VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

IARA PEREIRA RIBEIRO

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

RENATA CAPRIOLLI ZOCATELLI QUEIROZ

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Emerson Affonso da Costa Moura; Iara Pereira Ribeiro; Janaína Machado Sturza; Renata Capriolli Zocatelli Queiroz – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-732-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

DIREITO E SAÚDE

O VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), o maior encontro da pesquisa e pós-graduação jurídica do país, teve como tema "Direito e Políticas Públicas na era digital". Como de costume, o Encontro Virtual do CONPE-DI promoveu uma ampla integração acadêmica, com a participação de pesquisadores de todas as regiões do país e do exterior.

Neste cenário, o GT Direito e Saúde contou com trabalhos de grande relevância no que concerne às mais diferentes possibilidades de interlocução com as pautas vinculadas à saúde. Foram 24 trabalhos apresentados por pesquisadores de diferentes partes do Brasil – consolidan-do o quê tradicionalmente vem acontecendo neste GT: discussões e reflexões vislumbrando a saúde como direito universal diante de grandes desafios, com desdobramentos, avanços e retro-cessos, em busca de se alcançar um Direito à Saúde mais justo e equitativo.

Para tanto, o GT foi organizado em 4 blocos de apresentação, no sentido de equalizar os debates. No primeiro bloco foram apresentados 6 artigos, dentre os quais: "A SAÚDE PÚBLI-CA FRENTE A FRATERNIDADE E O BIOTERRORISMO: DA GOVERNAMENTALIDADE BIOPOLÍTICA DA POPULAÇÃO AO DISCIPLINAMENTO /CONTROLE DOS CORPOS PELA SOFISTICAÇÃO DA GUERRA", de autoria de Janaína Machado Sturza, Gabrielle Scola Dutra e Mariana Chini, o qual teve objetivo fomentar uma reflexão acerca da compreensão da saúde pública enquanto um bem comum da humanidade, frente a temática do bioterrorismo como tecnologia bélica de poder no âmbito da utilização de armas biológicas como escolha de guer-ra. O segundo artigo, intitulado "SAÚDE E GÊNERO: A DINÂMICA IDENTITÁRIA DAS MULHERES TRANSMIGRANTES SOB AS LENTES TRANSDICIPLINARES DA FRATER-NIDADE", de autoria de Janaína Machado Sturza e Gabrielle Scola Dutra, o qual buscou anali-sar o fenômeno do acesso à saúde e a feminização das transmigrações que articulam uma diás-pora de precariedade ao longo do percurso transmigratório, fragmentando a potência existencial feminina e cambiando identidades. O próximo trabalho, "A INSEGURANÇA JURÍDICA CAU-SADA NA APLICAÇÃO DO TEMA 793 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL", de autoria de José Adelar de Moraes, teve por

objetivo analisar a Competência da União, dos estados e dos Municípios, ante a tese firmada no Tema 793. Já o trabalho “A SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA RELAÇÃO COM O MÍNIMO EXISTENCIAL”, de autoria de Horácio Monteschio e João Marcos Lisboa Feliciano, objetivou examinar e estudar as disposições normativas concernentes à saúde como direito fundamental e humano, em especial e prioritariamente para aqueles indivíduos em formação, como as crian-ças e os adolescentes. O penúltimo texto do bloco, “APONTAMENTOS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS NO SUS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA REGULATÓRIA EM PROL DO DIREITO À SAÚDE”, de autoria de Mikaele dos Santos e Ale-jandro Martins Vargas Gomez, buscou demonstrar a viabilidade do uso da atividade privada, a partir de um modelo de regulação estatal levado a sério na terceirização de serviços de especia-lidades médicas no SUS, para a expansão do acesso ao direito à saúde. Por fim, o último texto apresentado neste primeiro bloco, “AS CÂMARAS PÚBLICAS DE CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NA GESTÃO DE CONFLITOS NA ÁREA DA SA-ÚDE”, de autoria de Guilherme Masaiti Hirata Yendo , Aline Ouriques Freire Fernandes e Gus-tavo Erlo analisou o papel desempenhado pelas Câmaras Públicas de Conciliação na resolução consensual de conflitos na área da saúde envolvendo cidadãos e a Administração Pública.

O segundo bloco contou com a discussão de diversos temas atuais e relevantes, iniciou-se pela apresentação do artigo “BIG DATA E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE EM 2022, O ANO EM QUE FINGIMOQUE A PANDEMIA ACABOU, dos autores Carlos Alterto Rohrmann, Bárbara Henriques Marques e Maria Eduarda Padinha Xavier, o qual abordou a aná-lise do uso de big data e o tratamento de dados pessoais de pessoas doentes demonstrando que a criação e o uso da big data é uma importante ferramenta a ser validada pelo direito. Na sequên-cia, foi apresentado o artigo “CÉLULAS-TRONCO A LEI DE BIOSSEGURANÇA: PREJUÍ-ZOS OU BENEF;ICIOS PAR AO FOMENTO DA SAÚDE PÚBLICA?, de autoria de Juliana de Andrade e Ana Soares Guidas, o qual teve como objetivo conhecer o uso das células tronco na saúde pública analisando sua importância, chegando a conclusão que e a pesquisa e uso de célu-las-tronco na saúde pública deve centrar-se na necessidade e legitimidade em prol da vida e da saúde. Em seguida o artigo “CONSEQUÊNCUAS DE O DIREITO À SAUDE SER UM DIREI-TO HUMANO E FUNDAMENTAL”, dos autores Danilo de Oliveira, Carol de Oliveira Abud e Marcelo Lamy apresentou a motivação e justificativa das notas caracterizadoras do direito à saúde como conceitos estruturantes fundamentais concluindo que os preceitos indicativos das notas precisam ser considerados por sua essência originária. Os autores Dandara Trentin Demiranda, Vitor Prestes Olinto e José Ricardo Cartano Costa, autores do artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À SAUDE? DEBATES SOBRE A SUA EFETIVAÇÃO A PARTIR DA

ANÁLISE DO ORÇAMENTO PÚBLICO, o qual abordou sobre a importância do SUS e compreender de que modo as restrições orçamentárias podem afetar a efetivação do direito fundamental à saú-de. O penúltimo trabalho apresentado neste bloco foi o artigo “DIREITOS HUMANOS, DIREI-TO À VIDA E À SAÚDE. BASES REFLEXIVAS PARA O DEBATE DO CONTROLE SOCIAL FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19”, de autoria Luciano Mamede De Freitas Junior , Cas-sius Guimaraes Chai, que demonstrou que as normas constitucionais e infraconstitucionais são importantes ferramentas jurídicas na garantia da participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos na área da saúde, nas quais a partici-pação da sociedade na definição da alocação dos recursos destinados às políticas sociais, prio-rizando o direito social à saúde, configurando-se condição fundamental para a garantia do direi-to à vida. Por fim, o artigo ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO À SA-ÚDE, de autoria de Janaina Mendes Barros De Lima, introduziu uma proposta de solução para um problema complexo que envolve o direito fundamental à saúde, possibilitando uma discus-são em torno do processo do ECI.

O terceiro bloco foi iniciada com a análise do caso concreto do Estado da Bahia, “GAS-TOS COM SAÚDE NO ESTADO DA BAHIA 2015-2019: DIREITO SOCIAL AMEAÇADO”, dos autores Bruno Gil de Carvalho Lima , Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho, o qual con-cluiu que a saúde não ficou imune a contingenciamentos e desvinculações de rubricas, que o investimento por habitante não cresceu na proporção das necessidades, que tem havido uma prevalência dos repasses a prestadores privados à custa do sacrifício dos serviços próprios, com metas e objetivos não atingidos nos planos e pactos de saúde. Na sequência o artigo "GORDO-FOBIA- OS CORPOS OBESOS E UMA HERMENÊUTICA ATENDA AOS DIREITOS FUN-DAMENTAIS”, dos autores Tais Martins , Andréa Arruda Vaz , Sérgio Czajkowski Jr, apontou que a obesidade e a saúde são temas de estudo e pesquisa instigantes em diversas searas herme-nêuticas. A saúde e o bem-estar devem corporificar a centralidade dos debates. A proteção dos dados pessoais não ficou de fora da discussão do GT, o artigo “LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA MEDICINA VETERINÁRIA”, das autoras deixou claro que é necessário que os profissionais da Medicina Veterinária adotem medidas técnicas e organizacionais para garantir a segurança dos dados, como a criptografia e o controle de acesso e que, nos casos de vazamen-to, o profissional deve comunicar imediatamente as autoridades competentes e os titulares dos dados afetados. O trabalho seguinte, “MARCOS JURÍDICOS E CONCEITUAIS DA SAÚDE: SAÚDE INDIVIDUAL, SAÚDE SOCIAL, SAÚDE AMBIENTAL E SAÚDE SOCIOAMBIEN-TAL”, dos autores Carol de Oliveira Abud , Danilo de Oliveira , Marcelo Lamy, evidenciou que ao conceituar saúde não se evidencia uma distinção radical entre os conceitos estabelecidos em cada tempo histórico. O combate à COVID 19 foi o assunto

abordado pelos Antonio Ricardo Surita dos Santos , Victor Hugo Tejerina Velázquez no artigo intitulado “O COMBATE À CO-VID-19 NAS VISÕES DO UTILITARISMO E DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS”, que demonstrou que o Utilitarismo e a Teoria de Justiça de John Rawls (justiça como equidade) apresentam respostas distintas para tal conflito, o primeiro privilegiando a satisfação da maio-ria em detrimento da minoria e a segunda destacando a importância dos interesses da minoria mais desprotegida. Finalizando, o último artigo do bloco três, “O DIREITO DIGITAL E O ACESSO À SAÚDE”, dos autores Joice Cristina de Paula , Lara Paulina Cedro Fraga , Thiago Silva Da Fonseca ressaltou a relevância da abordagem desta temática para melhor reflexão so-bre a relevância da utilização dos meus tecnológicos para efetivação do direito à saúde junta-mente com a necessidade de proteção dos dados dos usuários.

Por fim, no quarto e último bloco, o artigo “O FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚ-DE E OS EFEITOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5595”, de Urá Lo-bato Martins, os impactos do julgamento pelo STF da ADI 5.595 que teve como a finalidade de obter a declaração de inconstitucionalidade de dois artigos da EC 86/15, o artigo 2º e o 3º que trataram sobre critérios para as alocações de recurso orçamentários. No artigo “O NECESSÁ-RIO IMPLEMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAR O DIREITO À SAÚDE EM MOÇAMBIQUE”, Mario Jorge Philocreon De Castro Lima e Augusto Checue Chaimite se debruçam sobre as dificuldades e complexidades que envolvem a criação, promoção, imple-mentação, proteção e execução de políticas públicas de saúde em um país periférico e de mo-dernidade tardia como Moçambique. O artigo “OS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS, A JU-DICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O APELO MIDIÁTICO” de Janaina Mendes Bar-ros De Lima e Ranivia Maria Albuquerque Araújo enfatiza a necessidade de concretização do direito ao acesso à saúde e à vida, principalmente no que se refere aos pacientes que são porta-dores de deficiência grave e necessitam de medicamentos de alto custo. O autor Orlando Oli-veira Da Nóbrega Junior no artigo “OS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DOS PLANOS DE SAÚDE: OS PARÂMETROS PARA A FUNDAMENTAÇÃO LEGÍ-TIMA DA COBERTURA EM FACE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA DEMANDA” analisa a jurisprudência baiana que sistematicamente tem negado o tratamento em reprodução assistida com fundamento apenas no Recurso repetitivo do STJ e no Enunciado 20 do TJ/BA. A atuação do profissional médico em redes sociais de forma não individualizada tema do artigo “RES-PONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO AMBIENTE DIGITAL: AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DIVULGAÇÃO PÚBLICA DE ORIENTAÇÕES DE SAÚDE NO AMBIENTE DIGITAL” de Camila Braga da Cunha que se detém na distinção entre conteúdo educativo e indicação de procedimento terapêutica para identificar a ilicitude de conduta que enseja res-ponsabilidade civil. O dever da administração pública de publicizar dados epidemiológicos

foi demonstrado no artigo “SINDEMIA DE SARS-COV-2, TRANSPARÊNCIA E DEMOCRACIA: CONSTITUCIONALISMO COMPROMISSÓRIO E SOCIAL NAS ADPFS 690, 691 E 69”2 de Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro e Leandro Cavalcante Lima.

Portanto, é possível perceber que o GT Direito e Saúde vêm contribuindo não somente para os debates acadêmicos à partir de suas diferentes abordagens, mas também representa uma grande possibilidade de contribuição para a consolidação e efetivação do direito à saúde como um direito universal e equitativo.

Janaína Machado Sturza – UNIJUI

Iara Pereira Ribeiro – USP

Renata Capriolli Zocatelli Queiroz – Faculdades Londrina

OS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DOS PLANOS DE SAÚDE: OS PARÂMETROS PARA A FUNDAMENTAÇÃO LEGÍTIMA DA COBERTURA EM FACE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA DEMANDA.

ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY IN THE VIEW OF HEALTH PLANS: THE PARAMETERS FOR THE LEGITIMATE BASIS OF COVERAGE IN FACE OF A DEMAND INDIVIDUALIZED

Orlando Oliveira Da Nóbrega Junior

Resumo

Os avanços na área da biotecnologia, bem como na área de reprodução assistida, possibilitaram uma nova esperança para os indivíduos que sofrem algum tipo de restrição para a gravidez ou padecem de doença genética passível de ser transmitida hereditariamente, ou pacientes oncológicos que necessitam de quimioterapia. Todavia, nem todos os pacientes possuem capacidade financeira para custear esses tratamentos e recorrem à justiça a fim de terem o seu direito constitucional ao planejamento familiar garantido, porém são negados com o recorrente argumento de que não está em contrato ou haverá um desequilíbrio financeiro se tal cobertura ocorrer. Decisões recentes como o julgamento de Recurso repetitivo do STJ e o enunciado 20 do TJ/BA, não finalizam a questão, pois além de generalizar as diversas hipóteses de necessidade de tratamento em reprodução assistida, embasam decisões judiciais em forma de sentenças e acórdãos com ausência de fundamentação, sem análise precisa do conjunto probatório.

Palavras-chave: Reprodução assistida, Plano de saúde, Planejamento familiar, Decisão judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The advances in biotechnology, as well as in assisted reproduction, have provided new hope for individuals who suffer from some type of restriction for pregnancy or suffer from a genetic disease, as well as cancer patients who need of chemotherapy. However, not all patients have the financial capacity to pay for these treatments, and then seek for justice to have their constitutional rights of family planning guaranteed but the outcome result is the denial from the health plans in the coverage of these treatments, with the applicant claiming that it is not in the contract or that there will be a financial imbalance if such coverage occurs. Recent decisions such as the judgment of the Repetitive Appeal of the STJ, and the Statement 20 from the TJ/BA, do not finalize the issue, if we consider that exist a generalization among the various hypotheses of the need for medical treatment in reproduction assisted, in addition to grounded support judicial decisions in the matter of sentences and judgments with no reasoning, without a precise analysis of the evidence set.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Assisted reproductive technology, Health plan, Family planning, Juridical decision

1. INTRODUÇÃO

No intuito de concretizar projetos parentais, atendendo os anseios de uma parte da população que não podia engravidar devido a patologias que causavam a infertilidade ou padecia de fatores hereditários que poderiam transmitir material genético passível de conter limitações (tais como síndrome de Down) e até mesmo doenças fatais como a Glangliosidose do tipo 1, a medicina reprodutiva e genética avançou muito nos dias atuais, possibilitando a estes casais ou indivíduos a chance de tentar constituir uma prole.

Necessário conceituar a *Fertilização in vitro*, que vem a ser uma técnica de reprodução humana assistida que consiste na fecundação do óvulo através do espermatozóide fora do corpo da paciente, depois ele é transferido para o útero no qual se espera que se desenvolva, ainda com a ressalva de que essa é apenas uma etapa deste processo desgastante (MONTAGANI , 2009, p, 473) pois dentro destes ainda se encaixam testes de laboratório, uso de estimuladores, consultas semanais no médico, entre outros situações que constituem singularidades a cada casal (MAKUSHI, FILLETO,2010, p 771 ss).

Todavia, apesar de o Brasil ser o campeão entre os países da América Latina que mais realizou procedimentos de reprodução assistida, entre eles FIV , a Inseminação Artificial e transferência de embriões segundo a Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida em (dados de 2019), tais tratamentos esbarram no elevado importe a ser dispendido, incluindo procedimentos, orientação médica e medicamentos de alto custo, que torna inviável para a grande maioria dos pacientes em arcar de forma particular tratamento objetivando uma gravidez sadia.

Decerto pontuar que fatores como a maternidade tardia devido a busca de melhora no mercado de trabalho, e mais recente a pandemia da COVID, são problemas que acentuam a dificuldade no planejamento familiar, porém tais dilemas pessoais não podem impedir desejo de melhora da saúde do indivíduo, ou realizar o seu sonho de constituir família, enquanto estes estarem cobertos sob a manta de proteção de um plano de saúde privado por muitas vezes de valor altíssimo mensal.

Salientando que o presente estudo irá abordar de maneira sucinta como os usuários de plano de saúde privada que buscaram a Justiça para realizar procedimentos para infertilidade e inevitavelmente esbarram na negativa de cobertura por parte destes, culminando na pergunta-problema : 1) no que tange as decisões judiciais acerca do tema, estas são devidamente fundamentadas, analisando as particularidades individuais de cada ação judicial? 2) ou são

decididas de modo superficial, sem se debruçar em análise apurada, baseando-se apenas no que consideramos um hiato legislativo ?, ou seja, que não há obrigação de cobertura, mas também não há impedimento.

O presente artigo possui abordagem qualitativa a partir de pesquisa bibliográfica notadamente de artigos pertinentes ao tema no portal da CAPES.

Na abordagem técnica fora feita análise-dedutiva e coleta de dados incluindo Leis, Jurisprudências, sentenças judiciais e acórdãos, estes especificamente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

2. REPRODUÇÃO ASSISTIDA: FUNDAMENTOS MÉDICOS E PROCEDIMENTOS

A área da medicina que se dedica ao estudo da infertilidade humana é na verdade multidisciplinar, engloba tanto a ginecologia, bem como a cirurgia, a engenharia genética, até mesmo a psiquiatria.

É sabido que um casal se forma, geralmente, com um intuito de procriar e o descobrimento da infertilidade aparece quando há uma demora em conceber a gestação.

Conforme dito anteriormente, fatores como o adiamento da gestação por mulheres que desejam progredir em suas carreiras ou mesmo "aproveitar mais a vida" acabam por dificultar a gestação, pois é sabido que a partir dos 35 anos de idade a qualidade dos óvulos diminuem, somado a fatores como estresse e ansiedade segundo o centro de pesquisas genética Huntington. Além do mais, existem indicações precisas como patologias genéticas, endometriose, baixa reserva ovariana, entre outros, que encontram na reprodução assistida o tratamento de escolha para a solução do caso.

Não é por menos que ao se vivenciar a infertilidade, os pacientes podem desenvolver traumas, afastamento social problemas conjugais até mesmo causar a ruptura do casal se experimentados como por exemplo o sexo como obrigação, fazendo assim uma dissociação do prazer, entre outros.

Muitos são os problemas a serem enfrentados, pois a infertilidade pode partir tanto da mulher, do homem , ou ambos. No caso da mulher é feita uma bateria de exames, tais como: sangue e hormônios, testes ovulatórios, exames de imagens e videolaparoscopia. Nos homens também se faz necessária uma investigação de taxas hormonais, notadamente o exame de espermograma que

analisar a qualidade e quantidade de espermatozoides no sêmen colhido e se não encontrado em quantidade mínima, deve-se realizar uma biópsia testicular. Além destes, é de suma importância a investigação de urina para se verificar se o esperma está indo na direção da bexiga, por exemplo, ao invés de ser direcionado para fora do pênis, estudos consideram que 50% das acusas de infertilidade são masculinas. No caso de infertilidade masculina encontramos como forte causadora, a doença denominada Varicocele, que vem a ser uma condição que envolve a dilatação do plexo pampiniforme, que drena o sangue dos testículos, sendo que tal condição pode ser tratada cirurgicamente com 90% de chance de sucesso, dando uma real chance para o casal de conseguir a tão sonhada fecundação.

Convém salientar que ainda neste tema iremos abordar mais adiante um estudo que achamos pertinente ao tema, acerca de infertilidade masculina em pacientes com diagnostico de COVID-19.

Foi realizado um estudo com cinquenta casais por seis anos os quais todos se encontravam em tratamento médico objetivando a gravidez, além de estudo médico da patologia, outros fatores de análise destes pacientes se revelaram necessários tais como: grau de instrução e a capacidade econômica de cada casal.

Quanto aos casais com maior grau de instrução observou-se que as mulheres possuíam maior confiabilidade no método a ser utilizado gerando menos ansiedade e que os maridos possuíam um maior entendimento das dificuldades e do tratamento, tornando os homens mais apoiadores devido a busca destes por mais informações acerca do tratamento.

No que tange ao aspecto financeiro, este se revela crucial ao convívio do casal, pois em linhas gerais a probabilidade de se conseguir a gestação na primeira tentativa é muito baixa. Considera-se que deve haver um provisionamento, um certo planejamento financeiro, decerto que o casal deve trabalhar mais ainda para cobrir tais custos, o que gera por decerto outro ponto de desequilíbrio entre o casal.

Ao final o que observou o estudo é que as mulheres apresentaram uma resposta de alteração emocional negativa e que os homens tiveram uma atitude de suporte emocional e apoio, mesmo quando a infertilidade fora devida a fatores masculinos, portanto cabe ao casal buscar atendimento multidisciplinar buscando afastar uma possível separação marital durante o processo de tentativa de engravidar.

As técnicas de reprodução humanas aqui abordadas são as mais frequentemente usadas no Brasil, ou seja: a Inseminação Artificial (aqui denominaremos IA) e a Fertilização in vitro (aqui chamada de FIV).

A técnica da IA, consiste em coletar os espermatozoides pelo processo da masturbação, na clínica de reprodução, sendo feita então a análise e escolha dos espermatozoides considerando a mobilidade destes e, então espera-se a mulher ovular para que seja feita a transferência dos espermatozoides, utilizando um cateter fino passando através do colo uterino até chegar no endométrio, a partir daí, o caminho a ser percorrido até o óvulo cabe aos espermatozoides, culminando na fecundação.

Ressalte-se que tal tratamento é mais indicado para a infertilidade em pacientes masculinos com concentração ou mesmo volume de espermatozoide levemente alterado, ou no caso de redução de mobilidade dos gametas e até mesmo quando o muco cervical se torna de certa maneira "hostil" aos espermatozoides, utiliza-se a técnica, pois esta facilita a chegada dos espermatozoides no caminho descrito acima.

No que tange a escolha da IA para as mulheres, cita-se os casos de distúrbios ovulatórios leves, sendo utilizados medicamentos para indução durante fase de ovulação, salientando que este procedimento pode ser realizado em consultório, totalmente indolor e dura poucos minutos.

A FIVé uma técnica de caráter mais complexo e mais custoso indicado a casos mais graves, mulheres que já estão há mais de um ano querendo engravidar sem sucesso, ou já atingiram os 35 anos.

A primeira FIV que se tem notícia no Brasil, data de 07 de outubro de 1984, com o nascimento da menina Ana Paula Caldeira devido a mãe ter sofrido uma ligadura das trompas uterinas causando a infertilidade, fato que vale mencionar é que tal tratamento de sucesso se deu apenas seis meses depois de ter vindo ao mundo o primeiro bebê nascido graças a primeira técnica da FIV no mundo, Louise Brown, na Inglaterra.

Designa-se o nome "fertilização in vitro", graças a estudos de médicos americanos e ingleses, que realizaram tal procedimento de fertilização de óvulos de coelhos e seus espermatozoides em laboratório e utilizaram um vidro de relógio, daí o nome FIV.

Esse tratamento se revela de maior complexidade que a IA, pois contempla uma maior variedade de patologias que podem causar a infertilidade, principalmente os mais graves, tais como

endometriose, doenças genéticas, falência ovariana (precoce ou não), casos de problemas masculinos como azoospermia (quando o sêmen não apresenta nenhum espermatozoide), ou casos oncológicos quando a paciente vai se submeter a tratamento quimioterápico ou radioterápico, que pode acarretar a infertilidade.

A técnica da FIV se difere da IA, pois nesta abordagem o óvulo é fecundado em laboratório, segue acompanhando o embrião para verificar seu desenvolvimento ou não e ao final os que sobrevivem são transferidos para a paciente.

Durante esse processo, a mulher deve fazer uso de estimulantes ovarianos, bastantes custosos sendo acompanhada pelo médico responsável, fazendo rotineiras ecografias seriadas com o intuito de acompanhar o desenvolvimento dos folículos.

Ao atingir a maturidade necessária destes folículos é feita a retirada destes, sob sedação, depois a classificação passando a fecundação com os espermatozoides, em seguida os melhores embriões são transferidos, aguardando o resultado que seria a gravidez.

Ressalte-se que embriões não utilizados ou excedentes podem ser congelados, para uso posterior.

Fica clara a necessidade de se utilizar de tal técnica para a melhoria no diagnóstico de doenças genéticas, tais como síndrome de Down ou até mesmo câncer evitando em sua grande maioria a provável transmissão de tais moléstias a descendência.

Portanto diante destes fatos, o que se registra é a necessidade ao uso técnico de reprodução assistida pelos usuários de planos e saúde privado são mais latentes na hipótese da FIV por ser um tratamento mais amplo e indicado para casos mais graves de infertilidade, tanto por conta de seu alto custo se comparado a IA.

2.2 Impacto da COVID-19 na infertilidade masculina.

O objeto deste parágrafo é jogar uma luz acerca da possibilidade de danos causados pela doença COVID aos homens e alertando a necessidade do uso da FIV no intuito de preservar material genético destes acometidos pela doença em sua forma mais grave.

O estudo que teve seu início em 2020 por pesquisadores de Santa Catarina e Minas Gerais que averiguaram que o vírus que causa a COVID-19 (SARS-CoV2) conseguia se alojar nos testículos de pacientes afetados pela doença sem sua forma mais grave infiltrando-se nas células

hospedeiras, além das respostas inflamatórias da infecção podendo levar a estresse oxidativo sistêmico (decorre de um desequilíbrio entre a geração de compostos oxidantes e a atuação dos sistemas de defesa antioxidante) tornando os testículos como alvo em potencial no cometimento desta terrível doença, e ao se encontrar diversos vírus alojados no testículos, consideraram os cientistas como “santuário viral” tendo sido encontrado na literatura médica alterações significativas nos testículos de pacientes cometidos pelo vírus SARS COVID 1, no ano de 2006 e que "Após encontrarmos esse indício importante envolvendo o vírus da SARS, outro ponto que nos chamou a atenção foi perceber que o vírus da COVID-19, o SARS-CoV-2, usa um receptor da membrana celular, abundante no testículo, para infectar as células humanas", disse o cientista Marcelo Furtado.

No caso de pacientes com sintomas mais brandos ou assintomáticos, ainda não há um estudo mais abrangente que possa esclarecer o comportamento do vírus nestes pacientes, por decerto convém ressaltar que além de todas as patologias que afetam a infertilidade masculina e que denotam a necessidade de tratamento de reprodução humana, podemos acrescentar a incidência do vírus SARS COVIS 19 ao comprometimento da fertilidade masculina.

3. A SAÚDE SUPLEMENTAR NO DIREITO BRASILEIRO

O termo suplementar se origina no conceito de que já se existe um direito ao acesso à saúde fornecido pelo SUS e que, portanto, tal vertente de acesso a assistência médica já existe e que segundo Pietrobon, (Pietrobon,2018, p.2), o termo correto deveria ser complementar, pois considera que realmente há um mecanismo de assistência à saúde (SUS) e que esta, com suas limitações, necessita de outra para suprir a falta em alguns casos ou falhas do sistema público de saúde.

A CF tem extensa relação de direitos garantias fundamentais, nos arts. 196 e 226, §7º, a seguir reproduzidos:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas [...].

A Lei n. 9656/98, que foi criada no intuito de regular em parte o mercado carente de um maior controle por parte do governo, controle esse que depois da promulgação do código de defesa do consumidor e atuação mais intensa dos PROCONS vinham em âmbito estadual se mostrando deficitários face a imensa demanda de ações judiciais e uma falta de diretriz para coibir excessos por parte das operadoras tais como aumentos abusivos de mensalidades e rompimentos unilaterais de contratos.

Nesta referida lei está contido no seu art. 35-F que: *"A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e a recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes" [...].*

Dispõe também no seu art. 3º que 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 em todos os seus ciclos vitais incluindo como atividades básicas, assistência à concepção e contracepção.

Da mesma forma, o art. 9º determina que para o exercício desse direito de procriar, 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 sob a pífia alegação de que o emprego da fertilização in vitro não foi inserido no rol de procedimentos editado pela Agência Nacional de Saúde, diante da recusa a cobrir o tratamento buscado pelos usuários de planos de saúde privados

Entretanto, com a Lei n. 11.935/2009, lei ordinária destinada a cuidar do tema, que acrescentou a Lei n. 9.656/98 o inciso III do art. 35- C, os planos de saúde foram obrigados a garantir cobertura para as despesas com os procedimentos médicos indicados nos casos de planejamento familiar, senão vejamos: "Art. 35-C- É obrigatório a cobertura do atendimento nos casos: III – de planejamento familiar".

O Conselho Federal de Medicina através da Resolução n 2.013/13, reconhece a infertilidade como doença, levando em consideração suas implicações médicas e psicológicas, não deixando de lado os anseios de superá-la e conseguir alcançar a procriação.

Se considerarmos após a leitura destes artigos que a infertilidade deve ser tratada como um problema de saúde, no qual prescinde de tratamento médico multidisciplinar com psicólogos e

assistente social, não sobra dúvidas para os usuários de plano de saúde privado que o direito à saúde abrange também o direito de procriar.

Sabe-se que os princípios constitucionais não são meras "declarações de vontade" ou que necessitam de interpretação, são normas de sentido estrito, sendo, portanto, de imediata aplicabilidade e exigibilidade plena, o qual caracteriza as normas programáticas sociais, as quais aí se inclui o direito à vida objeto do presente estudo.

Não há que se falar portanto em uma possível natureza programática de tais normas, pois consideramos dotadas de eficácia diretamente aplicáveis ao nível da constituição não dependendo de intermediação legislativa, ainda se considerarmos ser intrincado os deveres do estado como o que estabelece o artigo 196 da CF, bem como (art. 6º) está disposto no Título II, Capítulo II, o qual é denominado exatamente de "dos direitos sociais". ao determinar que o estado garanta políticas públicas econômicas e sociais que visem reduzir os riscos de doenças e outros que possam infligir perante a população, caracterizando assim uma norma de caráter impositivo, obrigando o Estado a cumprir tais diretrizes sem se afastar de tais parâmetros ali impostos.

Ao posicionarmos ao direito a saúde como constante no rol dos direitos fundamentais de segunda geração por deliberarem sobre uma condição de vida digna ao indivíduo, bem como para a sociedade e que revelam uma postura de intervenção do Estado perante as relações de cunho privado.

Estabelecido tal pensamento, fixando a tese de que o direito ao custeio ao tratamento de FIV está inserido entre os direitos fundamentais e que o direito ao tratamento desde que seguro e confirmado sua eficácia, não se trata de um "alegado direito de gerar uma criança e esta ser um "objeto" de desejo, mas sim, ir muito mais além: é assegurar uma vida reprodutiva e sua sexualidade ao um casal em fase de reprodução, garantindo assim a continuidade da família e que " também não há sentido em cercear o acesso às técnicas de procriação humana artificial aos indivíduos que almejam a constituição de uma família, seja ela monoparental ou biparental entre pessoas do mesmo sexo" (MEIRELLES,CAVALCANTI, 2019,p 2).

Por outro lado, as empresas de plano de saúde argumentam que não há lei que as obriguem a custear tal tratamento e que existem planos que mesmo assim abarcam essa necessidade dos usuários, mas afinal o que diz a lei segundo estes planos?

De início analisaremos a Lei de planos de saúde, Lei n. 9.656/98, que dispõe em seu art. 10 sobre os procedimentos não obrigatórios nos seguros saúde, abaixo:

> 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: (...)
>
> **III-Inseminação artificial;**

Vale ressaltar que a referida Lei em seu art. 35- C incluiu o planejamento familiar, como obrigação dos planos de saúde, todavia sem explicitar como tal obrigação seria concretizada.

Portanto, a Resolução Normativa n. 428 de 7 de novembro de 2017, especificamente no Art. 8º, define que as ações de planejamento familiar devam envolver somente as atividades de educação, aconselhamento e atendimento clínico, mas não implicando que há obrigatoriedade de cobertura de qualquer tipo de tratamento prescrito de concepção.

Ademais, essa mesma RN, em seu art. 20, ampliou o rol de exclusões de técnicas previstas no art. 10 da Lei n. 9.656/98 que citava somente a IA sendo incluídos e citados nominalmente, em forma de conceito aberto assim definidas com técnicas de transferência intrafalopiana de gameta, doação de ovócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto.

Torna-se claro e evidente que não existe cobertura obrigatória para casos de IA, nos planos privados de saúde e que por analogia não se deve custear a FIV por ser como já fora dito se revela mais complexo e mais custoso culminando em um desequilíbrio financeiro enorme ente as partes.

E quanto a ANS? A RN n. 192/2009 pontuou que fora reforçado o entendimento de que o planejamento familiar deve ser por aconselhamento, como já dito, bem como RN n. 211/2010 da ANS estabeleceu a permissão que os planos de saúde excluam do rol a cobertura dessas técnicas, alegando, em suma, que existem outros tipos de procedimento para diagnóstico e tratamento da infertilidade e ao final cita-se a RN n. 428/2017, que permitiu ainda que fosse excluído a cobertura de IA nos contratos.

No que tange ao estado da Bahia, houve em 2016 uma importante decisão do Tribunal de Justiça notadamente das Turmas Recursais obrigando os planos de saúde a custar o tratamento limitando a duas (02) duas tentativas denominada súmula 02/2016.

Todavia, tal súmula fora revogada na reunião do Colégio de Magistrados dos Juizados Especiais Cíveis da Bahia, no dia 19/11/2018, no sentido de que a fertilização in vitro não é procedimento de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, salvo se por expressa iniciativa constante no contrato sedimentando o entendimento nestas turmas recursais.

Instado a responder tal demanda o Conselho Nacional de Justiça na III Jornada de Direito de Saúde, em 18/3/2019 editou um enunciado acerca de tal questão:

> "*Enunciado n. 20: A inseminação artificial e a fertilização "in vitro" não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde."*

A 2ª turma do STJ julgou por maioria em acórdão proferido no Recurso Especial n. 1.734.445 - SP (2017/0275661-9), de relatoria da Exma. Sra. Dra. Ministra Nancy Andrighi, sustentando o mesmo entendimento, de que salvo previsão contratual, não há que se falar em cobertura em caso de FIV.

Ao final, o que se extrai é que por decerto não há uma obrigatoriedade por parte dos planos de saúde em custear FIV, pois tal tratamento se revela custoso e pode trazer enorme desequilíbrio financeiro no caso de uma interpretação extensiva dos cristalinos dispositivos jurídicos elencados acima, porém os princípios constitucionais como direito à vida e a família podem ser ignorados? e ainda se considerarmos a possibilidade de redução do princípio de atenuação da força obrigatória do contrato em prol de um bem maior como a saúde, tanto física e mental do contratante de plano de saúde, será que não estaremos fornecendo uma expectativa legítima aos usuários, pois se paga plano de saúde para ser utilizados na doença, e não para ser negado tratamento quando mais se precisa.

3.1 O advento da Lei 14.454/2022.

Sabe-se que cabe ao direito através das leis, quando expressa a vontade da sociedade, de definir a ordem social e estabelecer como serão regidas as relações sociais e econômicas.

No caso do custeio dos tratamentos de FIV por parte dos planos de saúde complementar, os argumentos lançados pelos mesmos eram normas da ANS criaram o chamado

“Rol taxativo” e artigos da CF que não tornavam claro tanto a não obrigatoriedade de custeio quanto ao contrário, pois os argumentos eram utilizados pelas duas partes no litígio, conforme já explicitado nesse artigo.

O rol taxativo da ANS é em regra taxativo, consiste em uma relação estipulada pelo órgão de procedimentos médicos que devem ser cobertos pelos planos de saúde, e constando neste rol, ou seja um procedimento eficaz, efetivo e seguro , não será obrigada a operadora custear outro tratamento

Vale lembrar que que por ser um “rol” e taxativo não admite exceções, e que portanto, por este prisma, tal diretriz deveria “proteger” os usuários destes planos contra aumentos excessivos nas mensalidades, pois se tratamentos de alto custo (pode-se incluir a FIV) passassem a ter cobertura obrigatória os valores iriam aumentar bastante.

Tal entendimento recebeu um reforço de grande envergadura, quando a 2ª Seção do STJ no dia 08 de junho de 2022, na qual seis ministros foram favoráveis à mudança e três contrários, decidiram estabelecer que o rol da ANS era taxativo e não exemplificativo, que os planos só estariam obrigados a financiar tratamentos listados no Reps, e que portanto para o segurado, tudo que não tivesse no rol, só restava o custeio particular, procurar o SUS, ou ingressar em juízo, com poucas chances de ganhar, quando notadamente se refere a tratamento de FIV no estado da Bahia, objeto deste estudo.

Depois de grande mobilização popular através de manifestações públicas e pelas redes socias, a população pressionou o congresso para que fosse publicada uma lei que resolvesse tal impasse, pois aí está se discutindo não apenas reprodução humana, mas casos graves de tratamento oncológicos, autismo hemofílicos, experimentais entre outros.

Finalmente, com o apoio do senador Romário que criou o projeto de lei 2033, que originou a atual Lei 14.454 , publicada no Diário Oficial da União no dia 21 de setembro de 2022, apresentado em reação à decisão do STJ, determina que o Reps será apenas a “referência básica” para a cobertura dos planos de saúde, tendo sido considerado pelos órgão de defesa do consumidor um marco, pois após a decisão do STJ, milhares de tratamentos foram negados neutralizando os “efeitos perversos” da decisão do STJ, segundo Ana Carolina Navarrete do IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) ou seja, um tratamento fora da lista deverá ser aceito desde que cumpra uma das seguintes condições:

1) tenha eficácia comprovada cientificamente;

2) que seja recomendado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec) ou ainda;

3) que seja recomendado por pelo menos um órgão de avaliação de tecnologias em saúde com renome internacional.

Quanto a repercussão desta lei na concessão do custeio do tratamento de FIV pelas operadoras dos planos de saúde ainda não é sabida de nenhuma decisão até o momento acerca do tema após busca no site de jurisprudências do TJ/BA.

4. A NECESSÁRIA ANÁLISE DO PEDIDO Á LUZ DOS FUNDAMENTOS INDIVIDUAIS DA DEMANDA

Face aos argumentos, acima elencados chegamos ao cerne deste estudo, será que dentre toda essa discussão acerca da possibilidade de custeio de tratamento médico face ao direito do usuário de planos de saúde: existe uma fundamentação individualizada, uma análise mais apurada, caso a caso, entre as decisões proferidas acerca do tema, notadamente nas sentenças de piso e nos acórdãos proferidos Turmas Recursais do Tribunal de Justiça da Bahia? Ou se está apenas sendo observado o aspecto técnico-legal da demanda restringindo-se apenas se existe cláusula contatual permitindo o custeio de FIV? É o que faremos a seguir.

No intuito de embasar nossa discussão, fora feito busca no site do Tribunal de Justiça da Bahia mais notadamente na página específica de busca de jurisprudência utilizando o buscador "FERTILIZAÇÃO IN VITRO", selecionando apenas as Turmas Recursais fora observado o imenso volume de decisões proferidas por estas turmas face as Turmas cíveis, a título de esclarecimento: enquanto a segunda turma recursal tem 367 julgados acerca do tema, a segunda câmara cível tem apenas 26 julgados.

Dito isso, após pesquisa bibliográfica dos julgados, limitados a 22 destes, pode-se extrair que a análise das questões trazidas à baila pelos litigantes pelos julgadores se revela técnica e analítica no sentido de que se deve ter uma interpretação sistemática e teleológica, que garanta o equilíbrio atuarial do sistema, analisando em suma, se existe ou não previsão contratual em relação a FIV.

Se faz correta esta análise a luz da letra fria da lei, pois o que se discute nos autos é um descumprimento contratual, que na imensa maioria das vezes se trata de uma cláusula que não existe em contrato, ou seja, a que explicita que não há cobertura de FIV, impossível se revela tal

possibilidade notadamente no que tange aos planos de saúde mais antigos, como por exemplo os não regulamentados aqui leia-se planos comercializados antes da Lei n. 9.656/98, quando até mesmo essa técnica de fertilização ainda engatinhava aqui no Brasil e raro era a procura.

Ressaltando que ao se debruçar com tal premissa, fica claro que cabe ao usuário de plano de saúde ao contratar este, observar se existe cláusula que cubra tal tratamento de infertilidade, pois os planos de saúde declaram em grande parte em suas peças recursais, que FIV é um método para objetivar a gravidez e não é um tratamento de saúde.

Todavia é sabido que nenhum plano de saúde atualmente oferece tratamento de fertilização, por motivos óbvios de elevado custo e estes se encontram sob a guarida da ANS e como já dito, mais recentemente do STJ e que, portanto, tal negativa provém de lei e não necessariamente de contrato firmado entre as partes.

Se por um lado temos os segurados que são demandados em enorme sacrifício para quitar as prestações mensais de seus planos de saúde, muitas vezes podendo chegar até 200%, segundo o Procon de São Paulo, no ano de 2021, sendo que o seu diretor afirmou que ninguém sabe quais são os critérios técnicos que consubstanciam tais aumentos .

Sabe-se ainda que cabe ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor, analisando o caso concreto com suas particularidades, observa-se que a maioria dos pedidos autorais se trata de infertilidade feminina, notadamente no que tange a doença denominada ENDOMETRIOSE, doença silenciosa e que pode causar infertilidade, acomete entre 10% e 15% das brasileiras em idade fértil. Em pacientes inférteis, estima-se que, aproximadamente, 50% tenham endometriose, podendo se alastrar desde o ovário até chegar ao cérebro.

Fora pontuado também um elevado número de demanda que objetivam o tratamento de infertilidade, devido a problemas masculinos, como por exemplo AZOOSPERMIA que ocorre quando existe uma ausência completa de espermatozoides no sêmen e que existe em 15% dos homens que apresentam infertilidade podendo ser classificada como moderada ou severa, e que na grande maioria dos casos deve-se ser feita a coleta destes sêmens dentro do canal reprodutor e segundo Pasqualotto (2007, p. 07 s) “ A inseminação intrauterina pode ser utilizada como alternativa de tratamento para o casal infértil quando todos os fatores que afetam a infertilidade masculina foram corrigidos e a gravidez não foi alcançada assim mesmo”, portanto clara a necessidade de tratamento eficaz, no caso FIV, porém nas pesquisa não foram encontrados

acórdãos reconhecendo os pedidos autorais em julgamentos do ano de 2019 até maio de 2022, somente negativas.

Acerca de julgamentos proferidos por Juízes de piso, limitou-se apenas os julgados do ano de 2022, porém encontrado certa restrição de acesso, pois a maioria destes processos se encontravam em segredo de justiça impossibilitando, portanto, a análise mais profunda destes.

Todavia se analisadas as sentenças somente pelas ementas de citação, ou em casos em que o autor deste artigo advoga, podemos notar que a uníssona maioria de decisões acerca de não prover a pretensão autoral não encontra guarida nos juízes de primeiro grau.

Fica claro que neste caso existe uma maior atenção na leitura dos autos e consequentemente uma sentença mais embasada, mais robusta, com a devida fundamentação legal, atendendo o pleito dos autores, aceitando a tese de que a infertilidade é sim uma doença (reconhecida pela OMS),que o direito à vida e ao planejamento familiar que constam na CF, devem prevalecer, mas por óbvio, não existe unanimidade, existem juízes que também passam ao largo as linhas escritas pelos advogados em suas petições iniciais e apenas negam todos os pedidos somente suscitando a lei, ou apenas simples enunciados, de maneira fria impassível.

Em recente decisão nos autos em trâmite na 1º Vara dos sistemas Juizados Especiais do consumidor do estado da Bahia, o autor ajuizou ação de obrigação de fazer, requerendo FIV, pois padece assim como sua esposa de incompatibilidade genética, podendo gerar filhos com doença mortal com limite de vida até 02 anos de idade, o que já ocorreu, porém a Juíza de piso apenas colacionou o posicionamento do STJ e o referido enunciado 20 do CNJ, sem fundamentar a sentença, não verificando a vulnerabilidade fática na qual o casal está passando, simplesmente negando o direito autoral.

Os objetivos da explicitação destes julgados derivam do entendimento de que várias são as necessidades de se recorrer ao tratamento da FIV, e dentro destas, análises individualizadas, contendo uma leitura da situação, da leitura dos exames colacionado aos autos, da certeza de que o juiz buscou entender e pesquisar sobre a moléstia que aflige o autor, da sua dor e angústia durante este processo, é o mínimo que se pede a um julgador, empatia.

Deixa-se claro que o que se contesta aqui não é o voto em si, (defende-se o juízo legal além do moral), mas a maneira superficial e rasa a qual fora proferida, apenas uma decisão padrão, fria, desprovida de sentimentos e controvérsias somente reproduzindo a paráfrase do ato normativo,

tendo os mesmos destinos da maioria dos votos proferidos pelas turmas recursais do Estado da Bahia desde 2019.

5. CONCLUSÃO

As decisões acerca do custeio de FIV no Brasil permeiam entre um campo de incertezas, se por um lado a ANS edita uma norma restringindo garantias fundamentais, garantidas na CEF, mesmo tendo suas normativas caráter de hierarquia inferior e no mesmo viés o STJ embasando um julgamento de recurso repetitivo, por outro lado usuários de plano de saúde lutam para curar moléstias das mais variadas e construir uma prole ao mesmo tempo, esbarram em decisões sem a devida fundamentação jurídica, em linhas gerais repetitivas e genéricas.

Se pode se considerar que uma sentença, tanto de Juiz de primeiro grau quanto decisões de tribunais superiores, esta deve ser conter uma visão do magistrado, deve comprovar que as teses foram lidas e apreciadas, atestando o grau de reflexão teórico-social-jurídico de todo julgador deve ter dada a impossibilidade material deste alcançar a dita "verdade", deve conter suas emoções mais viscerais que sejam, suas convicções, fé, princípios e reflexões, que o conjunto destas o revelem como ser humano no seu sacerdócio como magistrado.

Mas ao passo que ao se usar o "copia e cola" de leis ou enunciados, nos afastamos destes princípios, pois uma decisão que pode nortear a vida e a morte de um indivíduo, não pode conter rastros de leniência ao se apenas reproduzir de lei, sem se aprofundar na sua relação com o direito requerido, dos temas sensíveis, não podemos relativizar tais características julgando em coletividade apenas lendo um termo como "FIV", caímos na vil armadilha da injustiça plena, pois uma sentença/acordão que não enfrenta todos os argumentos lançados, não embasa sua retórica, não oferece a sensação de que não só a lei em caso concreto foi observada, mas que sim esta deve conter os princípios basilares do direito, deve ser técnica porém sensível e sobretudo humanizada nas mais profundas premissas deontológicas que norteiam a nossa fé na incansável busca da prometida justiça pelos usuário de planos de saúde e a população em geral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde: RN 192/2009. Rio de Janeiro: ANS, 2009. Resolução disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/consultas_publicas/cp_31_docapoio_rn192_planejamento_familiar.pdf>. Acesso em 15 de mai. 2022.

BRASIL. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Resolução Normativa Nº 428. Rio de Janeiro: ANS, 2017. Resolução disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg==>. Acesso em: 15 de mai. 2022.

BRASIL. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde - 2018. Rio de Janeiro: ANS, 2018. Resolução disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/rol/2018/AnexoI_Rol-2018_Ok.pdf>. Acesso em 10 Mai. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.656/1998. **Dispõe sobre os Planos de Assistência à Saúde.** Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm Acesso em 18 de Mai. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.961/2000. **Dispõe sobre a criação da ANS**. Brasília, 2000(a). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm Acesso em 17 de Mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível** em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 de mai. 2022.

BRASIL. **Resolução Normativa - Rn Nº 428, De 7 De Novembro De** 2017.Disponível em https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19399998/do1-2017-11-08-resolucao-normativa-rn-n-428-de-7-de-novembro-de-2017-19399822.Acesso em 16 de Mai. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.734.445** - Sp (2017/0275661-9). Recorrente : Unimed De Barretos Cooperativa De Trabalho Médico. Recorrido : Andrea Cristina Evangelista Dias. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 15 de Mai. 2018. Disponível em: https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/resp_1_734_445.pdf Acesso em 15 de Mai. 2022.

BAHIA. **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Súmula nº 02 de 2016**, das Turmas Recursais Reunidas TJBA. Bahia, 22 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/111826744/djba-caderno2-28-03-2016-pg-393>. Acesso em: 13 de Mai. 2022.

FARIA, Dieime Elaine Pereira de; GRIECO, Silvana Chedid; BARROS, Sônia Maria Oliveira de. **Efeitos da infertilidade no relacionamento dos cônjuges**. Artigo Original. Rev. esc. enferm. Depositária: USP. 2012. ISSN 1980-220X. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0080-62342012000400002. Acesso em 16 de mai. 2022.

Faustino Gonçalves, Laura, Janaína Viana Stoltz, and Patrícia Haas. **"Infertilidade Masculina Em pacientes Com Diagnóstico De COVID-19: Uma Revisão Narrativa."** Revista De Medicina (São Paulo, Brasil) 101.1 (2022): Revista De Medicina (São Paulo, Brasil), 2022, Vol.101 (1). Web.

Macedo, Luciana Conci, and Renata Pâmella Fonseca**. "Varicocele: A Principal Causa Da Infertilidade Masculina."** Saúde E Pesquisa 8.1 (2015): 167. Web.Meireles Araújo, Ana Thereza, and Thais Novaes Cavalcanti. "**AS NOVAS FAMÍLIAS POR PROJETOS PARENTAIS ASSISTIDOS HETERÓLOGOS: UMA PONDERAÇÃO SOBRE O ACESSO E OS CRITÉRIOS CONCERNENTES À ESCOLHA DO DOADOR DE GAMETAS.**" Revista Direitos Culturais (Online) 14.32 (2019): 137. Web. Acesso em : 02/12/2022.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução assistida: Um pouco de história**. Depositária: Rev. SBPH, Rio de Janeiro. 2009. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004&lng=pt&nrm=iso Acesso em 05 de Mai. 2022**.**

Makuch, María Yolanda e Filetto, Juliana Nicolau. **Procedimentos de fertilização in vitro: experiência de mulheres e homens.** Psicologia em Estudo. 2010, v. 15, n. 4, pp. 771-779. Disponível em: <>. Epub 24 Maio 2011. ISSN 1807-0329**.**

Montagnini, Helena Maria Loureiro et al. **Estados emocionais de casais submetidos à fertilização in vitro.** Estudos de Psicologia (Campinas) [online]. 2009, v. 26, n. 4 [Acessado 19 Maio 2022] , pp. 475-481. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-166X2009000400008>. Epub 23 Fev 2010. ISSN 1982-0275. https://doi.org/10.1590/S0103-166X2009000400008**.**

PASQUALOTTO, Fábio. **Firmbach Investigação e reprodução assistida no tratamento da infertilidade** masculina. Depositária: Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia [online]. 2007. ISSN 1806-9339. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-72032007000200008>. Acesso em 15 de Mai. 2022.

PIETROBON, Louise; PRADO, Martha; CAETANO, Lenise do; CARLOS, João. **Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor.** Depositária: Revista de Saúde Coletiva [online]. 2008. ISSN 1809-4481. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312008000400009>. Acesso em 12 de Mai. 2022.