Disponível em <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>, acesso em 12/09/2018

pessoa humana; seus efeitos devem ser maximizados ou otimizados, nos termos do princípio da aplicabilidade imediata e são intangíveis (...)” (2005, p. 192).

Acerca do direito ao planejamento familiar enquanto direito fundamental, importa atentar que constitui espécie do direito à saúde, cujo conceito, segundo a Organização Mundial de Saúde consiste em:

“A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem traz em seu artigo 25 a seguinte previsão:

“Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto a alimentação, ao vestuário, ao alojamento, a assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito a segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”.

O tratamento que hoje se dá ao direito ao planejamento familiar efetiva a ideia geral de proteção criada pelo Estado e destinada aos seres humanos. O reconhecimento de que a plenitude de realização subjetiva humana encontra-se no pleno gozo de saúde e bem-estar representa avanço social digno.

Especificamente no que tange à saúde reprodutiva, a Organização das Nações Unidas (ONU) afirma:

“Saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes o

deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. De conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis”.²

A dignidade humana sobrepõe-se, portanto, ao próprio Estado, já que a este imputa-se a responsabilidade de garantidor dos direitos fundamentais. Sarlet afirma:

“uma das funções exercidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, é o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional,(...). (...), a Constituição , a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que , por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado(...” (2012, p. 91).

O que se extrai do direito ao planejamento familiar é a ideia de que ao casal fica conferida a prerrogativa de evitar ou conceber filhos, ainda que não pela forma natural. Por outro lado, a Constituição Federal atribuiu ao Estado a

²Disponível em <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PublicacoesConteudoSumario&id=58>, acesso em 05/08/2018

obrigação em disponibilizar os recursos médicos e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar.

A Lei 9.263/99 regulamenta o artigo constitucional, conforme se descreve:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

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

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

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

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

I - a assistência à concepção e contracepção;

(...)

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

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

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o **caput** só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

O diploma que regulamenta os Planos de Saúde (Lei 9.656/98), também prevê de forma expressa e abrangente a obrigatoriedade de cobertura de atendimento no caso de planejamento familiar.

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

(...)

III – de planejamento familiar.

Quando se analisa o direito em comento sob a perspectiva dos casais que optam pela não reprodução, o Estado se faz efetivo. Isto porque, são inúmeras as ofertas de meios para a contracepção, entre os quais se destacam preservativos, anticoncepcionais, vasectomia e laqueadura.

O objeto do nosso estudo restringe-se à eficiência do Estado no trato com casais que optam pela reprodução, mas não têm a possibilidade de realizá-la pelos meios naturais fazendo-se imprescindível, portanto, o uso de técnicas de reprodução assistida.

Como bem assevera Pinheiro Neto:

“A capacidade de perpetuar a espécie representa uma essência para a realização do ser humano, em todos os tempos, em todos os povos. A preocupação com a fecundidade vem se desenrolando na história de tal modo que a incapacidade de gerar representou, sempre, uma ameaça, um temor que poderia significar motivo de degradação no grupo familiar e social. Ser infértil resulta em um mal-estar, fonte de sofrimento e dissabores como frustração, culpa, inferioridade, pois significa ser portador de um estigma que marca e discrimina quem se desvia dessa ordem social estabelecida”. (2012, p.66)

A questão da procriação para muitos casais revela-se como tema importante condicionando, muitas vezes o sentimento de plena realização no aspecto familiar.

2- FORMAS DE TRATAMENTO

Os tratamentos atualmente mais utilizados para a infertilidade conjugal são: inseminação intra-uterina e fertilização in vitro. Estes procedimentos podem ser realizados com os gametas do casal ou, em casos de esterilidade ou de transmissão de doenças dominantes, pode-se utilizar espermatozóides de banco de sêmen ou óvulos doados.³

Ao serem utilizados gametas do próprio casal ou ainda de doadores anônimos, processando-se a fecundação dentro do corpo da mulher estamos diante da técnica de inseminação intra-uterina. No procedimento da fertilização in vitro, a fecundação se dá em laboratório.

A paciente recebe um tratamento para liberar mais de um óvulo por ciclo (o normal é apenas um). Esses óvulos são aspirados por uma agulha e colocados em meio de cultura com nutrientes. Os espermatozóides são depositados no mesmo recipiente. O óvulo, depois de fertilizado, vai para uma estufa onde começa a ocorrer a divisão celular e formar o embrião. Quando já existir entre oito e 16 células, o que leva cerca de 72 horas, o embrião é colocado no útero da mãe. Geralmente são implantados mais de um embrião para aumentar a chance de ocorrer a gravidez. Por isso é tão comum o nascimento de gêmeos ou trigêmeos.⁴

Em função do direito ao planejamento familiar, conjugado com o princípio da dignidade humana, constitui obrigação do Estado – já que confere ao particular a permissão para prestar o serviço público de saúde – garantir ao cidadão a

³ Disponível em: <https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>> acesso em 10/09/2018

⁴ Disponível em: <http://super.abril.com.br/saude/diferencas-entre-inseminacao-artificial-e-fertilizacao-in-vitro/>, acesso em 12/09/2018

correspondente proteção diante da frequente recusa dos planos de saúde em custear o tratamento de reprodução assistida.

Vale informar que a prestação do serviço de saúde, ainda que ofertada por particular, permanece qualificada como serviço público, o que sujeita o prestador às mesmas regras impostas ao Estado.

Nessa linha, a recusa na cobertura de procedimentos para reprodução assistida por parte dos planos de saúde configura-se abusiva, cabendo ao Judiciário invalidar eventual cláusula contratual que disponha de tal forma.

3 – A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E OS PLANOS DE SAÚDE

Importa esclarecer que a abusividade por parte dos planos de saúde pode se revelar tanto na recusa do tratamento quanto na fixação de preços exorbitantes para a prestação do serviço, que também findaria por transformar em letra morta o exercício do direito.

Não se pode olvidar ainda, que as relações travadas entre cidadãos e planos de saúde sujeitam-se incontestavelmente, à ingerência da legislação consumerista (Código de Defesa do Consumidor – CDC), a qual impõe que se dê interpretação mais favorável ao consumidor. Tal entendimento encontra-se, inclusive, reproduzido pela Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual preceitua: *“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde”*.

No dizer de Cláudia Lima Marques:

O direito do consumidor seria, assim, o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com este triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa dos consumidores (Art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”); 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária “defesa” do sujeito de direitos “consumidor” (Art. 170 da Constituição

Federalde 1988: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor) e 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infraconstitucionalmente através de um Código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na idéia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa do “consumidor” (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988: O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor)⁵.

Embora os consumidores contem com largo arsenal de leis que garantam a efetiva proteção de seu direito à reprodução assistida, constitui fato corriqueiro a negativa da cobertura do referido serviço por parte das operadoras de planos de saúde, assim como ocorrem em diversos tipos de enfermidades, não recebendo o paciente tratamento no tempo adequado.

Nesse sentido, diversos são os julgados:

"APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. INTERNAÇÃO EM CLÍNICA DE SPA. OBESIDADE. RECUSA DE COBERTURA. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE DE CLÁUSULA ABUSIVA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA BOA-FÉ OBJETIVA. PERCENTUAL DA VERBA HONORÁRIA. MANUTENÇÃO. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DA CAUSA. APELO IMPROVIDO. 1. É obrigatória a autorização pelo plano de saúde para tratamento de obesidade em clínica especializada, haja vista que tal tratamento é indispensável para a involução da doença, conforme relatório médico. 2. O objetivo contratual da assistência médica corresponde, necessariamente, à obrigação de restabelecer ou procurar restabelecer, através dos meios técnicos possíveis, a saúde do paciente, vedada, portanto, qualquer limitação contratual que impeça a prestação do serviço. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva e dos

⁵ MARQUES, Cláudia Lima; Manual de Direito do Consumidor. Editora Revista dos Tribunais. 5ª edição, 2013, p. 34

arts. 47 e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. 3. Tendo em vista que, por se cuidar de obrigação de fazer, sem valor patrimonial predominante, o percentual estabelecido da verba honorária sucumbencial deverá incidir sobre o valor da causa, com base no que dispõe o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Precedente do STJ. 4. Recurso improvido." (TJBA, Apelação 0017222-22.2007.8.05.000, Terceira Câmara Cível, Relª Desª Rosita Falcão de Almeida Maia, j. 18.02.2014, public. 19.02.2014)

Assim como:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. TRATAMENTO DE CIRROSE HEPÁTICA POR HEPATITE C VIRAL. MEDICAMENTO 'SOFOSBUVIR' (SOVALDI® 400 MG) PRESCRITO PELO MÉDICO QUE ACOMPANHA A AUTORA. ÚNICA FORMA DE TRATAMENTO POSSÍVEL. NEGATIVA DE COBERTURA. RISCO DE DANO GRAVE OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Recurso interposto contra a r. decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela para determinar à agravante que, no prazo de 48 horas, disponibilizasse à autora o medicamento Sofosbuvir (Sovaldi® 400mg), necessário ao tratamento de Cirrose Hepática por Hepatite C viral, pelo período e na quantidade indicados pelo médico responsável pelo tratamento, sob pena de incidência de multa diária no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). 2. Razoabilidade da medida, diante da existência de discussão acerca da validade da negativa de cobertura. 3. Documentos apresentados demonstraram a necessidade do tratamento com o medicamento em questão, indicando que o histórico clínico apresentado pela autora e o atual estágio da enfermidade conduzem à prescrição do medicamento, não sendo possível a sua substituição por nenhum outro tratamento. 4. Momento processual em que, entre os bens jurídicos disputados - saúde e/ou a vida da agravada (ambas sujeitas a danos irreversíveis), e a questão financeira da agravante (esta sim reversível) - deve prevalecer o primeiro. 5. Agravo de instrumento não provido." (TJSP, Rel. Alexandre Lazzarini, j. 11.11.2014, 9ª Câmara de Direito Privado)

O principal argumento invocado pelos planos de saúde consiste na expressa previsão contratual quanto à exclusão da cobertura para o procedimento de inseminação artificial. Contudo, uma vez classificada a infertilidade como doença pela Organização Mundial de Saúde (OMS), há que como tal ser tratada, com a máxima eficiência e às expensas do plano de saúde contratado.

Da obrigação do Estado em promover ampla proteção ao direito à saúde decorre o direito ao acesso às técnicas de reprodução assistida por meio do Sistema único de Saúde (SUS).

Com relação ao Estado, quando instado a proporcionar o tratamento de reprodução assistida, costuma invocar a teoria da reserva do possível a fim de ser excluída a sua responsabilidade. Segundo a mencionada teoria, a satisfação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente está condicionada à capacidade financeira do Estado; de modo que o seu déficit financeiro cumpre a justificativa de recusa à assistência para a reprodução assistida.

De fato, tal argumento não se coloca como óbice razoável para justificar o descumprimento do direito à reprodução assistida, já que confronta com o instituto do mínimo existencial ou mínimo vital. Segundo o referido conceito, as obrigações necessárias atribuídas ao Estado para o exercício de uma vida minimamente digna não podem ser preteridas sob argumento de déficit orçamentário.

Os direitos protegidos pela tese do mínimo existencial compreendem moradia, educação, saúde, entre outros, sem os quais seria impossível conferir uma sobrevivência minimamente digna a qualquer ser humano.

Quanto aos planos de saúde privados, os quais hasteiam entraves contratuais para justificar a recusa; importa que se analise a questão sob a perspectiva do consumidor; assim, revela-se nula cláusula contratual que contrarie o que consta determinado nas leis 9.656/98 e 9.263/96, as quais tratam do planejamento familiar, do direito, portanto, de se constituir prole.

A Agência Nacional de Saúde (ANS) faz coro junto aos que entendem que não há argumento legal que atribua aos planos de saúde a obrigação de custear os procedimentos de reprodução assistida, a menos que haja alteração na respectiva lei no sentido de acrescentar ao rol de procedimentos obrigatórios das empresas

o referido tratamento. Reconhece, contudo, que há obrigação por parte dos planos em arcar com quaisquer procedimentos que visem o diagnóstico e tratamento da infertilidade, tais como: ultrassom, laparoscopia, contagem de espermatozoides, exames hormonais, cirurgias, entre outros.

Embora avidamente reconhecido pelas Cortes superiores do país, o direito à cobertura ao procedimento de reprodução assistida custeada pelos planos de saúde ainda encontra resistência em alguns Tribunais estaduais. É muito comum que se encontre pedidos de liminar indeferidos sob o argumento de que o objetivo pleiteado não guardaria relação com a saúde da pessoa, não seria o caso de doença grave, mas de realização de projeto pessoal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela antecipada. Obrigação de fazer consistente em custear técnica de fertilização artificial (*in vitro*). Ausência dos pressupostos para a concessão do provimento judicial de forma antecipada. A agravada não demonstrou estar exposta a qualquer risco, posto que a inviabilidade da gravidez natural não tem potencial de causar lesão ou risco à sua saúde ou à sua vida. Fundadas dúvidas, em cognição sumária, sobre a obrigatoriedade do custeio do procedimento, bem como acerca de sua abrangência. Questão que recomenda maior prudência do julgador, devendo a pretensão ser enfrentada após a regular formação da relação processual e ao término da instrução processual, prestigiando-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Precedente. Reforma da decisão agravada. PROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ, 23ª Câmara Cível, AI: 0013321-44.2016.8.19.000, des. Celso Silva Filho, julgamento em 06.07.2016.)

Em caso semelhante em que se pleiteou o custeio de medicamentos para tratamento de fertilização *in vitro* por parte da Municipalidade de Andradina, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o recurso de apelação interposto pela Municipalidade, reformou a sentença de primeiro grau, a qual teria conferido o direito ao casal ao argumento de que:

“a autora não se encontra acometida de qualquer moléstia, e as drogas pleiteadas não têm por objetivo preservar a sua saúde ou vida, mas

somente atender expectativas pessoais, de modo que o seu pedido não se enquadra no já citado comando constitucional.

Sabe-se, ademais, que o Estado disponibiliza tratamento gratuito para a reprodução assistida, de maneira que não se pode falar em omissão quanto ao dever insculpido na Carta Magna de proteção à maternidade, como alega a autora.” (TJ/SP, Apelação Cível nº: 0002342-63.2010.8.26.0024 – Prefeitura Municipal de Andradina, 4ª Câmara de Direito Público, Relator: Rui Stoco)

5- CONCLUSÃO

Ora, a análise do pedido de constituição da prole deve se dar sob a perspectiva humana, subjetiva, calcada justamente no princípio da dignidade de onde decorre o direito de constituir família.

Além disso, a saúde observada segundo a conceituação dada pela Organização Mundial de Saúde, qual seja, “*um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades*”⁶, revela-se em sentido amplo, de forma que seja se leve em conta o estado geral de bem estar.

Obviamente que a negativa da cobertura da reprodução assistida afronta a ideia de gozo pleno da saúde porque impede realização do projeto de constituição familiar afetando o sentimento de realização humana na constituição da prole.

O propósito da lei, ao impor aos planos de saúde de forma de expressa, a obrigação de fornecer cobertura no atendimento no caso de planejamento familiar foi o de reconhecer a realização subjetiva decorrente da criação da família como um dos instrumentos para o exercício pleno da saúde.

Estima-se que atualmente, 20% da população brasileira em idade reprodutiva sofra com problemas relacionados à infertilidade. O perfil que

⁶ Disponível em <http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/dia-nacional-da-saude-criado-em-homenagem-oswaldo-cruz-e-oportunidade-para-reflexao>, acesso em 12/09/2018

prevalece é o de mulheres entre 35 e 40 anos, casadas, estáveis na carreira e após tentarem insistentemente a concepção pelos métodos naturais.

Ao negar a integral cobertura do tratamento adequado à reprodução, o Estado nega o pleno exercício do direito à saúde, bem como o direito de constituição da família. O quadro se agrava ainda mais quando consideramos com o passar da idade, especialmente após os 35 anos, a fertilidade da mulher decresce vertiginosamente e vai sendo comprometida a cada ano. Nessa fase, não há mais tempo para replanejamento, o tratamento precisa se dar imediatamente, sob pena de ser inócuo futuramente; por tal razão, há uma repercussão desastrosa na negativa do direito à reprodução.

De outro modo, o Superior Tribunal de Justiça em decisão recente reconheceu com justiça o direito ao tratamento de reprodução assistida a uma paciente acometida de endometriose, com base no preceito constitucional do planejamento familiar.

DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DA UNIMED FORTALEZA EM CUSTEAR O TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO. EXCLUSÃO CONTRATUAL DO PROCEDIMENTO. CLÁUSULA ABUSIVA. NECESSIDADE DECORRENTE DO PLANEJAMENTO FAMILIAR. LEI 9.656/98 E LEI 9.263/96. ARTIGO 226 § 7º, DA CF. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SÚMULA 469 DO STJ. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cuida-se de apelação cível interposta em face de sentença que julgou procedente o pedido formulado em obrigação de fazer, determinando que o plano de saúde promovido custeie tratamento de fertilização in vitro da requerente, já que esta é acometida de endometriose, não podendo engravidar por meios naturais.
2. Sustenta o plano de saúde apelante que o contrato celebrado entre os litigantes não acoberta o custeio de tal procedimento.
3. Contudo, conforme estabelece a Súmula 469 do STJ, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Aos contratos de plano de saúde.

E, sob esta ótica, mostra-se abusiva a cláusula que limita o rol dos procedimentos hospitalares a que tem direito a apelada, negando-lhe o tratamento de fertilização in vitro, prescrito por profissional médico habilitado.

4. Em suma, é de todo inválida a cláusula do contrato que desrespeita o disposto nas Leis 9.656/98 e 9.263/96, as quais determinam que os planos de saúde atendam às necessidades correspondentes à materialização do planejamento familiar, expressão certa da dignidade da pessoa humana.

5. No que tange à irrisignação quanto ao valor fixado pelo juízo monocrático a título de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), tem-se que esta não merece acolhimento, tendo-se em vista que a referida cominação foi fixada dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

6. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida em todos os seus termos. (Agravo em Recurso Especial nº: 660.788 – CE (2014/0338047-0, Relator: Ministro Marco Buzzi, 17/06/2015).

Acertadamente, a decisão do Superior Tribunal de Justiça fez prevalecer o direito constitucional ao planejamento familiar ao declarar inválida a cláusula abusiva constante corriqueiramente dos contratos de planos de saúde que limitam o rol de procedimentos hospitalares cobertos.

Ora, ao contratar determinado plano de saúde, cria-se a expectativa de que a sua eficiência na prestação do serviço viabilizará a boa qualidade de vida que todos buscam decorrente do gozo pleno da saúde, portanto, qualquer oposição injustificada que se faça contra o exercício do direito à saúde revela-se abusiva e merece, portanto, a firme atuação do Poder Judiciário.

O direito à reprodução assistida constitui representação genuína do direito fundamental da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal de 1988. Decorre do princípio da dignidade humana e visa conferir a todos, tanto quanto possível, sob a análise do conceito de saúde de forma ampla e abrangente, uma vida plena e justa.

O direito à reprodução humana será exercido contra o Estado ou contra os planos de saúde privados, os quais fazem as vezes do Estado, e nessa condição, haverão que sujeitar-se à supremacia da dignidade humana.

7. BIBLIOGRAFIA

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley do más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; Manual de Direito do Consumidor. Editora Revista dos Tribunais. 5ª edição, 2013

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang, Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, 11ª Edição, 2009

<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>, acesso em 12/09/2018

<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PublicacoesConteudoSumario&id=58>, acesso em 05/08/2018

<https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>>
acesso em 10/09/2018

<http://super.abril.com.br/saude/diferencas-entre-inseminacao-artificial-e-fertilizacao-in-vitro/>), acesso em 12/09/2018

<http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/dia-nacional-da-saude-criado-em-homenagem-oswaldo-cruz-e-oportunidade-para-reflexao>, acesso em 12/09/2018