

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.822.420 - SP (2019/0180469-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
RECORRENTE : UNIMED DE CASCAVEL - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : SÉRGIO RICARDO TINOCO - PR018619
ENEIDA TAVARES DE LIMA FETTBACK E OUTRO(S) - PR014878
RECORRIDO : TELI CRISTIANE CARPES SCHISLER MALIKOSKI
ADVOGADO : MARCIO DA CUNHA LEOCÁDIO E OUTRO(S) - SP270892
INTERES. : UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS
ADVOGADO : WILZA APARECIDA LOPES SILVA - SP173351
INTERES. : FEDERACAO NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : FILIPE SEIXO DE FIGUEIREDO E OUTRO(S) - RJ180663
GUSTAVO BINENBOJM E OUTRO(S) - DF058607
RAFAEL LORENZO FERNANDEZ KOATZ E OUTRO(S) - DF046142
ANDRÉ RODRIGUES CYRINO E OUTRO(S) - DF058605
ALICE BERNARDO VORONOFF DE MEDEIROS E OUTRO(S) - DF058608
INTERES. : UNIMED DO BRASIL CONFEDERACAO NAC DAS COOPERATIVAS MED - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : MÁRCIA APARECIDA MENDES MAFFRA ROCHA - SP211945
RAPHAEL CARVALHO DE OLIVEIRA - SP366173
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : WALTER JOSE FAIAD DE MOURA - DF017390
CHRISTIAN TARIK PRINTES - SP316680
OTÁVIO MADEIRA SALES LIMA - DF053884
MARINA ANDUEZA PAULLELLI - SP365516

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 1036 E SEQUENTES DO CPC/2015 - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER JULGADA IMPROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - REFORMA EM SEDE DE APELAÇÃO - INSURGÊNCIA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE - CUSTEIO DE TRATAMENTO POR MEIO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO - INVIABILIDADE - ESCÓLIO JURISPRUDENCIAL PACÍFICO DAS TURMAS QUE COMPÕEM A SEGUNDA SEÇÃO.

1. Para fins dos arts. 1036 e seguintes do CPC/2015:1.1. Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização in vitro.

Superior Tribunal de Justiça

2. Caso concreto: ausente cláusula autorizando a cobertura do tratamento de fertilização in vitro, impõe-se o acolhimento da insurgência recursal a fim de restabelecer a sentença de improcedência do pedido inicial.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Ribeiro divergindo do Sr. Ministro Relator, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins repetitivos, restou firmada a seguinte tese: "Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização in vitro. Vencidos os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Consignado pedido de preferência pela Interessada FEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, representada pelo Dr. Mateus Dias.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2021 (Data do Julgamento)

MINISTRO MARCO BUZZI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1822420 - SP (2019/0180469-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
RECORRENTE : UNIMED DE CASCAVEL - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : SÉRGIO RICARDO TINOCO - PR018619
ENEIDA TAVARES DE LIMA FETTBACK E OUTRO(S) - PR014878
RECORRIDO : TELI CRISTIANE CARPES SCHISLER MALIKOSKI
ADVOGADO : MARCIO DA CUNHA LEOCÁDIO E OUTRO(S) - SP270892
INTERES. : UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS
ADVOGADO : WILZA APARECIDA LOPES SILVA - SP173351
INTERES. : FEDERACAO NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : FILIPE SEIXO DE FIGUEIREDO E OUTRO(S) - RJ180663
GUSTAVO BINENBOJM E OUTRO(S) - DF058607
RAFAEL LORENZO FERNANDEZ KOATZ E OUTRO(S) - DF046142
ANDRÉ RODRIGUES CYRINO E OUTRO(S) - DF058605
ALICE BERNARDO VORONOFF DE MEDEIROS E OUTRO(S) - DF058608
INTERES. : UNIMED DO BRASIL CONFEDERACAO NAC DAS COOPERATIVAS MED - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : MÁRCIA APARECIDA MENDES MAFFRA ROCHA - SP211945
RAPHAEL CARVALHO DE OLIVEIRA - SP366173
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : WALTER JOSE FAIAD DE MOURA - DF017390
CHRISTIAN TARIK PRINTES - SP316680
OTÁVIO MADEIRA SALES LIMA - DF053884
MARINA ANDUEZA PAULLELLI - SP365516

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 1036 E SEQUINTE DO CPC/2015 - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER JULGADA IMPROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - REFORMA EM SEDE DE APELAÇÃO - INSURGÊNCIA DA OPERADORA DE PLANO

DE SAÚDE - CUSTEIO DE TRATAMENTO POR MEIO DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* - INVIABILIDADE - ESCÓLIO JURISPRUDENCIAL PACÍFICO DAS TURMAS QUE COMPÕEM A SEGUNDA SEÇÃO.

1. Para fins dos arts. 1036 e seguintes do CPC/2015:

1.1. Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização *in vitro*.

2. Caso concreto: ausente cláusula autorizando a cobertura do tratamento de fertilização *in vitro*, impõe-se o acolhimento da insurgência recursal a fim de restabelecer a sentença de improcedência do pedido inicial.

3. Recurso especial **provido**.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por **UNIMED DE CASCAVEL - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO**, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fls. 733/741):

Plano de Saúde - Obrigação de fazer - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Negativa da ré em autorizar o procedimento de fertilização *in vitro* à paciente portadora de endometriose profunda, infertilidade secundária e reserva ovariana bastante diminuída, sob a alegação de que não consta no rol da ANS e ausência de previsão contratual - Abusividade patente - Sentença reformada - Apelo parcialmente provido.

Na origem, **TELI CRISTIANE CARPES SCHISLER MALIKOSKI** ajuizou, em face da ora recorrente, ação ordinária de obrigação de fazer c/c pedido de tutela antecipada alegando que, em razão de problemas de saúde (diagnóstico de endometriose), possui dificuldades de alcançar a gravidez sendo recomendado o tratamento mediante a realização da técnica por fertilização *in vitro*. (fls. 1/16)

O r. juízo *a quo* julgou **improcedente** o pedido inicial. (fls. 641/646) Interposto recurso de apelação (fls. 648/661), o eg. Tribunal de origem, por unanimidade de votos, deu-lhe provimento a fim de obrigar a ora recorrente a custear o referido tratamento. (fls. 733/741) Daí a interposição do presente apelo nobre. (fls. 744/759)

Nas razões do recurso especial (fls. 744/759), a recorrente apontou violação aos artigos 10, inciso III e 35-C, inciso III, ambos da Lei n.º 9.656/98. Argumentou, em resumo: i) a validade da cláusula contratual que exclui a cobertura de tratamento por meio de fertilização in vitro; ii) a higidez da limitação contratual foi redigida de modo claro e não pode ser considerada abusiva. Pontualmente, aduziu que "*(...) a Lei 9.656/98 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 de atendimento (art. 35-C). Por sua vez, 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 e que, no âmbito de sua competência, editou a RN 387/2015 a qual prevê em seu art. 20 a permissão de excluir assistências pertinentes à inseminação artificial relacionando diversos procedimentos a título exemplificativo além de outras técnicas.*" Pediu, assim, o provimento do apelo recursal a fim de julgar improcedente o pedido inicial, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

As contrarrazões foram juntadas às fls. 839/846.

Admitido o reclamo na origem (fls. 847/848), ascenderam os autos a esta Corte Superior.

O apelo nobre foi submetido à análise do Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, conforme determina a regra do art. 256 e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, c/c o inciso I do art. 2º da Portaria STJ/GP n. 299, de 19 de julho de 2017.

Na oportunidade, Sua Excelência reputou salutar que a Segunda Seção do STJ deliberasse sobre a afetação da matéria veiculada neste inconformismo ao rito dos recursos repetitivos, tendo em vista o notório potencial de multiplicidade e a existência de decisões proferidas pelos tribunais de origem conflitantes com a jurisprudência desta Corte.

Destacou, outrossim, a relevância da matéria veiculada ao presente apelo recursal, que busca a definição do STJ quanto à obrigatoriedade ou não de cobertura ao procedimento médico de fertilização in vitro por planos de saúde, à luz do que dispõe o art. 35-C, III da Lei n.º 9.656/1998, incluído pela Lei n.º 11.935/2009. (fls. 893/895)

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal exarou parecer favorável à admissibilidade do recurso como representativo de controvérsia. (fls. 903/908)

Às fls. 946/956, a eg. Segunda Seção, por unanimidade de votos, deliberou afetar ao rito dos recursos especiais repetitivos a controvérsia subjacente aos presentes autos.

Pedidos de ingresso no feito como *amici curiae* formulados por UNIMED DO BRASIL – CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS (fls. 973/1024), FEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – FENASAÚDE (fls. 1025/1131), AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (fls. 1254/1335), IDEC – INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (fls. 1197/1252), devidamente acolhidos com a observação de que poderiam ofertar, por uma única vez, razões escritas nos autos; efetivar sustentação oral no momento processual adequado e interpor embargos de declaração após a publicação do aresto prolatado no julgamento de mérito da demanda.

Novo parecer do órgão Ministerial (fls. 1133/1139) pelo provimento do recurso especial e a fixação de tese "(...) *no sentido de ser incabível responsabilizar o plano de saúde ao tratamento de infertilidade, com a inseminação in vitro, com fundamento no artigo 35-C, inciso III, da Lei nº 9.656/98.*"

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

A presente insurgência se presta à definição da tese alusiva à obrigatoriedade ou não de cobertura, pelos planos de saúde, da técnica de fertilização *in vitro*.

1. Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Planos de Saúde. Súmula 608/STJ.

A controvérsia subjacente aos presentes autos, é dotada de inegável **relevância** a atrair o mister constitucional do STJ para a definição acerca da correta interpretação do Código de Defesa do Consumidor e a sua aplicabilidade a contratos firmados entre operadoras de plano de saúde e consumidores, cuja relação jurídica é regulada pela Lei n. 9.656/1998, bem ainda no tocante à interpretação das disposições legais e contratuais limitativas de cobertura de procedimentos médicos.

Cumprase asseverar, nesse contexto, a inquestionável sujeição dos planos de saúde às regras do Código de Defesa do Consumidor, conforme a Súmula 608 do

Superior Tribunal de Justiça e o exposto texto do artigo 35-G da Lei nº 9.656/98, *verbis*:

"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (Súmula 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, Dje de 17/04/2018)

"(...)

Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei no 8.078, de 1990."

2. Do mérito recursal: Das técnicas de reprodução humana assistida: inseminação artificial e fertilização *in vitro*. Necessária Distinção.

Destaca-se que a interpretação de controvérsias deste jaez deve ter como norte, além da estrita observância aos dispositivos legais aplicáveis, o objetivo de contemplar, da melhor forma possível, de um lado, o efetivo atendimento às necessidades clínicas dos pacientes/contratantes, e de outro, o respeito ao equilíbrio atuarial dos custos financeiros a serem realizados pelas instituições de saúde suplementar.

Assentado no binômio concernente à necessidade de preservação da saúde do paciente, e possibilidade de custeio de tratamento médico, respeitando-se, obviamente, os princípios da boa-fé objetiva e probidade na formação e execução dos contratos, encontrar-se-á o atendimento à legítima expectativa do consumidor ao celebrar o ajuste, bem como a gestão equilibrada dos custos operacionais e financeiros, por parte das entidades de assistência à saúde.

Na hipótese, ocupa posição central para o enfrentamento da controvérsia a identificação, apoiada em escólio doutrinário especializado, da distinção entre inseminação artificial e fertilização *in vitro*, ambas consideradas técnicas médicas de reprodução humana assistida.

Encontram-se, nas palavras da Professora **Regina Beatriz Tavares da Silva**, os seguintes conceitos, *verbis*: (...) "*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.*" (*ut.* Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde. São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 238).

Ainda, com a mesma linha de pensamento, "(...) ***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 (ut. SGRECCIA, Elio. 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). **Por sua vez, na fertilização in vitro** "(...) conhecida popularmente como 'bebê de proveta", o primeiro passo é o uso de drogas que estimulem a produção de óvulos. Após a fertilização, o óvulo é mantido em um estufa, onde começa a correr a divisão celular. Posteriormente, o embrião daí resultante é colocado no útero da mulher." (ut. <http://www.huntington.com.br/tratamentos/qual-a-diferença-entre-inseminação-artifici-al-e-fiv.>" Acesso em setembro de 2021).

Finalmente, "(...) 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." (ut. COELHO, Tatiana. Fertilização in vitro: a evolução 40 anos após o nascimento do primeiro 'bebê de proveta'. in. <https://g1.com.br>." Acesso em agosto de 2021).

Também são dignos de destaque, os seguintes estudos: Valéria Silva Galdino Cardin e Leticia Carla Baptista Rosa. "**Da vulnerabilidade do embrião oriundo da reprodução humana assistida e a ética da vida**". in. Revista Brasileira de Direito e Biotecnologia. Salvador, v. 8, n. 12, p. 147-165, jan./abr. 2013, pág. 152.; Igor de Lucena Mascarenhas. **in. "Fertilização in vitro e o direito ao planejamento familiar: a ilegalidade do Enunciado 20 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça e a teoria da captura aplicada à ANS."** Revista de Direito do Consumidor. vol. 121. ano 28. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2019, pág. 331.

A despeito da relevância social do tema ora em liça, inexistente legislação específica para reger a aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, valendo salientar a tramitação, perante o Congresso Nacional, de projetos de lei acerca do tema, destacando-se o **PL 2061/2013**, de autoria da Deputada Maninha (PT/DF), dispõe que: "Art. 1º As técnicas de Reprodução Humana Assistida poderão ser utilizadas como um dos componentes auxiliares na resolução dos problemas de infertilidade humana, através dos serviços de saúde, públicos e privados, como forma

de facilitar o processo de procriação, quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para solução da situação de infertilidade."

Apenas a título de exemplo, no plano internacional, a **Argentina** dispõe de dispositivos expressos em seu Código Civil, a exemplo do artigo 19, *verbis*: "(...) **Artigo 19. Começo da existência. A existência da pessoa humana começa com a concepção no ventre materno. Em caso de técnicas de reprodução humana assistida, começa com a implantação do embrião na mulher, sem prejuízo do que preveja a lei especial para proteção do embrião não implantado.**" (tradução livre).

Em **Portugal**, a Constituição impõe ao Estado, no art. 67, no âmbito da proteção da família, a regulamentação da procriação assistida.

Com efeito e por todo o exposto, à essa altura é possível afirmar, com o necessário rigor científico, que, de fato, a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são técnicas distintas de fecundação.

A primeira - inseminação artificial - caracteriza-se como um procedimento mais simples e consiste no depósito do sêmen masculino diretamente na cavidade uterina. **A segunda - fertilização *in vitro*** - de natureza complexa, é realizada em laboratório momento em que, após o desenvolvimento do embrião, este é transferido ao útero.

Contudo, apesar de tais distinções técnicas, a rigor, ambas são tratamentos médicos que objetivam a **reprodução humana**.

Na hipótese dos autos, inexistente controvérsia acerca do diagnóstico clínico de endometriose (CID N.º 10 - N80.0) o qual acomete, infelizmente, à ora recorrida, consoante expressamente indicado à fl. 22, valendo destacar que a fertilização *in vitro* **não foi indicada pelo médico que a acompanhou para tratamento da enfermidade, mas, exclusivamente, para alcançar a gravidez.**

Vale destacar que Conselho Federal de Medicina apresenta as seguintes características da referida enfermidade: "(...) *no endométrio - tecido que reveste o interior do útero - nos períodos menstruais da mulher fica mais espesso para que um óvulo fecundado possa se implantar nele. Quando não há gravidez, esse endométrio que aumentou descama e é expelido na menstruação. Em alguns casos, um pouco desse desse sangue migra e atinge os ovários ou a cavidade abdominal, causando a lesão endometriótica.*" (ut. Resolução do CFM n.º 1931/2019, publicada no DOU, de 24/09/2019)

O Ministério da Saúde, no protocolo clínico e de diretrizes terapêuticas de

tratamento da endometriose apresenta extensa, detalhada e objetiva lista de terapias médicas de enfrentamento da doença, dentre elas é possível elencar: **i)** uso de anticoncepcionais; **ii)** intervenção cirúrgica "*indicada quando os sintomas são graves, incapacitantes, quando não houve melhora com tratamento empírico com contraceptivos orais ou progestágenos, em casos de endometriomas, de distorção da anatomia das estruturas pélvicas, de aderências, de obstrução do trato intestinal ou urinário*" e **iii)** terapêutica combinada, hipótese em que "*há indicação de aplicação das referidas terapias de maneira simultânea.*" (ut. <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/02/pcdt-endometriose-retificado-livro-2010.pdf>. Acesso em agosto de 2021).

Veja-se, pois, que dos medicamentos indicados para o enfrentamento da patologia, elaborados pelo Ministério da Saúde, **não há indicação, sequer a mínima referência** acerca da necessidade de utilização e/ou aplicação da fertilização *in vitro* para o fim específico de obtenção de êxito no combate da referida doença.

Retornando ao exame do caso concreto e, por conseguinte, da tese atinente ao presente recurso especial, verifica-se, consoante fundamentação supramencionada, que, dentre os recursos utilizados pela medicina, a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, ocupam - apesar de distintas - posição de destaque nos tratamentos adotados pelos profissionais especializados para se alcançar a almejada gravidez.

2.1. Da cobertura da técnica de fertilização *in vitro* por plano de saúde. Inviabilidade, salvo expressa disposição contratual.

A Constituição Federal, em seu art. 226, §7º, estabelece que "*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 privada.*" Na mesma linha, o Código Civil, no capítulo concernente à eficácia do casamento, expressa redação semelhante (art. 1.565, §2º, do Código Civil), *verbis* "*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 privada.*"

Acerca do tema ora em giza, **Arnaldo Rizzardo** assevera: "*(...) desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credor religioso, de educação dos filhos, de*

*escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado –, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros”. (...) Dentro do âmbito da autonomia, inclui-se o planejamento familiar, pelo qual aos pais compete decidir quanto à prole, não havendo limitação à natalidade, embora a falta de condições materiais e mesmo pessoal dos pais.” (ut. **RIZZARDO, Arnaldo**. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 15 e 16)*

Na mesma linha, **Rolf Madaleno** pontua que “(...) o casal tem liberdade na formação de sua família, restringindo-se intervenções indevidas do poder Público.” (ut. Madaleno, R. Curso de Direito de Família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 241)

A fim de regulamentar o dispositivo constitucional contido no art. 226, §7º, foi editada a **Lei n.º 9.263/1996** a qual estabelece, em seu art. 2º, “que o planejamento familiar é direito de todo cidadão, entendendo-se este 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.”

Fixadas essas **premissas normativas**, observa-se que o caráter central do apelo recursal diz respeito à interpretação dos artigos 10-III e 35-C, da Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde), os quais estão assim redigidos:

“(...)

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 - Planejamento familiar.

Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35.”

A legislação de regência da matéria ora em liça, é **expressa** e categórica no sentido de excluir a **inseminação artificial** da cobertura obrigatória a ser oferecida pelos planos de saúde aos consumidores/pacientes, sendo, pois, **facultativa** a inclusão da referida assistência nos respectivos contratos de saúde.

Diante da amplitude da expressão inseminação artificial, a ANS procurou, por meio de seus atos normativos, **esclarecer** o alcance do termo, tendo editado a Resolução Normativa n. 192, de 27 de maio de 2009, a qual estabeleceu como de **cobertura obrigatória** os seguintes procedimentos médicos relacionados ao planejamento familiar: **i)** consulta de aconselhamento para planejamento familiar; **ii)** atividade educacional para planejamento familiar; **iii)** implante de dispositivo intra-uterino (DIU).

É importante registrar a previsão contida no art. 1º, § 2º, da referida resolução no sentido de que **"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"**. (grifos nossos)

Na mesma linha, 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, ao dispor que:

"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 artigo 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." (grifos nossos)

É imperioso concluir que a exclusão de cobertura obrigatória da técnica de inseminação artificial, consignadas em ambas as resoluções normativas da ANS, possuem, como fundamento, a própria lei que regulamenta os planos e seguros privados de assistência à saúde, o qual estabeleceu, em seu art. 10, inciso III, *verbis*: " **É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial**

médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil (...), exceto: III - inseminação artificial."

A propósito, consoante destacado pelo e. Min. **Marco Aurélio Bellizze** na oportunidade do julgamento do **REsp 1.692.179/SP** (Dje de 15/12/2017) "(...) segundo o art. 20, § 1º, inciso III, da Resolução Normativa n. 387/2015 da ANS é permitida a exclusão da cobertura assistencial não só da inseminação artificial, mas, também, de **outras técnicas de reprodução assistida.**" (grifos nossos)

De fato, não há, pois, lógica que o procedimento médico de inseminação artificial seja, por um lado, de cobertura facultativa - consoante a regra do art. 10, III, da lei de regência - e, por outro, a fertilização *in vitro*, que possui característica complexa e onerosa - consoante examinamos alhures - tenha cobertura obrigatória.

Inviável admitir tenha a ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar, no ponto, atuado de maneira **excessiva** porquanto, na verdade, referida agência foi expressamente autorizada pelo parágrafo único do art. 35-C da lei de regência a regulamentar a matéria.

Permitir interpretação absolutamente abrangente - tal como consignado pelo eg. Tribunal de origem - acerca do alcance do termo "planejamento familiar", de modo a determinar cobertura obrigatória da fertilização *in vitro*, acarretará, inegavelmente, direta e indesejável repercussão no equilíbrio **econômico-financeiro** do plano, a prejudicar, sem dúvida, os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde.

Em controvérsias deste jaez a interpretação deve ocorrer de maneira **sistemática e teleológica**, de modo a conferir exegese que garanta o equilíbrio atuarial do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, não podendo as operadoras de plano de saúde serem obrigadas ao custeio de procedimentos que são, segundo a lei de regência e a própria regulamentação da ANS, de natureza **facultativa, salvo, evidentemente, expressa previsão contratual.**

Com essa mesma compreensão, a título ilustrativo, registram-se os seguintes julgados proferidos pela eg. **Terceira Turma** deste Tribunal Superior:

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.

REsp 1.794.629/SP, **Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p/acórdão, Min. Nancy Andrighi**, Dje de 10/03/2020. (grifos nossos)

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. Min. **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, DJe 15/12/2017.(grifos nossos)

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ÔMISSÃO, 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**, DJe 13/11/2017.

E ainda: AgInt no REsp 1803712/DF, Rel. Min. **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, DJe de 30/08/2019; AREsp 1528180/PE, Rel. Min. **MOURA RIBEIRO**, DJe de 11/09/2019 (decisão monocrática); AgInt no REsp 1788114/SP, Rel. Min. **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, DJe de 24/05/2019; AgInt no AREsp 1395187/SP, Rel. Min. **NANCY ANDRIGHI**, DJe de 03/10/2019; AgInt no REsp 1803712/DF, Rel. Min. **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, DJe de 30/08/2019; AgInt no AREsp 1.247.888/MS, Rel. Min. **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**, DJe 06/12/2018.

Na mesma linha de compreensão, colhe-se da eg. **Quarta Turma:** REsp 1.790.368/SP, Rel. Min. **RAUL ARAÚJO**, DJe 30/04/2019 (decisão monocrática); REsp 1.759.667/SP, Rel. Min. **LUIS FELIPE SALOMÃO**, DJe 03/04/2019 (decisão monocrática); AREsp 1.433.040/SP, Rel. Min. **MARIA ISABEL GALLOTTI**, DJe 02/04/2019 (decisão monocrática); AREsp 1.028.070/SP, Rel. Min. **ANTÔNIO CARLOS FERREIRA**, DJe de 08/10/2019 (decisão monocrática); AgInt no REsp 1835797 / DF, Rel. Min. **RAUL ARAÚJO**, DJe de 13/02/2020; REsp 1.841.029/SP, Rel. Min. **MARIA ISABEL GALLOTTI**, DJe de 03/12/2019 (decisão monocrática); REsp 1.845.837/SP, Rel. Min. **LUIS FELIPE SALOMÃO**, DJe de 03/12/2019 (decisão monocrática); REsp 1.790.368/SP, Rel. Min. **RAUL ARAÚJO**, DJe de 30/04/2019 (decisão monocrática); REsp 1.791.794/SP, Rel. Min. **ANTONIO CARLOS FERREIRA**, DJe de 28/03/2019 (decisão monocrática); AgInt no REsp 1808166/SP, Rel. Min. **MARCO BUZZI**, DJe de 01/10/2019, AgInt no REsp 1808176/ SP, Rel. Min. **ANTONIO CARLOS FERREIRA**, DJe de 29/11/2019; REsp 1.823.077/SP, Rel. Min. **MARCO BUZZI**, DJe de 10/03/2020, este último assim ementado:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER JULGADA IMPROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - REFORMA EM SEDE DE APELAÇÃO - PLANO DE SAÚDE - INFERTILIDADE - TRATAMENTO POR MEIO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO - NEGATIVA DE COBERTURA -

AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL - RECUSA JUSTIFICADA.

Cinge-se a controvérsia em definir se a negativa de cobertura médica, pelo plano de saúde, de tratamento de fertilização *in vitro* configura-se abusiva.

1. As questões postas em discussão foram dirimidas pelo Tribunal de origem de forma suficiente, fundamentada e sem omissões, devendo ser afastada a alegada violação ao artigo 1022 do CPC/15. Consoante entendimento desta Corte, não importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pela recorrente, decidindo de modo integral a controvérsia posta. Precedentes: AgInt no REsp 1716263/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018; AgInt no AREsp 1241784/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 27/06/2018.

2. A interpretação de controvérsias deste jaez deve ter como norte, além da estrita observância aos dispositivos legais aplicáveis, o objetivo de contemplar, da melhor forma possível, tanto o efetivo atendimento às necessidades clínicas dos pacientes/contratantes, quanto o respeito ao equilíbrio atuarial dos custos financeiros a serem realizados pelas instituições de saúde suplementar.

3. A inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são técnicas distintas de fecundação. A primeira, consiste no depósito do sêmen masculino diretamente na cavidade uterina. A segunda, realizada em laboratório, momento em que, após o desenvolvimento do embrião, este é transferido ao útero. Contudo, apesar de tais distinções técnicas, a rigor, ambas são tratamentos médicos que objetivam a reprodução humana.

4. A Resolução Normativa nº 192 da ANS no sentido de que "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" está de acordo com o disposto nos incisos III e VI do art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

5. A interpretação deve ocorrer de maneira sistemática e teleológica, de modo a conferir exegese que garanta o equilíbrio atuarial do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, não podendo as operadoras de plano de saúde serem obrigadas ao custeio de procedimento que são, segundo a lei de regência e a própria regulamentação da ANS, de natureza facultativa salvo expressa previsão contratual.

6. A fertilização *in vitro* não possui cobertura obrigatória de modo que, na hipótese de ausência de previsão contratual expressa, é impositivo o afastamento do dever de custeio do mencionado tratamento pela operadora do plano de saúde. Precedentes.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (grifos nossos)

Com efeito, a técnica médica de fecundação denominada fertilização *in vitro* não possui, segundo a legislação de regência e dos precedentes supramencionados, cobertura obrigatória de modo que, na hipótese de ausência de previsão contratual expressa, é impositivo o afastamento do dever de custeio do mencionado tratamento pelas operadoras de planos de saúde.

Nessa medida, para a formação do precedente em recurso repetitivo,

propõe-se ao eg. colegiado da Segunda Seção, a fixação da seguinte tese:

"Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização *in vitro*."

3. Caso concreto:

Observando-se que o tratamento médico ora pleiteado não é de cobertura obrigatória e havendo cláusula contratual expressa negando a cobertura do respectivo procedimento, de rigor o **provimento** do apelo recursal e, por conseguinte, o restabelecimento da sentença de origem que julgou improcedente o pedido inicial.

3.1. Do exposto, conheço do presente apelo recursal e, por conseguinte, dou-lhe provimento a fim de reformar o v. acórdão recorrido, restabelecendo a sentença de improcedência, invertendo-se os ônus sucumbenciais, mantendo-se, contudo, os percentuais fixados pelas instâncias ordinárias, no importe de 10% do valor atualizado atribuído à causa (R\$ 10.000,00 - dez mil reais).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.822.420 - SP (2019/0180469-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
RECORRENTE : UNIMED DE CASCAVEL - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : SÉRGIO RICARDO TINOCO - PR018619
ENEIDA TAVARES DE LIMA FETTBACK E OUTRO(S) - PR014878
RECORRIDO : TELI CRISTIANE CARPES SCHISLER MALIKOSKI
ADVOGADO : MARCIO DA CUNHA LEOCÁDIO E OUTRO(S) - SP270892
INTERES. : UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS
ADVOGADO : WILZA APARECIDA LOPES SILVA - SP173351
INTERES. : FEDERACAO NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : FILIPE SEIXO DE FIGUEIREDO E OUTRO(S) - RJ180663
GUSTAVO BINENBOJM E OUTRO(S) - DF058607
RAFAEL LORENZO FERNANDEZ KOATZ E OUTRO(S) - DF046142
ANDRÉ RODRIGUES CYRINO E OUTRO(S) - DF058605
ALICE BERNARDO VORONOFF DE MEDEIROS E OUTRO(S) - DF058608
INTERES. : UNIMED DO BRASIL CONFEDERACAO NAC DAS COOPERATIVAS MED - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : MÁRCIA APARECIDA MENDES MAFFRA ROCHA - SP211945
RAPHAEL CARVALHO DE OLIVEIRA - SP366173
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : WALTER JOSE FAIAD DE MOURA - DF017390
CHRISTIAN TARIK PRINTES - SP316680
OTÁVIO MADEIRA SALES LIMA - DF053884
MARINA ANDUEZA PAULLELLI - SP365516

VOTO-VISTA

O EXMO. SENHOR MINISTRO MOURA RIBEIRO:

Adoto o relatório proferido pelo eminente relator, Ministro MARCO BUZZI.

Acrescento que na sessão de julgamento realizada no dia 22 de outubro do corrente ano, o em. Relator deu provimento ao recurso especial manejado por UNIMED DE CASCAVEL - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (UNIMED DE CASCAVEL), sob os argumentos de que (i) a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são tratamentos médicos que objetivam a reprodução humana; (ii) o procedimento de fertilização *in vitro* não foi prescrito à TELI CRISTIANE CARPES SCHISLER MALIKOSKI (TELI CRISTIANE), ora recorrida, para o tratamento da endometriose, senão como

tratamento da infertilidade coexistente àquela doença que a acomete; (iii) as Resoluções Normativas nºs 192 e 428, ambas da ANS, ao excluírem da cobertura obrigatória a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, estão de acordo com o disposto nos incisos III e VI do art. 10 da Lei nº 9.656/1998; e (iv) *a técnica médica de fecundação denominada fertilização in vitro não possui, segundo a legislação de regência e dos precedentes supramencionados, cobertura obrigatória de modo que, na hipótese de ausência de previsão contratual expressa, é impositivo o afastamento do dever de custeio do mencionado tratamento pelas operadoras de planos de saúde.*

Ao final do voto, fixou a seguinte tese: *Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização "in vitro".*

Pedi vista dos autos para melhor refletir sobre o caso.

O cerne da controvérsia, levantada no nobre apelo, diz respeito ao dever da UNIMED DE CASCAVEL em cobrir o procedimento da fertilização *in vitro* à sua beneficiária, TELI CRISTIANE.

Com destacada vênua do Ministro MARCO BUZZI, divirjo do seu primoroso voto, pelos seguintes fundamentos.

De início, ressalto que a segurança jurídica é louvável. Entretanto, no presente caso, a reconsideração bem fundamentada, que no caso se deve a uma melhor percepção sobre os conceitos médicos trabalhados nas relações entre planos de saúde e consumidores, é algo digno de deitar um novo olhar jurídico sobre o tema.

Convém, antes, destacar dois julgados proferidos pela eg. Terceira Turma e um da eg. Quarta Turma que, todos eles citados na fundamentação do bem lançado voto do eminente relator, 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 à 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)

No segundo, a 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 julgamento, 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.

Superior Tribunal de Justiça

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

Mais recentemente, a eg. Quarta Turma, por ocasião do julgamento do REsp 1.823.077/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, exarou o entendimento de que a fertilização *in vitro* não possui cobertura obrigatória de modo que, na hipótese de ausência de previsão contratual expressa, é impositivo o afastamento do dever de custeio do mencionado tratamento pelas operadoras de planos de saúde.

Naquele assentada, ficou entendido que as Resoluções Normativas nºs 192/2009 e 387/2015, ambas da ANS, possuem, como fundamento, a própria lei que regulamenta os planos e seguros privados de assistência à saúde, qual seja: art. 10, III, da Lei nº 9.656/1998.

Nesse sentido, veja-se a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER JULGADA IMPROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - REFORMA EM SEDE DE APELAÇÃO - PLANO DE SAÚDE - INFERTILIDADE - TRATAMENTO POR MEIO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO - NEGATIVA DE COBERTURA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL - RECUSA JUSTIFICADA.

*Cinge-se a controvérsia em definir se a negativa de cobertura médica, pelo plano de saúde, de tratamento de fertilização *in vitro* configura-se abusiva.*

1. As questões postas em discussão foram dirimidas pelo Tribunal de origem de forma suficiente, fundamentada e sem omissões, devendo ser afastada a alegada violação ao artigo 1022 do CPC/15. Consoante entendimento desta Corte, não importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pela recorrente, decidindo de modo integral a controvérsia posta.

Precedentes: AgInt no REsp 1716263/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018; AgInt no AREsp 1241784/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 27/06/2018.

2. A interpretação de controvérsias deste jaez deve ter como norte, além da estrita observância aos dispositivos legais aplicáveis, o objetivo de contemplar, da melhor forma possível, tanto o efetivo

atendimento às necessidades clínicas dos pacientes/contratantes, quanto o respeito ao equilíbrio atuarial dos custos financeiros a serem realizados pelas instituições de saúde suplementar.

3. A inseminação artificial e a fertilização in vitro são técnicas distintas de fecundação. A primeira, consiste no depósito do sêmen masculino diretamente na cavidade uterina. A segunda, realizada em laboratório, momento em que, após o desenvolvimento do embrião, este é transferido ao útero. Contudo, apesar de tais distinções técnicas, a rigor, ambas são tratamentos médicos que objetivam a reprodução humana.

4. A Resolução Normativa nº 192 da ANS no sentido de que "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" está de acordo com o disposto nos incisos III e VI do art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

5. A interpretação deve ocorrer de maneira sistemática e teleológica, de modo a conferir exegese que garanta o equilíbrio atuarial do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, não podendo as operadoras de plano de saúde serem obrigadas ao custeio de procedimento que são, segundo a lei de regência e a própria regulamentação da ANS, de natureza facultativa salvo expressa previsão contratual.

6. A fertilização in vitro não possui cobertura obrigatória de modo que, na hipótese de ausência de previsão contratual expressa, é impositivo o afastamento do dever de custeio do mencionado tratamento pela operadora do plano de saúde. Precedentes.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp 1.823.077/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 20/2/2020, DJe 3/3/2020 – sem destaques 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: 5 out. 2021 – 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**

responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

VANESSA RIBEIRO CORRÊA SAMPAIO SOUZA e MAYARA SALDANHA CESAR GUIMARÃES CALDAS (VANESSA e MAYARA) 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** (sem destaque no original).*

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**

Superior Tribunal de Justiça

sexuais, uma vez informados e educados a respeito das opções e mecanismos disponíveis (op. cit., pág. 34 – sem destaques no original).

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 – sem destaque no original).

Saliente-se também que o próprio Código Civil, em sintonia com o § 7º do art. 226 da CF, no seu 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* (sem destaque no original).

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. Revista de Direito do Consumidor. vol. 121. ano 28. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2019, pág. 331 - sem destaque no original).

Ainda, estes 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 acima, 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 ter tratamento.

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://www2.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm> e – consulta em 5/10/2021).

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, ao passo que 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. RDCl, 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 destoia 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.**

Superior Tribunal de Justiça

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 espermatozoides para alcançar a fertilização, por meio de injeções de espermatozoides intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção pós-tumora, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas.***

A malfadada resolução, ao igualar a inseminação artificial e 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 irritó 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 com 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 vesguice da 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 – sem destaques no original).

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 a 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 com a fertilização *in vitro*, provoca, indubitavelmente, uma interpretação incompatível com o microssistema 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 dos 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 vênha 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 standardizados, 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 standardizados, 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 standardizados 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,

Superior Tribunal de Justiça

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).

Como sabiamente advertiu o em. Ministro EROS ROBERTO GRAU, *o interprete está vinculado pela objetividade do direito. Não a minha ou a sua justiça, porém o direito. Não ao que grita a multidão enfurecida, porretes nas mãos, mas ao direito (Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 10ª ed. Refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2021, pág. 22).*

E, ao final, o ilustre professor ainda alertou que não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços, tendo em vista que a interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição (op. cit., pág. 86).

Na hipótese, ao excluir expressamente da cobertura do plano de assistência à saúde as despesas relacionadas apenas com inseminação artificial (**Cláusula 4.2, III, e-STJ, fls. 56/57**), 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, insisto 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 à 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 ampliada 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

Superior Tribunal de Justiça

harmonia 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 operadora do plano 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.

Em resumo, com todo o respeito ao voto do em. Ministro MARCO BUZZI, não merece prevalecer o seu entendimento.

Primordialmente, a função do Poder Judiciário é interpretar, dar sentido à lei, e não ampliar o seu alcance.

Se o próprio legislador optou por restringir apenas a inseminação artificial, não tem como o Poder Judiciário dilatar o seu alcance, muito menos a ANS, por força de suas resoluções normativas.

Nesse sentido, valho-me da valiosa lição do professor CÉSAR FIUZA que, sobre a interpretação das leis, pontificou que

*[...] Deve-se dizer que o Direito Civil, especificamente, segundo a concepção mais atual, deve ser interpretado à luz da Constituição. Isso porque é na Constituição que iremos encontrar as base do ordenamento jurídico. Consequentemente, será com fundamento nos valores por ela adotados que todas as normas infraconstitucionais deverão ser interpretadas (**Direito civil: curso completo**. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pág. 88).*

E, no caso, deve-se sempre ter em mente que a Constituição Federal de

1988, em seu art. 226, § 7º, assegurou ao casal, constituído formal ou informalmente em família, o direito de decidir de maneira livre e responsável as questões ligadas ao planejamento familiar, **garantindo ainda os meios para o exercício dos direitos ligados a reprodução, sejam eles educacionais ou científicos.**

Além disso, como no Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida, ao magistrado cabe realizar uma interpretação sistemática, devendo, então, o intérprete se valer de outras normas jurídicas, seja qual for a sua fonte. E, na espécie, 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, valendo esclarecer que lá, a RA também é gênero.

Penso que existe uma má percepção sobre os conceitos médicos trabalhados nas relações entre planos de saúde e consumidores.

À época em que a Lei nº 9.656/98 entrou em vigor, já se realizava fertilização *in vitro* no Brasil – lembrando que Ana Paula Bittencourt Caldeira, que nasceu em 1984, foi o primeiro bebê de proveta brasileiro (MASCARENHAS e COSTA, *op. cit.*, pág. 333).

Por conseguinte, se fosse intenção do legislador estender a restrição à FIV, ele, certamente, teria feito textualmente. Não o fez!

Não se trata, com a devida vênia, de excesso de restrição interpretativa, mas, sim, de dar razão à norma legal, interpretando-a no exato sentido que o legislador a consolidou.

Ainda que assim não fosse, essa interpretação extensiva das limitações aos planos de saúde afronta, sem a menor sombra de dúvidas, o art. 47 do CDC.

Como é de conhecimento geral, a regra na relação consumidor-plano de saúde é de cobertura, salvo previsão contratual em sentido contrário.

A propósito, na hipótese, se no próprio contrato padrão a UNIMED DE CASCAVEL tão somente excluiu a **inseminação artificial**, ela, como operadora e conhecedora de todos os termos técnicos-médicos-científicos, não poderia excluir o procedimento da fertilização *in vitro* a TELI CRISTIANE.

No caso, ressalto, não haveria nem sequer a necessidade de lei, tendo

Superior Tribunal de Justiça

em conta que, nos termos do art. 47 do CDC, a única interpretação possível acerca da referida cláusula é de que esta poderia apenas restringir a inseminação artificial.

Assim, entendo que cabe ao Poder Judiciário decifrar a intenção da Lei e, no caso, seja por interpretação sistemática, seja por interpretação restritiva, seja por interpretação à luz da Constituição, seja por força do Código de Defesa do Consumidor, a melhor compreensão da norma, senão a única, é a de que UNIMED DE CASCAVEL deve, por força do art. 10, III, da LPS, e também em virtude do próprio contrato de saúde, custear o procedimento médico de fertilização *in vitro*, que nele não foi excluído expressamente, em favor de TELI CRISTIANE.

Ainda, vale, aqui, ressaltar 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.

Em regra, portanto, tendo a Lei nº 9.656/98, no seu art. 10, instituído um contrato padrão de assistência à saúde, que compreende o tratamento de todas as doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde (OMS), UNIMED DE CASCAVEL, e também qualquer outra operadora, não poderá excluir da cobertura nenhuma das doenças previstas na classificação internacional da OMS, inclusive aquelas referentes à infertilidade ou à esterilidade.

Em assim pensando, repito, diferenciando gênero e espécie, fico em paz com a minha consciência, já que não compreendo como um plano de saúde se negue a promover a procriação no nosso país e negue a uma mulher o direito naturalmente de procriar pela técnica da fertilização *in vitro*.

Afinal, ensina GOFFREDO TELES JÚNIOR que pelas liberdades democráticas, o mandamento de dar a cada um o que é seu é substituído por um novo mandamento: o de dar a todos um pouco do que é seu (RAYMOND POLIN, "A Obrigação Política". Cap. IV, p. 4, *in* "Que são, afinal, os Direitos Humanos". Revista do Advogado nº 3, Ano, I, p. 12).

Desse modo, independentemente da causa da infertilidade, se provocada por endometriose ou qualquer outra enfermidade, seja da mulher ou seja do homem, o plano de saúde não pode se recusar a custear o tratamento daquela doença que a

Superior Tribunal de Justiça

acomete, repita-se, a infertilidade, que está registrada na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, CID 10 da Organização Mundial da Saúde, podendo ser tratada por intermédio da fertilização *in vitro*, que não foi excluída pelo inciso III do art. 10 da LPS.

Razões para negar o custeio, ao meu sentir não há, salvo apego ao capital que precisa ter um bom perfume, ter alma.

Nessas condições, rendendo minhas reiteradas homenagens ao eminente Ministro MARCO BUZZI, dirijo do seu bem lançado voto para, nos termos do art. 1.040 do NCPC, consolidar a seguinte tese:

As operadoras de plano de saúde estão obrigadas a cobrir o procedimento da fertilização *in vitro*.

No caso concreto, voto para **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial manejado por UNIMED DE CASCAVEL.

Considerando a aplicabilidade das regras do NCPC e o não provimento do recurso, **MAJORO** em 5% os honorários advocatícios sucumbenciais fixados em favor de TELI CRISTIANE, nos termos do art. 85, § 11 do NCPC.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.822.420 - SP (2019/0180469-9)

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO:

Eminentes Colegas, trago o presente voto, pedindo vênias aos posicionamentos em sentido contrário, para acompanhar todos os judiciosos fundamentos utilizados pelo Min. Moura Ribeiro quanto à possibilidade de cobertura pelo plano de saúde do pedido de fertilização "in vitro".

Repiso o entendimento firmado no voto-vista proferido no julgamento do Recurso Especial n.º 1.794.629, no âmbito da Terceira Turma no sentido de que 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 à 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.

Por fim, repristino os fundamentos firmados 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 nos seguintes termos:

(...)

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

Superior Tribunal de Justiça

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 resolverse 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 préestabelecido.

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

Superior Tribunal de Justiça

(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 standardizados, sendo utilizada, com frequência, 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 frequência dessa regra de interpretação para negócios standardizados, 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 standardizados 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.

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

Superior Tribunal de Justiça

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 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.

Ante o exposto, pedindo novamente vênia ao entendimento divergente, acompanho o voto do Min. Moura Ribeiro para dar provimento ao recurso especial.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2019/0180469-9 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.822.420 / SP**

Número Origem: 10705189620178260100

PAUTA: 22/09/2021

JULGADO: 22/09/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO VIEIRA BRACKS

Secretária

Bela. ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIMED DE CASCAVEL - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : SÉRGIO RICARDO TINOCO - PR018619
ENEIDA TAVARES DE LIMA FETTBACK E OUTRO(S) - PR014878
RECORRIDO : TELI CRISTIANE CARPES SCHISLER MALIKOSKI
ADVOGADO : MARCIO DA CUNHA LEOCÁDIO E OUTRO(S) - SP270892
INTERES. : UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS
COOPERATIVAS MÉDICAS
ADVOGADO : WILZA APARECIDA LOPES SILVA - SP173351
INTERES. : FEDERACAO NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - "AMICUS
CURIAE"
ADVOGADOS : FILIPE SEIXO DE FIGUEIREDO E OUTRO(S) - RJ180663
GUSTAVO BINENBOJM E OUTRO(S) - DF058607
RAFAEL LORENZO FERNANDEZ KOATZ E OUTRO(S) - DF046142
ANDRÉ RODRIGUES CYRINO E OUTRO(S) - DF058605
ALICE BERNARDO VORONOFF DE MEDEIROS E OUTRO(S) - DF058608
INTERES. : UNIMED DO BRASIL CONFEDERACAO NAC DAS COOPERATIVAS MED -
"AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : MÁRCIA APARECIDA MENDES MAFFRA ROCHA - SP211945
RAPHAEL CARVALHO DE OLIVEIRA - SP366173
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - "AMICUS
CURIAE"
ADVOGADOS : WALTER JOSE FAIAD DE MOURA - DF017390
CHRISTIAN TARIK PRINTES - SP316680
OTÁVIO MADEIRA SALES LIMA - DF053884
MARINA ANDUEZA PAULLELLI - SP365516

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

Superior Tribunal de Justiça

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou oralmente, pelo Interessado INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, o Dr. WALTER JOSE FAIAD DE MOURA.

Consignadas as participações, pela Interessada FEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, do Dr. ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, pela Interessada AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, do Procurador Federal, Dr. ALEXANDRE CESAR PAREDES DE CARVALHO, e pela Interessada UNIMED DO BRASIL CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS, do Dr. DANIEL INFANTE JANUZZI DE CARVALHO.

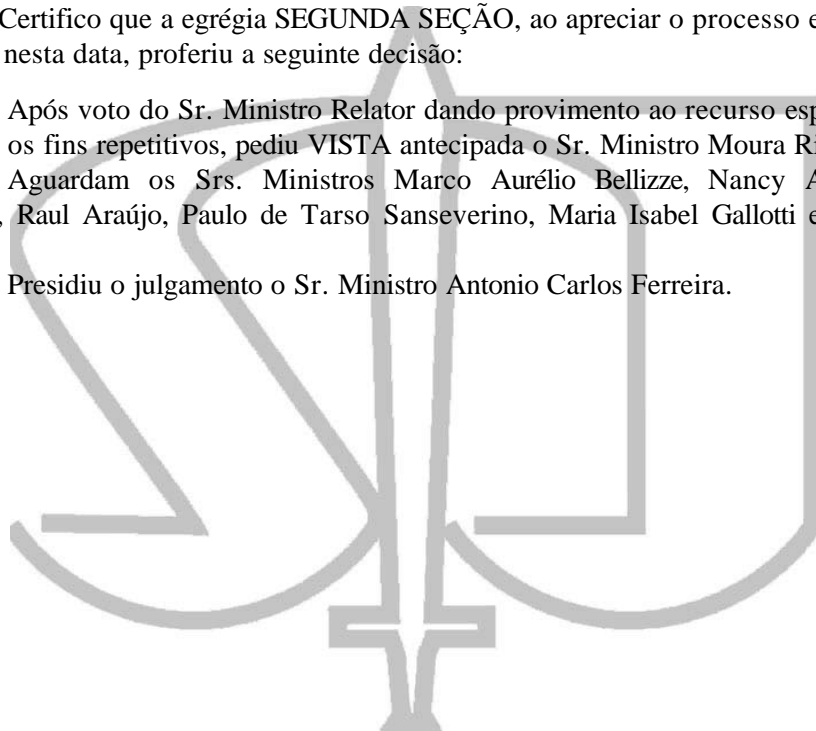
CERTIDÃO

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

Após voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso especial e estabelecendo tese para os fins repetitivos, pediu VISTA antecipada o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Aguardam os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2019/0180469-9 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.822.420 / SP**

Número Origem: 10705189620178260100

PAUTA: 22/09/2021

JULGADO: 13/10/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretária

Bela. ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIMED DE CASCAVEL - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : SÉRGIO RICARDO TINOCO - PR018619
 ENEIDA TAVARES DE LIMA FETTBACK E OUTRO(S) - PR014878
RECORRIDO : TELI CRISTIANE CARPES SCHISLER MALIKOSKI
ADVOGADO : MARCIO DA CUNHA LEOCÁDIO E OUTRO(S) - SP270892
INTERES. : UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS
 COOPERATIVAS MÉDICAS
ADVOGADO : WILZA APARECIDA LOPES SILVA - SP173351
INTERES. : FEDERACAO NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - "AMICUS
 CURIAE"
ADVOGADOS : FILIPE SEIXO DE FIGUEIREDO E OUTRO(S) - RJ180663
 GUSTAVO BINENBOJM E OUTRO(S) - DF058607
 RAFAEL LORENZO FERNANDEZ KOATZ E OUTRO(S) - DF046142
 ANDRÉ RODRIGUES CYRINO E OUTRO(S) - DF058605
 ALICE BERNARDO VORONOFF DE MEDEIROS E OUTRO(S) - DF058608
INTERES. : UNIMED DO BRASIL CONFEDERACAO NAC DAS COOPERATIVAS MED -
 "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : MÁRCIA APARECIDA MENDES MAFFRA ROCHA - SP211945
 RAPHAEL CARVALHO DE OLIVEIRA - SP366173
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - "AMICUS
 CURIAE"
ADVOGADOS : WALTER JOSE FAIAD DE MOURA - DF017390
 CHRISTIAN TARIK PRINTES - SP316680
 OTÁVIO MADEIRA SALES LIMA - DF053884
 MARINA ANDUEZA PAULLELLI - SP365516

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

Superior Tribunal de Justiça

SUSTENTAÇÃO ORAL

Consignado pedido de preferência pela Interessada FEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, representada pelo Dr. Mateus Dias.

CERTIDÃO

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

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Ribeiro divergindo do Sr. Ministro Relator, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a Segunda Seção, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins repetitivos, restou firmada a seguinte tese: "Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização in vitro."

Vencidos os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

