



NOVAS TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS E A LEI: EMOÇÃO E RAZÃO.

Silmária Souza Brandão*

RESUMO

Há um conflito latente entre a emoção de gerar um filho e os óbices impostos pelo sistema jurídico aos que lidam com questões de saúde como a infertilidade e a necessidade de recorrer à reprodução assistida, mais precisamente as mulheres inférteis, que mesmo pagando as mensalidades do plano de saúde, encontram resistência em realizar a fertilização *in vitro* com o apoio daquelas instituições sob o argumento de que não há previsão contratual para o citado procedimento. Os direitos reprodutivos estão enquadrados entre os direitos humanos das mulheres, aliada à proteção constitucional dispensada ao planejamento familiar, este estudo trás à discussão a crescente demanda de mulheres inférteis, para realizar a reprodução assistida e satisfazer o desejo da maternidade, através do plano de saúde. Situação premente que esbarra nas bancadas dos tribunais brasileiros, cujas decisões, de início, desfavoráveis às mulheres, lentamente tendem a modificar-se, dando sinais, ainda remotos, de mudanças que traduzem mais que decisões judiciais aplicadas a cada caso concreto, uma mutação no pensamento vigorante entre aqueles incumbidos de aplicar a lei. Todavia, esse mesmo Estado falha e dificulta o acesso das mulheres aos programas de reprodução assistida gratuita. Questiona-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? Busco nesta comunicação contribuir para que se alargue o debate sobre esse tema.

Palavras - Chave: INFERTILIDADE, MATERNIDADE, PLANOS DE SAÚDE E DECISÕES JUDICIAIS.

INTRODUÇÃO

O título deste artigo traz no seu bojo um sentido de oposição em alguns casos, combatida nos estudos de gênero em face do binarismo apresentado, a exemplo da razão *versus* emoção, utilizado para definir diferenças entre homens e mulheres. No caso específico do tema proposto há um conflito latente entre a emoção de gerar um filho e os óbices impostos pelo sistema jurídico aos que lidam

* Mestrado e Doutorado em Gênero e Estudos de Mulheres pelo PPGNEIM-UFBA. E-mail: sil.brandao@ig.com.br

18º REDOR
24 a 27 de Novembro
2014

Universidade Federal Rural de Pernambuco, Recife - PE
Tema: Perspectivas Feministas de Gênero:
Desafios no Campo da Militância e das Práticas



com questões de saúde como a infertilidade e a necessidade de recorrer à reprodução assistida, mais precisamente as mulheres inférteis, seguradas dos planos de saúde privados, que mesmo pagando as mensalidades do plano de saúde, encontram resistência em realizar a fertilização *in vitro* com o apoio daquelas instituições sob o argumento de que não há previsão contratual para o citado procedimento.

Os questionamentos que faço 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 desloco 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.

Sendo os direitos reprodutivos enquadrados entre os direitos humanos das mulheres, aliada à proteção constitucional dispensada ao planejamento familiar, este estudo trás à discussão a crescente demanda de mulheres inférteis, assistidas por planos de saúde privados, geralmente diagnosticadas como portadoras de endometriose, para realizar a reprodução assistida e satisfazer o desejo da maternidade, através do plano de saúde. Esta situação esbarra nas bancadas dos tribunais brasileiros, cujas decisões, de início, desfavoráveis às mulheres, lentamente parecem mudar, dando sinais, ainda remotos, de alterações que traduzem mais que decisões judiciais aplicadas a cada caso concreto, numa mutação no pensamento vigente entre aqueles (as) incumbidos de aplicar a lei.

Os argumentos mais contundentes em contrário às demandas femininas residem na própria proteção dispensada pela lei que transferiu ao Estado o dever de promover, de maneira geral, a saúde das pessoas e do planejamento familiar, criando condições para que seja possível optar por entre ter ou não filhos e em caso afirmativo, limitar o número de filhos. Em termos práticos, esse mesmo Estado falha e dificulta o acesso das mulheres que desejam ter filhos aos programas de reprodução assistida gratuita, sendo o caminho mais frequente a trilhar seja o lucrativo caminho das clínicas de fertilização *in vitro*.

18º REDOR

24 a 27 de Novembro
2014

Universidade Federal Rural de Pernambuco, Recife - PE

Tema: Perspectivas Feministas de Gênero:

Desafios no Campo da Militância e das Práticas



Questiona-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 preliminar, 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.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que privilegiou o direito à vida de forma ampla, podemos pensar nos direitos humanos da mulher e a partir daí como uma conquista nos direitos reprodutivos das mulheres e dos homens. Como afirma PIOVESAN (2004), nas últimas três décadas, o movimento internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres centrou seu foco na discriminação contra a mulher e direitos sexuais reprodutivos. Recentemente vivenciamos a aprovação da legalização do aborto em Portugal, país de forte tradição católica, o que podemos considerar como uma vitória das feministas e mulheres em geral.

O feminismo lançou os questionamentos e as idéias que vão historicamente produzir o conceito de direitos reprodutivos e servir de base para a construção de direitos sexuais, sem dúvida uma conquista no campo de lutas pelos direitos das mulheres. (ÁVILA, 2003) A Conferência de Viena (1993) semeou o campo para o nascimento dos direitos reprodutivos, que viriam a ser contemplados em 1994, na Conferência do 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 responsavelmente 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.

18º REDOR

24 a 27 de Novembro
2014

Universidade Federal Rural de Pernambuco, Recife - PE

Tema: Perspectivas Feministas de Gênero:

Desafios no Campo da Militância e das Práticas



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.

No Brasil, a luta por democracia se desenvolve em várias frentes e embora possamos considerar recente a nossa experiência democrática, após o período de ditadura militar, o exercício dos direitos está atrelado à construção da cidadania, referência na luta contra desigualdades sociais, violência e preconceito. Podemos dizer que ainda estamos aprendendo a exercer a cidadania, patamar ainda não alcançado por alguns indivíduos ou grupos marcados pelas desigualdades de gênero, classe, raça e geração, num momento em que os seguidores do neoliberalismo defendem um movimento anticidadania, que se traduz no discurso do Estado mínimo, cabendo a este mesmo Estado programar as políticas de bem estar social, que acabam delegadas a outros entes da sociedade civil.

Neste espaço de desigualdade, a ação de novos sujeitos e novas formas de organização política, coloca em foco a cena da vida cotidiana e a esfera privada intrincados ao processo de democratização e seus embates e conflitos. No momento em que vivenciamos a dialética da construção da cidadania, o feminismo descortina as questões de gênero, reprodução e a sexualidade como eixo necessário para a construção de uma cidadania efetiva, abrindo-se a perspectiva para a construção de uma sociedade menos desigual.

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.

O destino da mulher como definitivamente ligado à procriação encontra esteio nos pensadores iluministas, inclusive em Rousseau, considerado como grande democrata, que afirmava serem as mulheres apropriadas para a reprodução, mas não para a vida pública, conforme nos ressaltou CRISTINA MOLINA (1994, p. 80): *“La mujer de Rousseau pertenece a la esfera privada de los sentimientos naturales y esta definida por ella. Las ventajas de la ciudadanía- la protección de la ley, la igualdad e la representatividad de su voluntad- no van con ella”*.

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 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.¹

A infertilidade se apresenta em nuances diferentes para homens e mulheres, pois para os primeiros resultaria numa ameaça a sua sexualidade e virilidade. Para

¹ COSTA, Rosely Gomes. Reprodução e Gênero: paternidades, masculinidades e teorias da concepção. *Estudos Feministas*: 2/2002.

18º REDOR
24 a 27 de Novembro
2014

Universidade Federal Rural de Pernambuco, Recife - PE
Tema: Perspectivas Feministas de Gênero:
Desafios no Campo da Militância e das Práticas



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.

A conquista dos direitos reprodutivos, embora recente, é considerada tardia para nós. 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.

Neste ponto vale lembrar o que nos diz Magdalena Leon (1997) sobre o poder das mulheres:

Sobressai a importância das teorias sobre o poder de Foucault para a análise feminista, posto que se a razão de ser do feminismo é contribuir para a transformação das relações de gênero baseadas no exercício do poder, e segundo Foucault, este está presente em todos os níveis da sociedade, então as mudanças devem dar-se em todos os tipos de relações sociais. (LEON, 1997, p. 19)

O direito a ter consciência de ter direito, passa inevitavelmente pela via do empoderamento, rechaçando o poder para transformar em poder interior. Resta demonstrado que os processos de empoderamento para as mulheres, representam um desafio à ideologia patriarcal que reforça a discriminação de gênero e a desigualdade social, mas constitui preciosa ferramenta para a transformação.

No Brasil o controle da natalidade se pautou na Teoria Malthusiana², defendendo o controle da natalidade e no conservadorismo moral, traduzido pelo

² Malthus foi o primeiro a desenvolver uma teoria populacional relacionando crescimento populacional com a fome. A sua teoria populacional é sistematicamente combatida por religiosos porque nessa Teoria de Malthus ressalta a necessidade de haver controle da natalidade humana.

18º REDOR
24 a 27 de Novembro
2014

Universidade Federal Rural de Pernambuco, Recife - PE
Tema: Perspectivas Feministas de Gênero:
Desafios no Campo da Militância e das Práticas



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.

Outro agente que tem forte atuação na questão dos direitos reprodutivos é a medicina, que tirou da parteira a colaboração no trabalho de parto e o privatizou como um saber do médico, do homem³. O feminismo viveu um período de antagonismo com o discurso médico, questionando o poder do seu discurso, a sua visão fragmentada do corpo feminino, a biologização da reprodução e sexualidade.

Ainda no campo do saber médico, a sociedade tem se defrontado com questões éticas e jurídicas em decorrência dos avanços alcançados nas áreas de biotecnologia. Merecem destaque as técnicas de reprodução artificiais (Tecnologias Reprodutivas Conceptivas -TRC), que tornam desnecessário o ato sexual e mesmo a procriação no interior do útero, órgão vinculado à feminilidade, já que passou a ser possível reproduzir a vida em laboratório, obedecendo-se apenas a protocolos científicos.

A desnaturalização do poder da mulher de criar a vida tem conseqüências que ainda não são possíveis conhecermos na sua totalidade. Sobressaem diversos questionamentos, pairam dúvidas sobre as questões éticas, sobre o poder do homem de manipular a vida e, principalmente, jurídicas, já que torna incerta a paternidade e mesmo em alguns casos no mínimo confusa a maternidade, a exemplo da “barriga de aluguel”, em que se disputa nos tribunais o direito à maternidade.

Questiona-se onde está a autonomia da mulher sobre o seu corpo, se muitas vezes depende de outro útero para abrigar o filho que gerou? Até que ponto as mulheres são e estão preparadas para lidar com o novo, se não são bem informadas sobre os processos a que serão submetidas e as conseqüências resultantes das técnicas utilizadas?

³ MARTINS, Ana Paula. Memórias maternas. Experiências da Maternidade na Transição do Parto Doméstico para o Parto Hospitalar. *História Oral*: Rio de Janeiro, v-8, pg. 61-76, 2006.



O estudo realizado por GOMES (2002) indica que a utilização de técnicas reprodutivas deveria aproximar-se, o mais possível, do modelo reprodutivo considerado natural, representado pela fecundação do óvulo da esposa/companheira pelo sêmen do marido/companheiro, através de uma relação sexual. Restou patente que a utilização de fluídos corporais de outro homem, simbolizava a relação sexual da parceira com outro homem, independente do meio de transmissão desses fluídos. A transmissão do sêmen ou do sangue ao filho legitimaria a paternidade e em escala maior, nos remete a ideia de dominação e controle do corpo feminino, resquícios do sistema patriarcal que ainda vigora, em face da sua capacidade de modificar/adaptar a situações diversas.

A grande recusa em usar a inseminação artificial com sêmen de doador (IASD) mostra como a transmissão dos fluídos corporais (esperma e sangue) para a concretização da reprodução relaciona-se à relação sexual e amorosa. O esperma fecundante deve ser transmitido através da relação sexual com a pessoa com a qual se mantém um relacionamento amoroso e de compromisso.⁴

Por certo uma das grandes críticas que se faz à reprodução assistida é a sua crescente mercantilização e, por consequência, o fato de não estar acessível às mulheres pobres, estando aí configurado o biopoder de que nos fala FOUCAULT⁵ (1988). Na prática o acesso às novas tecnologias reprodutivas é restrito a quem pode pagar, estabelecendo-se um mercado onde se vende a possibilidade de ter um filho, em prestações acessíveis. Evidente que para os menos favorecidos financeiramente o sonho se torna mais distante, sendo certo que a falta de dinheiro determina, em muitos casos, o número de tentativas feitas pelo casal.

Ainda que se considere o acesso às novas tecnologias através de clínicas públicas, é necessário considerar o custo das medicações, a inseminação,

⁴ COSTA, Rosely Gomes. Reprodução e Gênero: paternidades, masculinidades e teorias da concepção. *Estudos Feministas*, Ano 10, 2/2002.

⁵ O termo biopoder provém de Foucault, que o utilizou no texto resultante da aula 17 de março de 1976, e ainda no livro *História da Sexualidade*, volume 1. Em termos gerais significa a possibilidade do Estado moderno através de diversas técnicas, subjugar os corpos e obter o controle das populações, o que implica na utilização de instrumentos de gestão que agem sobre a natalidade, morte e longevidade. Transforma-se o direito de fazer morrer e deixar viver em fazer viver e deixar morrer.

18º REDOR
24 a 27 de Novembro
2014

Universidade Federal Rural de Pernambuco, Recife - PE
Tema: Perspectivas Feministas de Gênero:
Desafios no Campo da Militância e das Práticas



configurando-se como um serviço privado e, portanto, desigual para as diversas mulheres que desejam se submeter a estes tratamentos para ter um filho.

A par dessas considerações, voltamos à questão proposta, a situação das mulheres que desejam engravidar e que por questões diversas são consideradas inférteis, e que a única saída para realização da maternidade é a inseminação artificial, precisamente a fertilização *in vitro*, como é mais conhecida. Inicialmente cumpre destacar que não questiono a ação de programas públicos ou clínicas que ofereçam tais serviços a título gratuito ou oneroso. O cerne da discussão se centra na recusa dos (as) juízes (as) de primeiro grau em autorizar tais procedimentos quando instados a decidir sobre negativa de autorização dos planos de saúde a realização da fertilização *in vitro*, independente de qual seja a origem da infertilidade, sob a premissa de que não há previsão legal para tais métodos.

Longe de uma crítica à convicção pessoal, religiosa ou doutrinária de cada um dos (as) julgadores (as), percebe-se que há uma resistência, temor ou desconhecimento do tema entre os magistrados (as). Isto porque, boa parte das decisões se limita a recusar a autorização sob o argumento de que não há a citada previsão contratual. Sabemos que o direito não acompanha a realidade social e que as novas tecnologias reprodutivas ainda são uma novidade no campo jurídico. Assim, questionamos a situação de desigualdade existente entre quem pode custear um procedimento em clínicas especializadas e das mulheres que recorrem ao plano de saúde como única opção e esbarram nos tribunais, onde invariavelmente a resposta é de recusa aos seus anseios.

Faço um recorte, neste momento, para tecer considerações sobre o posicionamento específico de uma turma de julgadores, composta por três mulheres que aparentemente professam a fé católica, sendo duas mães de mais de um filho e uma sem filhos, casadas ou em convivência marital com pessoa de outro sexo, com idades entre 40 e 50 anos, que tentam pautar suas decisões em critérios técnicos e jurídicos, respaldadas na legislação em vigor. Neste grupo, duas julgadoras se posicionam contra a concessão da autorização de custeamento da fertilização pelo plano de saúde sobre a justificativa de falta de previsão contratual e uma, que entende ser a infertilidade uma doença e fundamenta seu parecer na busca da



resolução para o problema da infertilidade na realização do procedimento da fertilização.

Para fins de identificação criamos um código que tem por objetivo facilitar o entendimento esposado pelo grupo. Assim denominados a julgadora que entende a infertilidade como uma enfermidade cuja solução é a inseminação como julgadora A. O entendimento fundamentado na falta de previsão contratual para justificar a recusa de autorização é defendido pelas julgadoras denominadas como B e C.

A julgadora A fundamenta seu parecer partindo da premissa de que a infertilidade em sendo doença, o tratamento proposto se baseia na realização da fertilização e justifica sua convicção na Resolução nº 1358-92, do Conselho Federal de Medicina, substituída atualmente pela Resolução nº 2.012/2013 e, ainda, na identificação da infertilidade como doença publicada pela Organização Mundial de Saúde, na Classificação Internacional de Doenças, Código nº 97. E, mais, na Lei 9656/98.

Inicialmente a julgadora A faz considerações sobre as imputações do Conselho Federal de Medicina como órgão que possui atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica e, como tal, reconheceu a infertilidade como doença. Embora reconheça que a Resolução 1.358-92 não esteja mais em vigor, pois substituída pela Resolução nº 2.012/2013, faz considerações sobre a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, destacando os avanços do conhecimento científicos no sentido de solucionar tal demanda.

Alude, ainda, aos dispositivos constitucionais que disciplinam a saúde como um dos direitos fundamentais ao exercício de todos os outros. Acrescenta que o contrato de plano de saúde é um contrato de resultado e traz consigo o dever de cuidado com o segurado, o que obriga o prestador de serviço a promover os meios necessários para a cura da enfermidade. Nesta senda, observa que o objetivo de engravidar “é normal e comum entre aqueles que desejam procriar e planejam a sua família, da forma que lhes seja mais conveniente, não podendo lhes ser negado tal resultado” [...]. Assim, reconhece que a utilização de tais procedimentos é, cada vez mais, comum, o que leva a progressiva redução dos seus custos.

18º REDOR
24 a 27 de Novembro
2014

Universidade Federal Rural de Pernambuco, Recife - PE
Tema: Perspectivas Feministas de Gênero:
Desafios no Campo da Militância e das Práticas



Ainda calcada na Resolução Normativa da ANS nº 325, de 18 de abril de 2013, que atualiza o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de primeiro de janeiro de 1999, traz a lume o artigo 7º, I que trata do Planejamento Familiar como “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Finalizando o seu voto a eminente julgadora defende a necessidade da parte requerente de realizar o procedimento da fertilização como forma de curar a sua infertilidade, chamando à atenção que, entretanto, o número de tentativas, não deve ser ilimitado, sob pena de se causar um desequilíbrio contratual, assim fixa o número de tentativas a três, condenando o plano de saúde a proceder ao tratamento solicitado.

As demais julgadoras entendem que não se trata de procedimento indispensável para garantir a saúde do usuário do plano, alertando que não há ofensa ao princípio da boa-fé objetiva do usuário do plano que, previamente, tinha conhecimento de que não havia cobertura para o procedimento da fertilização, não havendo justificativa para a alteração contratual. Por fim asseveram que não se trata de cláusula restritiva que põe o consumidor em desvantagem exagerada, sendo necessária a intervenção do Estado – juiz (a) para restabelecer o equilíbrio da relação contratual.

Longe de questionar a justeza ou não das decisões referidas, abro espaço para reflexão em torno de outras decisões tomadas de forma colegiada por esse mesmo grupo, quando se refere a aspectos da sexualidade e mesmo da reprodução humana, para demonstrar deliberações conflitantes quando se trata da autonomia sobre o corpo. Um desses exemplos se refere a uma mulher que solicitava a implantação, às custas do plano de saúde, do dispositivo intra-uterino conhecido como “Mirena”, sob o argumento de ser o único meio viável de evitar a gravidez. Embasa a parte requerente seu pedido, no fato de ter apresentado uma gravidez complicada do ponto de vista médico, onde apresentou quadro de hipertensão arterial e anemia evoluindo para retardo do crescimento intra-uterino, oligodraminia,

18º REDOR
24 a 27 de Novembro
2014

Universidade Federal Rural de Pernambuco, Recife - PE
Tema: Perspectivas Feministas de Gênero:
Desafios no Campo da Militância e das Práticas



sendo submetida a várias interações. A menção ao implante do dispositivo citado esta lastreada na Lei do Planejamento Familiar e é indicada como única alternativa a ser aplicada ao caso concreto.

Em seu arrazoado a julgadora B que examina a questão defende que há ofensa a Lei Maior que consagra o direito a uma qualidade de vida sadia, devendo os particulares que atuam no mercado agirem pautados por princípios éticos, tendo em vista a relevância dos bens objetos jurídicos de sua prestação. Defende como infundada a recusa do plano de saúde em face da necessidade de salvaguardar direito fundamental ao planejamento familiar, a saúde e a sadia qualidade de vida. Assevera que há ofensa ao princípio da boa-fé e que o equilíbrio da relação contratual está afetado, pois não há equivalência entre os direitos e as obrigações. Segue nos seguintes termos:

Com efeito, a Lei nº 9.656/98, que regulamenta os planos de saúde, dispõe de forma clara que se submetem a ela todas as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de **assistência à saúde**, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, e por sua vez tal assistência compreende, segundo aponta o mesmo diploma legal em seu art. 35-F, **todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde**, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes.

...

Assim, os contratos nas relações de consumo, principalmente os de adesão, como é o aqui tratado, não podem ser considerados como um assunto do interesse restrito e exclusivo das partes, eis que são do interesse de todos, pois que todos estão potencialmente expostos a se sujeitar a eles. Assumem, então, uma feição coletiva que interessa à sociedade controlar. O que fica bem claro em face da *relevância pública* dos serviços de saúde e do objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa, e solidária. Há, então, uma indisponibilidade do objeto do contrato que envolve assistência à saúde, ou seja, as partes não podem transacionar livremente com a mesma desenvoltura com que fariam se o objeto fosse um produto comercial qualquer.

Ao final, a julgadora concluiu pela manutenção da sentença que condenou o plano de saúde a arcar com os custos do tratamento solicitado, inclusive o próprio DIU, mantendo também os danos morais fixados em primeiro grau. Neste ponto, questiono por que iguais argumentos não são utilizados quando a questão é a da reprodução assistida? Em que os fundamentos do direito à vida e a saúde como bem maior do ser humano divergem? Por que há a configuração da ocorrência de

18º REDOR

24 a 27 de Novembro
2014

Universidade Federal Rural de Pernambuco, Recife - PE

Tema: Perspectivas Feministas de Gênero:

Desafios no Campo da Militância e das Práticas



danos morais em face da aflição psicológica causada a uma mulher que precisa de DIU e se defronta com a recusa do plano de saúde e não é assim considerado quando o casal ou uma mulher pleiteiam a realização da fertilização *in vitro*?

Mais uma vez ressalvo que não discuto a legalidade ou moralidade das decisões abordadas, apenas tento entender e discutir os critérios utilizados em ambas as decisões que envolvem o exercício da sexualidade e reprodução humana, elevando a saúde juntamente com o direito a vida a patamar inegociável e de primordial importância. Será que antigos conceitos ligados ao exercício da autonomia sobre o corpo e da sexualidade, se mostram agora, ainda que de maneira velada nas relações patriarcais de gênero?

Como explicar a dualidade de pensamento quando o assunto se refere a anticoncepção, ao desejo de evitar filhos, até como questão de preservação da saúde e a recusa explícita quando o assunto é gerar filhos, realizar o sonho da maternidade, constituir uma família? Deixam de estar presentes o princípio balizador do direito à vida, a saúde? Não se trata de assunto de relevância pública? Onde estão os direitos à construção de uma sociedade livre e igualitária?

Questões pessoais como o sofrimento psicológico, a frustração por não conseguir engravidar pelos métodos naturais, a privação da realização do desejo da maternidade em face da falta de condições financeiras para arcar com os custos de um tratamento dispendioso, parecem não impressionar e nem levar à reflexão as julgadoras B e C, que preferem se apoiar na legalidade de suas decisões, o que sem dúvida propicia uma situação tranquila, uma zona de conforto garantidora de uma posição estável e distante de maiores embates jurídicos e igualmente de recursos repetitivos.

O que existe de fato na convicção arraigada de que a infertilidade não merece um olhar mais complacente e menos legalista para as julgadoras B e C? Sabemos que o julgador como ser humano está sujeito aos seus (pré)conceitos, idéias, experiência pessoal, além de uma outra gama de fatores que influenciam o seu olhar sobre o mundo e por conseqüência a sua forma de aplicar a lei.

Assim, o pequeno grupo que tem como função precípua julgar de maneira colegiada, ao tempo em que se afina na defesa do direito a saúde, na qualidade de

