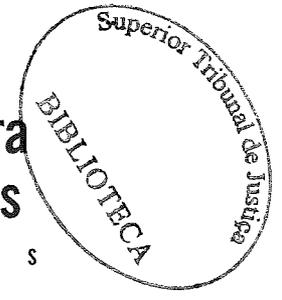


342.724
6326v

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA	
Nº	DATA
1182717	28/01/2021

Ana Carolina Brochado Teixeira
Joyceane Bezerra de Menezes

C O O R D E N A D O R A S



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

D598 Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas/ Adriana Vidal de Oliveira ... [etal.]; coordenado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Joyceane Bezerra de Menezes. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2020.

512 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-65-5515-095-7

1. Direito. 2. Direito de gênero. I. Oliveira, Adriana Vidal de. II. Palacios, Agustina. III. Terra, Aline de Miranda Valverde. IV. Brilhante, Aline Veras Morais. V. Lopes, Ana Beatriz Lima Pimentel. VI. Matos, Ana Carla Harmatiuk. VII. Teixeira, Ana Carolina Brochado. VIII. Frazão, Ana. IX. Nevaes, Ana Luiza Maia. X. Lins, Ana Paola de Castro e. XI. Barbosa-Fohrmann, Ana Paula. XII. Ramos, André Luiz Arnt. XIII. Conceição, Andreza Cássia da Silva. XIV. Pires, Caio Ribeiro. XV. Mulholland, Caitlin. XVI. Konder, Carlos Nelson. XVII. Brasil, Christina César Praça. XVIII. Konder, Cíntia Muniz de Souza. XIX. Bucar, Daniel. XX. Teixeira, Daniele Chaves. XXI. Arruda, Desdêmona Tenório de Brito Toledo. XXII. Lobo, Fabíola Albuquerque. XXIII. Braga Netto, Felipe Peixoto. XXIV. Real, Gustavo Câmara Corte. XXV. Barboza, Heloisa Helena. XXVI. Tesón, Inmaculada Vivas. XXVII. Menezes, Joyceane Bezerra de. XXVIII. Oliveira, Lígia Ziggiootti de. XXIX. Leal, Livia Teixeira. XXX. Araújo, Luana Adriano. XXX. Brasileiro, Luciana. XXXI. Dadalto, Luciana. XXXII. Fachin, Luiz Edson. XXXIII. Lorentz, Lutiana Nacur. XXXIV. Gonçalves, Marcos Alberto Rocha. XXXV. Bicalho, Maria Aparecida Camargos. XXXVI. Moraes, Maria Celina Bodin de. XXXVII. Lindoso, Maria Cristine Branco. XXXVIII. Holanda, Maria Rita. XXXIX. Real, Mariana Santos Lyra Corte. XXXX. Fachin, Melina Girardi. XXXXI. Rosenvald, Nelson. XXXXII. Pereira, Paula Moura Francesconi de Lemos. XXXXIII. Hermosa, Pedro Botello. XXXXIV. Borensztein, Rafaela. XXXXV. Madaleno, Rolf. XXXXVI. Marzagão, Sílvia Felipe. XXXXVII. Rabelo, Sofia Miranda. XXXXVIII. Pereira, Tânia da Silva. XXXXIX. Aguiar, Tiago José Nunes de. XXXXX. Mendes, Vanessa Correia. XXXXXI. Almeida, Vitor. XXXXXII. Título.

2020-1531

CDD 341.272 CDU 34:316.7

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito de gênero 341.272
2. Direito de gênero 34:316.7

GÊNERO, VULNERABILIDADE E AUTONOMIA

Repercussões Jurídicas

2020 © Editora Foco

Coordenadoras: Ana Carolina Brochado Teixeira e Joyceane Bezerra de Menezes

Autores: Adriana Vidal de Oliveira, Agustina Palacios, Aline de Miranda Valverde Terra, Aline Veras Morais Brilhante, Ana Beatriz Lima Pimentel Lopes, Ana Carla Harmatiuk Matos, Ana Carolina Brochado Teixeira, Ana Frazão, Ana Luiza Maia Nevares, Ana Paola de Castro e Lins, Ana Paula Barbosa-Fohrmann, André Luiz Arnt Ramos, Andreza Cássia da Silva Conceição, Caio Ribeiro Pires, Caitlin Mulholland, Carlos Nelson Konder, Christina César Praça Brasil, Cíntia Muniz de Souza Konder, Daniel Bucar, Daniele Chaves Teixeira, Desdêmona Tenório de Brito Toledo Arruda, Fabíola Albuquerque Lobo, Felipe Peixoto Braga Netto, Gustavo Câmara Corte Real, Heloisa Helena Barboza, Imaculada Vivas Tesón, Joyceane Bezerra de Menezes, Lígia Ziggotti de Oliveira, Livia Teixeira Leal, Luana Adriano Araújo, Luciana Brasileiro, Luciana Dadalto, Luiz Edson Fachin, Lutiana Nacur Lorentz, Marcos Alberto Rocha Gonçalves, Maria Aparecida Camargos Bicalho, Maria Celina Bodin de Moraes, Maria Cristine Branco Lindoso, Maria Rita Holanda, Mariana Santos Lyra Corte Real, Melina Girardi Fachin, Nelson Rosendal, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, Pedro Botello Hermosa, Rafaela Borensztein, Rolf Madaleno, Silvia Felipe Marzagão, Sofia Miranda Rabelo, Tânia da Silva Pereira, Tiago José Nunes de Aguiar, Vanessa Correia Mendes e Vitor Almeida

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editor: Roberta Densa

Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgina Renata Dias

Capa Criação: Leonardo Hermano

Diagramação: Ladislau Lima e Aparecida Lima

Impressão MIOLO e CAPA: GRAFNORTE

1182717

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (08.2020) – Data de Fechamento (08.2020)

2020

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.

Rua Nove de Julho, 1779 – Vila Areal
CEP 13333-070 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br
www.editorafoco.com.br

APRESENTAÇÃO

O reconhecimento dos direitos de personalidade e a soma dos direitos fundamentais lastreados no princípio-garantia *dignidade da pessoa humana* não tem sido suficientes para debelar as práticas sociais discriminatórias em virtude de fatores como gênero, idade e deficiência. Persiste no imaginário social, a figura do sujeito de direitos abstrato ilustrado por sua normalidade e autonomia insulares que findam por diminuir e invisibilizar aquela pessoa que traz consigo um ou vários traços de vulnerabilidade.

Quando elementos como gênero e deficiência se associam à certa condição social, nacionalidade e cor, potencializam as práticas de discriminação e de opressão das identidades, desafiando as doutrinas antidiscriminatórias. A sinergia entre essas diversas fontes de discriminação demanda que o enfrentamento também se faça de forma sistêmica, segundo o paradigma da interseccionalidade.

Nessa perspectiva, a análise de gênero e deficiência como critérios de discriminação e vulnerabilidade no âmbito do direito privado, esbarrará, inequivocamente, na interseccionalidade – ou seja, na interação sinérgica entre diversas modalidades de discriminação que vulnera ainda mais a pessoa. Mais vulnerável e espoliado em sua autonomia será aquele que sofre os efeitos dos múltiplos fatores de opressão e discriminação.

A condição da mulher negra, de baixa renda, com deficiência pode se tornar ainda mais gravosa se ela for idosa; pessoa com deficiência que também é transgênero sofrerá maior sorte de preconceito. Isso força a conclusão de que a classificação das pessoas em grupos específicos, segundo o gênero, a idade ou a deficiência não formará coletivos homogêneos. Em cada um deles, haverá pessoas que sofrem mais severamente a discriminação e um maior déficit na sua cidadania pelo entrelaçamento de outros fatores discriminantes, o que também intensifica a sua vulnerabilidade social.

Neste grande grupo formado pelo gênero feminino, há aquelas mulheres que se assentam em lugares altos e gozam de franca autonomia no ambiente doméstico e profissional, enquanto muitas outras vivem imersas em um sistema de opressão doméstica, social e/ou econômica do qual não consegue se libertar. No Brasil, o vasto rol dos trabalhadores informais, considerados altamente vulneráveis pela ausência de vínculos e condições dignas de trabalho, representa 38% (trinta e oito por cento) da população e desse contingente, 64% (sessenta e quatro por cento) são mulheres negras.¹

1. Dados consolidados pela Folha de São Paulo dão conta de que 38% da população é considerada altamente vulnerável, em razão da informalidade de seus vínculos. Tratam-se de trabalhadores sem carteira assinada que atuam em empresas, realizam serviços domésticos ou que trabalham por iniciativa própria sem registro formal. Nesse universo, as mulheres negras ocupam a faixa de 64%. Crise do coronavírus acentua desigualdade de gênero e cor. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/crise-do-coronavirus-acentua-desigualdade-de-genero-e-cor-diz-estudo.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa>. Acesso em: 26/04/2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Repersonalização das relações de família*. 2004b. Disponível em: [jus.com.br/artigos/5201/arepersonalizacao-das-relacoes-de-familia]. Acesso em: 29.08.2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

A AUTONOMIA REPRODUTIVA DA MULHER E O ACESSO ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira

Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Advocacia Pública pelo Centro de Estudos e Pesquisa no Ensino do Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – CEPED-UERJ. Pós-graduada em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Professora da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) e da Pós-Graduação Lato Sensu do CEPED-UERJ. Diretora do Instituto Brasileiro de Biodireito, Bioética e Sociedade (IBIOS). Membro da Comissão de Direito Civil e Órfãos e Sucessões da OAB-RJ. Advogada. E-mail: paula@francesconilemos.com.br.

Sumário: 1. Introdução. 2. As técnicas de reprodução humana assistida e o uso da FIV pelas mulheres. 3. Direito à saúde e direito ao planejamento familiar. 4. O acesso às técnicas de reprodução humana assistida e a jurisprudência. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento dos direitos das mulheres¹ e sua efetivação no campo reprodutivo sofreu grande influência dos avanços da Medicina e biotecnológicos, tanto para a concepção quanto para a contracepção. No aspecto negativo, o uso da pílula anticoncepcional, ou do DIU, a adoção de procedimentos cirúrgicos, tal como ligadura de trompas. No aspecto positivo, cita-se o surgimento das técnicas conceptivas de reprodução humana assistida (RA.). Tudo isso confere às mulheres maior controle da sua sexualidade, do cuidado de sua saúde e uma nova leitura do projeto parental.

No campo da procriação humana alguns obstáculos, tais como a esterilidade, os limites etários e a necessidade do ato sexual vem sendo rompidos em razão do desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, que tiveram em seu nascedouro a busca para o tratamento da infertilidade considerada uma doença. Esses métodos são utilizados para atender aos mais diversos planejamentos familiares, sejam os daqueles que não podem ter filhos por problemas de saúde, aos que possuem interesse por uma produção independente (famílias monoparentais), ou os que encontram impedimentos físicos (famílias homoafetivas). Por isso, nem sempre o acesso a essas técnicas está ligado

1. O presente artigo fará uma análise sob a perspectiva do direito da mulher, o que não exclui a possibilidade de os homens reivindicarem seus direitos reprodutivos por meio do acesso aos serviços de reprodução humana assistida, até mesmo para propiciar seus arranjos familiares, monoparentais ou homoafetivos ou, até mesmo, pela gestação por substituição.

a problemas de saúde, mas pode se fazer necessário para propiciar a efetividade de um determinado modelo familiar.

A autonomia da mulher quanto à disposição ou não de seu corpo para fins reprodutivos sempre foi comprometida, seja por questões sócio-histórico-culturais, seja pelo excesso de intervenção do Estado e de profissionais de saúde. Isso ocorre tanto em razão dos limites impostos no que tange à opção pela prática do aborto² e da necessidade de consentimento do cônjuge para cirurgia de esterilização,³ como pelo controle das escolhas em relação ao parto, o que vem acarretando diversas medidas⁴ para reverter esse quadro que configura uma verdadeira medicalização do processo de procriação humana e violência obstétrica.⁵ Além disso, acaba por ficar a cargo do médico a decisão sobre quem tem condições de participar da reprodução assistida, em uma análise baseada na saúde do paciente.

Atualmente, a alternativa do uso das técnicas de reprodução assistida, na modalidade de inseminação artificial ou fertilização *in vitro* – FIV, propicia à mulher a possibilidade de concretizar seu direito reprodutivo positivo, que, embora não expressamente previsto na Constituição Federal, encontra amparo no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), no art. 5º, caput e X, da CF, referente à liberdade e à privacidade, no direito à saúde, (art. 6º), no art. 226, parágrafo 7º, ao dispor do planejamento familiar, e no art. 227, referente à paternidade responsável (SARMENTO, 2016).

No entanto, uma pergunta surge: será que é possível afirmar a existência de um direito fundamental à autonomia reprodutiva? Todas as mulheres têm acesso às técnicas de reprodução humana assistida? Haveria limite ao direito fundamental à reprodução, à liberdade de procriação, ao projeto parental? A quem cabe estabelecer esses limites? Aos médicos,⁶ às autoridades de saúde, ao Estado, ao Poder Judiciário?

A falta de políticas públicas no Brasil quanto à disponibilidade de métodos e tratamentos conceptivos; a escassez de hospitais públicos⁷ que prestam esses serviços; a

2. O Código Penal trata da questão do aborto nos arts. 124 a 128, sendo lícita a sua realização apenas nos casos de estupro; risco para a vida da mulher, e em virtude da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54/DF quando forem fetos anencéfalos. Está em fase de julgamento a ADPF 442 a fim de permitir a interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas de gestação, que enfrenta, de um lado, o direito à vida dos nascituros e, do outro, na esteira do pedido, a dignidade da mulher, a cidadania, a liberdade, a igualdade, o direito à saúde, o direito ao planejamento familiar etc. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/]. Acesso em: 22.11.2019.
3. Art. 10, parágrafo 5º, da Lei 9.263/1996: “Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: § 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.” (BRASIL, 1996). Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm]. Acesso em: 17.12.2019.
4. Disponível em: http://www.ans.gov.br/gestao-em-saude/projeto-parto-adequado. Acesso em: 6 set. 2018. Disponível em: [https://www.abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/2014-04-11-17-45-11/parto-e-normal]. Acesso em: 6 set. 2018. A Portaria 569 de 2000 do MS instituiu o programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento no âmbito do SUS. Disponível em: [http://bvsm.sau.gov.br/bvsm/sau/legis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html]. Acesso em: 06.09.2018.
5. A respeito da violência obstétrica, merece leitura: Terra; Matos (2019).
6. Luciana Medeiros e Marta Verdi fazem a seguinte indagação: “Contudo, dando este mesmo Estado ao médico o poder de decisão sobre o acesso a um serviço destinado a toda uma população, não estaria ele não apenas destinando a um saber socialmente constituído o papel de legislador (que cabe a ele) – como se assim ele se eximisse de qualquer responsabilidade sobre a temática – mas também produzindo mais uma via de interferência (pelas mãos da medicina) nas vidas privadas, excluindo o indivíduo do direito de decidir sobre suas próprias questões fundamentais?” (MEDEIROS; VERDI, 2010, p. 3134-3135).
7. Hospital Universitário Antônio Pedro (Faculdade de Medicina da Universidade Federal Fluminense); Instituto de Ginecologia/Universidade Federal do Rio de Janeiro; Santa Casa; Hospital Universitário Pedro Ernesto (HUPE/

demora no atendimento em razão das longas filas de espera; o elevado custo para realizar o procedimento particular;⁸ entre outros fatores, acabam por afastar grande parte da população da concretização de sua vontade de procriar. Além disso, tais fatos têm contribuído, inclusive, para o aumento da adoção do processo de inseminação artificial caseira, como vem sendo noticiado pelos jornais⁹ e pelas redes sociais,¹⁰ e que traz diversos questionamentos de ordem ética, moral e jurídica, até mesmo em razão de sua não regulamentação, da quebra do anonimato e da possibilidade de comercialização, além dos riscos à saúde da mulher e do futuro bebê.

A controvérsia acerca do tema impõe uma maior análise pelos operadores do direito da realidade enfrentada por boa parte da população brasileira e os impactos que a falta de acesso às técnicas de reprodução humana assistida têm acarretado.

Para isso, partir-se-á da compreensão dos métodos de reprodução, seu alcance, riscos e custos, em seguida, a análise do enquadramento jurídico desse direito, sua cobertura pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e pelo sistema de saúde suplementar (art. 197 e 199, da CF) (BRASIL, 2016a). Para, ao final, a partir do posicionamento da atual jurisprudência quanto ao custeio pelo poder público ou cobertura pelo plano de saúde das técnicas de reprodução assistida, em razão de problemas de fertilidade, verificar se o direito das mulheres ao exercício de sua autonomia existencial reprodutiva, a livre disposição do seu corpo, tem sido observados.

2. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O USO DA FIV PELAS MULHERES

A infertilidade, hoje reconhecida pela Organização Mundial de Saúde – OMS como uma patologia, propiciou, de certa forma, a evolução da tecnologia reprodutiva com novas soluções para o seu enfrentamento.

As técnicas de reprodução humana assistida são métodos utilizados para auxiliar e facilitar o homem no processo da prática reprodutiva por meio da manipulação de gametas, feminino e masculino, e de embriões.¹¹ No entanto, o uso de tais técnicas não se restringe ao “tratamento” da “infertilidade patológica”, porquanto são

UERJ). Hospital das Clínicas de São Paulo – a maior referência na área no sistema público do Brasil –, em Brasília, o Hospital Materno Infantil (HMIB) Hospital das Clínicas e o Perola Byington, em São Paulo (SP).

8. “A solução convencional é recorrer a uma clínica de reprodução humana para realizar a inseminação artificial (quando o sêmen do homem é depositado direto no útero feminino). A grande barreira, no entanto, é o custo do procedimento, que varia entre R\$ 2 mil e R\$ 4 mil (quando utilizado o sêmen do próprio parceiro) e chega a custar cerca de R\$ 20 mil (com sêmen do laboratório ou banco).”. Disponível em: [https://revistacrescer.globo.com/Voce-precisa-saber/noticia/2018/07/inseminacao-artificial-caseira-os-riscos-da-ideia-que-se-espalha-cada-vez-mais-em-grupos-de-internet.html]. Acesso em: 24.11.2019.
9. Disponível em: [http://g1.globo.com/bahia/bahia- agora/videos/v/materia-especial-do-bds-fala-sobre-a-inseminacao-artificial-caseira/7480829/]. Acesso em: 24.11.2019. Disponível em: [https://revistacrescer.globo.com/Voce-precisa-saber/noticia/2018/07/inseminacao-artificial-caseira-os-riscos-da-ideia-que-se-espalha-cada-vez-mais-em-grupos-de-internet.html]. Acesso em: 24.11.2019.
10. Disponível em: [facebook.com/pages/category/Community/Insemina%C3%A7%C3%A3o-caseira-114161142333398/]. Acesso em: 24.11.2019.
11. “A Reprodução Humana Assistida (RHA) é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidades satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.” (FREITAS; SIQUEIRA; SEGRE, 2008, p. 93).

empregadas também nos casos de pessoas solteiras, homossexuais e transexuais, propiciando a grupos sociais afastados do discurso político uma maior inserção e o exercício do direito ao planejamento familiar e à pluralidade familiar amparados na Constituição Federal.¹²

As técnicas de reprodução humana assistida¹³ dividem-se em: i) inseminação artificial,¹⁴ que ocorre quando a fecundação se dá de forma intracorpórea, ou seja, dentro do corpo da mulher, podendo utilizar a amostra de sêmen do marido, de companheiro da paciente (inseminação artificial homóloga), ou de terceiro, “doador” (inseminação artificial heteróloga); e ii) fertilização *in vitro*,¹⁵ introduzida no ano de 1978, com o nascimento do primeiro bebê de proveta, Louise Brown, na Inglaterra, que acontece quando a fecundação intercorre de manipulação em laboratório, portanto, de forma extracorpórea (BARBOZA, 2004), podendo ser homóloga, quando o material genético empregado na fecundação for exclusivamente do casal que assumiu o projeto parental, ou heteróloga, quando parte ou todo o material genético for de terceiro, “doador” anônimo.

Na fertilização *in vitro* heteróloga, o embrião a ser transferido para o útero materno ou de terceira, no caso de gestação de substituição,¹⁶ poderá ser resultado da combinação: (i) óvulo de doadora anônima + sêmen do pai; (ii) óvulo da mãe + sêmen de doador anônimo; e (iii) óvulo de doadora anônima + sêmen de doador anônimo (DINIZ, 2008).

No âmbito do Direito pátrio, a questão vem sendo negligenciada no que diz respeito à produção legislativa.¹⁷ O Código Civil de 2002 contemplou a reprodução humana assistida apenas em seu artigo 1.597, III, IV e V, que trata da presunção de filiação decorrente da aplicação das técnicas de RA.¹⁸

12. A respeito do tema: Barboza (2009); Barboza; Almeida (2016).

13. Enunciado 105 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal (CJF): As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”. CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Direito Civil*. 2016. Disponível em: [https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view]. Acesso em: 17.12.2019.

14. É o método por meio do qual um cateter atravessa o colo do útero e “injeta no interior do órgão uma quantidade de aproximadamente um mililitro de meio de cultura com espermatozoides tratados.” (OLMOS, 2003, p. 187).

15. “É um método que promove em laboratório o encontro entre os espermatozoides e um óvulo colhido após tratamento com indutores.” (OLMOS, 2003, p. 189).

16. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 2.168 de 10 de novembro de 2017. Autoriza, no item VII, a situação denominada gestação de substituição, caso exista alguma impossibilidade médica que impeça ou contraindique a gestação, ou nos casos de união homoafetiva e família monoparental. Disponível em: [.]. Acesso em: 30.01.2018.

17. Existem alguns Projetos de Lei do Senado: i) Projeto Original 90 de 1999, que foi aprovado e destinado para a Câmara, convertendo-se em Projeto de Lei 115/2015 – Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Conforme informações constantes na página do Senado na internet, os projetos de Lei sobre reprodução humana assistida, estão apensados uns aos outros.

ii) Projeto de Lei 1.184, de 2003 – Define normas para realização de inseminação artificial e fertilização “*in vitro*”; proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical. iii) Projeto de Lei 4892/2012 – Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. (Apensado ao PL 1184/2003).

18. “[...] contemplou a nova Lei Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002) três hipóteses de procriação artificial, incluindo na presunção de paternidade resultante do casamento os filhos: a) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; b) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e c) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido (art. 1.597, III, IV e V).” (BARBOZA, 2004a).

No Brasil, desde 1992, a deontologia médica se encarregou de trazer diretrizes nesse sentido. A primeira Resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina – CFM, regulamentando as normas éticas na utilização das técnicas de reprodução humana assistida, foi a Resolução 1.358/1992 do CFM, de 19 de novembro de 1992. Após 18 anos de vigência, essa foi revogada pela Resolução 1.957/2010 do CFM, de 06 de janeiro de 2011, que veio a ser substituída pela Resolução 2.013/2013 do CFM, de 09 de maio de 2013 revogada, posteriormente, pela Resolução 2.121/2015 do CFM, de 24 de setembro de 2015 que, após quase 2 anos de vigência, foi recentemente substituída pela Resolução atualmente em vigor, qual seja, a de n. 2.168/2017, de 10 de novembro de 2017, revogando e substituindo a Resolução 2.121/2015 do CFM, com algumas modificações.

Entre as principais mudanças trazidas pela Resolução 2.168/2017 do CFM, está o aumento da rede de familiares consanguíneos que podem ceder o útero temporariamente para pacientes de RA; a diminuição do tempo de congelamento para o descarte de embriões criopreservados; a possibilidade de descarte de embriões abandonados; e a possibilidade da doação voluntária de gametas femininos.

As referidas resoluções, que têm orientado os profissionais de saúde e os que atuam no setor, vêm sendo objeto de estudos pelos civilistas, e já estão sendo aplicadas pelos Tribunais Inferiores e Superiores que reconhecem sua força normativa. No entanto, devem ser afastadas quando, em cotejo com os valores e princípios constitucionais, demonstrem sua inobservância.

A possibilidade de utilização das técnicas de reprodução humana assistida, procedimento complexo, de várias etapas e elevado custo, tem acarretado um aumento no volume de demandas judiciais. A análise será feita pela perspectiva das mulheres que buscam acesso ao tratamento por meio da fertilização *in vitro* por problemas de fertilidade.

A fertilização *in vitro*, como já explicado, pode ocorrer com material da própria mulher ou com doação de terceiro. No caso do uso do próprio óvulo, a mulher dará início ao ciclo da FIV com a estimulação hormonal com uso de medicamentos injetáveis para estimulação da produção de óvulos. Em seguida, será submetida a exames de ultrassonografias repetidas para coleta dos óvulos maduros. Após a coleta do gameta feminino, será feita a manipulação do embrião com a junção do gameta masculino, seja do casal ou de terceiro por meio da doação.¹⁹ Quando a mulher utiliza óvulo de doadora²⁰ também passará por um longo processo para receber o embrião. Mas em ambos os casos o tratamento envolve várias etapas, riscos e custos elevados, com o uso de medicação, a realização de exames, a participação de vários profissionais da área da saúde, a necessidade do uso dos serviços das clínicas, laboratórios, sem ter garantia de êxito, pois o sucesso depende de vários fatores (idade da mulher, condições fisiológicas etc.), que devem ser previamente esclarecidos por meio do consentimento informado.

Nessa seara se verifica uma forte interseção entre a Medicina e o Direito, especialmente quando a questão será resolvida levando em consideração a orientação médica quanto à indicação do uso das técnicas de reprodução, a chance de sucesso, considerando as especi-

19. A respeito do procedimento: Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. Disponível em: [https://www.scielo.org/article/physis/2015.v25n3/753-777/#]. Acesso em: 24.11.2019.

20. Sobre doação de óvulos, cabe a leitura: Wallauer; Pereira (2019).

ficidades do paciente. Além disso, o problema do acesso a esse tratamento envolve direitos envolvidos, que ultrapassam o campo da saúde, e abarcam o planejamento familiar – com atuação do Estado e dos participantes da saúde suplementar (FIGUEIREDO, 2012).

3. DIREITO À SAÚDE E DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O direito ao planejamento familiar está diretamente atrelado ao direito reprodutivo da mulher, ao livre exercício da sexualidade e da maternidade.²¹ Esses direitos estão alicerçados no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), na autonomia reprodutiva, que constitui além de um direito ao livre desenvolvimento, um direito da personalidade – direito humano fundamental²² – consagrado não só na Constituição Federal como em normas e instrumentos internacionais.²³ Ao lado do direito da mulher também não se pode deixar de ressaltar os princípios do melhor interesse da criança e da paternidade/maternidade responsável (art. 227, *caput*, da Constituição Federal), que devem ser observados em conjunto com o direito reprodutivo.

Para o exercício da autonomia reprodutiva é necessário um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta acesso universal e igualitário de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal (art. 196 da Constituição Federal e art. 2º da Lei 9.263/1996), e que está diretamente ligado ao atendimento global e integral à saúde, direito social (art. 6º da Constituição Federal) (BRASIL, 1996; 2016a).

Ao Estado cabe promover a saúde, o que pode ser feito diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (art. 197 da Constituição Federal) (BRASIL, 2016a). O Sistema Único de Saúde e/ou em associação (art. 198 da Constituição) deve promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar (art. 3º, 5º, 9º, da Lei 9.263/1996), seja para contracepção (fornecimento de métodos contraceptivos, esterilização por meio de vasectomia, laqueadura, aborto etc.), seja para concepção (BRASIL, 1996; 2016a).

O emprego das técnicas de reprodução humana assistida está diretamente atrelado ao direito humano fundamental à liberdade de procriação no seu aspecto positivo e não no negativo de contracepção (esterilização), o que torna indispensável o acesso aos serviços de saúde, seja por meio das instituições privadas ou públicas. Nesse sentido, a própria lei de planejamento determina que devem ser oferecidos todos os métodos e técnicas de

21. A garantia do direito reprodutivo como bem apontado no Enunciado 68 da II Jornada de Direito de Saúde promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, vai propiciar o conjunto de direitos por ele abrangido – o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana.
22. “O direito à reprodução sexual integra tanto o rol dos chamados direitos humanos, analisando-o sob a perspectiva de um ‘direito das gentes’, quanto dos direitos fundamentais, se examinado sob a ótica do exercício desse direito no âmbito de cada Estado, e, por fim, dos direitos de personalidade, no sentido de cada pessoa poder reproduzir-se livremente. Neste sentido, então, o exercício de sua autonomia é exercido em todos os níveis: internacional (direitos humanos), nacional (direitos fundamentais), e pessoal (direitos de personalidade).” (GOZZO, 2012).
23. Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica); Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, ratificada pelo Brasil em 01/02/1984; Declaração e o Programa de Ação de Viena, resultante da II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada no ano de 1993 (art. 18); Relatório final da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plano de Ação do Cairo, 1994 (princípio 8), Conferência Mundial de Beijing (art. 17.2).

concepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e saúde, devendo haver uma avaliação e acompanhamento clínico, com a devida informação sobre os riscos, vantagens, desvantagens e eficácia (art. 9º da Lei 9263/1996) (BRASIL, 1996).

No Brasil,²⁴ no entanto, tem predominado as ações voltadas para a anticoncepção,²⁵ faltando planos e políticas para a assistência à concepção necessários para garantir o acesso universal, igualitário, às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196 da Constituição Federal) (BRASIL, 2016a).

É dever do Estado,²⁶ de todos os entes federativos, de forma solidária²⁷ (art. 23, II, 196, CF) assegurar o acesso à saúde, a assistência médica-farmacêutica integral, o que inclui o fornecimento das técnicas de reprodução humana assistida e medicamentos para propiciar o exercício do direito à procriação a todo cidadão (BRASIL, 2016a).

O Sistema Único de Saúde – SUS (Lei 8.080/1990), incluindo todos os seus beneficiários, deve ter ações que permitam o exercício do planejamento familiar reprodutivo, o que já é previsto nas seguintes normas: Portaria 426/GM/MS de 22 de março de 2005, que institui a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida; Portaria 1.459/GM/MS de 24 de junho de 2011, que institui no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Rede Cegonha (arts. 2º e 4º no inciso V); Portaria 3.149/GM/MS de 28 de dezembro de 2012, que estabelece a destinação de recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo a fertilização *in vitro* e/ou a injeção intracitoplasmática de espermatozoides.

O uso das técnicas de reprodução, apesar de ligado à saúde pública, não se limita aos casos de diagnóstico de infertilidade^{28,29} como, por exemplo, a verificação de endo-

24. Existem projetos de lei que tramitam na Câmara (PL 1.184/03 – o mais avançado em tramitação – e PL 5730/09), que tornam obrigatória a cobertura da Reprodução Assistida pelo SUS.
25. A respeito do tema: Barboza (2004*).
26. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro assegura no artigo 35 a liberdade procriativa com o fornecimento de meios para sua efetivação: Art. 35 – O Estado garantirá o direito à autorregulação da fertilidade como livre decisão da mulher, do homem ou do casal, tanto para procriar como para não o fazer, competindo-lhe, nos diversos níveis administrativos, fornecer os recursos educacionais, científicos e assistenciais para assegurar o exercício daquele direito, vedada qualquer atuação coercitiva ou indutiva de instituições públicas ou privadas. RIO DE JANEIRO. [Constituição Estadual (c2007)]. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, c2007. Disponível em: [http://alerj.ln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage]. Acesso em: 17.12.2019.
27. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação e Reexame Necessário 70068824671 da Vigésima Segunda Câmara Cível*. Relatora: Des. Denise Oliveira Cezar, 09 de junho de 2016.
28. Vanessa Sampaio destaca que infertilidade se difere de esterilidade: “A infertilidade traduz-se na diminuição da capacidade de ter filhos devido a alterações no sistema reprodutor masculino ou feminino, ou de ambos. Um casal é considerado infértil quando não consegue conceber num período de 12 a 18 meses, sem uso de métodos anticoncepcionais, mantendo relações sexuais frequentes. Já a esterilidade constitui a incapacidade absoluta de fertilização natural. Diz-se que um casal é estéril quando a capacidade natural de gerar filhos é nula.” (SOUZA, 2016, p. 24-48).
29. Em Portugal, a Ministra da Saúde aprovou critérios de acesso dos casais às técnicas de PMA, tendo por base orientações de natureza estritamente técnica e de custo-benefício em saúde materno-infantil e são similares aos que prevalecem em grande parte dos países europeus, quais sejam: qualquer mulher, independentemente da sua idade, desde que referenciada pelo Médico de Família, pode aceder a uma consulta de apoio à fertilidade; todas as mulheres que não ultrapassem os 42 anos (41 anos e 364 dias) e que tenham indicação clínica para o fazer, serão admitidas ao conjunto de Técnicas de PMA de 1.ª linha (indução de ovulação e inseminação intrauterina); todas as mulheres que não ultrapassem os 40 anos (39 anos e 364 dias), com indicação clínica para tal, serão admitidas às Técnicas de PMA de 2ª linha (fertilização *in vitro* e injeção intracitoplasmática de espermatozoide). Disponível

metriose, obstrução tubária, ausência de tromba, Síndrome de Turner, entre outras,³⁰ pode ser uma forma de controle para evitar nascimento de criança com doença grave, com doenças de origem genética ou cromossômica, servindo de prevenção por meio de diagnósticos embrionários pré-implantatório,³¹ ou para nascimento de criança que auxiliará no tratamento de outra. Há ainda, os casos de mulheres que optam por esse método por outras razões como a constituição de famílias monoparentais, homoafetivas, o que também encontra respaldo constitucional (art. 226, §§ 1º, 3º, e 4º, da Constituição Federal) (BRASIL, 2016a). Nessa última hipótese, pode-se enfrentar dificuldades no acesso às técnicas de reprodução, já que não está atrelada ao direito à saúde.

A Resolução 2.168/2017, do CFM, que estabelece as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, assevera seu papel de auxiliador na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, além de poderem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos, ressaltando o seu uso, desde que exista a probabilidade de sucesso e desde que não se incorra em um risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente (itens I.1, I.2, I.3) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017). Além disso, ampliou o uso da técnica para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras (item II.2) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

O problema é que nem todos os hospitais públicos oferecem esses serviços, e os que podem prestá-los apresentam uma fila considerável, o que dificulta o acesso. Além disso, nem todos os entes privados têm convênio com o SUS para cobrir esse tipo de procedimento de reprodução. Esses fatores acabam por acarretar a busca por meio do Poder Judiciário para que determine o custeio pelo Estado ou a cobertura pelos planos

em: [https://www.saudereprodutiva.dgs.pt/gestao-de-noticias/ministerio-da-saude-fecha-criterios-de-acesso-dos-casais-as-tecnicas-de-procriacao-medicamente-assistida.aspx]. Acesso em: 02.12.2019. A Lei 32/2006 de Portugal prevê art. 4º: “Recurso à PMA. 1 – As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação. 2 – A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras. 3 – As técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade.” PORTUGAL. Lei 32/2006, de 26 de julho de 2006. Procriação Medicamente Assistida. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Lisboa, 26 jul. 2006. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&xtabela=leis&so_miolo=]. Acesso em: 17.12.2019.

30. Para a “Organização Mundial de Saúde ‘a infertilidade é a incapacidade que um casal tem de conceber após um ano de relacionamento sexual sem uso de medidas contraceptivas’, se restringirmos o sentido de infertilidade apenas como problema médico, e como tal solucionado via tecnologias reprodutivas, não serão colocadas em discussão no acesso a serviços de saúde as possibilidades de tratamento de causas de infertilidade que ‘podem ser prevenidas, como doenças sexualmente transmissíveis (DSTs), poluição, pobreza, trabalho insalubre, aditivos químicos, hormônios, dispositivo intrauterino (DIU), infecção pós-parto e esterilização precoce de mulheres’, que teriam um impacto mais abrangente do que as técnicas de RHA em si.” (MEDEIROS; VERDI, 2010, p. 3135). É importante ressaltar a oncofertilidade que é uma interespecialidade da Medicina reprodutiva e Oncologia que surgiu recentemente e utilizada para preservar a fertilidade do paciente que será submetido a tratamentos oncológicos gonadotóxicos. Pacientes jovens em idade reprodutiva são submetidas à quimio ou radioterapia para tratamento de doenças neoplásicas (p. ex. câncer de mama, leucemias, linfomas), hematológicas não neoplásicas (p. ex. anemia aplásica severa) ou mesmo reumatológicas (p. ex. LES), e que podem preservar seus materiais genéticos para procriação futura (congelamento de espermatozoides, além de vitrificação de óvulos e embriões com excelentes resultados. Nessa parte também deve-se refletir do papel do Estado em propiciar esse tratamento prévio e até mesmo a inclusão pelos planos de saúde de sua cobertura).
31. O diagnóstico genético pré-implantacional tem sido utilizado para estudo para verificar a saúde genética dos embriões, a existência de doença hereditária, de doenças raras, ou a presença de alguma alteração cromossômica que ocasione o desenvolvimento de uma doença futura. A respeito do tema, Pereira (2019).

privados de saúde dos serviços de reprodução que, além de serem especializados e de grande complexidade, é de custo elevado.

Ao tratar do acesso às técnicas de reprodução no âmbito privado, o fundamento do direito ao planejamento familiar por si só poderia acarretar obstáculo à responsabilidade do prestador de serviço de plano de saúde. Já ao se referir ao impedimento em razão de infertilidade – doença – surge outra barreira – os limites contratuais, que têm encontrado amparo na Lei de Planos de Saúde e pela Agência Nacional de Saúde³² (Lei 9.961/1990) que regula o setor (arts. 10, III, 35-C, III, ambos da Lei 9.656/1998,³³ Resolução Normativa 428, de 7 de novembro de 2017, da ANS – art. 20, parágrafo 1º, III), que afastam da cobertura certos procedimentos. Dessa forma, diverge o regime legal e as obrigações que são impostas ao particular e ao Estado.

4. O ACESSO ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A JURISPRUDÊNCIA

A discussão quanto à observância da autonomia reprodutiva da mulher em razão dos limites que enfrenta pela dificuldade de acesso às técnicas de reprodução humana assistida ganha relevo quando se analisa o custeio dos tratamentos em caso de infertilidade, seja por parte do Poder Público, seja pelos planos de saúde.

Os Tribunais de Justiça têm divergido acerca do dever do Estado de custear tratamento de fertilização, mais especificamente, a FIV, em razão da complexidade do procedimento, dos riscos e custos elevados e do desequilíbrio orçamentário que levaria à ponderação quanto ao atendimento a outras necessidades mais urgentes da população, considerando a reserva do possível e o mínimo existencial. Já em relação à cobertura pelos planos de saúde que demanda a interpretação quanto à abusividade ou não das cláusulas excludentes constantes nos contratos de assistência à saúde celebrados com planos de saúde, tem preponderado a não obrigatoriedade em razão da Lei 9.656/98, art. 10, III, de acordo com o posicionamento mais recente do Superior Tribunal de Justiça,³⁴ embora existam decisões favoráveis.³⁵

32. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/central-de-atendimento-ao-consumidor/index.php?option=com_centraldeatendimento&view=pergunta&resposta=464&historico=1970068]. Acesso em: 25.11.2019.

33. 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 enfermagem, 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: (Redação dada pela Medida Provisória 2.177-44, de 2001)

[...] III – inseminação artificial;

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

[...] III – de planejamento familiar. (Incluído pela Lei 11.935, de 2009). BRASIL. Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm]. Acesso em: 17.12.2019.

34. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial 1.808.166/SP*. Relator: Min. Marco Buzzi, 30 de setembro de 2019c.

35. Encontra-se *sub judice* o REsp 1.794.629, que tem origem no Tribunal de Justiça de São Paulo, que julgou procedente a ação de casal (marido e mulher inférteis) para determinar à operadora o custeio do procedimento. O

A regulação dessas duas situações jurídicas é feita por normas diversas, mas ambas com a interpretação decorrente das normas constitucionais que permeiam todo o sistema jurídico pátrio acerca do planejamento familiar e do direito de saúde.

Por parte do Poder Público vários argumentos são utilizados para não custeio do tratamento de reprodução assistida:³⁶ i) sopesar os interesses particulares e o interesse público;³⁷ ii) o acesso igualitário à assistência médica e farmacêutica se destina exclusivamente à proteção indispensável à vida e à saúde; iii) ausência de risco iminente à saúde ou à vida;³⁸ iv) a escassez de recursos, as precárias condições financeiras e com notória dificuldade em atender satisfatoriamente a população na área da saúde pública, pelo que é necessário o direcionamento dos recursos públicos para as ações mais urgentes relativas à saúde pública, a Administração deve atender às demandas sociais pautada na razoabilidade e no princípio da reserva do possível, não podendo fornecer todo e qualquer tratamento que, eventualmente, seja considerado viável para o cuidado da patologia, sobretudo sem a comprovação da real urgência;³⁹ vi) necessidade de pedido prévio na via administrativa, nos hospitais que dão acesso; vii) obrigatoriedade de observância da fila; viii) falta de comprovação de êxito no tratamento;⁴⁰ e ix) não seria assegurado por lei, nem estaria regulamentado por programa governamental de planejamento familiar, além de não se mostrar indispensável para a manutenção da saúde.

Todos esses argumentos de ordem econômica, biológica, jurídica, social acabam por caracterizar verdadeiras restrições do acesso, que se baseiam ora na desnecessidade das intervenções, como se fosse escolha por mero capricho, futilidade; ora pela presença de riscos à saúde da mulher e/ou da criança, que pode nascer com sequelas, apontada pelos médicos e profissionais de saúde, além dos casos que implicam na análise do melhor interesse da criança refletida em possíveis danos psicofísicos ou sociais quando diante de maternidade tardia, ou casos de mães solteiras e de homossexuais (OLIVEIRA, 2014).

Mas, quem seria responsável por certas avaliações? Os médicos, o Estado? Seriam as restrições de ordem biológica apresentadas pelos médicos dos serviços de medicina de

Ministro Relator Moura Ribeiro, votou a favor do casal e, após pedido de vista, a Ministra Nancy se posicionou de forma divergente, negando a cobertura de fertilização in vitro por plano de saúde. A questão está pendente de julgamento final, mas já demonstra que se trata de questão polêmica.

36. Cabe fazer menção ao estudo feito por Vanessa Sampaio em artigo que abordou ampla pesquisa acerca das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre os anos de 2005 e 2015, em ações em que muitos casais pleiteavam ao Estado, ao do Município ou a ambos solidariamente, a prestação coercitiva ou o custeio de serviços de reprodução assistida sob o argumento da existência do direito ao planejamento familiar e da catalogação da infertilidade como problema de saúde (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID 10) (SOUZA; CALDAS, 2016).
37. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível 1008271-55.2018.8.26.0032. Relator: Oscild de Lima Júnior. 11ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 07/11/2018.
38. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível 70071465405. Relator: Matilde Chabar Maia. Terceira Câmara Cível. Julgado em: 25/11/2016.
39. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento 3000013-34.2018.8.26.9049, da Turma Recursal Cível e Criminal*. Relatora: Des. Andréa Schiavo, 25 de setembro de 2018a.
40. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1008271-55.2018.8.26.0032*. Relator: Oscild de Lima Júnior, 07 de novembro de 2018b.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70071465405*. Relatora: Matilde Chabar Maia, [20--?].
41. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação/Remessa Necessária 1026471-51.2015.8.26.0506*. Relator: Carlos von Adamek, 28 de fevereiro de 2019.

reprodução suficientes para vincular os aplicadores do direito quanto às objeções ao acesso de certas pessoas às técnicas de reprodução, seriam lícitas as negativas com esse fundamento? Todo procedimento não gera riscos? O fato do Estado não cumprir com seus deveres de garantir saúde, educação, saneamento básico, entre outros direitos fundamentais seria motivo para ponderar quais os direitos prevalecem diante do quadro de escassez?

O Supremo Tribunal Federal⁴¹ ainda não enfrentou diretamente a questão, pois em pesquisa realizada no sítio do tribunal, os casos apreciados foram acerca do custeio pelo Estado de despesas com deslocamento para tratamento de fertilização em outra localidade, em que não adentrou no mérito em razão da matéria não alcançar estatura constitucional, pois eventual ofensa aos preceitos constitucionais invocados ocorreu de forma reflexa (art. 196 da Constituição Federal) (BRASIL, 2016a), além de demandar a reelaboração do quadro fático, o que encontra óbice por força da Súmula 279 do STF⁴²

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça⁴³ já decidiu que a questão é de enfoque eminentemente constitucional, o que torna inviável a sua análise, sob pena de usurpação da competência do STF (Súmula 126 do STJ). Entretanto, a Segunda Turma do STJ, no Resp 1.617.970 – RJ, por unanimidade, nos termos do voto do relator, Ministro Herman Benjamin, negou provimento em parte ao recurso interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, que fora condenado à obrigação de arcar com todo o tratamento de fertilização *in vitro* da recorrida no local indicado pelo ente público, apenas tendo que pagar as despesas efetuadas em hospital particular caso não cumpra a decisão judicial, ressaltando que não houve violação ao artigo 2º, § 1º, da Lei 8.080/1990, estando a interpretação do Tribunal fluminense de acordo com os precedentes do STJ, no sentido de que é dever do Estado, incluindo os seus três entes políticos, a garantia da saúde da população.

Apesar de forte tendência jurisprudencial em afastar o dever do Estado de custear tratamentos de fertilidade pleiteados pela via judicial, algumas decisões⁴⁴ se inclinam pela obrigatoriedade. O fundamento é justamente o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à preservação da saúde e da vida (arts. 196, 198, CF) (BRASIL, 2016a), ao planejamento familiar do exercício da autonomia privada que inclui a oferta de todos os métodos e técnicas cientificamente aceitas para concepção (art. 226, § 7º, arts. 2º, 3º, 4º, 9º, Lei 9296/96, Portarias do SUS, Resoluções do CFM). Outro argumento é que quanto mais velha a mulher fica, mais célere deve ser o fornecimento do tratamento.⁴⁵

41. Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Administrativo. Tratamento de fertilização in vitro. Deslocamento e tratamento. Custeio do deslocamento pelo Estado. Análise de legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Agravo regimental desprovido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Segundo Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 790.771*. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de setembro de 2016c. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo no Recurso Extraordinário 792.869*. Relatora: Min. Rosa Weber, 19 de dezembro de 2014.
42. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 279. Parasimples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*, Brasília, DF, p. 127, 1964.
43. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial 1471559/RJ*. Relatora: Assusete Magalhães, 24 de fevereiro de 2015b.
44. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0006500-48.2013.8.19.0026 da Vigésima Primeira Câmara Cível*. Relator: Des. André Ribeiro, 04 de julho de 2017.
45. Nesse sentido: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0002218-83.2014.8.19.0073 da Décima Primeira Câmara Cível*. Relator: Des. Fernando Cerqueira Chagas, 24 de fevereiro de 2016. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento 70047263785 da Vigésima Primeira*

No que diz respeito aos planos de saúde, o fundamento de algumas decisões⁴⁶ tem se inclinado no sentido de permitir a cobertura pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que determina interpretação mais favorável ao usuário das cláusulas contratuais (art. 47 e art. 423, CC) (BRASIL, 1990). Logo, considera abusivas as cláusulas que afastam alguns direitos e coloque o consumidor em desvantagem (art. 51, IV e § 1º, II) (BRASIL, 1990). Por essa razão, como a infertilidade é reconhecida como doença, consoante a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, e é direito assegurado na Constituição Federal o planejamento familiar (art. 226, § 7º) (BRASIL, 2016a), deve ser assegurado o tratamento de reprodução humana, na modalidade de Fertilização *in Vitro*, por ser considerado o procedimento mais eficaz da medicina reprodutiva, com maior taxa de gravidez, dependendo do diagnóstico da infertilidade do casal e da idade materna. Esse direito estaria assegurado na própria Lei 9.656/98 (art. 35-C, III) (BRASIL, 1998), que prevê expressamente que os planos de saúde são obrigados a cobrir atendimentos nos casos de planejamento familiar, o que envolve o custeio desse tratamento. Além disso, considera o rol de procedimentos previstos em resolução normativa da ANS exemplificativo.

No entanto, tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o tratamento de fertilização *in vitro* é de cobertura facultativa pelos planos de saúde, conforme disposição expressa do art. 10 da Lei 9.656/98 (BRASIL, 1998) e atualmente⁴⁷ a Resolução 428 da ANS, de 17/03/2017, que disciplinam os procedimentos de cobertura obrigatória incluídos no planejamento familiar, art. 35-C, inc. III, da Lei 9.656/98 (BRASIL, 1998).⁴⁸

Em abril de 2019, a Terceira Turma do STJ analisou a questão objeto do presente artigo ao decidir no Resp 1.795.867 – SP, recurso interposto pela operadora de saúde contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a sentença e deferiu o pedido de cobertura de tratamento de fertilização *in vitro* por paciente portadora de um quadro de endometriose pélvica severa que obstruiu suas trompas e produziu a impossibilidade de gravidez espontânea.

De acordo com a decisão recorrida, a cobertura do tratamento é devida pela interpretação dos artigos 10, *caput*, e 35-C, III, da Lei 9.656/98 por se tratar de casos de planejamento familiar, o que inclui direito de constituição de prole, art. 2º da Lei 9.263/1996, não aplicando o art. 10, III, da Lei 9.656/98 por ausência de subsunção. Além disso, a inseminação artificial não pode ser confundida com fertilização *in vitro*, por se tratar de procedimentos distintos.

Câmara Cível. Relator: Des. Francisco José Moesch, 18 de abril de 2012. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0431208-92.2012.8.19.0001 da Oitava Câmara Cível*. Relatora: Des. Norma Suely Fonseca Quintes, 10 de agosto de 2015.

46. BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. *Apelação Cível 0562462-88.2018.8.05.0001 da Terceira Câmara Cível*. Relatora: Des. Sandra Inês Moraes Rusciollelli Azevedo, 22 de outubro de 2019.

47. Anteriormente a matéria era disciplinada pelas Resoluções Normativas 192/09 e 387/15 da ANS.

48. Nesse sentido merece citar os seguintes julgados de vários Tribunais de Justiça do Brasil: BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível 0717160-32.2017.8.07.0001 da Sexta Turma Cível*. Relatora: Des. Vera Andrighi, 10 de maio de 2018.; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1114468-92.2016.8.26.0100 da Terceira Câmara de Direito Privado*. Relator: Des. Nilton Santos Oliveira, 17 de setembro de 2018c.; BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível 0708835-68.2017.8.07.0001, da Primeira Turma Cível*. Relator: Des. Roberto Freitas, 07 de fevereiro de 2019; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0010524-91.2016.8.19.0066 da Vigésima Câmara Cível*. Relatora: Des. Conceição Aparecida Mousnier Teixeira de Guimarães Pena, 04 de junho de 2018.

Os ministros, por sua vez, por unanimidade, deram provimento ao recurso especial para reformar a r. decisão recorrida, sob o argumento de que não é obrigatória a cobertura da técnica de fertilização *in vitro*, pela interpretação dos artigos 10, III, e 35-C, III, da Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98), que versam sobre exigências mínimas de ofertas aos consumidores e pela aplicação da Resolução Normativa 387/2015, vigente à época do caso em julgamento.⁴⁹ A Lei do Plano de Saúde exclui a obrigatoriedade de custear a inseminação artificial, mas determina a cobertura de atendimento no caso de planejamento familiar, tendo a ANS, órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano-referência de assistência à saúde, previsto a possibilidade de exclusão da inseminação artificial do rol de procedimentos que abarcam o planejamento familiar e as técnicas a elas atreladas, nos termos dos arts. 8º, I, 20, parágrafo 1º, III (Resolução Normativa 387/2015).⁵⁰ No entanto, assevera a cobertura de outros procedimentos necessários à concepção e à contracepção relacionados ao genital e reprodutor masculino e feminino afetos ao planejamento familiar como o acompanhamento de profissional habilitado (v.g. ginecologistas, obstetras, urologistas), a realização de exames clínicos e laboratoriais, os atendimentos de urgência e de emergência, inclusive a utilização de recursos comportamentais, medicamentosos ou cirúrgicos, reversíveis e irreversíveis em matéria reprodutiva. Logo, conclui pela licitude da exclusão da inseminação artificial do rol de procedimentos obrigatórios do plano-referência,⁵¹ com a ressalva de que cabe ao Estado, a quem se aplica a Lei 9.263/1996, a prestação de serviços públicos de saúde, e, portanto, a disponibilização pelo Sistema Único de Saúde de auxílio referente à reprodução assistida na modalidade fertilização *in vitro* por se tratar de política pública que não se confunde nem é capaz de alterar a relação contratual-privada própria dos planos de saúde regulados pela Lei dos Planos de Saúde.⁵²

49. Atualmente está em vigor a Resolução 428 da ANS, de 17/03/2017, que não foi alterada nesta matéria.

50. Art. 8º: “I – planejamento familiar: conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Art. 20, § 1º: “III – inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas”. BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução Normativa 387, de 28 de outubro de 2015. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; revoga as Resoluções Normativas – RN 338, de 21 de outubro de 2013, RN 349, de 9 de maio de 2014; e da outras providências. *Diário Oficial da União*. Seção: I, Brasília, DF, n. 207, p. 35, 29 out. 2015a.

51. Cabe ressaltar recente decisão unânime da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1733013, que adotou o entendimento de que o rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), previsto na Resolução Normativa 428/2017, não é meramente exemplificativo, tratando-se de um mínimo obrigatório para as operadoras de planos de saúde. Com essa posição, o colegiado negou o recurso de uma segurada que pretendia que o plano cobrisse tratamento não incluído na lista da agência reguladora. Um dos fundamentos é a garantia do equilíbrio econômico financeiro do sistema de saúde complementar, que seria colocado em xeque se a lista fosse exemplificativa, com diversas pretensões fora do rol, afetando a segurança jurídica. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso especial 1733013*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 10 de dezembro de 2019d. A respeito da decisão, cabe fazer remissão aos comentários de Gustavo Tepedino no Canal da OAB/RJ de 16/12/2019 intitulado: “O STJ e a benfazeja promoção do mutualismo”. TEPEDINO, Gustavo. *O STJ e a benfazeja promoção do mutualismo*. 2019. Disponível em: [https://www.oabrg.org.br/columnistas/gustavo-tepedino/stj-benfazeja-promocao-mutualismo]. Acesso em: 23 dez. 2019.

52. Na mesma direção os seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso especial 1590221*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 07 de novembro de 2017.

O tema foi enfrentado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça no Enunciado 20, que assim concluiu: “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” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014). Esse entendimento tem sido alvo de crítica pela doutrina por ser a infertilidade uma doença que precisa de tratamento para fins de propiciar e garantir o exercício do direito ao planejamento familiar.⁵³

Dessa forma, diversas demandas para custeio pelo plano de saúde ou de reembolso dos custos realizados com procedimentos de fertilização *in vitro*, mesmo em casos de infertilidade, têm sido julgadas improcedentes, o que deve ser analisado à luz dos direitos envolvidos e de acordo com a forma de regulação de cada setor.

5. CONCLUSÃO

As novas formas de reprodução humana, com técnicas mais avançadas, apesar de romperem a barreira da infertilidade e propiciarem um melhor planejamento familiar, não estão acessíveis a todas as pessoas. Diversos fatores afastam grande parte da população do tratamento, e o principal motivo ainda é o seu alto custo, somado à parca e controversa legislação existente. Essa realidade tem aumentado a judicialização, com a intervenção do Poder Judiciário, que acaba por decidir quem terá ou não o direito ao exercício de sua autonomia reprodutiva e de estabelecer os contornos do direito à saúde quando se trata da busca do serviço de reprodução ou de seu custeio em razão da infertilidade.

O direito à reprodução da mulher, seja pelo método natural ou artificial, é assegurado no texto constitucional, com amparo no princípio da dignidade humana, no direito à saúde e ao planejamento familiar ao qual se confere o *status* de direito humano fundamental (PIOVESAN, 2002). No entanto, sua vulnerabilidade moral e social a tem afastado de seus direitos.

O exercício desse direito está atrelado a outras áreas do saber que vão muito além do Direito, pois envolve aspectos de saúde avaliados pelos profissionais médicos, biomédicos, geneticistas, entre outros, principalmente nos casos de uso da técnica de reprodução humana assistida em situações de diagnóstico de infertilidade. Antes mesmo de a questão ser judicializada, a mulher passa por longo processo de exames, consultas médicas para

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso especial 1713429*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 21 de agosto de 2018. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso especial 1761246*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 02 de abril de 2019a. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso especial 1780022*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 02 de abril de 2019b. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso especial 1617970*. Relator: Min. Herman Benjamin, 20 de setembro de 2016b; BRASIL, 2019c.

53. É preciso observar que a infertilidade é sintoma de uma doença de modo que seu tratamento não se equipara a um procedimento meramente estético, e repensar o enunciado sob pena de interpretação incompatível com as normas básicas do direito do consumidor e que inova em restrição (no que tange à fertilização *in vitro*) sequer tratada na Lei dos Planos de Saúde (SCHMITT; SCHULMAN, 2014).

“Negar o direito à reprodução assistida através da fertilização *in vitro* é negar o direito dos consumidores de constituírem suas famílias de acordo com suas próprias perspectivas e valores, retirando o planejamento familiar da órbita da autonomia e transferindo-o para uma heteronomia definida pelos planos de saúde.” (MASCARENHAS; COSTA, 2019, p. 323-345).

definir seu diagnóstico – endometriose, obstrução tubária, ausência de tromba, Síndrome de Turner –, até decidir pela inseminação artificial ou pela fertilização *in vitro*. Por isso, a questão deve ser enfrentada com o auxílio dos princípios Bioéticos e constitucionais, de forma a tutelar a dignidade da mulher.

Um dos argumentos que fundamentam as decisões contrárias ao custeio pelo Estado dos tratamentos de reprodução, em casos não abarcados pelos poucos hospitais públicos que prestam esses serviços, é a preponderância de outros cuidados de saúde, classificados como mais importantes, prioritários, em razão da escassez de recursos. Ora, é possível que questões financeiras-orçamentárias restrinjam o pleno exercício da dignidade da pessoa humana em todos os seus planos? Não caberia ao Estado aprimorar suas políticas públicas, fazer mais investimentos na área da saúde, esta entendida de forma ampla – bem-estar físico-psíquico-social, já que é seu dever o acesso à saúde e a obrigação de proporcionar recursos educacionais e científicos para o exercício do livre planejamento familiar?

No que diz respeito à saúde suplementar, as divergências interpretativas da Lei dos Planos de Saúde e Resoluções do Órgão regulador – ANS demonstram que a questão merece maior atenção do Poder Legislativo, Judiciário, do órgão regulador. Além de uma reavaliação por parte dos planos de saúde para inserir certos tratamentos reprodutivos até mesmo por meio de convênios com clínicas de reprodução, laboratórios, fazendo os devidos reajustes dos preços com base no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e avaliação dos riscos e custos efetivamente envolvidos, a fim de melhor atender os interesses dos consumidores. A inclusão de mais um procedimento gera impactos e precisará ser ajustado para garantir o mutualismo para preservar o desenvolvimento do setor.

A conclusão a que se chega, em relação à análise jurisprudencial e doutrinária, é a de que ainda há um longo caminho a trilhar para que se possa afirmar que há efetividade do exercício pelas mulheres do seu direito fundamental à autonomia reprodutiva, do reconhecimento de sua sexualidade e reprodução como bens jurídicos mercedores de proteção e promoção específicas em prol de sua dignidade e do seu livre desenvolvimento.

6. REFERÊNCIAS

- BADALOTTI, Mariangela. Aspectos bioéticos da reprodução assistida no tratamento da infertilidade conjugal. *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, v. 54, n. 4, p. 478-485, 2010.
- BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. *Apelação Cível 0562462-88.2018.8.05.0001 da Terceira Câmara Cível*. Relatora: Des. Sandra Inês Moraes Rusciollelli Azevedo, 22 de outubro de 2019.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). *Bioética e Biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004a. p. 153-168.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Direito dos transexuais à reprodução. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 264-279.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo código civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b. p. 225-249.

- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)igualdade de gênero: a mulher como sujeito de Direito. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 163-189.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 17.12.2019.
- BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm]. Acesso em: 17.12.2019.
- BRASIL. *Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm]. Acesso em: 17.12.2019.
- BRASIL. *Lei 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm]. Acesso em: 17.12.2019.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução Normativa 387, de 28 de outubro de 2015. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; revoga as Resoluções Normativas – RN 338, de 21 de outubro de 2013, RN 349, de 9 de maio de 2014; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Seção I, Brasília, DF, n. 207, p. 35, 29 out. 2015a.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial 1471559/RJ*. Relatora: Assusete Magalhães, 24 de fevereiro de 2015b.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *Recurso especial 1617970*. Relator: Min. Herman Benjamin, 20 de setembro de 2016b.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso especial 1590221*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 07 de novembro de 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso especial 1713429*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 21 de agosto de 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso especial 1761246*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 02 de abril de 2019a.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso especial 1780022*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 02 de abril de 2019b.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso especial 1733013*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 10 de dezembro de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial 1.808.166/SP*. Relator: Min. Marco Buzzi, 30 de setembro de 2019c.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*, Brasília, DF, p. 127, 1964.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Segundo Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 790.771*. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de setembro de 2016c.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Agravo no Recurso Extraordinário 792.869*. Relatora: Min. Rosa Weber, 19 de dezembro de 2014.

- BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível 0708835-68.2017.8.07.0001, da Primeira Turma Cível*. Relator: Des. Roberto Freitas, 07 de fevereiro de 2019.
- BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível 0717160-32.2017.8.07.0001 da Sexta Turma Cível*. Relatora: Des. Vera Andrighi, 10 de maio de 2018.
- CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Direito Civil*. 2016. Disponível em: [https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view]. Acesso em: 17.12.2019.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM 2.168/2017, de 21 de setembro de 2017. Adota as normas éticas para a utilização das 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 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. *Diário Oficial da União*: Seção I, Brasília, DF, n. 216, p. 73, 10 nov. 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *I Jornada de Direito da Saúde*. 2014. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf]. Acesso em: 17.12.2019.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FREITAS, Márcia de; SIQUEIRA, Arnaldo A. F.; SEGRE, Conceição A. M. Avanços em reprodução assistida. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 93-97, 2008.
- GOZZO, Débora. Bioética, direitos fundamentais e a reprodução humana. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 15, n. 30, p. 469-496, 2012.
- MASCARENHAS, Igor de Lucena; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da. 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. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 28, v. 121, p. 323-345, 2019.
- MEDEIROS, Luciana Soares de, VERDI, Marta Inez Machado. Direito de acesso ao serviço de reprodução humana assistida: discussões bioéticas. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 3129-3138, 2010. Supl. 2.
- OLIVEIRA, Guilherme de. Restrições de acesso à parentalidade. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 225-252, 2014.
- OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade*. São Paulo: Carrenho, 2003.
- PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Responsabilidade civil e diagnóstico genético embrionário. In: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula (Coord.). *Responsabilidade civil: novos riscos*. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. p. 318-346.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos reprodutivos como direitos humanos. In: COOK, Rebecca J. et al. (Org.). *Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 61-80.
- PORTUGAL. Lei 32/2006, de 26 de julho de 2006. Procriação Medicamente Assistida. *Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa*. Lisboa, 26 jul. 2006. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo=]. Acesso em: 17.12.2019.
- RIO DE JANEIRO. [Constituição Estadual (c2007)]. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, c2007. Disponível em: [http://alerj.ln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage]. Acesso em: 17.12.2019.

- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0002218-83.2014.8.19.0073 da Décima Primeira Câmara Cível*. Relator: Des. Fernando Cerqueira Chagas, 24 de fevereiro de 2016.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0006500-48.2013.8.19.0026 da Vigésima Primeira Câmara Cível*. Relator: Des. André Ribeiro, 04 de julho de 2017.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0010524-91.2016.8.19.0066 da Vigésima Câmara Cível*. Relatora: Des. Conceição Aparecida Mousnier Teixeira de Guimarães Pena, 04 de junho de 2018.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0431208-92.2012.8.19.0001 da Oitava Câmara Cível*. Relatora: Des. Norma Suely Fonseca Quintes, 10 de agosto de 2015.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento 70047263785 da Vigésima Primeira Câmara Cível*. Relator: Des. Francisco José Moesch, 18 de abril de 2012.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação e Reexame Necessário 70068824671 da Vigésima Segunda Câmara Cível*. Relatora: Des. Denise Oliveira Cezar, 09 de junho de 2016.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70071465405*. Relatora: Matilde Chabar Maia.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento 3000013-34.2018.8.26.9049, da Turma Recursal Cível e Criminal*. Relatora: Des. Andréa Schiavo, 25 de setembro de 2018a.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1008271-55.2018.8.26.0032*. Relator: Oscild de Lima Júnior, 07 de novembro de 2018b.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1114468-92.2016.8.26.0100 da Terceira Câmara de Direito Privado*. Relator: Des. Nilton Santos Oliveira, 17 de setembro de 2018c.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação / Remessa Necessária 1026471-51.2015.8.26.0506*. Relator: Carlos von Adamek, 28 de fevereiro de 2019.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SCHMITT, Cristiano Heineck; SCHULMAN, Gabriel. Reflexões críticas sobre os enunciados de saúde suplementar aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (2014). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 23, v. 95, p. 361-376, 2014.
- SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; CALDAS, Mayara Saldanha Cesar Guimarães Caldas. A construção teórica dos direitos reprodutivos e as técnicas de reprodução assistida: acesso e efetividade via Poder Judiciário. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v. 2, n. 11, p. 24-48, 2016.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Violência obstétrica contra a gestante com deficiência. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 24, n. 1, p. 1-13, 2019.
- TEPEDINO, Gustavo. *O STJ e a benfazeja promoção do mutualismo*. 2019. Disponível em: [https://www.oabrj.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/stj-benfazeja-promocao-mutualismo]. Acesso em: 23.12.2019.
- WALLAUER, Rafaela Jardim Soto; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A natureza jurídica da doação compartilhada de oócitos em técnicas de reprodução humana assistida. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 167-189.

A FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS NO MOMENTO DO DIVÓRCIO RESSALTA A QUESTÃO DE GÊNERO E OFERECE RESPOSTA JURÍDICA SATISFATÓRIA A UMA EVENTUAL VULNERABILIDADE?

Silvia Felipe Marzagão

Advogada especializada em Direito de Família e das Sucessões. Mestranda em Direito Civil pela PUC-SP. Extensão em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM/SP; Secretária da Comissão de Direito de Família do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP.

Sumário: 1. Introdução: a ordem constitucional de equiparação de homens e mulheres e a fixação de alimentos entre cônjuges. 2. Os alimentos devidos entre cônjuges. Dever de solidariedade x Equidade de gêneros. 3. A asoberbada equiparação judicial quando ela ainda não existe na prática social – inequívoca persistência da vulnerabilidade feminina nos dias atuais. 4. Conclusão: inobservância da vulnerabilidade feminina quando da fixação da verba alimentar pós-rupturas. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO: A ORDEM CONSTITUCIONAL DE EQUIPARAÇÃO DE HOMENS E MULHERES E A FIXAÇÃO DE ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES

A evolução cultural e social impulsiona mudanças em todos os campos do direito. Não há dúvidas, todavia, que o direito das famílias seja um dos ramos que mais movimentações apresenta. Nessa evolução social – acompanhada, obviamente, por evolução legislativa – tivemos como marco emblemático, especialmente ao direito das famílias, a Constituição Federal de 1988. Podemos falar, não restam dúvidas, que as mudanças foram tão paradigmáticas que, tal como um divisor de águas, podemos dividir o Direito de Família em antes e depois do advento da Constituição Federal (LIMA; ROSA; FREITAS, 2012, p. 27).

Dos mais importantes avanços que podemos citar é que a constituição cidadã, em seu artigo 5º, inciso I, preconiza a igualdade entre direitos e obrigações de homens e mulheres. Significa dizermos, portanto, que aquela mulher que, durante grande parte do século passado era tida como ser secundário de direitos foi, a partir de 1988, alçada à condição de par do homem, até então mantido em condição de superioridade jurídica positivada.

De fato, com a expressa previsão no artigo 5º, inciso I, da Constituição, a mulher passou a usufruir de um *status* jurídico formal de igualdade com os homens, numa relevante evolução, tendo em vista que até 1962 – ou seja, até o advento da Lei 4.121 – o