

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.629 - SP (2019/0027170-6)

RELATOR : MINISTRO MOURA RIBEIRO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE
ADVOGADOS : ANA TEREZA BASILIO - RJ074802
BRUNO DI MARINO - RJ093384
ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO E OUTRO(S) - SP237754
SIMONE DO NASCIMENTO RAMOS - SP408433
RECORRIDO : LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI
RECORRIDO : FLAVIO LEOPOLDO BAROLI
ADVOGADOS : RENATA VILHENA SILVA - SP147954
MARCOS PAULO FALCONE PATULLO E OUTRO(S) - SP274352

EMENTA

RECURSO ESPECIAL AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ART. 10, III, LEI 9.656/98. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*.

1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 02/08/2017, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 28/08/2018 e encaminhado ao gabinete em 05/11/2019.

2. O propósito recursal consiste em dizer da interpretação do art. 10, III, da Lei 9.656/98, pontualmente se ao excluir a inseminação artificial do plano-referência também deve ser compreendida, ou não, a exclusão da técnica de fertilização *in vitro*.

3. Apesar de conhecida a distinção conceitual de diversos métodos de reprodução assistida, referida diversificação de técnicas não importa redução do núcleo interpretativo do disposto no art. 10, III, da Lei dos Planos de Saúde, ao autorizar a exclusão do plano-referência da inseminação artificial.

4. Ao exercer o poder regulamentar acerca das exclusões do plano-referência (Resolução Normativa 387/2015), a ANS atuou nos exatos termos do disposto no art. 10, § 1º, da Lei 9.656/98, não havendo, portanto, inovação da ordem jurídica nem ampliação do rol taxativo, mas a sua materialização na linha do disposto e autorizado expressamente pela lei de regência.

5. A inseminação artificial compreende a fertilização *in vitro*, bem como todas as técnicas médico-científicas de reprodução assistida, sejam elas realizadas dentro ou fora do corpo feminino.

6. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira

Superior Tribunal de Justiça

Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, acompanhando a divergência e o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze no mesmo sentido, por maioria, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2020(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora



RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.629 - SP (2019/0027170-6)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE
ADVOGADOS : ANA TEREZA BASILIO - RJ074802
BRUNO DI MARINO - RJ093384
ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO E OUTRO(S) - SP237754
SIMONE DO NASCIMENTO RAMOS - SP408433
RECORRIDO : LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI
RECORRIDO : FLAVIO LEOPOLDO BAROLI
ADVOGADOS : RENATA VILHENA SILVA - SP147954
MARCOS PAULO FALCONE PATULLO E OUTRO(S) - SP274352

VOTO VENCIDO

O EXMO. SENHOR MINISTRO MOURA RIBEIRO:

LÍLIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI e FLÁVIO LEOPOLDO BAROLI (LÍLIAN e FLÁVIO) ajuizaram ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada contra SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE (SUL AMÉRICA), objetivando o custeio do procedimento médico de fertilização *in vitro*.

O Juízo de primeira instância julgou improcedente o pedido inicial (e-STJ, fls. 315/317).

Inconformados, LÍLIAN e FLÁVIO apelaram.

O Tribunal paulista deu provimento ao apelo em acórdão que ficou assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – Negativa de cobertura – Fertilização in vitro – Argumento de que há expressa exclusão contratual por não constar no rol de procedimentos da ANS, além de exclusão legal para inseminação artificial – Abusividade – Contrariedade à função social do contrato – A ciência avança mais rápido do que o Direito, não podendo o consumidor, ficar à mercê da decisão do órgão regulador de atualizar sua lista de tratamentos – Inteligência da Súmula nº 102 do E. TJSP – Ademais, apresentando os autores infertilidade, patente a necessidade do tratamento para reprodução, devendo a ré oferecer os meios para tratamento da doença, inclusive nos termos do artigo 35-C, inciso III da Lei 9656/98, tendo em vista a obrigatoriedade de cobertura em caso de planejamento familiar – Recurso provido (e-STJ, fl. 429).

Superior Tribunal de Justiça

Irresignada, a SUL AMÉRICA manifestou recurso especial com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, apontado a violação do art. 10, III, da Lei nº 9.656/98, alegando, em síntese, que o custeio é indevido porque o procedimento da fertilização *in vitro* está expressamente excluído, seja por não constar no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, seja por ausência de expressa previsão contratual (e-STJ, fls. 440/452).

As contrarrazões foram apresentadas por LÍLIAN e FLÁVIO, defendendo, preliminarmente, a incidência dos óbices das Súmulas nºs 5 e 7, ambas do STJ, e, no mérito, o acerto do acórdão recorrido porque o inciso III do art. 10 da Lei nº 9.656/98 não estabeleceu, de modo expreso e taxativo, a exclusão para a técnica *in vitro* (e-STJ, fls. 594/617).

O Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu o apelo nobre (e-STJ, fls. 465/466).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.629 - SP (2019/0027170-6)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE
ADVOGADOS : ANA TEREZA BASILIO - RJ074802
BRUNO DI MARINO - RJ093384
ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO E OUTRO(S) -
SP237754
SIMONE DO NASCIMENTO RAMOS - SP408433
RECORRIDO : LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI
RECORRIDO : FLAVIO LEOPOLDO BAROLI
ADVOGADOS : RENATA VILHENA SILVA - SP147954
MARCOS PAULO FALCONE PATULLO E OUTRO(S) - SP274352

VOTO VENCIDO

O EXMO. SENHOR MINISTRO MOURA RIBEIRO:

O recurso não merece provimento, devendo ser mantido o v. acórdão de relatoria do Des. José Carlos Ferreira Alves.

De plano, vale pontuar que o recurso ora em análise foi interposto na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Da alegada ofensa ao art. 10, III, da Lei nº 9.656/98

No caso, LÍLIAN é portadora de endometriose e falência ovariana precoce e FLÁVIO é portador de oligoastenospermia e hidrocele, que impossibilitam a procriação natural do casal e a gestação da cônjuge.

Assim, ajuizaram a presente demanda requerendo que a SUL AMÉRICA custeasse a realização do tratamento da fertilização *in vitro*.

No curso do processado, o Tribunal bandeirante reformou a sentença de

Superior Tribunal de Justiça

primeiro grau para acolher a pretensão inicial, por entender que a SUL AMÉRICA estava obrigada ao pagamento do tratamento médico porque, além de indicada pelo médico assistente, o método não estava expressamente excluído no plano de saúde contratado.

A controvérsia de mérito, levantada no nobre apelo, diz respeito ao dever da SUL AMÉRICA cobrir o procedimento da fertilização *in vitro* aos seus beneficiários LÍLIAN e FLÁVIO.

Convém, inicialmente, destacar dois julgados proferidos por esta eg. Terceira Turma que analisaram o custeio da fertilização *in vitro* e, mais adiante, ousou apresentar uma nova abordagem jurídica quanto ao tormentoso tema.

No primeiro deles, a eg. Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.590.221/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, entendeu que não havia abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial "por meio da técnica de fertilização *in vitro*".

Naquela assentada, foi firmada a compreensão de que a limitação da lei de regência quanto a inseminação artificial, prevista no art. 10, III, da Lei nº 9.656/1998, permite uma exceção a regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar (art. 35-C, III, da Lei nº 9.656/1998), o que encontraria respaldo na Resolução Normativa nº 338/2013 da ANS – posteriormente atualizada pela RN nº 387/2015 da ANS.

Nesse panorama, havendo cláusula expressa de exclusão de cobertura de inseminação artificial, inexistiria abusividade ou nulidade na previsão contratual, o que implicaria o afastamento do dever de custeio do mencionado tratamento – inseminação artificial – pela operadora do plano de saúde.

Veja-se, aliás, a ementa do referido julgado:

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. ENDOMETRIOSE. PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXCLUSÃO DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. NÃO CONFIGURADA. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. RESOLUÇÃO NORMATIVA 338/2013. FUNDAMENTO NA LEI 9.656/98.

1. Ação ajuizada em 21/07/2014. Recurso especial interposto em

09/11/2015 e concluso ao gabinete em 02/09/2016. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal é definir se a inseminação artificial por meio da técnica de fertilização *in vitro* deve ser custeada por plano de saúde.

3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

4. A Lei 9.656/98 (LPS) dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e estabelece as exigências mínimas de oferta aos consumidores (art. 12), as exceções (art. 10) e as hipóteses obrigatórias de cobertura do atendimento (art. 35-C).

5. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a autorização prevista no art. 10, §4º, da LPS, é o órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano-referência de assistência à saúde.

6. A Resolução Normativa 338/2013 da ANS, aplicável à hipótese concreta, define planejamento familiar como o "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. 7º, I, RN 338/2013 ANS).

7. Aos consumidores estão assegurados, quanto à atenção em planejamento familiar, o acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, 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.

8. A limitação da lei quanto à inseminação artificial (art. 10, III, LPS) apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar (art. 35-C, III, LPS). Não há, portanto, abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial, o que tem respaldo na LPS e na RN 338/2013.

9. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.590.221/DF, Rel. Ministra **NANCY ANDRIGHI**, Terceira Turma, julgado em 7/11/2017, DJe 13/11/2017 – sem destaque no original)

Mais recentemente, esta eg. Terceira Turma, por ocasião do julgamento do REsp 1.692.179/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, exarou o entendimento de que a fertilização *in vitro* não possui cobertura obrigatória, mesmo após a edição da Lei nº 11.935/2009, que incluiu o inciso III no art. 35-C da Lei nº 9.656/98 para estabelecer a

obrigatoriedade de atendimento nos casos de planejamento familiar pelos planos de saúde.

Naquele julgado, ficou entendido que a regulamentação normativa pela ANS, por força da lei de regência, confirmou expressamente a exclusão do procedimento da fertilização *in vitro* prevista pelo art. 10, III, da Lei nº 9.656/1998, consoante as Resoluções Normativas nºs 192/2009 e 387/2015, ambas da mesma agência.

Segundo essa orientação, na hipótese de ausência de previsão contratual, é impositivo o afastamento do dever de custeio do supracitado tratamento pela operadora do plano de saúde.

A propósito, confira-se a ementa do aludido julgado:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO COMO FORMA DE ALCANÇAR A GRAVIDEZ. DISCUSSÃO ACERCA DO ALCANCE DO TERMO PLANEJAMENTO FAMILIAR, INSERIDO NO INCISO III DO ART. 35-C DA LEI N. 9.656/1998 COMO HIPÓTESE DE COBERTURA OBRIGATÓRIA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DO DISPOSITIVO. FINALIDADE DA NORMA EM GARANTIR O MÍNIMO NECESSÁRIO AOS SEGURADOS EM RELAÇÃO A PROCEDIMENTOS DE PLANEJAMENTO FAMILIAR, OS QUAIS ESTÃO LISTADOS EM RESOLUÇÕES DA ANS, QUE REGULAMENTARAM O ARTIGO EM COMENTO. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO PLANO E DA PRÓPRIA HIGIDEZ DO SISTEMA DE SUPLEMENTAÇÃO PRIVADA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RECURSO PROVIDO.

1. A controvérsia trazida nestes autos cinge-se a saber se o tratamento de fertilização in vitro passou a ser de cobertura obrigatória após a edição da Lei n. 11.935/2009, que incluiu o inciso III no art. 35-C da Lei n. 9.656/1998, o qual estabelece a obrigatoriedade de atendimento nos casos de planejamento familiar pelos planos e seguros privados de assistência à saúde.

2. Considerando a amplitude do termo planejamento familiar e em cumprimento à própria determinação da lei no parágrafo único do dispositivo legal em comento, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS estabeleceu, por meio de resoluções normativas, diversos procedimentos de cobertura obrigatória, garantindo-se o mínimo necessário aos segurados de planos de saúde privados no que concerne a atendimentos relacionados ao planejamento familiar.

3. A interpretação sistemática e teleológica do art. 35-C, inciso III,

da Lei n. 9.656/1998, somado à necessidade de se buscar sempre a exegese que garanta o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, impõe a conclusão no sentido de que os casos de atendimento de planejamento familiar que possuem cobertura obrigatória, nos termos do referido dispositivo legal, são aqueles disciplinados nas respectivas resoluções da ANS, não podendo as operadoras de plano de saúde serem obrigadas ao custeio de todo e qualquer procedimento correlato, salvo se estiver previsto contratualmente.

4. Com efeito, admitir uma interpretação tão abrangente acerca do alcance do termo planejamento familiar, compreendendo-se todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos como hipóteses de cobertura obrigatória, acarretaria, inevitavelmente, negativa repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do plano, prejudicando todos os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde.

5. Por essas razões, considerando que o tratamento de fertilização in vitro não possui cobertura obrigatória, tampouco, na hipótese dos autos, está previsto contratualmente, é de rigor o restabelecimento da sentença de improcedência do pedido.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1.692.179/SP, Rel. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, Terceira Turma, j. em 5/12/2017, DJe 15/12/2017 – sem destaque no original)

Pois bem!

A matéria aqui tratada tem origem nos chamados direitos reprodutivos, que, na concepção de HELOÍSA HELENA BARBOZA, podem ser entendidos como

[...] os direitos de 'decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles, e de acessar as informações, instruções e serviços sobre planejamento familiar', compreendendo ainda 'o direito à escolha reprodutiva', como a liberdade reprodutiva relativa a 'se', 'quando' reproduzir-se, ensejando incluir-se nessa escolha o 'como' reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial [...] (BARBOZA, Heloísa Helena. **Reprodução assistida e o novo Código Civil**. In: SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira de. (Coord.). **Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pág. 229 – sem destaque no original).

A definição de direitos reprodutivos foi expressamente prevista no item 7.2 do Capítulo VII, denominado "Direitos de Reprodução e Saúde Reprodutiva", do relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD) realizada no Cairo, Egito, em 1994, conforme se extrai do trecho a seguir transcrito:

A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não a simples ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que dêem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. De conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis (NAÇÕES UNIDAS. Relatório final da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plano de Ação do Cairo. Versão não oficial em português. Cairo, Egito, 5 a 13 set. 1994. Disponível em: <<https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2019 – sem destaque no original).

Além disso, no item 7.3 foi destacado que *esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em*

documentos sobre direitos humanos.

VANESSA RIBEIRO CORRÊA SAMPAIO SOUZA e MAYARA SALDANHA CESAR GUIMARÃES CALDAS evidenciam que *a concepção doutrinária contemporânea acerca dos direitos reprodutivos encontra-se vinculada ao sentido de autonomia enquanto direito ao livre-exercício de todas as opções concernentes ao ato de procriar* (In: **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões nº 11** – Mar-Abr/2016, págs. 24/25).

Nesse panorama, os direitos reprodutivos foram expressamente incorporados pela Constituição Federal de 1988, que trouxe sua definição para o ordenamento jurídico no seu art. 226, § 7º, assim redigido:

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.

GUILHERME CALMON, citado PELAS AUTORAS ANTES DESTACADAS, esclarece que

[...] Tal atuação não possui qualquer conotação de intromissão ou ingerência na vida do casal constituído formal ou informalmente em família, mas detém dupla função: a) preventiva, no que se refere à informação, ao ensino, à educação das pessoas a respeito dos métodos, recursos e técnicas para o exercício dos direitos reprodutivos e sexuais; b) promocional, no sentido de empregar recursos e conhecimentos científicos para que as pessoas possam exercer seus direitos reprodutivos e sexuais, uma vez informados e educados a respeito das opções e mecanismos disponíveis (op. cit., pág. 34).

Em síntese, a Constituição Federal de 1988 assegurou ao casal, constituído formal ou informalmente em família, o direito de decidir de maneira livre e responsável sobre questões ligadas ao planejamento familiar, garantindo ainda os meios

para o exercício dos direitos ligados a reprodução, sejam eles educacionais ou científicos.

Nesse contexto, visando dar concretude ao art. 226, § 7º, da CF, foi promulgada a Lei nº 9.263/96, chamada de Lei do Planejamento Familiar, que definiu o *planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.*

Ainda, de acordo com o referido texto legal, o planejamento familiar integra as ações de atendimento global e integral à saúde, obrigando-se o Sistema Único de Saúde, em todos os níveis, a garantir programa que inclua como atividades básicas, entre outras, *a assistência à concepção e contracepção* (art. 3º, parágrafo único, I), devendo ser oferecidos para o exercício do planejamento familiar *todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção* (art. 9º).

Saliente-se também que o próprio Código Civil, em sintonia com o § 7º do art. 226 da CF, ao abrir o Capítulo IX, que trata da eficácia do casamento, no art. 1.565, § 2º, estabeleceu que *o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.*

Sob outro foco, IGOR DE LUCENA MASCARENHAS e ANA PAULA CORREIA DE ALBUQUERQUE DA COSTA alertam que

É certo que o instituto do planejamento familiar tem sua origem ligada ao controle da natalidade. Todavia, norteado pelos princípios que regem hodiernamente o direito de família, dos quais são citados os princípios da afetividade, liberdade e dignidade, mais do que controle de natalidade, o planejamento familiar deve significar viabilizar a família que se pretende ter, quer as pretensões se revelem no desejo de ampliar, quer no de restringir a prole. Obviamente, sua realização não pode prescindir de práticas de atenção à saúde. Nesse sentido, cumpre ressaltar que hoje já não é mais possível discutir planejamento familiar sem pontuar a questão das tecnologias reprodutivas e suas possíveis conseqüências (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.

Ainda, os mesmos autores lembram que ***a depender do modo de convivência familiar desejado e das condições individuais das pessoas que compõem determinado núcleo, o planejamento familiar pode demandar o uso de técnicas de reprodução humana assistida*** (op. cit., pág. 331).

Para ADRIANA CALDAS DO REGO DABUS MALUF, citada pelos autores acima nomeados, a Reprodução Assistida pode ser definida como *basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar a pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade* (op. cit., pág. 331).

Para VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN e LETÍCIA CARLA BAPTISTA ROSA, as técnicas de reprodução humana assistida podem ser definidas como o conjunto de técnicas que favorecerem a fecundação humana, por meio da manipulação de gametas e embriões, com o objetivo de tratar a infertilidade e propiciar o nascimento de um novo ser (**Da vulnerabilidade do embrião oriundo da reprodução humana assistida e a ética da vida**. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 8, n. 12, p. 147-165, jan./abr. 2013, pág. 152).

VANESSA e MAYARA, por sua vez, conceituam a Reprodução Assistida como *um conjunto de técnicas utilizadas por médicos especializados, que tem por finalidade facilitar ou viabilizar a procriação por homens e mulheres estéreis ou inférteis. Em síntese, a reprodução assistida facilita o encontro do óvulo e do espermatozóide quando não ocorre naturalmente* (op. cit., págs. 35/36).

Vem a calhar, consoante bem sintetizada pelas autoras supra, a diferenciação entre esterilidade e infertilidade:

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 (op. cit.; pág. 36 – sem destaques no original).

Vale, aqui, esclarecer que tanto a infertilidade quanto a esterilidade são consideradas doenças, e estão registradas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, CID 10 da Organização Mundial da Saúde, podendo ser tratadas.

A título de informação, identifiquei os seguintes códigos: **N46** – Infertilidade masculina; **N97.0** – Infertilidade feminina associada à anovulação; **N97.1** – Infertilidade feminina de origem tubária; **N97.2** – Infertilidade feminina de origem uterina; **N97.3** – Infertilidade feminina de origem cervical; **N97.4** – Infertilidade feminina de origem associada à fatores do parceiro; **N97.5** – Infertilidade feminina de outra origem; e **N97.9** – Infertilidade feminina não especificada (Fonte: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm> – consulta em 8/10/2019).

Importante salientar que a medicina reprodutiva avançou e passou a oferecer técnicas mais sofisticadas e menos invasivas, dentre elas o processo de fertilização *in vitro* (FIV).

Nesse cenário, conforme o ensinamento de REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, a ***inseminação artificial***, consistente na introdução de gameta masculino, por meio artificial, no corpo da mulher, esperando-se que a própria natureza faça a fecundação, e a ***fertilização*** fora do corpo da mulher, ***in vitro***, na qual o óvulo e o espermatozóide são unidos numa proveta (**Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 238).

VANESSA e MAYARA, em peculiar lição, esclarecem que

[...] As técnicas de reprodução humana assistida podem ser classificadas como intracorpóreas, quando a fecundação se dá dentro do corpo da mulher, ou extracorpóreas, nas quais a fecundação se dá fora do corpo da mulher, através da fertilização in vitro.

A fertilização in vitro (FIV) consiste na coleta dos gametas (óvulo maduro e espermatozóide) para que a fecundação seja feita em laboratório, e depois na transferência desses embriões para o útero materno. A evolução dessa técnica deu origem a

variações com fundamento equivalente, tais como a FIVET (fertilização in vitro e transferência de embriões), a TET (transferência do embrião para a trompa), a ZIFT (zigot intra-falopian transfer ou transferência intratubária de zigotos), ICSI (intracytoplasm sperm injection ou injeção de espermatozoides), dentre outras.

No que diz respeito ao material genético a ser utilizado, as técnicas de reprodução medicamente assistida podem ser classificadas como homólogas, quando os gametas masculino e feminino utilizados são do próprio casal, ou heterólogas, quando há o emprego de material genético de pelo menos um terceiro doador.

Nesse último caso, pode haver utilização de óvulo ou sêmen de um doador, caso em que a técnica será heteróloga unilateral, assim como a doação de ambos os gametas ou até mesmo de embriões de terceiros, quando se terá reprodução assistida heteróloga bilateral (op. cit., págs. 36/37 – sem destaques no original).

Por sua vez, ELIO SGRECCIA, citado em artigo de SAMANTHA KHOURY CREPALDI DUFNER, ao explicar a técnica de inseminação artificial afirma que

[...] Como diz a expressão, inseminação artificial significa inserir o sêmen no corpo da mulher por meio de uma transferência feita artificialmente, mediante uma seringa, por via transabdominal, ou mediante um cateter, por via transvaginal. (...) Quando o sêmen é do esposo, trata-se de inseminação homóloga; quando ocorre a infertilidade também do esposo, a inseminação é feita com o sêmen de outro homem, e se chama heteróloga (**Reprodução assistida homóloga post mortem e a colisão da Dignidade Humana**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. RDCI, v. 22, nº 86, jan./mar. 2014, págs. 150/151 – sem destaque no original).

E o mesmo autor acrescenta, ainda, em relação a fecundação *in vitro*,

[...] Uma terceira técnica de fecundação artificial é a fecundação extracorpórea, realizada em laboratório: é o bebê de proveta, como se costuma chamar, ou Fite (fecundação in vitro com transferência de embriões). Primeiramente, a mulher é submetida à estimulação hormonal maciça, para que produza de uma só vez entre oito e dez óvulos. (...) Depois, preservam-se esses óvulos, que não sabemos se são maduros ou sadios, pois foram produzidos forçadamente. Eles são levados para o laboratório

*numa pequena bacia, que deve conter um líquido semelhante ao que se encontra nas trompas da mulher. (...) no meio da cultura, os óvulos são aproximados dos espermatozóides. Os espermatozóides vêm do banco de sêmen, onde são guardados, congelados, a 190° C abaixo de zero. É importante dizer isso, pois o congelamento pode provocar danos. Eles são aquecidos até a temperatura de 37° C que é a temperatura do corpo, e aproximados dos óvulos. **Então ocorre a fecundação fora do corpo humano.** (...) É preciso dizer que esses embriões são seres humanos, são filhos (op. cit., pág. 151 – sem destaques no original).*

Do escólio de VALÉRIA e LETÍCIA, pode-se afirmar que as técnicas mais utilizadas de reprodução assistida são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, sendo que

*[...] **A primeira – inseminação artificial – é obtida sem que haja relação sexual, por meio de recursos mecânicos, com a introdução do sêmen no útero feminino.** Poderá ser homóloga quando o material genético utilizado é do casal, ou heteróloga, realizada com o material genético de um terceiro. **Já a fertilização in vitro ocorre em laboratório, sendo o embrião transferido posteriormente ao útero materno.** É utilizada quando o emprego das outras técnicas se esgotarem, uma vez que é mais invasiva que as demais (op. cit., pág. 152 – sem destaques no original).*

Em suma, é possível afirmar, sem sombra de dúvida, que a Procriação Artificial ou a Reprodução Humana Assistida é **gênero**, que pode ser realizada através de duas técnicas principais, a saber: a inseminação artificial e a fecundação *in vitro*, também conhecida como bebê de proveta.

Convém aqui ressaltar que, apesar de o tema ser controvertido e extremamente sensível, ainda não existem leis federais específicas voltadas para a Reprodução Assistida.

Apenas o Conselho Federal de Medicina, por intermédio da Resolução nº 2.168/2017, publicada aos 10/11/2017, estabeleceu 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.

Interessante notar que essa entidade, em compasso com a Constituição Federal e com o novo Código Civil, inovou ao dispor, nos princípios gerais da mencionada resolução, que *1. As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, ou seja, possibilitaram a atuação do médico em outros casos além dos que havia impossibilidade de procriação em virtude de patologias clínicas outras (MASCARENHAS e COSTA, op. cit., pág. 331).*

Como se pode ver até agora, se no planejamento familiar da pessoa ou do casal estiver inserido um projeto de filiação, caso esta progênie (descendência) não possa, por qualquer motivo, ocorrer de forma natural, a medicina possui meios de procriação artificial. Assim, apesar de não contar, o país, com uma lei específica sobre a utilização das técnicas de Reprodução Assistida, a lei do planejamento familiar garante expressamente o direito de assistência médica à concepção (MASCARENHAS e COSTA, op. cit., pág. 332).

Retornando a uma análise jurídica dos direitos reprodutivos, e considerando que a reprodução assistida e o planejamento familiar são garantidos pela Lei nº 9.656/98, chega-se facilmente à conclusão de que é direito do beneficiário do plano de assistência à saúde ter acesso aos tratamentos obrigatórios garantidos pela norma.

Para melhor deslinde da questão, veja-se a redação dos arts. 10, III, e 35-C, III, ambos da Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde – LPS):

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:

[...]

III - inseminação artificial;

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

[...]

III - de planejamento familiar.

O art. 10 da LPS criou o plano-referência, que, por disposição expressa do § 2º, é de oferta obrigatória para todas as sociedades empresárias que comercializam os produtos referidos no inciso I e § 1º do art. 1º da referida lei.

LUIZ ANTÔNIO RIZZATTO NUNES, em seus comentários ao plano-referência, assim lecionou:

Ao que parece, uma das intenções da lei, ao criar esse tipo obrigatório para todas as operadoras, foi instituir uma modalidade básica que permita a clara visualização, por parte dos consumidores, autoridades e entidades de defesa do consumidor, do preço e da qualidade dos serviços oferecidos. A estandardização da oferta permite que se elabore um quadro comparativo capaz de deixar a oferta mais transparente.

Andou bem o legislador nesse ponto. De fato, criando-se um modelo-padrão, é possível aos consumidores fazer uma opção mais consciente dentre as ofertas existentes, como da mesma forma poderão as entidades de defesa do consumidor e as autoridades públicas melhor avaliar preços fixados, custos alegados e a qualidade dos serviços prestados, o que, evidentemente, também facilita a escolha do consumidor (Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde (Lei n. 9.656, de 3-6-1998). 2ª ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 26 – sem destaques no original).

Nesse sentido, LUIZ GUILHERME DE ANDRADE V. LOUREIRO afirma que

[...] A lei n. 9.656/98, no seu art. 10, institui um seguro-referência de assistência à saúde, que compreende os partos e tratamento, exclusivamente realizados no Brasil, de todas as doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial

da Saúde (OMS). **Vale dizer, este é o contrato padrão de assistência à saúde, do qual não se poderá excluir da cobertura nenhuma das doenças previstas na classificação internacional da OMS, inclusive câncer, AIDS e qualquer outra doença infecto-contagiosa (Seguro saúde (lei n. 9.656/98): comentários, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Lejus, 2000, pág. 96 – sem destaque no original).**

A LPS, no entanto, permite algumas exceções que podem constar no contrato-padrão de referência, que devem ser objeto de regulamentação pela ANS, nos termos do § 1º do seu art. 10.

Consoante bem alertado por LUIZ ANTÔNIO RIZZATTO NUNES,

[...] as exclusões são prerrogativas das operadoras. Assim, para terem validade devem constar expressamente do contrato e ser indicadas previamente e de forma ostensiva. Somente dessa forma as cláusulas que as instituem terão eficácia, posto que essa é a fórmula prevista no Código de Defesa do Consumidor, especialmente em seus arts. 30, 31, 46 e 54, §§ 3º e 4º (op. cit., pág. 29).

Não destoaria desse entendimento a lição de LUIZ GUILHERME DE ANDRADE V. LOUREIRO, de que **o rol previsto no art. 10 é numerus clausus** e que, **além do mais, aplica-se o adágio exceptio strictissimi juris, ou seja, a lei que abre exceção a regras gerais só abrange os casos que especifica** (op. cit., págs. 98/99).

Pelo que se vê da LPS, o seu art. 10, III, estabelece expressamente que a inseminação artificial não é tratamento previsto como cobertura obrigatória, não integrando o plano-referência. Por sua vez, o art. 35-C prevê que é conteúdo obrigatório dos contratos de planos de saúde a cobertura de atendimento ao planejamento familiar.

Porém, em sentido oposto, houve a edição de atos normativos que, a pretexto de somente regulamentar o inciso III do art. 10 da Lei nº 9.656/98, estabeleceram a inexistência do dever de cobertura obrigatória para além da inseminação artificial.

Nessa linha, a Resolução Normativa nº 387/2015 da ANS, em vigor quando ocorreram os fatos do presente feito e que atualizou o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da

atenção à saúde nos planos privados, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656/98, também dispôs em seu art. 20:

A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

§ 1º **São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:**

[...]

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 (sem destaques no original).

Entretanto, e aqui reside o cerne da controvérsia, a Resolução Normativa nº 387/2015 da ANS não compreendeu a diferença entre inseminação artificial e as demais técnicas de Reprodução Assistida.

A Reprodução Artificial é gênero, englobando toda procriação que não seja efetuada por meios tidos como "naturais" ou que demandem intervenção médico-tecnológica. Além disso, *existem diferentes métodos de reprodução humana assistida, de modo que esta é gênero, ao passo que FIV, inseminação artificial, gestação por substituição e Injeção Intracitoplasmática são algumas de suas espécies* (MASCARENHAS e COSTA, *op. cit.*, pág. 333).

Em suma, a Resolução Normativa nº 387/2015 da ANS, mais especificamente o seu art. 20, § 1º, III, **inovou** ao equiparar a figura da inseminação artificial as demais espécies de reprodução assistida, ao acrescentar que aquela técnica **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.**

Superior Tribunal de Justiça

A malfadada resolução, ao igualar a inseminação artificial a fertilização *in vitro*, negou, de forma universal, o direito ao custeio da Reprodução Assistida, quando a lei não o fez.

Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *pode-se conceituar o regulamento em nosso Direito como ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública (Curso de Direito Administrativo. 33ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12/7/2016. Malheiros, São Paulo, 2016, pág. 355 – com destaque no original).*

E, quanto aos limites do regulamento ante o princípio da legalidade, o renomado autor esclarece que

[...] é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.

Este último traço é que faz do regulamento, além de regra de menor força jurídica que a lei, norma dependente dela, pois forçosamente a pressupõe, sem o quê nada poderia dispor. No Direito pátrio, sem a lei não haveria espaço jurídico para o regulamento (op. cit., págs. 361/362 – sem destaques no original).

No que se refere ao poder regulamentar, peculiar a lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, com espeque na doutrina de HELY LOPES MEIRELLES, que orienta:

*Sendo ato administrativo, o ato regulamentar é subjacente à lei e deve pautar-se pelos limites desta. Numas de suas clássicas lições, e até hoje sempre atuais, Hely Lopes Meirelles deixava esse registro: **'Como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é irritado e nulo, por***

caracterizar situação de ilegalidade'.

Seguindo a lição do grande mestre, já assinalamos a respeito do poder regulamentar: 'Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (contra legem), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se secundum legem, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser'.

(O poder normativo das agências reguladoras / Alexandre Santos de Aragão, coordenador... [et al.]. Forense, Rio de Janeiro, 2006, pág. 76 – sem destaques no original).

Em resumo, somente a lei pode, originariamente, inovar a ordem jurídica para impor novas obrigações, bem assim para restringir direitos, sob pena de sofrer invalidação (**Atividade legislativa do poder executivo.** CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, pág. 311).

Na espécie, verifica-se que a Resolução Normativa nº 387/2015 da ANS **inovou** na ordem jurídica, pois restringiu e modificou direitos e obrigações não previstos no art. 10, III, da Lei nº 9.656/98, especificamente no que se refere a equiparação da inseminação artificial a fertilização *in vitro*.

Chega-se, naturalmente, a essa conclusão porque aquele inciso da LPS diz expressamente **inseminação artificial**, e tão somente **inseminação**, nada dizendo acerca de outras técnicas de Reprodução Assistida.

Consoante bem ressaltado por MASCARENHAS e COSTA, **o fato de a norma não prever a inseminação artificial como procedimento a ser obrigatoriamente coberto pelo plano de saúde não inibe a cobertura de outras espécies de reprodução assistida.** Além do mais, *o art. 35-C da Lei 9.656/98 define que planejamento familiar é procedimento de cobertura obrigatória, ressalvada a hipótese de inseminação artificial (op. cit., pág. 334).*

Por conseguinte, ao expandir/criar novas exclusões assistenciais no plano-referência de assistência à saúde, talvez por má percepção acerca dos conceitos médicos, a Resolução Normativa nº 387/2015 da ANS ampliou o rol taxativo previsto no art. 10 da Lei nº 9.656/98, estando, portanto, em desacordo com ela.

Nesse cenário, o próprio CNJ, muito provavelmente estimulado pela resolução acima, promoveu a 1ª Jornada de Direito da Saúde, em que foi aprovado o

enunciado abaixo:

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

CRISTIANO HEINECK SCHMITT e GABRIEL SCHULMAN, citados no artigo de MASCARENHAS e COSTA, comentando o referido enunciado, apontam que

[...] há verdadeira inversão, pois a lei dos planos de saúde não proíbe ou mesmo presume a não cobertura, sendo uma faculdade do plano inserir a inseminação artificial no seu rol de serviços cobertos. Pontificam ainda que a fertilização in vitro pode ser utilizada como mecanismo alternativo para a infertilidade causada, por exemplo, pela endometriose, 'doença que não se equipara a um procedimento meramente estético' e a necessidade de se '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 (op. cit., pág. 337).

Desse modo, o Enunciado nº 20 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, assim como a Resolução Normativa nº 387/2015 da ANS, negaram o direito de cobertura da Reprodução Assistida, quando a lei não o fez.

Convém aqui lembrar que esta eg. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.713.619/SP, na sessão de julgamento realizada aos 16/10/2018, analisando controvérsia relativa a planos de saúde, pacificou o entendimento de que o art. 19 da referida Resolução – Resolução Normativa 279/2011 da ANS – contraria o art. 31 da LPS ao autorizar a manutenção do ex-empregado no plano de saúde de sua antiga empregadora 'com condições de reajuste, preço, faixa etária diferenciadas daquelas verificadas no plano privado de assistência à saúde contratado para os empregados ativos'. Em resumo, entendeu que aquela resolução ofendeu o princípio da hierarquia das normas, tendo em conta que restringiu direito garantido pela lei que regulamenta.

Então, não é novidade regulamento da ANS afrontar a lei.

A propósito, veja-se a ementa do referido precedente:

DIREITO PRIVADO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANOS DE SAÚDE. MANUTENÇÃO DE EMPREGADO APOSENTADO. MESMAS CONDIÇÕES DE COBERTURA ASSISTENCIAL. ART. 31 DA LEI 9656/98. RESOLUÇÃO NORMATIVA 279/2011 DA ANS. VALORES DIFERENCIADOS PARA EMPREGADOS ATIVOS E INATIVOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ação ajuizada em 15/01/16. Recurso especial interposto em 02/05/2017 e autos conclusos ao gabinete em 15/12/17. Julgamento: CPC/15.

2. O propósito recursal é definir o alcance da determinação legal "mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral", expressa no art. 31 da Lei 9.656/98, para o aposentado ou o demitido sem justa causa mantido no plano de saúde fornecido por seu ex-empregador.

3. Da análise da redação dos arts. 30 e 31 da Lei dos Planos de Saúde, infere-se o interesse do legislador em proteger a saúde do ex-empregado, demitido sem justa causa ou aposentado, com sua manutenção como beneficiário do plano privado de assistência à saúde usufruído em decorrência da relação de emprego nas "mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho".

4. O art. 31 da Lei 9.656/98, regulamentado pela Resolução Normativa 279/2011 da ANS, não alude a possibilidade de um contrato de plano de saúde destinado aos empregados ativos e outro destinado aos empregados inativos. E, quanto ao ponto da insurgência recursal, não faz distinção entre "preço" para empregados ativos e empregados inativos.

5. O "pagamento integral" da redação do art. 31 da Lei 9.656/98 deve corresponder ao valor da contribuição do ex-empregado, enquanto vigente seu contrato de trabalho, e da parte antes subsidiada por sua ex-empregadora, pelos preços praticados aos funcionários em atividade, acrescido dos reajustes legais. Precedentes.

6. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração de honorários recursais.

(REsp 1.713.619/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 12/11/2018 – sem destaque no original)

E não é só. Além da sua manifesta ilegalidade por extrapolar o poder

regulamentar, o art. 20, § 1º, III, da Resolução Normativa nº 387/2015 da ANS, ao equiparar a inseminação artificial a fertilização *in vitro*, provoca, indubitavelmente, uma interpretação incompatível com o microsistema consumerista, divergindo, a um só tempo, do art. 47 do CDC (*As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*) e do art. 423 do CC/02 (*Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente*).

Sobre a interpretação do contratos de assistência à saúde, em especial frente ao art. 10, III, da LPS e ao Enunciado nº 20 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, peço vênia para trazer à lume o ensinamento de MASCARENHAS e COSTA:

Dada a natureza adesiva do contrato de plano de saúde, a LPS representa um dirigismo estatal ao definir um conteúdo contratual mínimo em proteção a hipossuficiência do usuário/consumidor. A norma estabelece um conteúdo protetivo mínimo, sendo possível a inserção de outras coberturas além de mínimo mediante a contraprestação respectiva, considerando a sua inserção em um ambiente de mercado.

A norma legal fala expressa e categoricamente em inseminação artificial, de sorte que, em Direito do Consumidor, a interpretação deve ser feita de forma mais benéfica. Ou seja, com o enunciado, os aplicadores do Direito descumprem o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei 9656/98, pois elaboram interpretação restritiva e prejudicial ao paciente e reescrevem a literatura médica ao equiparar a inseminação artificial à fertilização *in vitro* (op. cit., pág. 338 – sem destaques no original).

Esta Corte de Justiça, de há muito já pacificou que ***na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC*** (REsp 1.378.707/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 15/6/2015).

Vale, aqui, transcrever o seguinte trecho do voto proferido pelo em. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO no referido apelo nobre, na parte que interessa

[...] Além disso, a alegação da ausência de previsão contratual não beneficia o recorrente, pois, na dúvida, acerca das estipulações

contratuais, deve preponderar a mais favorável ao segurado como aderente de um contrato de adesão.

Trata-se, na realidade, de hipótese clara de aplicação das regras especiais de interpretação dos contratos de adesão ou dos negócios jurídicos standardizados, que estão devidamente positivadas em nosso sistema jurídico.

Assim, o aparente conflito interpretativo de cláusulas contratuais deve ser solucionado em benefício do consumidor, nos termos do disposto no art. 47 do CDC, verbis:

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Note-se que os contratos de planos de saúde, além de constituírem negócios jurídicos de consumo, estabelecem a sua regulamentação mediante cláusulas contratuais gerais, ocorrendo a sua aceitação por simples adesão pelo segurado.

Consequentemente, a interpretação dessas cláusulas contratuais segue as regras especiais de interpretação dos negócios jurídicos standardizados, inclusive o disposto no art. 47 do CDC.

A principal regra especial de interpretação ligada as cláusulas predispostas em contratos de adesão ou em condições contratuais gerais é exatamente esta, estabelecendo que, havendo dúvidas, imprecisões ou ambigüidades no conteúdo de um negócio jurídico, deve-se interpretar as suas cláusulas do modo mais favorável ao aderente.

Como o predisponente teve a possibilidade de pré-estabelecer todo o conteúdo do contrato, as imprecisões, dúvidas e ambigüidades das cláusulas predispostas interpretam-se contrariamente aos seus interesses.

Portanto, esta regra estabelece, em síntese, que, na dúvida, a interpretação será contrária aos interesses do predisponente ou a mais favorável aos do aderente.

[...]

No direito brasileiro, o Código Comercial de 1850, ao elencar em seu art. 131 as principais regras de interpretação, concluía o rol com a seguinte norma: “5. nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.” Essa regra, porém, nunca recebeu a devida atenção pela doutrina e pela jurisprudência.

Apenas mais recentemente, na esteira do direito comparado, quando a regra foi consagrada pelo Código do Consumidor de modo bastante amplo, para todos os contratos de consumo, e não apenas para os contratos de adesão (Art. 47), passou a ser devidamente valorizada. Essa regra é complementada pelo art. 54, § 3º, do CDC (“Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e

legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”).

Sérgio Cavalieri Filho anota, com sua habitual clareza, o seguinte:

“Em outras palavras, essa é a sábia regra do art. 47 do CDC: quem escreve não tem a seu favor o que escreveu. E não somente as cláusulas ambíguas dos contratos de adesão se interpretam em favor do aderente, contra o estipulador, mas o contrato de consumo como um todo. A regra geral, assevera Cláudia Lima Marques, é que se interprete o contrato de adesão, especialmente as suas cláusulas dúbias, contra aquele que redigiu o instrumento. É a famosa interpretação contra proferente (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 143).

O Código Civil de 2002 também acolheu expressamente essa regra especial de interpretação para os contratos de adesão no art. 423, mas estabeleceu um enunciado normativo mais restritivo: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

Além de tratar apenas dos contratos de adesão, o legislador do Código Civil estabeleceu como pressuposto para a incidência da regra a ocorrência de cláusulas ambíguas ou contraditórias.

Não se exige que o contratante favorecido pela obscuridade ou ambigüidade seja o redator das cláusulas contratuais, podendo também ocorrer que ele tenha adotado um modelo existente.

Nesse ponto, merece lembrança a possibilidade dos contratos de dupla adesão em que as duas partes acolhem um modelo pré-estabelecido.

No Brasil, esses contratos de dupla adesão têm aparecido com cada vez maior freqüência nos negócios celebrados por empresas controlados pelo poder público em que o seu conteúdo é estabelecido por regulamentos administrativos elaborados por agências reguladoras (ex.: telefonia, energia elétrica, consórcios, seguro, sistema financeiro de habitação, saúde suplementar).

De todo modo, a inspiração do legislador brasileiro na elaboração da regra do art. 423 do novo Código Civil foi a norma do art. 1370 do Código Civil italiano: “As cláusulas inseridas nas condições gerais dos contratos (art. 1341) ou em módulos ou formulários predispostos por um dos contratantes (art. 1342) interpretam-se, na dúvida, em favor do outro.”

Enzo Roppo insere essa regra nos modos de controle judicial do conteúdo dos contratos de adesão ou das condições contratuais gerais.

Guido Alpa explica que essa regra de interpretação, no direito italiano, tem sido acolhida pela jurisprudência com caráter

subsidiário para as hipóteses em que exista dúvida ou obscuridade na cláusula, sendo, por isso, raras as decisões que fazem uso da norma do art. 1370 do CC italiano para o controle de contratos de adesão. (ALPA, Guido, e RAPISARDA, Cristina. Il Controllo dei Contratti per Adesione. Rivista del Diritto Commerciale, Ano LXXXVII, 1989, p. 556).

No direito brasileiro, diversamente, esta tem-se constituído, na prática, na principal regra de interpretação dos negócios jurídicos estandardizados, sendo utilizada, com freqüência, expressa ou implicitamente, pela jurisprudência dos principais tribunais brasileiros.

O Superior Tribunal de Justiça, invocando as regras do art. 47 e do art. 54, § 3º, do CDC, tem feito uso com freqüência dessa regra de interpretação para negócios estandardizados, inclusive em contratos de seguro-saúde, que, via de regra, estão submetidos a condições negociais gerais.

[...].

Enfim, esta regra da interpretatio contra proferentem tem-se constituído no principal cânone hermenêutico especial dos negócios estandardizados no direito brasileiro, tendo plena aplicação no caso diante da divergência estabelecida nas instâncias ordinárias acerca do exato sentido da cláusula limitativa da cobertura securitária.

Desse modo, deve ser reconhecida a abusividade da negativa do plano de saúde em cobrir as despesas do serviço de home care, necessário ao tratamento do paciente segurado e, em último, imprescindível para a sua própria sobrevivência.

Finalmente, mesmo nos casos de expressa exclusão da cobertura mediante o serviço de home care, tem sido reconhecida a abusividade dessa cláusula contratual (REsp 1.378.707/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 15/6/2015 – sem destaques no original).

Em resumo, se o art. 10, III, da LPS excetua a inseminação, e tão somente a inseminação, não é possível que seja realizada interpretação analógica em prejuízo ao consumidor (MASCARENHAS e COSTA, *op. cit.*, pág. 338).

Ressalte-se também que a função social do contrato e a impossibilidade de interpretação extensiva do art. 10, III, da Lei nº 9.656/98 foram bem destacadas pela Corte paulista, nestes termos:

10. Sendo a função social do contrato a preservação da vida e da saúde, vigorando o princípio da boa-fé objetiva, é claro que a

intenção do consumidor é estar protegido no momento em que estiver com sua saúde fragilizada. E é essa a promessa também que a seguradora faz no momento da contratação. Assim, é cediço que o seguro deve abarcar tratamentos mais modernos à medida que vão surgindo, sob pena de sancionar o cliente que, desde jovem, contrata um plano de saúde e cumpre pontualmente com todas as obrigações de pagamento, mas se vê desprotegido num momento futuro.

11. É bem verdade que o contrato pode estabelecer algumas limitações ao direito do consumidor, excluindo alguns tipos de tratamento, bem como a cobertura de algumas doenças, entretanto, não pode furtar-se a custear o tratamento daquelas doenças cobertas pelo plano, sendo vedada a meia-cobertura. E, no caso sub judice não há dúvidas que as doenças que acometem o agravante (oligoastenospermia severa) estão elencadas na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde.

12. Sobre o tema, confira-se magistério de Maria Stella Gregori:

'A obrigação da globalização da assistência, ao incluir a cobertura de todas as doenças previstas na CID, tornou defesa a exclusão de patologias, bem como a limitação de procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos. As operadoras vendiam a ideia da integralidade da cobertura, mas deixavam à conta do SUS os procedimentos de alta complexidade e custos elevados. Determinavam livremente as condições contratuais, delimitando o que era e o que não era coberto.' (In: Planos de Saúde: A ótica da proteção do consumidor. Maria Stella Gregori, 3ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo: 2011. p. 183).

13. Cumpre ressaltar que a negativa para tratamento de fertilização in vitro não deve prevalecer quando não houver alternativa que possibilite a reprodução do segurado, especialmente diante do disposto no artigo 35-C, inciso III da Lei 9.656/98 que dispõe sobre a obrigatoriedade de atendimento dos planos de saúde nos casos de planejamento familiar (definido 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 Artigo 2º, da Lei 9.263/96 'in verbis'"), sendo certo que o artigo 35-C foi introduzido por alteração legislativa realizada após a promulgação da Lei nº 9.656/98 e, utilizando-se da hermenêutica disposta na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pode-se inferir que a lei posterior revoga a lei anterior, que excluía o tratamento de inseminação artificial da obrigatoriedade de cobertura pelos planos de saúde.

14. Ainda que assim não o fosse, **corroboro com o entendimento de que a lei de natureza consumerista, tal qual a Lei nº**

9.656/98, não pode ser interpretada em desfavor do consumidor, impossibilitada, portanto, a interpretação extensiva do artigo 10, III, que possibilita a exclusão do tratamento de inseminação artificial pelos planos de saúde, nada falando especificamente sobre a fertilização in vitro, colocando, a meu ver, uma pá de cal na controvérsia outrora existente sobre o assunto (e-STJ, fls. 432/435 – sem destaques no original).

Desse modo, na hipótese, ao excluir expressamente da cobertura do plano de assistência à saúde as despesas relacionadas apenas com inseminação artificial (**Cláusula 6.14**, e-STJ, fl. 97), não há como interpretar esse contrato em manifesto prejuízo do consumidor/beneficiário para o fim de possibilitar a exclusão do tratamento de fertilização *in vitro*, sob pena de afronta do art. 47 do CDC, bem como do próprio art. 10, III, da LPS.

Em aparte, acrescento que o planejamento familiar é um direito fundamental previsto no art. 226, § 7º, da CF, e regulamentado pela Lei nº 9.263/96, que incorporou um conjunto de ações tendentes a normalizar a fecundidade e garantir direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Assim, o exercício do direito fundamental à reprodução ou a plena autonomia reprodutiva passou a ter proteção constitucional.

Além disso, deve-se ter em mente que a Constituição Federal dispôs sobre o direito à saúde e à maternidade enquanto direitos sociais, em seu art. 6º (**São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição**).

Nesse contexto, convém ressaltar que

[...] A atual Carta se distinguiu das anteriores ao avançar sobre a mera distribuição de competências executivas e legislativas e apresentar ao mundo jurídico a saúde enquanto direito, entendido na esteira da proposta da Organização Mundial de Saúde, como congruente com a noção de estado de completo bem-estar físico, mental e social, com superação de um restritivo viés curativo e inclusão de aspectos protetivos e promocionais ao direito fundamental (VANESSA e MAYARA, *op.*

cit., pág. 39 – sem destaque no original).

Vai daí que, conforme salientado pelas autoras suprarreferidas, a reprodução humana está expressamente vinculada ao conceito amplo de saúde, conforme se compreende da redação do art. 3º da Lei nº 9.263/96 (*O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde*).

Por conseguinte, afastar o direito à reprodução humana do próprio direito à saúde é desrespeitar comezinhos valores constitucionais.

Além disso, é preciso sempre lembrar que tanto a infertilidade masculina quanto a feminina são moléstias dispostas na catalogação internacional de doenças, consoante alhures citado, sendo, portanto, cobertas pelo plano-referência, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.656/98.

Somente através de uma correta percepção acerca dos conceitos médicos trabalhados nas relações entre planos de saúde e consumidores, bem como por intermédio de uma percepção ampliativa do direito ao planejamento familiar, o Poder Judiciário estará garantindo a completa saúde reprodutiva, entendida como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não mera ausência de doenças ou enfermidades, que, aliás, podem ser suplantadas cientificamente.

Assim, no caso, o acórdão recorrido deve subsistir, porquanto em sintonia com os princípios da legalidade e da hierarquia das normas, bem como porque alinhado às garantias constitucionais do direito à saúde, além de fundamentado no microssistema de defesa do consumidor.

A seguradora de saúde precisa compreender que o seu capital pode e deve ser humanístico, no dizer retumbante do professor RICARDO SAYEG (**O capitalismo humanista – filosofia humanista de direito econômico**. SAYEG, RICARDO e BALERA, WAGNER. 1ª edição. Editora KBR, Petrópolis, 2011, págs. 177/183).

Em assim pensando, diferenciando gênero e espécie, fico em paz com a minha consciência.

Nessas condições, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial manejado pela SUL AMÉRICA.

Superior Tribunal de Justiça

Considerando a aplicabilidade das regras do NCPC e o não provimento do recurso, MAJORO em 5% os honorários advocatícios sucumbenciais fixados em desfavor da SUL AMÉRICA, nos termos do art. 85, § 11 do NCPC.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2019/0027170-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.794.629 / SP

Número Origem: 10761751920178260100

EM MESA

JULGADO: 05/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS ALPINO BIGONHA

Secretário

Bel. WALFLAN TAVARES DE ARAUJO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE
ADVOGADOS : ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO E OUTRO(S) - SP237754
SIMONE DO NASCIMENTO RAMOS - SP408433
RECORRIDO : LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI
RECORRIDO : FLAVIO LEOPOLDO BAROLI
ADVOGADOS : RENATA VILHENA SILVA - SP147954
MARCOS PAULO FALCONE PATULLO E OUTRO(S) - SP274352

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Moura Ribeiro, negando provimento ao recurso especial, pediu vista a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Aguardam os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.629 - SP (2019/0027170-6)

RELATOR : MINISTRO MOURA RIBEIRO
RECORRENTE : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE
ADVOGADOS : ANA TEREZA BASILIO - RJ074802
BRUNO DI MARINO - RJ093384
ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO E OUTRO(S) - SP237754
SIMONE DO NASCIMENTO RAMOS - SP408433
RECORRIDO : LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI
RECORRIDO : FLAVIO LEOPOLDO BAROLI
ADVOGADOS : RENATA VILHENA SILVA - SP147954
MARCOS PAULO FALCONE PATULLO E OUTRO(S) - SP274352

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recurso especial interposto por SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, com fundamento, unicamente, na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP.

Ação: de obrigação de fazer, ajuizada por LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI e FLAVIO LEOPOLDO BAROLI, em face da recorrente, devido ao quadro de infertilidade conjugal, na qual requerem seja garantida a cobertura da totalidade do tratamento de fertilização *in vitro* pela operadora de plano de saúde.

Sentença: julgou improcedente o pedido.

Acórdão: deu provimento à apelação interposta pelos recorridos, para julgar procedente o pedido formulado na petição inicial.

Recurso especial: alega violação do art. 10, III, da Lei 9.656/98.

Admissibilidade: o recurso foi admitido pelo TJ/SP.

Voto de Relatoria: na sessão de 5/11/19, o Ministro Moura Ribeiro negou provimento ao recurso especial, por entender que o art. 10, III, da Lei dos Planos de Saúde não foi violado pelo acórdão recorrido, pois exclui da cobertura do plano-referência somente a inseminação artificial, conceito diverso da fertilização

Superior Tribunal de Justiça

in vitro, que deve ser custeado.

Na sequência, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria em debate.

É o breve relatório. Decide-se.

O propósito recursal consiste em dizer da interpretação do art. 10, III, da Lei 9.656/98, pontualmente se ao excluir a inseminação artificial do plano-referência também deve ser compreendida, ou não, a exclusão da técnica de fertilização *in vitro*.

Desde logo, rememoro que esta Turma, em julgamento do REsp 1713429/SP, (DJe 24/08/2018) se debruçou sobre a mesma base fática da hipótese aqui em julgamento, conforme se destaca da sua ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. INFERTILIDADE. PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXCLUSÃO DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. NÃO CONFIGURADA. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. RESOLUÇÕES NORMATIVAS. FUNDAMENTO NA LEI 9.656/98. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE PELO DEFERIMENTO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA.

1. Ação ajuizada em 29/02/16. Recurso especial interposto em 11/04/17 e concluso ao gabinete em 18/12/17. Julgamento: CPC/15.

2. O propósito recursal é definir se a inseminação artificial por meio da técnica de fertilização in vitro deve ser custeada por plano de saúde.

3. A Lei 9.656/98 (LPS) dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e estabelece as exigências mínimas de oferta aos consumidores (art. 12), as exceções (art. 10) e as hipóteses obrigatórias de cobertura do atendimento (art. 35-C).

4. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a autorização prevista no art. 10, §4º, da LPS, é o órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano-referência de assistência à saúde.

5. A Resolução Normativa 387/2015 da ANS, aplicável à hipótese concreta,

define planejamento familiar como o "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. 8º, I).

6. Aos consumidores estão assegurados, quanto à atenção em planejamento familiar, o acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, 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.

7. A limitação da lei quanto à inseminação artificial (art. 10, III, LPS) apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar (art. 35-C, III, LPS). Não há, portanto, abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial, o que tem respaldo na LPS e na RN 387/2015.

8. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração de honorários advocatícios recursais.

(REsp 1713429/SP, DJe 24/08/2018)

Do julgamento de dois embargos de declaração opostos contra referido acórdão unânime da Terceira Turma, foi rejeitada a tese de omissão ou erro material na fundamentação, justamente porque a fertilização *in vitro* está inserida no conceito de inseminação artificial previsto no art. 10, III, da Lei 9.656/98. Naquela oportunidade, foi consignado o seguinte pelo acórdão integrativo (DJe 10/10/18):

A embargante alega existir erro material no acórdão embargado acerca da técnica de reprodução assistida pleiteada na petição inicial – seria fertilização *in vitro* e não inseminação artificial.

Percebe-se que o intuito da embargante é estabelecer uma distinção conceitual entre os diversos métodos de reprodução assistida (indução da ovulação, inseminação artificial, fertilização *in vitro*, diagnóstico genético embrionário, doação de gametas e embriões, gestação de substituição, criopreservação da fertilidade, congelamento de embrião, óvulos e sêmen).

Não obstante as razões apresentadas pela parte interessada, certo é que o acórdão embargado realizou a interpretação da legislação federal infraconstitucional a partir da moldura fática

Superior Tribunal de Justiça

delineada de maneira soberana pelo Tribunal de origem. Com isso, o pedido de fertilização *in vitro* perante a operadora de plano de saúde, nos termos da fundamentação desta Corte, não tem respaldo na Lei 9.656/98, nem nas resoluções normativas da ANS.

No julgamento do segundo recurso de embargos declaratórios, a Terceira Turma se manifestou de maneira ainda mais específica sobre a fertilização *in vitro* (DJe 13/02/19):

Não se identifica omissão ou sequer erro material na fundamentação desta Corte, porque a distinção conceitual da comunidade científica entre “fertilização *in vitro*” e “inseminação artificial” sustentada pela embargante é irrelevante do ponto de vista normativo-jurídico, quanto à controvérsia instaurada à luz da Lei 9.656/98.

Sem dúvidas o debate poderia encerrar incontáveis argumentos da comunidade científica acerca das técnicas de reprodução assistida, reduzindo a controvérsia em âmbito judicial a uma rigorosa especialidade de um “auditório universal”, como pontua o tratado da argumentação de Perelman e Tyteca. Todavia, a competência constitucional atribuída ao STJ é de uniformização da interpretação da legislação federal infraconstitucional, razão pela qual se exige dos recorrentes o apontamento pormenorizado do artigo de lei federal tido por violado ou interpretado de maneira divergente por outros Tribunais. [...] E, no particular, os argumentos repisados pela embargante não constituem vício de julgamento na modalidade omissão, pois hígida, coerente e clara a jurisprudência firmada no sentido de que a fertilização *in vitro* não deve ser custeada pelo plano de saúde, por força do art. 10, III, da Lei 9.656/98.

Como visto, é conhecida a distinção conceitual de diversos métodos de reprodução assistida. Todavia, referida diversificação de técnicas não importa redução do núcleo interpretativo do disposto no art. 10, III, da Lei dos Planos de Saúde, ao autorizar a exclusão do plano-referência da inseminação artificial.

Acaso acolhida a linha de interpretação eleita pelo voto do I. Relator, a

cada novo procedimento científico associado à denominada procriação artificial, então mais uma vez seria compelida a operadora de plano de saúde a dar a respectiva cobertura. Esta não parece ser a solução exegética mais consonante com a Lei dos Planos de Saúde, conforme sua análise sistemática e também com suporte na Agência Nacional de Saúde Suplementar e na Jornada de Direito da Saúde do CNJ, aludidas no voto de relatoria.

Não por outra razão que a Resolução Normativa 387/2015 da ANS, que incide na hipótese dos autos, menciona outras técnicas porventura associadas à ideia de inseminação artificial:

- 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 (art. 20, §1º, III).

Ao exercer o poder regulamentar acerca das exclusões do plano-referência, a ANS atuou nos exatos termos do disposto no art. 10, §1º, da Lei 9.656/98. Não há, portanto, inovação da ordem jurídica nem ampliação do rol taxativo, mas a sua materialização na linha do disposto e autorizado expressamente pela lei de regência.

Note-se que esta situação não contraria o entendimento formado pela Terceira Turma ao reconhecer que a ANS exorbitou sua competência na regulamentação dos arts. 30 e 31 da Lei 9.656/98. No julgamento do REsp 1713619 (DJe 12/11/18), após intensos debates neste colegiado, prevaleceu o entendimento de que o núcleo protetivo da norma, que garante a manutenção dos inativos no plano de saúde da ex-empregadora, se esvaziaria pela contratação de planos distintos e com condições diferenciadas de reajuste, preço e faixa etária.

Nesta percepção, de fato, houve exorbitância do poder regulamentar para estabelecer condições significativamente inovadoras frente ao disposto na lei e, sobretudo, frente à sua teleologia normativa.

De modo diverso, na hipótese em julgamento, a ANS se limitou a regulamentar o conceito de inseminação artificial, sem acrescentar novas hipóteses e sem ampliar o conteúdo normativo já contido na própria lei.

Ademais, é a própria Lei que estabelece quando a interpretação de seus comandos deve se utilizar das definições da medicina ou outras áreas do conhecimento, como bem revela o art. 10, IX, da Lei 9.656/98 (tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes). E não foi esta a opção legislativa ao excluir a inseminação artificial (art. 10, III), intencionalmente sem mencionar quais as especificidades da medicina na sua operacionalização, afinal, estamos diante do *caput* do mesmo dispositivo legal, que guarda sintonia em sua interpretação sistemática. E não parece que ao fixar a “inseminação artificial” o legislador tenha limitado exclusivamente este procedimento e não os outros métodos artificiais, levando em conta a frágil distinção se a fecundação ocorre intracorpórea ou extracorpórea. Respeitosamente, este não parece o critério relevante a definir a interpretação do dispositivo da lei.

Vale ainda dizer que relegar a outras áreas do conhecimento a interpretação que deve prevalecer sobre a legislação federal infraconstitucional pode vir a confundir os jogos de linguagem de cada campo científico e, eventualmente, restringir esta Corte Superior na interpretação humanizada e de justiça que resolve conflitos de direito material na sociedade brasileira.

É exemplo deste raciocínio o precedente firmado no REsp 1731762/GO (DJe 28/05/2018), quando esta Turma definiu o alcance do art. 10,

VII, da Lei 9.656/98 (fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico). À unanimidade, o colegiado entendeu que “se o fornecimento de órtese essencial ao sucesso da cirurgia deve ser custeado, com muito mais razão a órtese que substitui esta cirurgia, por ter eficácia equivalente sem o procedimento médico invasivo do paciente portador de determinada moléstia”. Isto importa dizer que independente da interpretação médica acerca da órtese ou da cirurgia, o valor humano subjacente à controvérsia, captável pela própria noção substancial do direito, faz prevalecer a solução de justiça na exegese da legislação.

Seguindo este raciocínio, no REsp 1721705/SP (DJe 06/09/2018), o STJ valorizou a atuação médica em detrimento de restrição regulamentar imposta indevidamente pela ANS que estabelecia ser o uso de medicamento fora da bula (uso *off label*) hipótese de tratamento experimental. A Terceira Turma firmou a compreensão de que “quem decide se a situação concreta de enfermidade do paciente está adequada ao tratamento conforme as indicações da bula/manual da ANVISA daquele específico remédio é o profissional médico”. Portanto, para o STJ “o caráter experimental a que faz referência o art. 10, I, da Lei 9.656 diz respeito ao tratamento clínico ou cirúrgico incompatível com as normas de controle sanitário ou, ainda, aquele não reconhecido como eficaz pela comunidade científica”.

Após este breve percurso sobre a posição desta Corte na interpretação dos incisos do art. 10, da Lei 9.656/98, volta-se o olhar para a hipótese dos autos para renovar a compreensão de que a inseminação artificial compreende a fertilização *in vitro*, bem como todas as técnicas médico-científicas de reprodução assistida, sejam elas realizadas dentro ou fora do corpo feminino. Esta conclusão afasta a hipótese de gênero e espécies conceituais entre

reprodução assistida, de um lado, e inseminação artificial e fertilização *in vitro*, de outro lado.

Vale também ponderar as consequências de uma interpretação como a emprestada pelo I. Relator ao dispositivo legal. Afinal, se a inseminação artificial for vedada e a fertilização *in vitro* autorizada, quais seriam as razões para os beneficiários de plano de saúde se utilizarem de um procedimento e não de outro, diante do fim último esperado com ambas técnicas científicas (gravidez/fertilidade)? Sem ignorar as peculiaridades casuísticas a serem resolvidas pela indicação do profissional médico assistente, quer parecer que o próprio conteúdo da norma estaria esvaziado pelo excesso da restrição interpretativa sugerida pelo voto de relatoria. Isto é, a pretexto de se interpretar restritivamente o rol taxativo o resultado desta exegese seria o próprio estrangulamento da norma ante a hiperespecificação da sua hipótese de incidência. Com todas as vênias, esta também não parece ser a melhor exegese do dispositivo legal.

Por fim, em respeito à judiciosa posição do Ministro Relator, rememoro que, a propósito da Lei 9.236/96, em todos os precedentes desta Turma, foi definido que seu conteúdo normativo diz respeito ao Estado e à prestação do serviço público de saúde. Por essa razão, a disponibilização pelo Sistema Único de Saúde (SUS) de auxílio referente à reprodução assistida na modalidade fertilização *in vitro* constitui política pública que não se confunde nem é capaz de alterar a relação contratual-privada própria dos planos de saúde regulados pela LPS. Esta é a fundamentação de todos os precedentes sobre a matéria: REsp 1761246/RO, DJe 04/04/2019; REsp 1780022/CE, DJe 04/04/2019; REsp 1795867/SP, DJe 04/04/2019; REsp 1713429/SP, DJe 24/08/2018; REsp 1590221/DF, DJe 13/11/2017.

Superior Tribunal de Justiça

Forte nessas razões, peço as mais respeitosas vênias ao e. Ministro Moura Ribeiro, para divergir de seu bem lançado voto e, assim, CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso especial, de modo a restabelecer a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na petição inicial.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2019/0027170-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.794.629 / SP

Número Origem: 10761751920178260100

EM MESA

JULGADO: 12/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ONOFRE DE FARIA MARTINS

Secretário

Bel. WALFLAN TAVARES DE ARAUJO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE
ADVOGADOS : ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO E OUTRO(S) - SP237754
SIMONE DO NASCIMENTO RAMOS - SP408433
RECORRIDO : LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI
RECORRIDO : FLAVIO LEOPOLDO BAROLI
ADVOGADOS : RENATA VILHENA SILVA - SP147954
MARCOS PAULO FALCONE PATULLO E OUTRO(S) - SP274352

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrichi, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial, pediu vista regimental o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2019/0027170-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.794.629 / SP

Número Origem: 10761751920178260100

EM MESA

JULGADO: 26/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA IRANEIDE OLINDA SANTORO FACCHINI

Secretário

Bel. WALFLAN TAVARES DE ARAUJO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE
ADVOGADOS : ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO E OUTRO(S) - SP237754
SIMONE DO NASCIMENTO RAMOS - SP408433
RECORRIDO : LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI
RECORRIDO : FLAVIO LEOPOLDO BAROLI
ADVOGADOS : RENATA VILHENA SILVA - SP147954
MARCOS PAULO FALCONE PATULLO E OUTRO(S) - SP274352

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após a vista regimental do Sr. Ministro Moura Ribeiro, ratificando seu voto, negando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Aguardam os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.629 - SP (2019/0027170-6)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE
ADVOGADOS : ANA TEREZA BASILIO - RJ074802
BRUNO DI MARINO - RJ093384
ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO E OUTRO(S) -
SP237754
SIMONE DO NASCIMENTO RAMOS - SP408433
RECORRIDO : LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI
RECORRIDO : FLAVIO LEOPOLDO BAROLI
ADVOGADOS : RENATA VILHENA SILVA - SP147954
MARCOS PAULO FALCONE PATULLO E OUTRO(S) -
SP274352

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO:

Trata-se de recurso especial interposto por SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição da República contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fl. 429):

APELAÇÃO CÍVEL PLANO DE SAÚDE Negativa de cobertura Fertilização in vitro - Argumento de que há expressa exclusão contratual por não constar no rol de procedimentos da ANS, além de exclusão legal para inseminação artificial - Abusividade - Contrariedade à função social do contrato - A ciência avança mais rápido do que o Direito, não podendo o consumidor, ficar à mercê da decisão do órgão regulador de atualizar sua lista de tratamentos - Inteligência da Súmula nº 102 do E. TJSP Ademais, apresentando os autores infertilidade, patente a necessidade do tratamento para reprodução, devendo a ré oferecer os meios para tratamento da doença, inclusive nos termos do artigo 35-C, inciso III da Lei 9656/98, tendo em vista a obrigatoriedade de cobertura em caso de planejamento familiar - Recurso provido.

Consta dos autos que LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI e FLÁVIO LEOPOLDO ajuizaram ação condenatória, com pedido de tutela de

urgência, em desfavor de SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, sob fundamento de que a requerida recusou cobertura do tratamento de *fertilização in vitro* por força de exclusão contratual expressa.

O juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido formulado na exordial, além de condenar os demandantes ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Os demandantes interpuseram recurso de apelação.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso de apelação com arrimo no art. 35-C, inciso III, da Lei n.º 9.656/98, sob o fundamento de que houve revogação implícita do inciso III do art. 10 do mesmo diploma legal, além de que obrigatório o atendimento dos planos de saúde nos casos de planejamento familiar conforme a ementa acima transcrita.

Em suas razões de recurso especial, a recorrente SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE alegou violação ao art. 10, inciso III, da Lei n.º 9.656/98. Prefacialmente, destacou que não houve revogação implícita do referido dispositivo. Asseverou que o referido diploma normativo exclui expressamente a *inseminação artificial* do elenco dos procedimentos de cobertura obrigatória. Aduziu que, partindo da lógica material, visando uma visão mais profunda da norma, o procedimento de fertilização in vitro também está incluído no âmbito da vedação imposta por lei. Acenou pela ocorrência de flagrante dissídio jurisprudencial. Requereu, por fim, o provimento do recurso especial.

Houve apresentação de contrarrazões às fls. 440/452.

Na sessão realizada no dia 05.11.2019, o Min. Relator Moura Ribeiro negou provimento ao recurso especial e majorou os honorários recursais em 5% (cinco por cento), sustentando, em síntese, que: a) o art. 10, inciso III, da Lei n.º 9.656/98, exclui expressamente apenas a inseminação artificial; b) o art.

20, § 1º, inciso III, da Resolução Normativa n.º 387/2015, da ANS inovou na ordem jurídica, restringindo e modificando direitos e obrigações não previstos no art. 10, inciso III, da LPS, especificamente no que se refere a equiparação da inseminação artificial a fertilização *in vitro*, estando, portanto, em desacordo com a Lei n.º 9.656/98; c) se o art. 10, III, da LPS excetua a inseminação, e tão somente a inseminação, não é possível que seja realizada interpretação analógica em prejuízo ao consumidor, por força do art. 47, do Código de Defesa do Consumidor.

Posteriormente, na sessão do dia 12.11.2019, a Min. Nancy Andrighi, divergiu do Min. Relator para dar provimento ao recurso especial sob os seguintes fundamentos: a) a distinção conceitual entre fertilização *in vitro* e inseminação artificial é irrelevante do ponto de vista normativo-jurídico; b) a ANS atuou nos exatos termos do art. 10, inciso III, da LPS; c) a expressão "inseminação artificial" utilizada pelo legislador não se limita exclusivamente a este procedimento; d) a inseminação artificial compreende a fertilização *in vitro*, bem como todas as técnicas médico-científicas de reprodução assistida e, e) a Lei n.º 9.236/96 diz respeito tão somente ao Estado e à prestação do serviço público de saúde.

Na sessão do dia 26.11.2019, pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

É o breve relatório.

Passo ao exame da questão controvertida posta nos presentes autos.

A matéria devolvida ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça cinge-se em definir se o procedimento de fertilização *in vitro* está excluído do âmbito de cobertura da saúde suplementar pela incidência do inciso III do art. 10 da Lei n.º 9.656/98.

Na hipótese, verifica-se que a requerente é beneficiária do plano de saúde

Superior Tribunal de Justiça

do plano de saúde coletivo por adesão, produto 515, plano clássico, com código de identificação n.º 88888 4564 4969 0020, comercializado pela requerida SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE.

Em razão das severas dificuldades para engravidar, o casal buscou médicos especializados no tratamento de infertilidade e, após a realização de exames, houve o diagnóstico de infertilidade conjugal.

Em virtude do referido quadro clínico dos requerentes, o médico especialista prescreveu tratamento através da Fertilização *in vitro* (FIV) em caráter de urgência, pois as patologias constatadas podem se agravar ao longo do tempo, o que diminuiria ainda mais as chances de gestação.

Os requerentes buscaram junto a requerida a cobertura e possível autorização para iniciar o tratamento, sendo, então, informados que o procedimento de fertilização *in vitro* não é coberto pelo plano de saúde.

Nesse contexto, os requerentes ajuizaram a presente demanda para compelir a requerida a autorizar e arcar com todas as despesas decorrentes do tratamento de fertilização.

O juízo de primeiro grau, ao analisar o pedido formulando na petição inicial, indeferiu o pedido sob os seguintes fundamentos (fls. 316):

(...)

II. Relatório médico trazido aos autos pelos promoventes (fls. 47/48) dá conta de que os autores apresentam quadro de infertilidade, diante da constatação de que a autora apresenta quadro de endometriose (CID N80) e falência ovariana precoce (FOP) e o autor, de oligospermia e hidrocele.

Contudo, a fertilização "in vitro" não constitui tratamento quer para os problemas de saúde enfrentados pelos autores, quer contra a infertilidade deles decorrente. Trata-se, isto sim, de alternativa para conseguir gravidez, em que a causa da infertilidade propriamente dita não é enfrentada ou tratada. Por isso mesmo, a Lei n.º 9.656/98 exclui expressamente a inseminação artificial do rol dos procedimentos de cobertura obrigatória, nos termos do artigo 10, inciso III. Não é caso de aplicação do artigo 35-C da Lei n.º 9.656/98, com a nova redação

Superior Tribunal de Justiça

conferida pela Lei nº 11.935/2009, uma vez que a fertilização "in vitro" não se enquadra conceito legal de planejamento familiar.

*A interpretação sistemática da norma de regência impõe conclusão de que a cobertura ao planejamento familiar, prevista no artigo 35-C da referida lei, deve ser tomada como cobertura para tratamentos de saúde com vistas a superar infertilidade, de caráter preventivo, excluída qualquer técnica de inseminação artificial. **Oportuno destacar que a Resolução Normativa 387/2015 da Agência Nacional de Saúde Suplementar ANS, prevê expressamente que "as ações de planejamento familiar de que trata o inciso III do artigo 35-C da Lei nº 9.656, de 1998, devem envolver as atividades de educação, aconselhamento e atendimento clínico" previstas nos anexos da Resolução, entre as quais não se inclui a fertilização "in vitro" (g.n.).***

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar o recurso de apelação, deu provimento ao apelo para determinar o custeio do tratamento pela requerida sob os seguintes fundamentos (fls. 431/435):

(...)

7. Conforme se infere dos autos de origem, a indicação do tratamento para o caso dos autores está suficientemente demonstrada nos autos, conforme relatório médico juntado aos autos (fls. 46/47), sendo certo que a única forma da autora obter êxito na reprodução pode se dar por meio da fertilização in vitro por ser a apelante acometida de endometriose e falência ovariana precoce e o apelante portador de oligoastenospermia e hidrocele, o que impossibilita a gestação natural do casal.

8. Cabe mencionar, a título de elucidação, uma classificação das técnicas utilizadas na reprodução humana assistida.

9. Enquanto a "inseminação artificial", mencionada expressamente pela lei, consiste na introdução de gameta masculino, por meio artificial, no corpo da mulher, aguardando-se a fecundação natural, a "fertilização in vitro" é realizada fora do corpo da mulher, de modo que óvulo e espermatozoide são unidos numa proveta (Regina Beatriz Tavares da Silva. Responsabilidade civil na reprodução assistida. In: Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde / coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. 2º ed. São Paulo. Saraiva, 2009, pp. 254/255).

10. Sendo a função social do contrato a preservação da vida e da saúde, vigorando o princípio da boa-fé objetiva, é claro que a intenção

do consumidor é estar protegido no momento em que estiver com sua saúde fragilizada. E é essa a promessa também que a seguradora faz no momento da contratação. Assim, é cediço que o seguro deve abarcar tratamentos mais modernos à medida que vão surgindo, sob pena de sancionar o cliente que, desde jovem, contrata um plano de saúde e cumpre pontualmente com todas as obrigações de pagamento, mas se vê desprotegido num momento futuro.

11. É bem verdade que o contrato pode estabelecer algumas limitações ao direito do consumidor, excluindo alguns tipos de tratamento, bem como a cobertura de algumas doenças, entretanto, não pode furtar-se a custear o tratamento daquelas doenças cobertas pelo plano, sendo vedada a meia-cobertura. E, no caso sub judice não há dúvidas que as doenças que acometem o agravante (oligoastenospermia severa) estão elencadas na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde.

(...)

13. Cumpre ressaltar que a negativa para tratamento de fertilização in vitro não deve prevalecer quando não houver alternativa que possibilite a reprodução do segurado, especialmente diante do disposto no artigo 35-C, inciso III da Lei 9.656/98 que dispõe sobre a obrigatoriedade de atendimento dos planos de saúde nos casos de planejamento familiar (definido 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 — Artigo 2º, da Lei 9.263/96 'in verbis)'), sendo certo que o artigo 35-C foi introduzido por alteração legislativa realizada após a promulgação da Lei nº 9.656/98 e, utilizando-se da hermenêutica disposta na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pode-se inferir que a lei posterior revoga a lei anterior, que excluía o tratamento de inseminação artificial da obrigatoriedade de cobertura pelos planos de saúde.

14. Ainda que assim não o fosse, corroboro com o entendimento de que a lei de natureza consumerista, tal qual a Lei nº 9.656/98, não pode ser interpretada em desfavor do consumidor, impossibilitada, portanto, a interpretação extensiva do artigo 10, III, que possibilita a exclusão do tratamento de inseminação artificial pelos planos de saúde, nada falando especificamente sobre a fertilização in vitro, colocando, a meu ver, uma pá de cal na controvérsia outrora existente sobre o assunto.

Em sede de recurso especial, o Min. Moura Ribeiro negou provimento ao recurso especial sob os seguintes fundamentos: a) o art. 10, inciso III, da Lei

n.º 9.656/98, exclui expressamente apenas a inseminação artificial; b) o art. 20, § 1º, inciso III, da Resolução Normativa n.º 387/2015, da ANS inovou na ordem jurídica, restringindo e modificando direitos e obrigações não previstos no art. 10, inciso III, da LPS, especificamente no que se refere a equiparação da inseminação artificial a fertilização *in vitro*, estando, portanto, em desacordo com a Lei n.º 9.656/98 e; c) se o art. 10, III, da LPS excetua a inseminação, e tão somente a inseminação, não é possível que seja realizada interpretação analógica em prejuízo ao consumidor, por força do art. 47, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, pedindo vênias ao voto divergente proferido pela Min. Nancy Andrighi, acompanho todos os judiciosos fundamentos utilizados pelo Min. Relator Moura Ribeiro para manter o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Apenas, destaco, em especial, o entendimento adotado pelo Min. Relator no sentido de que não é cabível interpretação extensiva ou analógica em prejuízo do consumidor.

Repiso o entendimento firmado no julgamento do Recurso Especial n.º 1.378.707/RJ, de minha Relatoria, no sentido de que na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor, segunda a inteligência do art. 47, do Código de Processo Civil.

Eis a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. SERVIÇO DE HOME CARE. COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE. DANO MORAL.

1 - Polêmica em torna da cobertura por plano de saúde do serviço de "home care" para paciente portador de doença pulmonar obstrutiva crônica.

2 - O serviço de "home care" (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde.

3 - Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor. Inteligência do

Superior Tribunal de Justiça

enunciado normativo do art. 47 do CDC. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.

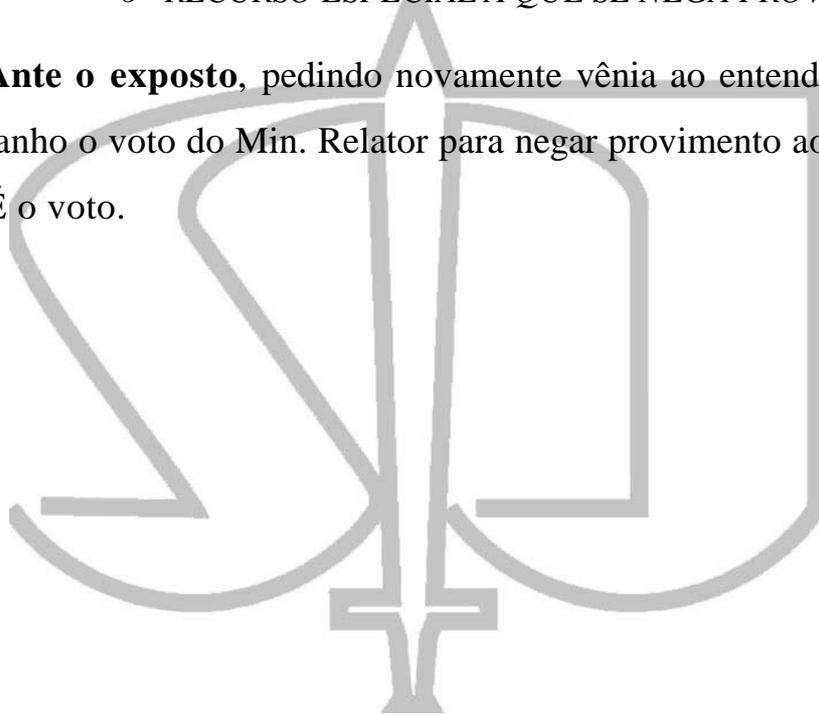
4 - Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (home care) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital.

5 - Dano moral reconhecido pelas instâncias de origem. Súmula 07/STJ.

6 - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Ante o exposto, pedindo novamente vênia ao entendimento divergente, acompanho o voto do Min. Relator para negar provimento ao recurso especial.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2019/0027170-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.794.629 / SP

Número Origem: 10761751920178260100

EM MESA

JULGADO: 10/12/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DURVAL TADEU GUIMARÃES

Secretário

Bel. WALFLAN TAVARES DE ARAUJO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE
ADVOGADOS : ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO E OUTRO(S) - SP237754
SIMONE DO NASCIMENTO RAMOS - SP408433
RECORRIDO : LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI
RECORRIDO : FLAVIO LEOPOLDO BAROLI
ADVOGADOS : RENATA VILHENA SILVA - SP147954
MARCOS PAULO FALCONE PATULLO E OUTRO(S) - SP274352

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, acompanhando o Relator, negando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Aguarda o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.629 - SP (2019/0027170-6)

RELATOR : MINISTRO MOURA RIBEIRO

RECORRENTE : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE

ADVOGADOS : ANA TEREZA BASILIO - RJ074802

BRUNO DI MARINO - RJ093384

ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO E OUTRO(S) - SP237754

SIMONE DO NASCIMENTO RAMOS - SP408433

RECORRIDO : LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI

RECORRIDO : FLAVIO LEOPOLDO BAROLI

ADVOGADOS : RENATA VILHENA SILVA - SP147954

MARCOS PAULO FALCONE PATULLO E OUTRO(S) - SP274352

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA:

Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia posta em debate.

Consoante o exposto pelo Ministro Relator, noticiam os autos que LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI e FLÁVIO LEOPOLDO BAROLI ajuizaram ação cominatória com pedido de tutela antecipada contra SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE pleiteando o custeio do tratamento de fertilização *in vitro* (fls. 1-22 e-STJ).

O juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido (fls. 315-317 e-STJ).

O Tribunal de Justiça do Estado São Paulo deu provimento à apelação em aresto assim resumido:

"APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - Negativa de cobertura - Fertilização in vitro - Argumento de que há expressa exclusão contratual por não constar no rol de procedimentos da ANS, além de exclusão legal para inseminação artificial Abusividade - Contrariedade à função social do contrato - A ciência avança mais rápido do que o Direito, não podendo o consumidor, ficar à mercê da decisão do órgão regulador de atualizar sua lista de tratamentos - Inteligência da Súmula nº 102 do E. TJSP - Ademais, apresentando os autores infertilidade, patente a necessidade do tratamento para reprodução, devendo a ré oferecer os meios para tratamento da doença, inclusive nos termos do artigo 35-C, inciso III da Lei 9.656/98, tendo em vista a obrigatoriedade de cobertura em caso de planejamento familiar - Recurso provido"(fl. 429 e-STJ).

Em suas razões, a recorrente aponta a violação do art. 10, III, da Lei nº 9.656/1998.

Alega que a obrigatoriedade de cobertura de atendimento em casos de planejamento familiar, prevista no art. 35-C da Lei nº 9.656/1998, deve ser interpretada de forma contextualizada com os demais dispositivos legais, em especial o inciso III do artigo 10 da referida lei, que permite a exclusão da cobertura de procedimento de inseminação artificial.

Argumenta que não há coerência em obrigar a cobertura da fertilização *in vitro*, procedimento mais complexo que a inseminação artificial, quando esta é expressamente

Superior Tribunal de Justiça

excluída pela lei.

Com as contrarrazões (fls. 456/464 e-STJ), o recurso especial foi admitido (fl. 465/466 e-STJ).

Levado o feito a julgamento pela Terceira Turma, após a prolação do voto do Ministro Relator negando provimento ao recurso especial, a Ministra Nancy Andrighi proferiu voto-vista divergindo do Ministro Relator e dando provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na petição inicial.

Após o voto-vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que acompanhou o relator para negar provimento ao recurso, pedi vista dos autos para analisar o objeto da divergência entre os votos que me antecederam.

É o relatório.

A divergência entre os votos proferidos consiste na obrigatoriedade, ou não, de custeio do tratamento de fertilização *in vitro* pelo plano de saúde, em virtude da redação do artigo 10, III, da Lei nº 9.656/1998, o qual transcrevo a seguir:

"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:

(...)

III - inseminação artificial".

Para o Ministro Relator, a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são espécies pertencentes ao gênero "*reprodução assistida*", motivo pelo qual entende não ser possível a interpretação de que o artigo 10, III, da Lei nº 9.656/1998 estaria excluindo todas as formas de reprodução assistida. Afirmou que a Resolução nº 387/ANS não atentou para a diferença entre inseminação artificial e as demais técnicas de reprodução assistida e, ao excluir da obrigatoriedade de custeio "*outras técnicas*", acabou por inovar na ordem jurídica, restringindo direitos, situação que extrapolou o poder regulamentar.

Para a divergência, por outro lado, o procedimento de fertilização *in vitro* está inserido no termo inseminação artificial, utilizado no art. 10, III, da Lei dos Planos de Saúde - LPS, pois a distinção conceitual dos procedimentos não foi considerada pelo legislador. A Ministra Nancy Andrighi afirmou, ainda, que não parece ser razoável que a cada novo procedimento científico desenvolvido para reprodução assistida, o plano de saúde seja

Superior Tribunal de Justiça

obrigado a conferir a respectiva cobertura.

A par do exposto, com as devidas vênias, perfilho-me ao entendimento externado na divergência inaugurada pelo voto-vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi.

Não se ignora a complexidade do tema discutido nos autos. As questões envolvendo o tema da infertilidade apresentam grande repercussão no âmbito nacional e internacional. A Organização Mundial da Saúde estima que entre 50 (cinquenta) e 80 (oitenta) milhões de pessoas no mundo podem ser inférteis no mundo, podendo esse número alcançar, no Brasil, a marca de 8 (oito) milhões de pessoas (fonte: Sociedade Brasileira de Produção Assistida).

De outro lado, as técnicas de reprodução assistida estão em constante desenvolvimento e aperfeiçoamento. A literatura especializada menciona a existência de outros métodos, merecendo destaque, de forma exemplificativa, a utilização da técnica da injeção intracitoplasmática de espermatozóides, conforme indicado no Manual de Orientação de Reprodução Humana da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, de 2011, da FEBRASGO (disponível em: https://www.febrasgo.org.br/images/arquivos/manuais/Manuais_Novos/Manual_de_Reproducao_-Humana.pdf).

Ademais, a situação fática delineada nos autos, cujo quadro clínico dos autores envolve o diagnóstico de infertilidade conjugal, devidamente comprovado por meio de documentos acostados aos autos, também é bastante delicada, pois evidencia a dificuldade na concepção sem intervenções médicas.

Contudo, apesar de toda a complexidade da matéria, entendo que a Lei nº 9.656/1998 deve ser interpretada de forma sistemática e em consonância com os atos administrativos produzidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

Como destacado pela Ministra Nancy Andrighi, a interpretação restritiva que se propõe ao art. 10, III, da LPS, no sentido de que o legislador permitiu a exclusão apenas da inseminação artificial, não se coaduna com a realidade e com os avanços no âmbito da medicina. Do contrário, a cada novo procedimento desenvolvido para a reprodução humana, teríamos duas possibilidades: a) a alteração legislativa para excluir o procedimento do rol de cobertura mínima obrigatória a ser observado pelo plano de saúde ou b) a obrigação da operadora de custear procedimentos cada vez mais complexos e custosos.

O termo "*inseminação artificial*", embora não seja o mais adequado tecnicamente, foi empregado pela lei de forma genérica, até porque seria impossível para o legislador acompanhar a evolução das novas tecnologias no âmbito da reprodução assistida.

Superior Tribunal de Justiça

Contudo, para dirimir questões que envolvem outras áreas de conhecimentos, como é o caso da saúde, surgiu a figura da agência reguladora, com o propósito de expedir normas que auxiliam a regulação do tema proposto. Nesse sentido, ciente da amplitude do termo "*inseminação artificial*", a ANS buscou esclarecer o alcance do termo.

A redação da Resolução nº 428/ANS, de 7 de novembro de 2017, reproduz o conteúdo do art. 20 da anterior Resolução nº 387/ANS, de 28 de outubro de 2015, nos seguintes termos:

"Art. 20. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:

(...)

III - inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e espermatozoides para alcançar a fertilização, por meio de injeções de espermatozoides intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas."(grifou-se)

Destaca-se que a ANS também se debruçou sobre o conteúdo do art. 35-C da Lei nº 9.656/1998 de forma a regulamentar os procedimentos de planejamento familiar que devem ser de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, visto que o termo "planejamento familiar" também é muito amplo.

Eis o teor da Resolução nº 192/ANS:

"Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre a cobertura aos atendimentos nos casos de planejamento familiar de que trata o inciso III do art. 35-C da Lei nº 9.656, de 1998, incluído pela Lei 11.935, de 11 de maio de 2009.

§ 1º Considera-se o planejamento familiar como um 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.

§ 2º A inseminação artificial e o fornecimento de medicamentos de uso domiciliar, definidos nos incisos III e VI do art. 13 da Resolução Normativa - RN nº 167, de 9 de janeiro de 2008, não são de cobertura obrigatória de acordo com o disposto nos incisos III e VI do art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998 e, não estão incluídos na abrangência desta Resolução."(grifou-se)

Além disso, a referida Resolução especifica os procedimentos de cobertura obrigatória no âmbito do planejamento familiar como sendo a) consulta de aconselhamento e planejamento familiar, b) atividade educacional para planejamento familiar, c) sulfato de dehidroepiandrosterona (SDHEA) e d) implante de dispositivo intra-uterino (DIU) hormonal.

Superior Tribunal de Justiça

Entendo que o Poder Judiciário deve observar o dever de deferência às normas expedidas pelas agências reguladoras, em especial pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Esse dever encontra respaldo na separação dos poderes, no fato de que incumbe ao Poder Executivo tomar decisões na esfera administrativa, de maneira geral, e às agências reguladoras, de modo mais específico, visto que dotadas de *expertise* técnica para a produção de atos administrativos.

Com efeito, no âmbito da saúde suplementar, o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar os dispositivos legais da Lei dos Planos de Saúde, tem exercido o controle judicial dos atos administrativos produzidos pela ANS em consonância com o dever de deferência.

Trago aqui, de forma ilustrativa, alguns casos em que esse dever tem sido observado nos precedentes desta Corte, como os precedentes que decidiram acerca da manutenção em plano de saúde coletivo do ex-empregado que se aposenta ou é demitido sem justa causa, em que o STJ observou o disposto na Resolução nº 275/2011 da ANS (REsp 1.237.054/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 19/5/2014), e julgados que tratam da portabilidade da carência e da migração de categorias de planos dentro da mesma operadora (REsp 1.525.109/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 18/10/2016).

O diálogo com as normas da ANS é fundamental para o ordenamento jurídico e, no caso, não vislumbro ilegalidade que justifique o afastamento dos atos normativos supracitados expedidos pela Agência. Na verdade, entendo que ambas as Resoluções (nº 428/ANS e nº 192/ANS) buscam definir termos amplos e utilizados sem rigor técnico pelo legislador ("*inseminação artificial*" e "*planejamento familiar*"), justamente com o intuito de evitar interpretações que coloquem o consumidor ou a operadora do plano de saúde em posição extremamente desvantajosa.

Desse modo, rogando as mais respeitosas vênias ao Relator, Ministro Moura Ribeiro, acompanho a divergência inaugurada pela Ministra Nancy Andrichi para conhecer e dar provimento ao recurso especial para o fim de restabelecer a sentença (fls. 315/317 e-STJ) que julgou improcedente o pedido dos autores.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2019/0027170-6 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.794.629 / SP**

Número Origem: 10761751920178260100

PAUTA: 18/02/2020

JULGADO: 18/02/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Relatora para Acórdão

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROGÉRIO DE PAIVA NAVARRO**

Secretário

Bel. **WALFLAN TAVARES DE ARAUJO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE
ADVOGADOS : ANA TEREZA BASILIO - RJ074802
BRUNO DI MARINO - RJ093384
ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO E OUTRO(S) - SP237754
SIMONE DO NASCIMENTO RAMOS - SP408433
RECORRIDO : LILIAN FERNANDA DA SILVA BAROLI
RECORRIDO : FLAVIO LEOPOLDO BAROLI
ADVOGADOS : RENATA VILHENA SILVA - SP147954
MARCOS PAULO FALCONE PATULLO E OUTRO(S) - SP274352

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, acompanhando a divergência e o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze no mesmo sentido, a Terceira Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze.