XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

FRANCISCO TARCÍSIO ROCHA GOMES JÚNIOR

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior; Lucas Gonçalves da Silva; Paulo Roberto Barbosa Ramos. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-808-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

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

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXX Congresso Nacional do CONPEDI – Fortaleza-CE teve como tema central "Acesso à justiça, solução de litígios e desenvolvimento". O evento foi marcado pelo encontro de pesquisadores, coordenadores de programas de pós-graduação stricto sensu, professores, estudantes de pós-graduação e de graduação de todo o Brasil.

Os artigos apresentados no GT "Direitos e garantias fundamentais I" tiveram como característica principal uma abordagem interdisciplinar, em que a ciência política serviu de instrumental teórico, juntamente com o instrumental teórico jurídico, para a compreensão da atuação da jurisdição constitucional brasileira em seus desafios contemporâneos.

O artigo "A caridade como liberdade de crença: uma análise da problemática do exercício da liberdade religiosa no contexto do auxílio aos moradores de rua dos estados de Oregon e Nova Jersey" desenvolve um argumento a respeito do exercício da liberdade religiosa de igrejas que apoiam pessoas em situação de rua, tendo como referência dos casos nos EUA. A conclusão é que esses trabalhos não podem sofrer limitação do Poder Público quando respeitam a dignidade do público alvo.

O artigo "A proteção jurídica das crianças excessivamente expostas em redes sociais" explora casos de crianças expostas pelos pais em redes sociais. O objetivo é saber se os direitos fundamentais das crianças são respeitados, assim como a responsabilidade de seus genitores e as consequências do não cumprimento desses direitos.

O artigo "A revisão da isonomia jurídica brasileira como pressuposto para o desenvolvimento de políticas públicas eficazes no combate ao racismo no Brasil" se propõe tentar compreender a mitigação do acesso igualitário da população negra brasileira aos direitos e garantias inscritos na constituição. A conclusão é pela necessidade de atuação estatal a partir da teoria decolonial para a devida reparação histórica.

O artigo "O direito de indenização às vítimas do Hospital Colônia de Barbacena: uma análise À lúz da súmula 647 do STJ" analisa a utilização analógica da Súmula 647 do Superior Tribunal de Justiça às vítimas de tratamentos desumanos no Hospital Colônia de Barbacena, em Minas Gerais. A conclusão é que uma reparação moral e financeira simboliza também uma reparação histórica à sociedade.

O artigo “A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: dignidade, igualdade, autonomia e a tomada de decisão apoiada” almeja demonstrar os avanços da Teoria das incapacidades no sistema jurídico brasileiro. Por meio de uma abordagem histórica, o texto reforça a relevância da teoria na autonomia da vontade do indivíduo, na isonomia e na dignidade da pessoa humana.

O artigo “Breve histórico dos direitos da personalidade no Brasil e os desafios do direito À privacidade frente a informatização da sociedade” demonstra a evolução histórica dos direitos da personalidade no Brasil em comparação com a legislação estrangeira e com especial foco no direito à privacidade. A conclusão é que ela deve ser protegida pela jurisdição, especialmente por conta do inciso LXXIX, do art. 5º da CF/88.

O artigo “Conflitos socioambientais e a possibilidade de celebração de compromisso: uma análise à luz do meio ambiente e do direito constitucional” analisa o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no que se refere à utilização do instrumento de celebração do compromisso pela Administração Pública tal como regido no art. 26 da LINDB. A conclusão é que sua utilização está de acordo com a constituição de 1988.

O artigo “Direito à prova versus o direito à intimidade na justiça do trabalho brasileira” analisa a problemática do equilíbrio entre o direito à prova e o direito à intimidade do trabalhador brasileiro dentro de um contexto de crescimento da utilização de mecanismos de geolocalização como prova de jornada de trabalho. O artigo busca discutir possíveis soluções trazidas pelo judiciário brasileiro.

O artigo “Direito de acesso à informação pública em ambiente digital: reflexões quanto aos desafios para a transparência governamental” discute o direito ao acesso à informação e de transparência governamental para o fortalecimento do regime democrático. A conclusão é que as normas de transparência geram benefícios para o acesso às informações públicas, mas outros mecanismos são necessários para a garantia do direito de acesso à informação.

O artigo “Fertilização in vitro no âmbito da saúde suplementar: o efeito backlash da lei nº 14.454/2022 e a superação legislativa do tema 1.067 do Superior Tribunal de Justiça” estuda a questão da cobertura da fertilização in vitro na saúde suplementar. O texto conclui que o tema repetitivo 1.067 do STJ, REsp 1.851.062-SP, foi superado com a edição da Lei nº 14.454/2022, manifestantou o efeito backlash na modalidade leis in your face.

O artigo “Garantia fundamental ao contraditório e a ampla defesa e sua aplicação direta no âmbito condominial” estuda a decisão do Agravo de Instrumento do Processo 0629023-36.2019.8.06.0000 do TJCE, que trata sobre a possibilidade de uma garantia fundamental se sobrepor a autonomia privada disposta em uma convenção de condomínio ou regimento interno. A conclusão é que uma garantia pode ser aplicada no caso por meio da teoria horizontal da eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

O artigo “O exercício legítimo do direito (fundamental) à liberdade de expressão no ambiente virtual sob o constitucionalismo digital” almeja determinar os parâmetros do direito à liberdade de expressão no ambiente digital. O resultado foi o que o exercício desse direito deve se adequar à dignidade humana, à república e à democracia para que não aconteça abuso.

O artigo “O habeas corpus coletivo como instrumento de proteção indireta dos direitos fundamentais e da personalidade” defende que o habeas corpus é uma garantia fundamental que evoluiu para o reconhecimento de sua forma coletiva. Considerando que os direitos da personalidade não podem ser usufruídos sem a liberdade, o artigo defende a sua utilização para a finalidade de proteção de direitos da personalidade.

O artigo “Tutela da personalidade após a morte: a garantia dos direitos de personalidade ao morto” destaca que o direito à imagem tem sido fonte de discussões importantes no que se refere à sua proteção após a morte. Essa questão é analisada por meio dos direitos de personalidade e suas extensões.

O artigo “(Des)constitucionalização: um movimento pós-moderno de (des)construção das garantias e direitos da criança e do adolescente”, a partir de estudos sobre a aplicação dos recursos do Fundo da Infância e da Adolescência (FIA) e sobre as auditorias realizadas pela Controladoria-Geral da União (CGU), foi verificada em que medida a ausência de uma política pública de preservação dos direitos e das garantias da criança e do adolescente pode produzir uma ruptura entre estado e sociedade civil.

Dessa forma, pelos temas abordados, é possível deduzir que os debates foram frutíferos e trouxeram reflexões a respeito da proteção e da promoção dos direitos e das garantias fundamentais em um período de erosão democrática, de constitucionalismo digital e dos tradicionais desafios à implantação do projeto constitucional de transformação social no Brasil. Nesse contexto, convidamos à leitura dos artigos apresentados.

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior (Centro Universitário Christus) fcotarcisiorocha@gmail.com ou tarcisio.rocha@unichristus.edu.br

Paulo Roberto Barbosa Ramos (Universidade Federal do Maranhão) paulorbr@uol.com.br

Lucas Gonçalves da Silva (Universidade Federal de Sergipe) lucassgs@uol.com.br

FERTILIZAÇÃO IN VITRO NO ÂMBITO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: O EFEITO BACKLASH DA LEI 14.454/2022 E A SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DO TEMA 1.067 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IN VITRO FERTILIZATION IN THE CONTEXT OF SUPPLEMENTARY HEALTH: THE BACKLASH EFFECT OF THE LAW 14.454/2022 AND THE LEGISLATIVE OVERCOMING OF THEME 1.067 FROM SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Graziela Akl Alvarenga [1]
Sara Assis Duca [2]
Adriana Ferreira Pereira [3]

Resumo

O artigo analisa a problemática da cobertura da fertilização in vitro no âmbito da saúde suplementar. O texto está dividido em introdução, desenvolvimento com três capítulos e conclusão, tendo sido utilizada a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, por meio do método dedutivo. É abordada a evolução do conceito de família e planejamento familiar, ressaltando a autodeterminação de seus membros na escolha da constituição da prole. São analisados os direitos à saúde sexual e reprodutiva, bem como suas vertentes de liberdade e de prestações positivas estatais. Estuda-se a reprodução assistida, relacionando-a ao direito ao planejamento familiar, ao direito à saúde sexual e reprodutiva e à dignidade da pessoa humana, concluindo-se pela existência de um direito fundamental à reprodução assistida. Por fim, considera-se que a Lei nº 14.454/2022, ao afastar a tese da taxatividade do rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde- ANS, manifestou o fenômeno do efeito backlash, na modalidade leis in your face, diante do precedente qualificado do REsp 1.886.929-SP. Compreende-se que o tema repetitivo 1.067 do STJ, REsp 1.851.062-SP, foi superado com a edição da Lei nº 14.454/2022. Assim, conclui-se pela possibilidade de se estabelecer a cobertura obrigatória da fertilização in vitro pelas operadoras de planos de saúde privados, desde que preenchidos os requisitos da nova lei.

Palavras-chave: Fertilização in vitro, Planos de saúde, Lei nº 14.454/2022, Backlash, Leis in your face

---

[1] Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela Faculdade Arnaldo.

[2] Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Única de Ipatinga. Assessora Jurídica no Ministério Público de Minas Gerais.

[3] Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Público; Direito do Trabalho; Segurança Pública e Inteligência; Criminologia e Gestão em Segurança Pública. Delegada de Polícia Civil de Minas Gerais.

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the issue of coverage of in vitro fertilization within the scope of supplementary health. The text is divided into introduction, development with three chapters and conclusion, using bibliographical, jurisprudential and legislative research, using the deductive method. The evolution of the concept of family and family planning is addressed, highlighting the self-determination of its members in choosing the constitution of their offspring. The rights to sexual and reproductive health are analyzed, as well as their aspects of freedom and positive state benefits. Assisted reproduction is studied, relating it to the right to family planning, the right to sexual and reproductive health and human dignity, concluding that there is a fundamental right to assisted reproduction. Finally, it is considered that Law No. 14,454/2022, by removing the thesis of the taxation of the list of health procedures and events of the National Health Agency-ANS, manifested the phenomenon of the backlash effect, in the form of laws in your face, given the qualified precedent of REsp 1.886.929-SP. It is understood that the repetitive theme 1,067 of the STJ, REsp 1,851,062-SP, was overcome with the enactment of Law nº 14,454/2022. Therefore, it is concluded that it is possible to establish mandatory coverage of in vitro fertilization by private health plan operators, as long as the requirements of the new law are met.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: In vitro fertilization, Private health plan, Law nº 14.454/2022, Backlash, Laws in your face

1 INTRODUÇÃO

Com a evolução da conceituação de família e das tecnologias reprodutivas, foram trazidos novos desafios jurídicos e políticos na área dos direitos reprodutivos.

Nesse contexto de novos paradigmas, o presente estudo busca apresentar o princípio do planejamento familiar, analisando as suas vertentes e a sua relação jurídica com o Estado, no que se refere aos direitos reprodutivos.

Serão abordadas as temáticas da reprodução assistida e da fertilização *in vitro*, relacionando-as com o direito ao planejamento familiar e o direito à saúde sexual e reprodutiva.

Após traçadas essas premissas iniciais, o artigo investigará a questão da obrigatoriedade de cobertura da fertilização *in vitro* no âmbito da saúde suplementar no Brasil, utilizando a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, pelo método dedutivo.

A problemática será tratada sob a ótica dos direitos fundamentais, analisando-se os diálogos institucionais ocorridos recentemente entre o Superior Tribunal de Justiça e o Congresso Nacional.

2 O PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O conceito de família, bem como a interferência do Estado na sua constituição e desenvolvimento, foi mudando ao longo do tempo.

Na origem greco-romana, as famílias se fundamentavam na religião, sendo formadas por indivíduos que pertenciam à mesma linhagem, buscando perpetuá-la mediante a procriação de um homem forte, responsável pela manutenção e bem-estar dos demais membros da família.

Nesse contexto, o patriarcado era concentrado exclusivamente nas mãos do cônjuge varão e emergia como traço fundamental da constituição do núcleo familiar, no qual "a pequena sociedade se apresentava hierarquizada, podendo estar associada à poligamia ou à monogamia". (NADER, 2016, p. 48).

Na sua evolução pós-romana, a família recebeu a contribuição do direito germânico, recolhendo-se à espiritualidade cristã, sendo reduzida a um grupo familiar de pais e filhos (PEREIRA, 2017, p.55). A sua constituição, isto é, seu formato interno, variou em função do contexto econômico-social em que se inseria, passando por uma notável desconcentração e descentralização na era pós-Revolução Industrial.

A partir de então, a família deixa de ser concebida somente do ponto de vista patrimonial, como unidade de produção, em que pouco importava os laços afetivos, mas sim

como uma concepção democrática-efetiva (PEREIRA, 2017, p. 55), norteada pelo ideal da solidariedade social e do afeto.

É com a sociedade contemporânea que ocorre o rompimento e a remodelação da concepção tradicional de família, sendo o patriarcado progressivamente substituído pela igualdade formal e material entre os membros familiares, principalmente, entre o homem e a mulher.

Por conseguinte, a família passa a ser concebida em uma perspectiva descentralizada, democrática, igualitária e despatrimonializada. Desloca-se o "império do ter, sobressaindo a tutela do ser" (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 35). Transmuta-se o "princípio da autoridade para o da compreensão e do amor" (PEREIRA, 2017, p. 55).

O ordenamento jurídico pátrio também acompanhou a mutabilidade da concepção de família, sendo a Constituição da República Federativa de 1988 (CR/88) um marco importante, a qual, inclusive, prevê em seu art. 226, *caput*, que a família, enquanto base da sociedade, tem especial proteção do Estado (BRASIL, 1988).

Sob a sua guarida, a família é "igualitária, democrática e plural" (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 35), sendo assegurada e protegida qualquer moldura familiar que se encontre pautada por laços afetivos e de solidariedade.

Os fatores sociológicos e a necessidade de se orientar o planejamento da vida em comum também foram abrangidos pela Constituição da República Federativa de 1988, que consagrou, no art. 226, §7º, o princípio do planejamento familiar, fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (BRASIL, 1988).

Nesse mesmo dispositivo, foi assegurado o planejamento familiar como livre decisão do casal, competindo ao Estado, contudo, "propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" (BRASIL, 1988).

Referida norma constitucional, dado o seu caráter garantístico e mandamental, encontra-se regulada pela Lei nº 9.263/96 – Lei do Planejamento Familiar, assim como tem abrigo no art. 1.565, §2º, do Código Civil.

O art. 2º da Lei nº 9.263/96, estabelece: "Para fins desta Lei, entende-se o planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal" (BRASIL, 1996).

Assim, não há dúvidas de que a responsabilidade de definir as prioridades nas relações é de ambos os membros da família – genitores, cônjuges ou companheiros.

O planejamento familiar, enquanto princípio e garantia constitucional, delega a competência exclusiva dos membros da família de decidir e delinear os contornos de formação de seu próprio núcleo, o que inclui decidir sobre a natalidade e fecundidade, ou seja, a quantidade de filhos e momento da concepção ou adoção.

Por outro lado, pode-se inferir que o planejamento familiar de origem governamental se caracteriza por sua "natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação de fecundidade" (LÔBO, 2003, p. 51).

Guilherme Calmon Nogueira da Gama anota que, tendo como base a informação, o aconselhamento e o acompanhamento da postura reprodutiva, "é perfeitamente possível que as pessoas passem a assimilar a concepção de que cabe a elas, na sua privacidade, a possibilidade de livre decisão quanto ao número de filhos, espaçamento entre eles" (GAMA, 2003, p.444).

Desse modo, para a garantia do planejamento familiar consciente, incumbe ao Poder Público proporcionar recursos e ações educacionais e científicas, orientando a população sobre métodos de controle de natalidade, gestão e organização familiar, concepção, cuidados perinatais, considerando, ainda, o contexto e capacidade econômica dos indivíduos.

Pode-se dizer, ainda, que a garantia do planejamento familiar é uma forma de proteção da infância. Tendo sido concebida nesse contexto de pais informados, é mais provável que a criança receba cuidados adequados, inclusive no que se refere ao acompanhamento pré-natal, amamentação, saúde, dentre outras questões.

O planejamento familiar, por envolver temáticas relativas a métodos contraceptivos, concepção, fertilidade, gestação e até mesmo interrupção da gravidez, deve ser concebido também sob a ótica do direito à saúde, na medida em que se relaciona diretamente com a saúde da mãe, do filho e do pai, notadamente, no campo da fertilidade.

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet compreende o planejamento familiar como um:

> Conjunto de ações de atenção integral à saúde e de atendimento global ao homem, à mulher e ao casal. Aliás, as ações devem ser preventivas e educativas, pugnando pelo acesso igualitário às informações, aos meios, aos métodos e às técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. (SARLET, 2018, p. 487).

O ordenamento jurídico pátrio, assegura, portanto, o acesso gratuito a todos os meios indispensáveis para que sejam tomadas decisões familiares de forma livre, consciente e informada, principalmente em matéria de procriação.

Do ponto de vista governamental, o direito ao planejamento familiar tem como pano de fundo a problemática global que envolve o crescimento demográfico de forma descontrolada.

Como bem anotam Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “o propósito do planejamento familiar é, sem dúvida, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 112).

Assim, o planejamento familiar é de grande relevância social, pois, além de estar relacionado com a dignidade da pessoa humana e proteção da infância, salvaguarda as taxas de natalidade e o desenvolvimento desenfreado de famílias com grande número de filhos, sem capacidade de sustentá-los.

2.1 PLANEJAMENTO FAMILIAR E OS DIREITOS REPRODUTIVOS

O legislador constituinte consagrou o direito constitucional ao planejamento familiar, competindo ao Estado a obrigação de fornecer todos os meios educacionais e científicos necessários para o exercício deste direito (BRASIL, 1988).

Desse modo, tem-se que o planejamento familiar é intrinsicamente vinculado aos direitos sexuais e de reprodução.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que o planejamento familiar “se encontra necessariamente relacionado à noção de direitos reprodutivos, assim considerados os direitos básicos vinculados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana com os limites que lhes são inerentes” (GAMA, 2003, p. 444).

Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Piortta apontam que “os direitos reprodutivos correspondem ao conjunto dos direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”. Desta forma, “este conceito compreende o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle da natalidade quanto para a procriação sem riscos para a saúde”. (PIOVESAN, 2012, p. 34).

Ainda, merecem destaque as Conferências Internacionais de Bucareste e do Cairo, as quais giraram em torno da relação entre população e desenvolvimento, bem como a Conferência de Pequim e de Copenhague, sobre os direitos das mulheres, a qual reiterou os conceitos de saúde reprodutiva e de direito reprodutivo.

Flávia Piovesan ao tratar da importância das mencionadas Conferências para a evolução e consolidação dos direitos reprodutivos e sexuais as identifica cono instrumento normativo internacional, por meio do qual conferiu-se, principalmente à mulher, “a opção livre e informada, o respeito à integridade física e o direito de não sofrer discriminação nem coerção em todos os assuntos relacionados com a vida sexual e reprodutiva” (PIOVESAN, 2012, p. 37).

A Conferência Mundial sobre População ocorrida no Cairo reconheceu no Princípio 8, a existência dos direitos à saúde sexual e reprodutiva:

> Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo casal e indivíduo tem o direito de básico de decidir livre e responsavelmente sobre o número e espaçamento de e ter informação, educação e meios de o fazer. (CONFERÊNCIA DO CAIRO, 2007).

Destaca-se, ainda, as justificativas de ação apresentadas no Capítulo VII, que visam assegurar os direitos de reprodução e saúde reprodutiva:

> [...] os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos. No exercício desse direito, devem levar em consideração as necessidades de seus filhos atuais e futuros e suas responsabilidades para com a comunidade. A promoção do exercício responsável desses direitos por todo indivíduo deve ser a base fundamental de políticas e programas de governos e da comunidade na área da saúde reprodutiva, inclusive o planejamento familiar [...] (CONFERÊNCIA DO CAIRO, 2007).

Verifica-se que o direito à saúde sexual e reprodutiva possui duas vertentes que, embora opostas, complementam-se.

A primeira vertente cinge-se ao "campo da liberdade e autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação coerção e violência" (PIOVESAN, 2012, p. 50).

Nesse aspecto, é de suma relevância o poder e a liberdade de decisão na gerência da natalidade, o que significa dizer que a decisão a respeito da quantidade de filhos e quando os terão compete unicamente à mulher ou ao casal, sendo totalmente independente e desprendida de qualquer interferência do Estado a seu respeito.

O segundo aspecto relaciona-se à necessidade de políticas públicas que objetivem assegurar a saúde sexual e reprodutiva para o livro exercício destes direitos.

Vale dizer, os direitos sexuais e reprodutivos reclamam o direito de acesso a programas governamentais que forneçam, integralmente, as informações, métodos e recursos para que ocorra seu livre e consciente exercício, notadamente no que tange à saúde e educação sexual.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama aponta que a atuação do Estado na formação das políticas públicas assume uma dupla função, quais sejam, a preventiva e a promocional.

A função preventiva refere-se "à informação, ao ensino, à educação das pessoas a respeito dos métodos, recursos e técnicas para o exercício dos direitos reprodutivos sexuais" (GAMA, 2003, p. 447 e 448).

Por sua vez, a função promocional compreende o emprego de recursos e conhecimentos científicos objetivando a educação e informação a respeito das opções e mecanismos possíveis ao exercício dos direitos reprodutivos e sexuais (GAMA, 2003, p. 447 e 448).

Nesse sentido, "é função do Estado atender casais que não querem mais ter filho, mas também aqueles que desejam e não conseguem" (FENDRICH; SÉLLOS-KNOERR, 2013, p. 8).

A Lei nº 9.263/96, que trata do planejamento familiar, dispõe, em seu art. 4º, que "o planejamento familiar se orienta por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade". E, no art. 5º do mesmo diploma legal, prescreve que "é dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instancias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos".

Verifica-se, portanto, que embora o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos deva ser atribuído à mulher e ao casal, sendo imune a qualquer interferência ou coerção do Estado, o seu exercício consciente demanda uma atuação positiva do Estado, que deve oferecer prévio e pleno acesso a métodos científicos atuais e à uma cultura e educação sexual, que visem orientar a decisão sobre a natalidade, o modo e o tempo em que ela ocorrerá, de acordo com as condições socioeconômicas vivenciadas.

Além disso, sob à ótica do direito à saúde, é dever do Estado fornecer as prestações materiais necessárias à realização desse direito fundamental, consagrado expressamente no art. 6º e no art. 196 da CR/88[1], inclusive para fins de realizar o exercício dos direitos reprodutivos.

3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA E FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

[1] CR/88, 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. "

O planejamento familiar encontra-se intrinsicamente vinculado a aspectos políticos, econômicos e sociais. Isso porque, muito embora ostente um viés de controle da natalidade e contracepção, também protege e assegura a concepção planejada.

Sobre essa conexão, Guilherme Calmon Nogueira da Gama explica que não há maior exemplo de confluência entre o público e o privado do que os direitos reprodutivos, uma vez que, muito embora a sexualidade esteja mais próxima da vida privada e da intimidade do núcleo familiar, os impactos sentidos pela humanidade a respeito dos problemas oriundos da falta de informação, "do aumento descontrolado das famílias, do adensamento populacional em determinados lugares com a perspectiva de falta de recursos suficientes para atender às necessidades da população", tornaram urgentes a discussão e atenção estatal sobre o tema (GAMA, 2003, p. 445).

É a partir da concepção de planejamento familiar que se busca "viabilizar a família que se pretende ter, quer as pretensões se revelem no desejo de ampliar, quer no de restringir a prole" (MASCARENHAS, 2020, p. 5).

Fendrich e Séllos-Knoerr pontuam que o desenvolvimento tecnológico trouxe novos conceitos paradigmas sobre a reprodução humana, de modo que, hoje, ela pode ser realizada por outros métodos, que não o proveniente da conjunção carnal (FENDRICH; SÉLLOS-KNOERR, 2013, p. 5).

Nessa senda, não se ignora a necessidade e crescente demanda pelo uso de técnicas de reprodução humana assistida com o fim de possibilitar que as pessoas que compõem determinado núcleo familiar, que apresentem quadro clínico de infertilidade e esterilidade, possam alcançar a maternidade ou a paternidade.

As técnicas de reprodução assistida e mudanças socioculturais em torno da sexualidade e direito reprodutivo "passaram a ser encarados não no âmbito do fatalismo da procriação ou da esterilidade, mas como direitos das pessoas à realização pessoal e do casal no âmbito da sociedade", principalmente considerando que culturalmente a procriação é uma etapa natural do ser humano (GAMA, 2003, p. 712).

O planejamento familiar ao abarcar os direitos reprodutivos, incluindo os de reprodução assistida, confere aos indivíduos:

> Os direitos de 'decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles, e de acessar as informações, instruções e serviços sobre o planejamento familiar', compreendendo ainda, 'o direito à escolha reprodutiva', como a liberdade reprodutiva relativa a 'se', 'quando' reproduzir-se, ensejando incluir-se nessa escolha o 'como' reproduzir-se, relacionados às técnicas de reprodução artificial. (BARBOZA, 2004, p. 229).

Assim, não se mostra razoável distinguir a tutela da procriação carnal da procriação assistida (QUEIROZ, p. 123, 2001).

No mesmo sentido, Caroline Sátiro de Holanda afirma que as técnicas de concepção assistida reafirmam "a livre escolha das pessoas ao planejamento familiar, sendo seu uso uma questão de liberdade e autonomia individual" (HOLANDA, 2006, p. 53).

Sobre a questão, Maria Berenice Dias enfatiza:

> Falando em filiação, cabe lembrar que o planejamento familiar é **livre** não podendo nem o Estado nem a sociedade estabelecer limites (CR 226, § 7º). Também acesso aos modernos métodos de **reprodução assistida** é garantido constitucionalmente. Afinal, planejamento familiar significa a realização do sonho da maternidade. A engenharia genética que alcançou a inseminação artificial e a fertilização in vitro encontra embasamento nesse preceito. (DIAS, 2021, p. 210).

O planejamento familiar é uma garantia constitucional prevista no art. 226, §7º, da CR/88 e disciplinada na Lei nº 9.263/96, sendo certo que a utilização de técnicas de reprodução artificial, inclusive a fertilização *in vitro*, encontra-se intrinsicamente vinculada ao exercício do direito constitucional do planejamento familiar, porquanto viabilizam os direitos reprodutivos e o projeto de filiação, ou seja, a constituição ou o aumento da prole.

Registre-se que a norma do art. 9º da Lei nº 9.263/96 estatui que, para fins de exercício do direito ao planejamento familiar, "serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de ação" (BRASIL, 1996).

A reprodução assistida, com suas técnicas cientificamente reconhecidas, é um direito fundamental subjetivo que decorre do direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva.

4 A COBERTURA DO PROCEDIMENTO DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* PELOS PLANOS DE SAÚDE

O sistema de saúde suplementar, que envolve o conjunto de ações e serviços desenvolvidos por operadoras de planos e seguros privados de assistência médica à saúde, embora não integre o Poder Público, é regulado e fiscalizado por ele, notadamente pela Agência Nacional de Saúde Suplementar -ANS.

É inconteste a relevante função social desenvolvida por essas operadoras, enquanto fornecedoras de serviços e produtos médicos, hospitalares e de outras áreas da saúde, promovendo o bem-estar da população.

No que concerne à esfera privada, a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, estatuiu, em seu art. 35-C, que é de cobertura obrigatória os casos de planejamento familiar (BRASIL, 1998).

Contudo, em sentido oposto, seu art. 10, inciso III, excluiu do rol de cobertura a inseminação artificial, sem mencionar expressamente a fertilização *in vitro,* outra espécie de reprodução humana assistida (BRASIL, 1998).

Além de sua duvidosa constitucionalidade, por afetar o núcleo essencial do direito à reprodução assistida, por se tratar de norma restritiva de direito fundamental, entende-se que sua interpretação não pode ser ampliada a outras modalidades de reprodução assistida.

No entanto, apesar de o direito à fertilização *in vitro* constituir um desdobramento da garantia constitucional ao planejamento familiar, o Superior Tribunal de Justiça, em suas decisões, tem adotado o entendimento de que a cobertura obrigatória dos planos de saúde nos casos de planejamento familiar estaria restrita aos procedimentos disciplinados nas respectivas resoluções da ANS (BRASIL, 2017).

Para essa corte, as operadoras de planos de saúde não estariam obrigadas ao custeio de todo e qualquer procedimento, mas sim àqueles que se encontram previstos nas citadas resoluções e no contrato de plano de saúde firmado entre as partes, *in verbis*:

> Admitir uma interpretação tão abrangente do termo planejamento familiar, compreendendo-se todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos como hipóteses de cobertura obrigatória, acarretaria, inevitavelmente, negativa repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do plano, prejudicando todos os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde. (BRASIL, 2017).

Nesse contexto, no julgamento do recurso repetitivo REsp nº 1.851.062-SP, tema 1.067, de Relatoria do Min. Marco Buzzi, foi fixada tese no sentido de que "salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização *in vitro*" (BRASIL, 2021).

Tal exclusão da obrigatoriedade decorreu de uma interpretação hermenêutica, cuja premissa fundamental partiu de uma exceção disposta na legislação de regência, bem como da concepção taxativa do rol de procedimentos de cobertura obrigatória da ANS.

No julgamento do recurso repetitivo REsp nº 1.851.062-SP restou pacificado o entendimento de que: "Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização *in vitro*".

A *ratio decidendi* desse precedente assentou-se na premissa de que diante da omissão da Lei nº 9.656/98 a respeito da cobertura do procedimento da fertilização *in vitro,* deve-se

conferir interpretação sistemática e teleológica ao art. 10, III, do mencionado diploma legal, de modo a abarcar a fertilização *in vitro,* porquanto ambos são métodos de reprodução artificial.

Para o Superior Tribunal de Justiça não seria crível que o legislador tenha optado pela obrigatoriedade da fertilização *in vitro,* procedimento mais complexo e oneroso, em detrimento da exclusão de cobertura da inseminação artificial, técnica mais simples e mais acessível financeiramente (BRASIL, 2021).

O outro fundamento determinante, na esteira da jurisprudência consolidada pela Corte Superior, assentou-se no entendimento de que se deve sempre buscar a interpretação normativa que garanta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de plano de saúde (BRASIL, 2021).

Assim, o STJ concluiu que a obrigatoriedade do procedimento de fertilização *in vitro* repercutiria sobremaneira na relação jurídica firmada entre as partes, uma vez que alteraria os custos originariamente previstos, decidindo pela exclusão da cobertura do procedimento (BRASIL, 2021).

Embora prevaleça no ordenamento jurídico pátrio a concepção de que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser limitados em determinadas situações, tem-se na negativa de cobertura do procedimento de fertilização *in vitro* a consolidação de um entendimento que não limita apenas o direito ao planejamento familiar, mas sim o nega, sobretudo, àqueles que não auferem a renda necessária para arcar com os custos do procedimento.

Não é demais lembrar que "o projeto parental, no mundo contemporâneo, é essencial para as famílias, encontrando sua vocação mais autorizada e legítima na época do aumento da família com o nascimento dos filhos" (GAMA, 2003, p. 715).

Além disso, conforme lições de Giana Lisa Zanardo Sartori:

> Em um Estado Constitucional Democrático, no qual a Constituição é chave mestra e contempla os Direitos Humanos com os valores correspondentes legitimados por um processo democrático, é possível afirmar que o Direito à Saúde Reprodutiva, no que diz respeito às técnicas de Reprodução Humana assistida encontra amparo e proteção. (SARTORI, 2015, p.111).

Nesse sentido, negar o acesso à técnica de reprodução assistida através da fertilização *in vitro* significa negar o direito ao planejamento familiar, o direito à saúde sexual e reprodutiva e à própria dignidade da pessoa humana.

4.1 O EFEITO BACKLASH DA LEI 14.454/2022 E A SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DO TEMA 1.067 DO STJ

A necessidade de se manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de plano de saúde, de forma a assegurar a sua utilidade mediante o fornecimento da assistência prometida e, ao mesmo tempo, salvaguardar os interesses do consumidor, também foi fundamento para que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.886.929-SP, fixasse o entendimento de que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS é taxativo.

Sob a ótica do REsp 1.851.062-SP (tema 1.067) e REsp 1.886.929-SP, não é possível obrigar a operadora de plano de saúde a custear o tratamento da fertilização *in vitro*, na medida em que, além de desequilibrar as balizas contratuais do plano de saúde, o art.10, III e IV, da Lei nº 9.656/98 e a Resolução Normativa nº 192 da ANS possuem o rol taxativo (BRASIL, 2021).

Entretanto, houve uma mudança substancial da moldura fática e jurídica dos mencionados precedentes com a edição da Lei nº 14.454/2022.

Isso porque, a referida lei foi fruto da reação legislativa ao entendimento jurisprudencial de taxatividade do rol da ANS e do art. 10 da Lei dos Planos de Saúde, ocasião em que restaurou a tese do rol exemplificativo (BRASIL, 2022).

A nova Lei nº 14.454/2022 (BRASIL, 2022) previu expressamente a possibilidade de cobertura de procedimentos e tratamentos não previstos no Rol da ANS.[2]

Houve, portanto, uma mudança e reversão do entendimento pretoriano consolidado mediante a edição de uma lei ordinária que, por sua vez, foi fruto de uma intensa e justificada rejeição popular ao entendimento de taxatividade do rol adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A edição da Lei nº 14.454/2022 constituiu um marco substancial no direito ao acesso à saúde, porquanto, tem por consequência prática viabilizar e ampliar o acesso da população aos tratamentos de saúde.

Conforme pontuado pelo Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADI 7.088/DF:

> Essa lei representa uma reação legislativa ao paradigma da taxatividade, após uma onde de reações da sociedade civil à tese. A superação legislativa do rol taxativo se evidencia pelo que dispõe o § 13 do art. 10 da Lei nº 9.656/98, com a reação dada pela Lei nº 14.454/22, o qual permite a cobertura de tratamento ou procedimento não previsto no rol, desde que observados os determinados requisitos (BRASIL, 2023).

[2] "art. 10(...) § 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que: I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais." (BRASIL, 2022)

A edição da Lei nº 14.454/2022 pelo Congresso Nacional, portanto, consubstancia um típico efeito *backlash,* na modalidade leis *in you face,* contra decisão do Superior Tribunal de Justiça em precedente qualificado, sobre um tema de intensa rejeição popular.

Trata-se de um efeito cuja dinâmica se encontra inserida dentro dos diálogos institucionais, por meio do qual instaura-se um diálogo entre o Poder Judiciário e outros membros da sociedade no processo de interpretação das normas.

Flávio Martins Nunes Júnior assim o conceitua como uma reação ao ativismo judicial, caracterizando-se por uma "forte reação, exercida pela sociedade ou por outro Poder a um ato (lei, decisão judicial, ato administrativo etc.) do poder público" (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 95).

Rodrigo Brandão ao se dirigir às *leis in your face* aponta que:

> As chamadas leis *in your face,* destinadas a fazer prevalecer leis declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte por nova maioria simples obtida no Parlamento, seriam um instrumento integrante da estrutura dialógica da Carta, e poderiam ser manejadas inclusive para reiterar objetivos tidos como inconstitucionais pela Suprema Corte. (BRANDÃO, 2017, p. 340).

Tradicionalmente, o efeito *backlash* tem sido concebido pela doutrina como um movimento ligado a uma reversão legislativa de cunho conservador face à uma decisão judicial de caráter progressista.

Nesse sentido, George Marmelstein aponta que, de modo geral, tal efeito tem por consequência colateral a criação de um ambiente político favorável ao retrocesso (MARMELSTEIN, 2016, p. 1 e 4).

No entanto, diante de uma sociedade democrática e de interpretação aberta da Constituição[3], não se mostra razoável limitar o efeito *backlash* somente a reações de cunho conservador. Tampouco se pode afirmar que as decisões judiciais sempre serão permeadas por um caráter progressista.

De um modo geral, os diálogos institucionais são benéficos à democracia, trazendo oxigenação da construção e interpretação das normas jurídicas e, por conseguinte, aumentando a legitimidade e influência popular nos debates.

[3] Peter Haberle defende um alargamento do círculo dos intérpretes das normas constitucionais, com a proposta de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Para mais informações sobre a temática confira a obra: HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

As discussões jurídico-politicas, em um Estado Democrático de Direito, não podem ser ignoradas, tampouco silenciadas, não podendo se encerrar com uma última palavra de um dos Poderes.

Conrado Hübner Mendes esclarece que, para as teorias do diálogo institucional, não deve haver conflito pela última palavra, "mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional" (MENDES, 2008).

Portanto, diante de uma decisão judicial que inegavelmente restringiu um direito fundamental à saúde reprodutiva, a edição da Lei nº 14.454/2022 revelou-se como uma reação legítima do Poder Legislativo, na busca do melhor direito.

5 CONCLUSÃO

O direito às técnicas de reprodução assistida, como forma de possibilitar e viabilizar a procriação, com a conseguinte ampliação do núcleo familiar, constitui um desdobramento da garantia constitucional do planejamento familiar prevista na norma do art. 226, §7º, da CR/88.

O planejamento familiar vincula-se ao direito fundamental à saúde, sexualidade e reprodução, estando intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana.

A partir dos fundamentos apresentados, defende-se a existência de um direito fundamental subjetivo à reprodução assistida, o qual se revela um desdobramento dos outros direitos fundamentais que lhes são inerentes, tais como o direito fundamental ao planejamento familiar e o direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva.

Em se tratando de direitos reprodutivos, não basta a não intervenção do Estado no planejamento familiar. É imperativo que o Estado forneça as prestações materiais de saúde, assegurando o acesso à reprodução assistida e suas técnicas cientificamente reconhecidas, como tratamento da infertilidade e reprodução, notadamente da fertilização *in vitro*.

Em relação à esfera privada e aos planos de saúde, não se pode conceber que a exclusão da cobertura da inseminação artificial, prevista no art. 10, III, da Lei nº 9.656/98, seja estendida a outros métodos de reprodução assistida, como a fertilização *in vitro*, eis que que a norma restritiva de direito fundamental não pode ser interpretada extensivamente.

O art. 10, III, da Lei nº 9.656/98 é de questionável constitucionalidade, pois afeta desvantajosamente o núcleo essencial do direito fundamental à reprodução assistida, além de estar em dissonância com a própria lei em que se insere, já que, em seu art. 35-C, foi expressamente prevista a cobertura obrigatória nos casos de planejamento familiar.

Além disso, o intérprete deve privilegiar a interpretação da legislação infraconstitucional que dê maior eficácia e concretude à Constituição. Ou seja, deve-se proteger a garantia constitucional do direito ao planejamento familiar e ao direito fundamental à saúde.

A tese fixada no julgamento do tema repetitivo 1.067 do STJ, REsp 1.851.062-SP, no sentido de exclusão da cobertura obrigatória da fertilização *in vitro* pelos planos de saúde, foi superada com a edição da Lei nº 14.454/2022.

Referida lei manifestou uma reação política do Poder Legislativo à decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre tema de intensa rejeição popular, notadamente a decisão proferida, sob o rito dos recursos repetitivos, REsp 1.886.929-SP, que havia fixado o entendimento de que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS é taxativo.

Houve um nítido efeito backlash, na modalidade de lei *in your face*, superando-se os precedentes do STJ, com uma legislação que privilegia o direito constitucional à saúde, ampliando o alcance dos serviços de saúde suplementares.

Desse modo, como o fundamento determinante para o julgamento do tema 1.067 do STJ foi a natureza estritamente taxativa do rol da ANS, a qual não mais se sustenta com a nova legislação, deve-se concluir que esse precedente foi superado.

Prevalece, dessa forma, os termos da Lei nº 14.454/2022, segundo a qual a cobertura pelas operadoras dos planos de saúde de serviços fora do rol da ANS exige que o tratamento médico seja prescrito e tenha eficácia à luz das ciências da saúde, dentre outras condicionantes.

Sendo assim, preenchidos os pressupostos estabelecidos na Lei nº 14.454/2022, será possível estabelecer a cobertura obrigatória da fertilização *in vitro* pelas operadoras de planos de saúde privados, favorecendo a efetivação do direito fundamental à reprodução assistida.

REFERÊNCIAS

AMORIM, João Vítor Lopes; AYLON, Lislene Ledier. O direito fundamental ao planejamento familiar e a necessidade de regulamentação da reprodução humana assistida. *In*: **Revista de iniciação científica e extensão da Faculdade de Direito de Franca.** V. 3, n.1, jun. 2018. Disponível em: http://revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/722. Acesso em: 8 set. 2023.

BARBOZA, Heloisa Helena. As relações de parentesco no Novo Código Civil. *In:* **Revista da EMERJ,** número Especial: Anais do Seminário EMERJ Debate o Novo Código Civil. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_107.pdf. Acesso em: 12 set. 2023.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 set. 2023.

BRASIL. **Código Civil (2002).** Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 05 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeira de 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm. Acesso em: 30 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022**. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.html. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.886.929/SP**. Harmonização da jurisprudência da primeira e segunda seções no sentido de velar as atribuições legais e a discricionariedade técnica da autarquia especializada. Fixação da tese da taxatividade, em regra, da relação editada pela agência, com estabelecimento de parâmetros objetivos para a solução das controvérsias submetidas ao Judiciário. Embargante: Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 8 de agosto de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=160376796&registro_numero=202001916776&peticao_numero=&publicacao_data=20220803&formato=PDF. Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.851.062/SP.** Recurso Especial representativo de controvérsia – artigo 1.036 e seguintes do CPC/2015 – Ação de obrigação de fazer julgada procedente em primeiro grau de jurisdição – manutenção em sede de apelação – insurgência da operadora de plano de saúde- custeio de tratamento por meio de fertilização in vitro – inviabilidade- escólio jurisprudencial pacífico das turmas que compõe a segunda seção. Recorrente: Bradesco Saúde S/A. Recorrido: L A M A. Relator: Min. Marco Buzzi, 27 de outubro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903569861&dt_publicacao=27/10/2021. Acesso em: 30 ago. 2023.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar e da paternidade responsável. *In*: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI.** São Paulo, 2009. Disponível em: http:// http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2409.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023

CARNACCHIONI, Daniel. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: JusPodivm, 2021.

CONFERÊNCIA DO CAIRO. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.** 2007. Disponível em: https://brazil.unfpa.org/pt-br/publications/relatório-da-conferência-internacional-sobre-população-e-desenvolvimento-conferência-do. Acesso em 23 mai. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.320/2022**. Publicada no D.O.U. de 20 de setembro de 2022. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.294. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320. Acesso em: 12 set.. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** Salvador: JusPodivm, 2021.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. Salvador: JusPodivm, 2016.

FENDRICH, Cyntia Brandalize; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. *In*: **Revista Direito e Justiça** – Reflexões Sociojurídicas – Ano XIII – Nº 21, p.149-164 Novembro 2013. Disponível em: https://scholar.archive.org/work/qygdw2wkkfakpkgmrwtv77ikeu/access/wayback/http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/download/1240/563. Acesso em: 28 ago. 2023.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais**.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional.** A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

HOLANDA, Caroline Sátiro de Holanda: **As técnicas de reprodução assistida e a necessidade de parâmetros jurídicos à luz da Constituição Federal de 1988.** Orientador: Ana Maria D'Ávila Lopes, 2016. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito: Direito Constitucional. Disponível em: http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp041477.pdf. Acesso em 23 mai. 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado:** direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003.

MARMLENSTEIN, George, Efeito *backlash* da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. **Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro,** Itália: Bolonha, 2016.

MASCARENHAS, Igor Lucena de. Fertilização in vitro e o direito ao planejamento familiar: a ilegalidade do Enunciado 20 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de

Justiça e a teoria da captura aplicada à ANS. *In*: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, V. 28, n. 121, p. 323-345, jan./fev. 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado) – USP, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil.** Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V. 5.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** vol. V, atual. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Juliane Fernandez. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Planejamento familiar e a reprodução assistida. *In*: **Conpedi Law Review**, evento virtual, V. 6, n.1, jan/dez 2020. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/6970. Acesso em: 28 ago. 2023.

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

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito à fertilização *in vitro* no Brasil: Análise Jurídico-Literária à luz da obra *admirável mundo novo*. *In*: **ANAMORPHIS** – Revista Internacional de Direito e Literatura. Vol. 4, nº 2, 2018. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7490791. Acesso em: 04 set. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.