



XX REDOR

Encontro da Rede Feminista Norte
e Nordeste de Estudos e Pesquisas
sobre Mulher e Relações de Gênero

REPRODUÇÃO ASSISTIDA EM VOTAÇÃO. A DISPUTA JUDICIAL ENTRE OS PLANOS DE SAÚDE E O CONSUMIDOR.

Silmária Souza Brandão

PPGNEIM-UFBA, silmariasbrandao@gmail.com

O tema da reprodução assistida ganhou relevância em nossa sociedade, haja vista o grande número de homens e mulheres que buscam o procedimento da fertilização assistida. Assim, aumentam o número de ações que chegam aos Juizados do Consumidor, em face da recusa dos planos de saúde em cobrir os custos da fertilização. Evidencia-se um impasse na medida em que nem todos que recorrem ao Judiciário logram êxito em compelir os planos de saúde a arcarem com os custos do procedimento, haja vista a falta de uniformidade entre os julgadores sobre a responsabilização dos planos em face da infertilidade seja masculina ou feminina. Por outra quadra, os prestadores de serviço em saúde envidam esforços no sentido de ter reconhecida a falta de previsão contratual para tais procedimentos. A presente comunicação busca, então, discutir o posicionamento dos operadores do Direito ante a complexidade da questão posta, pois em face da fria lei analisada sob o ângulo dos contratos temos o desejo das mulheres de procriar, restando configurado o conflito que atinge o direito constitucionalmente garantido ao planejamento familiar e o exercício de uma sexualidade plena. O impasse que extrapola a órbita da primeira instância nos Juizados Especiais do Consumidor, longe de ter uma solução definitiva, desafia os direitos humanos, em especial das mulheres, revela as questões de autonomia e privacidade sobre o corpo feminino, então examinado e avaliado, sob o critério único da capacidade de reprodução.

PALAVRA CHAVE: INFERTILIDADE, DIREITOS REPRODUTIVOS, PLANOS DE SAÚDE E DECISÕES JUDICIAIS.

Na atualidade muito se fala sobre a família e seus valores. Nesse contexto a questão da reprodução surge como tema recorrente, ganhando destaque a questão da infertilidade, fenômeno que interfere na constituição do agrupamento familiar, e que se torna item prioritário para alguns casais desejosos de perpetuar sua descendência. A impossibilidade de gerar filhos vai de encontro ao senso dominante de que a mulher tem o poder de gerar a vida de maneira natural, sendo a fertilidade um de seus atributos próprios.

O tópico da maternidade foi tratado de diferentes maneiras ao longo do tempo, variando de acordo com a cultura e a sociedade, mas restou sempre marcada pela responsabilização da mulher na geração dos filhos, na manutenção da gravidez, no momento do parto, amamentação e cuidada

dos filhos, sobressaindo a questão do corpo feminino, analisado, estudado, medicalizado, sobre o qual se projetam expectativas e desejos diversos.

Nesta senda, a infertilidade surge como tema oposto ao desejo da procriação, um contrassenso a ordem vigente, deslocando o tema da sexualidade do espectro do privado, da alcova, para a medicina, o estudo dos corpos e, posteriormente para os tribunais, posto que para algumas mulheres o sonho da maternidade percorre o caminho da reprodução assistida, predominando o saber médico e em alguns casos a discussão entre juristas e operadores do direito em torno da concepção.

Num mundo cada dia mais tecnológico, o saber científico, avançou a passos largos na questão da reprodução humana, sobressaindo a reprodução assistida



XX REDOR

Encontro da Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisas

e a fertilização in vitro como alternativa para geração da vida, nascimento de uma família e perpetuação da espécie, tema caro para alguns casais, cujas tentativas de reprodução pelos métodos naturais restaram infrutíferas.

Neste ponto ao lado do saber médico, estará em pauta o conhecimento jurídico, já que muitos casais recorrem ao Judiciário para obterem o direito de realizar a fertilização in vitro custeada pelo Estado ou pelos planos de saúde para aqueles que podem pagar por uma assistência médica privada. Aqui nos interessa discutir as disputas judiciais entre consumidores e planos de saúde na questão da reprodução assistida.

A relevância da matéria se impõe em face da falta de uniformização das decisões proferidas em sedes de primeira e segunda instâncias, vigorando um clima de insegurança jurídica aos jurisdicionados, submetidos as concepções dos julgadores sobre o tema e o lobby crescente dos planos de saúde, ansiosos para verem triunfar a tese de isenção da obrigação de custeio de tais procedimentos.

Em face das especificidades da situação, a discussão em torno da questão aqui posta é premente, na medida em que o corpo feminino, o exercício da sexualidade e a autonomia sobre os corpos se torna tema de debate nos tribunais, analisados a partir da letra da lei apenas, onde os contratos, os pareceres e recomendações ditam o direito ou não ao sonho da maternidade.

Os questionamentos que fazem têm origem numa crescente inquietação pessoal acerca das limitações legais sobre o corpo. Os dispositivos legais podem restringir a autonomia sobre o corpo, em especial no que se refere ao sexo feminino. No campo da experiência pessoal desloca o foco para as decisões judiciais que envolvem o direito da mulher à maternidade e de forma indireta o

direito à reprodução e a uma vida sexual saudável para homens e mulheres.

Indaga-se como ficam os direitos de quem não pode pagar por tais procedimentos, em geral de alto custo? De igual sorte, por que é vedada a autorização aos que pagam um plano de saúde privado em obter autorização para tais procedimentos? Assim, ainda que de maneira inconclusiva ante as controvérsias em torno dessas demandas, busco contribuir para que se alargue o debate sobre o tema, estimulando uma mudança de mentalidade entre os operadores do direito no sentido de reconhecer o direito das mulheres seguradas dos planos de saúde de realizar os procedimentos de fertilização assistida pelos planos de saúde privados.

O método utilizado nesse estudo consiste no exame de sentenças proferidas no âmbito dos Juizados Especiais de Salvador, bem como decisões colegiadas das Turmas Recursais reunidas do Estado da Bahia, e ainda o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, sobre a questão, em contraponto à Constituição Federal de 1988 e a Resolução nº 192 da Agência Nacional de Saúde, ressaltando que o reconhecimento dos direitos reprodutivos tem antecedentes, como veremos a seguir.

Inicialmente vale ressaltar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que privilegiou o direito à vida de forma ampla, pelo que podemos pensar nos direitos humanos da mulher e a partir daí como uma conquista nos direitos reprodutivos das mulheres e dos homens, sendo o foco do movimento internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres o combate à discriminação contra a mulher e os direitos sexuais reprodutivos.

A Conferência de Viena (1993) semeou o campo para o nascimento dos direitos reprodutivos, que viriam a ser contemplados em 1994, na Conferência do



XX REDOR

Encontro da Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisas sobre Mulheres, Políticas e Políticas

Cairo sobre População e Desenvolvimento, concepção esta reconhecida por 184 Estados e reafirmada em 1995 pelas Conferências Internacionais de Copenhague e Pequim. Em seu Parágrafo 73, a Plataforma do Cairo, dispõe sobre os direitos reprodutivos:

Os direitos reprodutivos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter 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 reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência.

Consagrou-se, então, o direito à autonomia, a autodeterminação individual e o livre exercício da sexualidade, isentos de discriminação, coerção e violência. A Constituição brasileira de 1988 preconiza:

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.

Não obstante todo aparato legal no que se refere ao planejamento familiar observa-se um Judiciário vacilante na proteção aos direitos reprodutivos quando se trata da responsabilização dos planos de saúde quando se tratar de custear a fertilização in vitro aos seus segurados.

Numa pesquisa restrita as Varas do Sistema dos Juizados Especiais do consumidor em Salvador, encontramos decisões conflitantes, tanto em primeiro, quanto em segundo grau.

Os julgadores que afastam a possibilidade de imputar aos planos de saúde o ônus de arcar com os custos do tratamento da fertilização, se conformam a falta de previsão nos contratos firmados entre as partes. Entre os que firmaram seu entendimento a favor dos consumidores, entendendo que o plano deve responder pelos custos da fertilização, declarando abusiva qualquer cláusula restritiva nessa matéria, é corrente a noção de que a infertilidade é uma doença e que a cura seria a fertilização, após esgotamentos de outros meios para obtenção da gravidez. Visando a uniformização desses julgados o Colegiado de Magistrados das Turmas Recursais, editou a Súmula 02/2016, firmando o entendimento favorável ao consumidor nos seguintes termos:

SÚMULA 02/2016: "É devida a cobertura pelos planos de saúde do procedimento de fertilização in vitro, limitada a 02 (duas) tentativas, em face da configuração da infertilidade como patologia pela OMS". (Aprovado por unanimidade em 22.02.2016 -



XX REDOR

Encontro da Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisas
sobre Mulheres, Políticas e Práticas

Turmas Recursais Reunidas
TJBA).

Neste ponto criou-se um campo favorável aos consumidores que de posse de exames e relatórios médicos passaram a obter autorização judicial para realização da fertilização *in vitro*, já em sede de liminar, sem examinar o mérito da questão, limitada entretanto, a duas tentativas. A pacificação no entendimento sobre essa questão, gerou um fenômeno de enxurrada de ações contra os planos de saúde, destacando-se a migração de consumidores de outros estados do Nordeste brasileiro para Salvador, buscando aqui a satisfação de seus anseios pela gravidez e constituição de uma família.

O panorama aqui descrito contrariou os interesses dos planos de saúde, condenados a arcar com os custos da fertilização *in vitro*, um procedimento com custos altos e em geral inacessível aos menos favorecidos, adotando estes planos uma atitude combativa no sentido de reverter tal entendimento e por consequência as decisões dos juízes, estacando assim, uma sangria nas despesas com seus segurados.

A situação aqui descrita tomou nova configuração a partir do voto da Ministra Nancy Andrighi no julgamento pelo STJ do RECURSO ESPECIAL Nº 1.590.221 - DF (2016/0067921-3) em novembro de 2017, em que a responsabilização dos planos de saúde pelos tratamentos de inseminação artificial estaria afastada, embasando seu voto na Lei dos Planos de Saúde (LPS) e Resolução Normativa 338/2013 da ANS, nestes termos:

“É preciso ter claro, entretanto, que a endometriose não é tratada com inseminação artificial por meio da técnica de fertilização *in vitro*. Este procedimento artificial está

expressamente excluído do plano-referência em assistência à saúde, nos exatos termos do art. 10, III, da LPS. Na mesma linha, a RN 338/2013 ANS prevê a permissão de excluir assistências de: -inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e espermatozoides para alcançar a fertilização, por meio de injeções de espermatozoides intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas (art. 19, §1º, III).”

Assim, firmou-se o entendimento de que “A limitação da lei quanto à inseminação artificial apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar, na modalidade concepção. O que equivale dizer que cabem aos planos de saúde todas as ações referentes a saúde reprodutiva do segurado, exceto a fertilização *in vitro*, expressamente excluída da cobertura aos segurados, pois “A limitação da lei quanto à inseminação artificial apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar, na modalidade concepção”.

O posicionamento do STJ tem repercussão nos julgados dos Juízes de primeiro e segundo grau, já servindo como esteio para as modificações em sede de recurso, das decisões monocráticas favoráveis



XX REDOR

Encontro da Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisas

aos consumidores, atingidos em linha direta por esse posicionamento então esboçado. Em um dos julgados recentes da Turma Recursal da Bahia (Recurso nº 0007465-18.2018.805.001), o juiz relator firma a tese de que responsabilizar os planos em matéria de fertilização *in vitro*, implicaria na majoração das mensalidades dos demais segurados.

Além de reconhecer que não existe urgência ou emergência no tratamento da fertilização, neste julgado, se confirma a noção corrente de que o planejamento familiar deve contemplar preferencialmente as ações de contracepção, não devendo servir de fomento as iniciativas a reprodução, menos importantes para o interesse público e social.

“Ademais, não verifico que a concepção, mesmo consistindo em ação de planejamento familiar, possa ter a mesma conotação dos métodos de contracepção para o interesse público e social, que justifique a obrigatoriedade de cobertura por parte das operadoras de planos de saúde para procedimentos caríssimos de fertilização.”

Corroborar-se que no Brasil o controle da natalidade se pautou na Teoria Malthusiana, defendendo o controle da natalidade e no conservadorismo moral, traduzido pelo princípio bíblico adotado pela Igreja Católica e demais segmentos evangélicos “Crescei e Multiplicai”. Ambas as premissas fundamentadas no conservadorismo, esbarram na autonomia feminina sobre o corpo, na possibilidade do controle da fertilidade e no avanço crescente da genética que permite o nascimento de crianças de laboratório, possibilidades não previstas por Malthus.

Temas como reprodução estão vinculados à autonomia do indivíduo sobre seu corpo e o exercício da sua sexualidade da forma que lhe aprouver. A sexualidade feminina sempre foi alvo de controle por parte das instituições como o Estado, a Igreja, a sociedade e a escola, embasados no modelo patriarcal, a fim de que se reproduzisse o padrão desejado, influenciado por princípios burgueses que viam na família o campo ideal para conservação dos seus ideais, a exemplo dos bens adquiridos, sendo condição *sine qua non* a fidelidade da mulher para garantir que não se transmitiriam os bens a filhos que não fossem legítimos.

Encontramos aí o locus privilegiado para o exercício do domínio masculino sobre a fêmea, o controle do seu corpo e de sua sexualidade, num panorama propício a aplicação dos princípios do patriarcado. A maternidade, por sua vez, é vista por algumas mulheres como parte integrante do seu projeto de vida, resultado de um desejo natural, instintivo, alimentado desde sempre, como algo essencial.

Dessa forma, parece-me que a representação é a de que as mulheres vão se constituindo mães ao longo de suas trajetórias de vida, e que a maternidade é uma experiência de continuidade, de repetição, de realização de um plano desde sempre elaborado no passado feminino. Seria uma perspectiva do passado que se atualizaria em cada mulher no presente. (COSTA, 2002, p.6).

Já entre os homens a paternidade está vinculada à descendência, num projeto para o futuro, não sendo considerado um evento natural. A representação da paternidade para os homens envolve atributos de virilidade e masculinidade, pois a esterilidade masculina



XX REDOR

Encontro da Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisas

está associada à impotência, a assimetrias (heterossexual/homossexual) e hierarquia (mais/menos masculino). A orientação sexual heterossexual é tomada assim como atribuição da paternidade e da masculinidade (COSTA 2002).

A infertilidade se apresenta em nuances diferentes para homens e mulheres, pois para os primeiros resultaria numa ameaça a sua sexualidade e virilidade. Para as mulheres a esterilidade representaria uma ameaça à sua feminilidade, impedidas que restariam de cumprir a sua vocação “natural” de ser mãe, sendo certo que a impossibilidade de gerar filhos, tanto quanto a possibilidade de tê-los e o dever de evitá-los, constituem incumbência da mulher, que deve arcar, na maioria das vezes, sozinha com qualquer dessas possibilidades.

É indiscutível que para o exercício dos direitos já conquistados, deverá o Estado promover políticas de saúde voltadas para a reprodução e sexualidade como parte de suas atribuições, a fim de garantir a efetivação da cidadania, especialmente para as mulheres.

No campo da sexualidade e reprodução, a informação é um instrumento para a mulher, que antes de tudo deve conhecer o seu corpo, ter informações adequadas sobre a concepção, acesso aos meios anticoncepcionais, para, então, ter autonomia para usufruir os direitos conquistados e exercer sua sexualidade de forma sadia.

Na prática sabe-se da inexistência de serviço público para realização do tratamento da infertilidade, sendo possível encontrar decisões judiciais que isentam o Estado de promover as ações necessárias para garantir a realização de técnicas de reprodução assistida, limitando-se essas possibilidades aos menos favorecidos socialmente que não podem arcar com seus custos.

No debate entre os controlistas e os natalistas quando o assunto é reprodução humana sobressai segundo ÁVILA (1993) “o cerceamento da possibilidade de autonomia”. A questão que envolve os direitos da mulher sobre seu corpo, o Estado que tem o poder de elaborar as regras e os interesses mercantilistas dos planos de saúde, revela um campo de disputas, das quais o feminismo não pode olvidar.

“A incorporação de novos códigos sociais exige uma desestruturação da ordem simbólica patriarcal que rege, desde sempre, os princípios do Estado no Brasil. Como este foi, por tradição, instrumentalizado como agente controlador do corpo das mulheres, a perspectiva feminista da autonomia significa um confronto com os vários setores que se interessam, por razões diferenciadas, pela manutenção desta ordem”.
ÁVILA 1993, Revista Estudos Feministas, p 387.

ÁVILA (1993) defende que a luta pelos direitos reprodutivos deve inscrever os sujeitos políticos, alargando a participação democrática, na construção de princípios que contemplem a cidadania, corrigindo desigualdades de classe, raça e gênero, além de desestabilizar a hierarquia socialmente existente entre produção e reprodução, colocada como inferior em relação a primeira e a serviço daquela, implicando numa ruptura entre as esferas do público e do privado.

Vale registrar o posicionamento de SCAVONE (1998) ao questionar a defesa do uso das novas tecnologias como um direito da mulher. Para a socióloga mais importante,



XX REDOR

Encontro da Rede Feminista Norte
e Nordeste de Estudos e Pesquisas
sobre Mulheres Políticas da Região

seria debater as questões éticas que envolvem essas novas técnicas e o impacto do seu uso para a saúde das mulheres, destacando que o uso de uma tecnologia vincula a necessidade de utilização de outra, a exemplo das mulheres que se submeteram ainda jovens à laqueadura e posteriormente se arrependeram, voltando aos consultórios para tentar uma nova gravidez.

Concordamos com SCAVONE (1998, p.110) quando observa que as NTCs (novas tecnologias da concepção) retiraram da mulher o papel na reprodução, posto que passa a vigorar então o saber médico e o controle científico sobre os corpos, e acrescentamos a essa observação que, ao lado do saber médico, temos a ingerência do Judiciário na questão da reprodução, que pode autorizar ou não a realização da fertilização in vitro, selando o destino de muitas mulheres e mesmo dos casais desejosos de construir uma família.

Oportuna a crítica de SCAVONE (1998) ao limite de autonomia individual ditado pelas desigualdades sociais, haja vista a falta de atenção a saúde reprodutiva nas camadas pobres da população, na medida em que o acesso à tecnologia de ponta, só é alcançado pela parcela da população com maior escolaridade e renda, sendo certa a configuração mercantil da aplicação das NTCS, em face da proliferação de clínicas particulares, especializadas em reprodução humana.

Inafastável a preocupação com tais questões, observando SCAVONE (1998) que as ações relacionadas a fecundidade ensejaram o surgimento de outras novas doenças, em especial no caso da fertilização

in vitro, em que se faz necessária a superestimulação da ovulação que pode levar por exemplo a trombose, acidente vascular cerebral e função anormal do fígado, sendo portanto, questão de primeira ordem a avaliação das implicações para o corpo feminino, a mercê da medicina, nas novas tecnologias.

Por fim, um novo cenário de incertezas se anuncia. Após o pronunciamento do STJ isentando os planos de saúde em face dos custos da fertilização in vitro, bem como em razão da prolação de julgados contrários à Súmula 02/2016 editada pelas Turmas Recursais da Bahia, os juízes dos Juizados Especiais do Estado da Bahia, voltaram a refletir sobre o tema, havendo real possibilidade de revogação da citada súmula, na próxima reunião do Colegiado dos Juizados, alteração que por certo acarretará prejuízos para muitas mulheres e homens que desejam a chegada de um filho.

Concluimos pela necessidade de defesa dos direitos reprodutivos, como direito inalienável das mulheres, direito ameaçado pelo monopólio do saber médico, científico, que desafia o direito “natural” de gestar, cujos avanços e descobertas ainda carecem de estudo e regulamentação devida, sob diversos ângulos, em especial no que tange aos aspectos éticos então envolvidos.

A demanda pelos direitos reprodutivos em face do Poder Judiciário, impõe uma análise mais acurada por parte dos aplicadores do direito, posto que se constitui questão de vida e morte para todos os jurisdicionados interessados no exercício dos direitos constitucionalmente garantidos ao planejamento familiar e ao exercício da sexualidade plena e saudável.

Imprescindível um amplo debate em torno da reprodução que contemple as mulheres, oportunizando o acesso à informação sobre a concepção e contra



XX REDOR

Encontro da Rede Feminista Norte
e Nordeste de Estudos e Pesquisas
sobre Mulheres, Defensores da Vida

concepção, trazendo para a discussão sobre o corpo feminino, a sexualidade e a intimidade, em contraponto a desinformação das quais padecem as mulheres, bem como da mercantilização crescente do direito de gerar a vida.

A luta para mudança do paradigma quando o tema for relativo a concepção, em especial a reprodução assistida, deve continuar na pauta do feminismo, em especial junto aos legisladores e aplicadores do direito, para que se alcance o mesmo patamar de disponibilidade (e boa vontade) quando o assunto for o direito a maternidade, sob pena de cerceamento do direito das mulheres, historicamente desprovidas de prerrogativas, pois não podemos olvidar que perpetuar a descendência é ter poder!

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Maria Betânia. *Modernidade e cidadania reprodutiva*. In Revista Estudos Feministas, n° 2/93. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/16070/14604>, Acesso em 17-11-2018.

COSTA, Rosely Gomes. *Reprodução e Gênero: paternidades, masculinidades e teorias da concepção*. Cadernos Pagu, n° 17-18. Campinas 2002. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332002000100004&script=sci_arttext. Acesso em 15-11-2018.

ENUNCIADOS JUIZADOS ESPECIAIS CIVEIS DA BAHIA. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/111826744/djba-caderno2-2> 8-03-2016-pg-393. Acesso em 17-11-2018.

SCAVONE, LUCILA, *Tecnologias Reprodutivas: novas escolhas, antigos*

conflitos. In Cadernos Pagu (10) 1998. Pg 83-112. Disponível em www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=51176. Acesso em 15-11-2018