



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.859.606 - SP (2020/0019800-5)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : M DO S S S  
ADVOGADO : CÍNTIA AMÂNCIO ROCHA - SP249216  
RECORRIDO : B S S  
ADVOGADOS : ALESSANDRA MARQUES MARTINI E OUTRO(S) - SP270825  
KATIA CRISTINA DA SILVA MUNIZ - SP293968

### EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. INFERTILIDADE COEXISTENTE À ENDOMETRIOSE E BAIXA RESERVA OVARIANA. FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. COBERTURA NÃO OBRIGATÓRIA. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 29/06/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 26/06/2016 e atribuído ao gabinete em 05/11/2018.

2. O propósito recursal consiste em decidir sobre a obrigação de a operadora do plano de saúde custear o procedimento de fertilização *in vitro* associado ao tratamento de endometriose profunda.

3. Esta Turma, ao julgar o REsp 1.815.796/RJ (julgado em 26/05/2020, DJe de 09/06/2020), fez a distinção entre o tratamento da infertilidade – que, segundo a jurisprudência, não é de cobertura obrigatória pelo plano de saúde (REsp 1.590.221/DF, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe de 13/11/2017) – e a prevenção da infertilidade, enquanto efeito adverso do tratamento prescrito ao paciente e coberto pelo plano de saúde.

4. Hipótese em que o procedimento de fertilização *in vitro* não foi prescrito à recorrente para prevenir a infertilidade decorrente do tratamento para a endometriose, senão como tratamento da infertilidade coexistente à endometriose, a cuja cobertura não está obrigada a operadora do plano de saúde.

5. Recurso especial conhecido e desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos. Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Ribeiro, inaugurando a divergência, por maioria, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram vencidos os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília (DF), 06 de outubro de 2020(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.859.606 - SP (2020/0019800-5)  
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : M DO S S S  
ADVOGADO : CÍNTIA AMÂNCIO ROCHA - SP249216  
RECORRIDO : B S S  
ADVOGADOS : ALESSANDRA MARQUES MARTINI E OUTRO(S) - SP270825  
KATIA CRISTINA DA SILVA MUNIZ - SP293968

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NANCY ANDRIGHI (RELATOR):

Cuida-se de recurso especial interposto por M DO S S S, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP.

Ação: de obrigação de fazer, ajuizada por M DO S S S em face de BRADESCO SAÚDE S/A, pretendendo o custeio do tratamento médico prescrito para endometriose, incluindo a realização de fertilização in vitro.

Sentença: o Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a BRADESCO SAÚDE S/A a custear o tratamento prescrito, exceto a fertilização in vitro.

Acórdão: o TJ/SP, à unanimidade, negou provimento à apelação interposta por M DO S S S, nos termos da seguinte ementa:

Obrigação de fazer. Seguro saúde. Ação ajuizada pela beneficiária contra o plano de saúde requerendo a cobertura das despesas decorrentes de fertilização in vitro Inadmissibilidade por ausência de previsão contratual e legal. Recurso não provido.

Recurso especial: aponta violação dos arts. 10, VII, e 35-C, III, da Lei 9.656/1998.

Afirma que "restara provado e comprovado por meio de relatórios médicos que a recorrente é portadora de gravíssima patologia, qual seja, endometriose (CID 10 N80) e baixa reserva ovariana (CID N80.9), e, diante do caso em tela, caso não seja submetida imediatamente ao tratamento de fertilização in



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vitro, recomendado pausadamente pelo profissional médico que a assiste, poderá acarretar um dano irreversível à sua saúde e à sua vida, a infertilidade definitiva, tudo conforme relatórios médicos já acostados aos autos" (fl. 394, e-STJ); que se trata "de uma doença elencada no CID (Classificação Internacional de Doenças), e, portanto, se o plano de saúde tem cobertura para a referida doença, com mais fervor e com a evolução das técnicas da medicina, o tratamento recomendado pausadamente pelo médico que assiste a Recorrente, também o deverá ser" (fl. 395, e-STJ)".

Alega que "somente o procedimento médico por meio da Fertilização in vitro seria o único capaz de propiciar o tratamento ao caso em espécie" (fl. 395, e-STJ).

Sustenta que "a Lei 9656/98 não proibiu o procedimento de fertilização in vitro, tanto que na própria Lei evidencia e restringe tão somente a inseminação artificial; o que significa dizer que são procedimentos totalmente distintos e que não admite interpretação extensiva para abranger a fertilização in vitro" (fl. 397, e-STJ).

Defende que "o artigo 10, III, da Lei 9.656/98 não veda o fornecimento do procedimento de fertilização in vitro quando se trata de urgência/emergência, e com mais fervor diante do caso em tela que não se trata de almejar a gravidez e, sim, de evitar uma doença mais grave ainda, a infertilidade definitiva da recorrente" (fl. 401, e-STJ).

Assevera que, "considerando que a finalidade dos contratos de seguro saúde consiste na garantia da efetiva prestação de saúde, significa dizer que a segurada-Recorrente cria a expectativa de que quando precisar de tratamento médico-hospitalar, a seguradora-Recorrida colocará à sua disposição todo o aparato necessário para que a paciente alcance a cura almejada ou contenha os



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

avanços de sua moléstia, o que mais uma vez, não ocorrerá” (fl. 418, e-STJ).

Pleiteia, ao final, o provimento do recurso especial para “compelir a Recorrida a custear o procedimento de fertilização *in vitro* necessário à Recorrente, como forma de evitar uma doença ainda mais grave, de caráter irreversível, a infertilidade definitiva” (fl. 420, e-STJ).

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/RS admitiu o recurso.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.859.606 - SP (2020/0019800-5)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : M DO S S S

ADVOGADO : CÍNTIA AMÂNCIO ROCHA - SP249216

RECORRIDO : B S S

ADVOGADOS : ALESSANDRA MARQUES MARTINI E OUTRO(S) - SP270825

KATIA CRISTINA DA SILVA MUNIZ - SP293968

### EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. INFERTILIDADE COEXISTENTE À ENDOMETRIOSE E BAIXA RESERVA OVARIANA. FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. COBERTURA NÃO OBRIGATÓRIA. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 29/06/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 26/06/2016 e atribuído ao gabinete em 05/11/2018.

2. O propósito recursal consiste em decidir sobre a obrigação de a operadora do plano de saúde custear o procedimento de fertilização *in vitro* associado ao tratamento de endometriose profunda.

3. Esta Turma, ao julgar o REsp 1.815.796/RJ (julgado em 26/05/2020, DJe de 09/06/2020), fez a distinção entre o tratamento da infertilidade – que, segundo a jurisprudência, não é de cobertura obrigatória pelo plano de saúde (REsp 1.590.221/DF, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe de 13/11/2017) – e a prevenção da infertilidade, enquanto efeito adverso do tratamento prescrito ao paciente e coberto pelo plano de saúde.

4. Hipótese em que o procedimento de fertilização *in vitro* não foi prescrito à recorrente para prevenir a infertilidade decorrente do tratamento para a endometriose, senão como tratamento da infertilidade coexistente à endometriose, a cuja cobertura não está obrigada a operadora do plano de saúde.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

5. Recurso especial conhecido e desprovido.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.859.606 - SP (2020/0019800-5)  
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : M DO S S S  
ADVOGADO : CÍNTIA AMÂNCIO ROCHA - SP249216  
RECORRIDO : B S S  
ADVOGADOS : ALESSANDRA MARQUES MARTINI E OUTRO(S) - SP270825  
KATIA CRISTINA DA SILVA MUNIZ - SP293968

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NANCY ANDRIGHI (RELATOR):

O propósito recursal consiste em decidir sobre a obrigação de a operadora do plano de saúde custear o procedimento de fertilização *in vitro* associado ao tratamento de endometriose profunda.

#### DA OBRIGAÇÃO DE A OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE CUSTEAR PROCEDIMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO ASSOCIADO AO TRATAMENTO DE ENDOMETRIOSE

Consta dos autos que M DO S S S apresenta quadro de endometriose profunda e baixa reserva ovariana, tendo-lhe sido indicado o procedimento de fertilização in vitro (FIV), cujo custeio pretende a recorrente seja coberto pela operadora do seu plano de saúde, alegando, para tanto, que, se há previsão de cobertura para a referida doença, há de ser coberto o tratamento recomendado pelo médico.

De início, convém ressaltar que esta Turma, ao julgar o REsp 1.815.796/RJ (julgado em 26/05/2020, DJe de 09/06/2020), fez a distinção entre o tratamento da infertilidade – que, segundo a jurisprudência, não é de cobertura obrigatória pelo plano de saúde (REsp 1.590.221/DF, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe de 13/11/2017) – e a prevenção da infertilidade, enquanto efeito adverso do tratamento prescrito ao paciente e coberto pelo plano de saúde.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na ocasião daquele julgamento, decidiu-se pela necessidade de atenuação dos efeitos colaterais, previsíveis e evitáveis da quimioterapia, dentre os quais a falência ovariana, em atenção ao princípio médico *primum, non nocere* e à norma que emana do art. 35-F da 9.656/1998, e se concluiu pela manutenção da condenação da operadora à cobertura de parte do procedimento de reprodução assistida pleiteado, cabendo à beneficiária arcar com os eventuais custos a partir da alta do tratamento quimioterápico.

No particular, diferentemente do contexto delineado no mencionado REsp 1.815.796/RJ, verifica-se que o procedimento de fertilização *in vitro* não foi prescrito à recorrente para prevenir a infertilidade decorrente do tratamento para a endometriose, senão como tratamento da infertilidade coexistente à endometriose, a cuja cobertura não está obrigada a operadora do plano de saúde.

É dizer, o cenário delineado pelas instâncias ordinárias não evidencia que a infertilidade é efeito colateral, previsível e evitável do tratamento prescrito para a endometriose, mas uma patologia que preexiste a este, associada à baixa reserva ovariana e à endometriose, cujo tratamento é feito por meio dos procedimentos de reprodução assistida.

Aliás, a própria recorrente, conquanto afirme nas razões do seu recurso especial que o tratamento de fertilização *in vitro* é “necessário e imprescindível, como forma de conter os avanços de sua gravíssima moléstia, qual seja, endometriose (CID 10 N80) e baixa reserva ovariana (CID N80.9)” (fl. 381, e-STJ), narra, em sua petição inicial, que sofre de infertilidade, condição essa que, aliada a sua idade – à época com 40 anos – torna recomendável a fertilização *in vitro*. É o que se extrai, inclusive, do relatório médico transcrito na exordial às fls 03-04, e-STJ; vejamos:

*A sra. Maria do Socorro Silva Souza compareceu ao*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*instituto Ideia Fértil em 19/01/2018 queixando-se de dificuldade para engravidar há 4 anos, além de dor na região pélvica e cólicas intestinais durante o período menstrual. Após exame ginecológico, foi constatado quadro de endometriose, baixa reserva ovariana (CID (II) N80.9). A endometriose é uma doença crônica definida pela presença de glândulas endometriais e estroma fora cavidade uterina. É uma afecção ginecológica com incidência de aproximadamente 15% das mulheres em idade reprodutiva, sendo que a sua ocorrência em mulheres inférteis pode chegar a até 35-50%, que enquadra no quadro clínico da paciente Maria do Socorro. (grifou-se)*

Reforça essa premissa o relatório médico atualizado, reproduzido nas razões do recurso especial, o qual dá conta de que a recorrente já se submeteu ao tratamento cirúrgico para a remoção da endometriose e que a indicação da fertilização *in vitro*, no atual estágio, seria uma alternativa para evitar uma nova cirurgia, a fim de conter a progressão da doença, e a infertilidade permanente, tendo em vista a idade avançada da paciente:

*A Recorrente ajuizara a demanda com o fito de compelir a Recorrida - BRADESCO SAÚDE ao custeio do tratamento de fertilização in vitro NECESSÁRIO ao caso em tela para Maria do Socorro Silva Sousa, ora Recorrente, como forma de conter os agravos de sua patologia e evitar um dano maior ainda, de caráter irreversível, a infertilidade definitiva, tudo conforme relatórios médicos já acostados aos autos; pede-se vênia para transcrever o relatório médico atualizado do profissional médico altamente conceituado que a assiste, dr. Luiz Fernando Pina de Carvalho CRM- 125.609:*

"A sra. Maria do Socorro Silva e Souza, 42 anos já foi submetida ao procedimento cirúrgico para remoção da endometriose profunda. Na cirurgia foram retiradas parte dos seus ovários, intestino entre outras estruturas pélvicas e órgãos que estavam comprometidos em decorrência da gravíssima moléstia, ENDOMETRIOSE SEVERA GRAU IV.

É importante ressaltar ainda que devido à idade da paciente e seu quadro clínico grave, necessita ser submetida ao tratamento de fertilização in vitro imediatamente, como forma de amenizar e conter a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravíssima doença que a acometera, sob pena de acarretar danos irreversíveis ao seu organismo, como a infertilidade definitiva.

Além disso, a paciente ainda possui aderências entre o ovário e o reto levando uma redução da sua mobilidade e estreitamento do canal cervical fatores estes que dificultam uma concepção natural.

Atualmente a paciente apresenta sinais de diminuição de reserva ovariana e associada a grave patologia que a acometera, endometriose profunda, que é uma doença que causa dor incapacitante e decréscimo de qualidade de vida, causando perda de dias de trabalho. Os principais riscos são obstrução intestinal e em raros casos podem se confundir com imagens malignas como câncer de apêndice e ovário, além de gerar interferências no planejamento familiar e exclusão social.

A Sra. Maria do Socorro sempre foi medicada com analgésicos sem nenhuma melhora do quadro clínico.

Desde aos 30 anos a sra. Maria do Socorro vem lutando com o agravamento do seu quadro clínico. As dores passaram a ser insuportáveis, e incomodavam mesmo fora do período menstrual, nas relações sexuais e sangramento excessivo denotando um quadro sintomática de miomas.

Na luta contra as dores e visível piora do quadro clínico, a Sra. Maria do Socorro passou em vários médicos, mas nenhuma conseguiu prescrever um tratamento capaz de atenuar a sua doença, chegando a realizar apenas agora para retirada das aderências de endometriose.

Após a realização e análise de novos exames clínicos e imagens realizados e estudo detalhado de todo o histórico da paciente, nossa equipe médica, sob minha responsabilidade, recomenda como tratamento para Sra. Maria do Socorro nessa fase a gestação primária como ÚNICA alternativa para evitar uma nova abordagem cirúrgica e conter a progressão da doença, evitando assim um grande risco de dano irreparável a sua vida.

Como já dito, a paciente está com idade avançada, desequilíbrio hormonais que afetam o ciclo menstrual e taxa hormonal, e o imediato e urgente tratamento de fertilização in vitro faz-se necessário.

É importante compreender que no caso da Sra. Maria do Socorro e obtenção de uma gestação através do método de reprodução humana não é uma questão de "querer ser Mãe" e sim única alternativa que lhe resta de tratamento para conter os agravos de sua moléstia. A equipe ginecológica especialista em fertilização in vitro, entende por bem que a paciente deve o procedimento imediatamente.

Certo de que o tratamento de fertilização in vitro é o mais recomendado no caso desta paciente e em caráter de urgência, tendo em vista a gravidade do seu quadro clínico, pois caso não realize imediatamente o referido procedimento, poderá acarretar sua infertilidade definitiva."(fls. 383-385, e-STJ – grifou-se).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não por outro motivo, o Juízo de primeiro grau condenou a recorrida apenas a “arcar com as despesas médico-hospitalares decorrentes do tratamento para contenção de focos de endometriose profunda (CID 10 N80 - fls. 64) da autora, confirmando a tutela antecipada deferida parcialmente (fls. 234/235), devidamente cumprida (fls. 284)” (fl. 304, e-STJ), ao fundamento de que “a obrigação da ré [recorrida] em custear o tratamento de endometriose profunda não abarca a pretensão de fertilização in vitro” (fl. 302, e-STJ). Cita-se, a propósito, este trecho da sentença, mantida, na íntegra, pelo TJ/SP:

*Tertio*, a autora apresentou relatórios médicos, constatando quadros de endometriose e baixa reserva ovariana (fls. 27, 28/29, 30 e 47), tendo sido indicada a técnica de reprodução humana assistida, Fertilização in vitro (FIV), para a obtenção de gravidez (fls. 27, 30, 47 e 123).

Logo, é incontroversa a existência de quadro de endometriose profunda (CID N80), que necessita de tratamento (fls. 27, 28/29, 30 e 47).

Quarto, o contrato celebrado entre as partes em 2011 (fls. 203) prevê cobertura para terapêuticas integrantes do rol de procedimento da ANS (cláusula 3.2.3, k - fls. 81).

Destarte, a negativa de autorização para realização de tratamento de endometriose sem justificativa à consumidora, conforme fundamentado acima, mostra-se inequivocamente iníqua, incompatível com o equilíbrio contratual e com o espírito protecionista do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê como exagerada a vantagem que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual (art. 51, § 1º, inciso sendo nula de pleno direito a cláusula 5.1 "d", do contrato, nos termos do art. 51, inciso I, do CDC (fls. 84).

(...)

Com efeito, tendo a autora demonstrado indicação médica para realização do tratamento (fls. 27, 28/29, 30 e 47), não pode a ré valer-se de sua própria torpeza para invocar ausência de cobertura contratual, sendo de rigor o acolhimento do pedido de obrigação de fazer no tocante à enfermidade de endometriose profunda. Não se olvide, ainda, do ônus da prova, nos termos do artigo 373, inciso II, do CPC.

(...)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinto, por outro lado, não merece guarida o pedido relacionado à cobertura de tratamento de fertilização *in vitro*.

A uma, porque o planejamento familiar é composto pelas atividades de aconselhamento e educação ao casal e pelo atendimento clínico para subsidiar a escolha do método adequado para concepção ou contracepção, não abrangendo o efetivo custeio de métodos de inseminação artificial.

A duas, porque o procedimento de inseminação artificial é expressamente excluído do contrato de plano de saúde celebrado entre as partes (cláusula "5.1" - "d" - fls. 84), o que se coaduna com o Enunciado nº 20, do Conselho Nacional de Justiça, o qual preconiza que: 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.

A três, porque os artigos 10, inciso III, da Lei 9.656/98 e 20, §1º, inciso III, da Resolução ANS nº 428/2017 também preveem exclusão do procedimento de inseminação do rol daqueles obrigatoriamente inseridos na cobertura assistencial médico ambulatorial e hospitalar obrigatória dos planos de saúde.

Portanto, a obrigação da ré em custear o tratamento de endometriose profunda não abarca a pretensão de fertilização *in vitro*. (fls. 300-302, e-STJ)

Constata-se, de todo o exposto, que a infertilidade é coexistente com a endometriose e não consequência direta do tratamento desta, bem como que a fertilização *in vitro* não é o único recurso terapêutico para a patologia, mas uma alternativa à cirurgia que resolve o problema da infertilidade a ela associada.

Diante disso, não merece reparos a sentença, mantida pelo TJ/SP, em que se condenou a recorrida ao custeio de todo procedimento médico necessário ao tratamento da endometriose, afastando a responsabilidade pelo tratamento da infertilidade.

### DA CONCLUSÃO

Forte nessas razões, CONHEÇO E NEGÓ PROVIMENTO ao recurso especial.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Tendo em vista que na instância de origem cada parte foi condenada ao pagamento dos honorários de seu próprio causídico, ante a sucumbência recíproca, deixo de aplicar o disposto no art. 85, § 11, do CPC/15.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2020/0019800-5      **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.859.606 / SP**

Números Origem: 1013525-84.2018.8.26.0007 10135258420188260007

PAUTA: 18/08/2020

JULGADO: 18/08/2020  
SEGREDO DE JUSTIÇA

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **WALFLAN TAVARES DE ARAUJO**

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : M DO S S S  
ADVOGADO : CÍNTIA AMÂNCIO ROCHA - SP249216  
RECORRIDO : B S S  
ADVOGADOS : ALESSANDRA MARQUES MARTINI E OUTRO(S) - SP270825  
KATIA CRISTINA DA SILVA MUNIZ - SP293968

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

#### **CERTIDÃO**

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

Após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi, conhecendo e negando provimento ao recurso especial, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.859.606 - SP (2020/0019800-5)**

**RELATORA** : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
**RECORRENTE** : M DO S S S  
**ADVOGADO** : CÍNTIA AMÂNCIO ROCHA - SP249216  
**RECORRIDO** : B S S  
**ADVOGADOS** : ALESSANDRA MARQUES MARTINI E OUTRO(S) - SP270825  
KATIA CRISTINA DA SILVA MUNIZ - SP293968

### VOTO VENCIDO

#### O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO:

Adoto o relatório proferido pela eminente relatora, Ministra NANCY ANDRIGHI.

Acrescento que na sessão de julgamento realizada no dia 18 de agosto do corrente ano, a em. Relatora negou provimento ao recurso especial manejado por M. DO S. S. S. (M), sob os argumentos de que (i) esta eg. Terceira Turma, *ao julgar o REsp 1.815.796/RJ (julgado em 26/05/2020, DJe de 09/06/2020), fez a distinção entre o tratamento da infertilidade – que, segundo a jurisprudência, não é de cobertura obrigatória pelo plano de saúde (REsp 1.590.221/DF, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe de 13/11/2017) – e a prevenção da infertilidade, enquanto efeito adverso do tratamento prescrito ao paciente e coberto pelo plano de saúde; e, (ii) o procedimento de fertilização in vitro não foi prescrito à recorrente para prevenir a infertilidade decorrente do tratamento para a endometriose, senão como tratamento da infertilidade coexistente à endometriose, a cuja cobertura não está obrigada a operadora do plano de saúde.*

Pedi vista dos autos para melhor refletir sobre o caso.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer, pelo rito comum, ajuizada por M contra a B. S. S. A. (B), alegando, em síntese, que é titular de contrato de seguro saúde coletivo, tendo sido diagnosticada com endometriose e baixa reserva ovariana, motivo pelo qual pediu autorização para a realização de procedimento de fertilização *in vitro*, que foi negado pela operadora. Pediu, ao final, a condenação desta *a autorizar e cobrir direta e integralmente todas as despesas médico-hospitalares referentes ao tratamento de fertilização in vitro (FIV), quantos forem necessários, conforme solicitação médica (e-STJ, fls. 1/21).*

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, a fim de condenar B *em obrigação de fazer para arcar com as despesas*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*médico-hospitalares decorrentes do tratamento para contenção de focos de endometriose profunda (CID 10 N80 - fls. 64) da autora (e-STJ, fls. 298/304).*

O recurso de apelação manejado por M não foi provido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos termos do acórdão proferido pelo Des. LUIS MARIO GALBETTI, assim ementado:

*Obrigação de fazer Seguro saúde Ação ajuizada pela beneficiária contra o plano de saúde requerendo a cobertura das despesas decorrentes de fertilização in vitro Inadmissibilidade por ausência de previsão contratual e legal Recurso não provido (e-STJ, fl. 373).*

Contra esse acórdão, M manifestou recurso especial, amparado na alínea a do permissivo constitucional, alegando ofensa aos arts. 10, VII, e 35-C, III, ambos da Lei nº 9.656/98.

Sustentou, sem suma, que a LPS *não proibiu o procedimento de fertilização in vitro, tanto que na própria Lei evidencia e restringe tão somente a inseminação artificial; o que significa dizer que são procedimentos totalmente distintos e que não admite interpretação extensiva para abranger a fertilização in vitro* (e-STJ, fl. 397).

Pleiteou, ao final, o provimento do seu apelo nobre para *compelir a Recorrida – B – a custear o procedimento de fertilização in vitro necessário à Recorrente – M – , como forma de evitar uma doença ainda mais grave, de caráter irreversível, a infertilidade definitiva* (e-STJ, fl. 420).

O cerne da controvérsia, levantada no nobre apelo, diz respeito ao dever de B em cobrir o procedimento da fertilização *in vitro* à sua beneficiária, M.

Com destacada vênua da Ministra NANCY ANDRIGHI, 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, ainda, destacar dois julgados proferidos por esta eg. Terceira Turma que analisaram o custeio da fertilização *in vitro* e, mais adiante, ousou apresentar





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autorização prevista no art. 10, §4º, da LPS, é o órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano-referência de assistência à saúde.

6. A Resolução Normativa 338/2013 da ANS, aplicável à hipótese concreta, define planejamento familiar como o "conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal" (art. 7º, I, RN 338/2013 ANS).

7. Aos consumidores estão assegurados, quanto à atenção em planejamento familiar, o acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, o acompanhamento de profissional habilitado (v.g. ginecologistas, obstetras, urologistas), a realização de exames clínicos e laboratoriais, os atendimentos de urgência e de emergência, inclusive a utilização de recursos comportamentais, medicamentosos ou cirúrgicos, reversíveis e irreversíveis em matéria reprodutiva.

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

9. Recurso especial conhecido e provido.

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

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

Naquele 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos como hipóteses de cobertura obrigatória, acarretaria, inevitavelmente, negativa repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do plano, prejudicando todos os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde.*

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

6. Recurso especial provido.

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

Pois bem!

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

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

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

***A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não a simples ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

Nesse panorama, os direitos reprodutivos foram expressamente incorporados pela Constituição Federal de 1988, que trouxe sua definição para o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 sexuais, uma vez informados e educados a respeito das opções e mecanismos disponíveis** (op. cit., pág. 34 – sem destaque 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





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ser tratadas.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

Nesse cenário, conforme o ensinamento de REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, a ***inseminação artificial***, consistente na introdução de gameta masculino, por meio artificial, no corpo da mulher, esperando-se que a própria natureza faça a fecundação, 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 destaques 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).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 destoa 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





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656/98, também dispôs em seu art. 20:

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

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

[...]

**III - inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas** (sem destaques no original).

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

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

Em suma, a Resolução Normativa nº 387/2015 da ANS, mais especificamente o seu art. 20, § 1º, III, **inovou** ao equiparar a figura da inseminação artificial as demais espécies de reprodução assistida, ao acrescentar que aquela técnica **inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas.***

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

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

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

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

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

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

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





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 microsistema consumerista, divergindo, a um só tempo, do art. 47 do CDC (*As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*) e do art. 423 do CC/02 (*Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente*).

Sobre a interpretação 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 vênua 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] 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**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*conteúdo dos contratos de adesão ou das condições contratuais gerais.*

**Guido Alpa** explica que essa regra de interpretação, no direito italiano, tem sido acolhida pela jurisprudência com caráter subsidiário para as hipóteses em que exista dúvida ou obscuridade na cláusula, sendo, por isso, raras as decisões que fazem uso da norma do art. 1370 do CC italiano para o controle de contratos de adesão. (ALPA, Guido, e RAPISARDA, Cristina. *Il Controllo dei Contratti per Adesione. Rivista del Diritto Commerciale*, Ano LXXXVII, 1989, p. 556).

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

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

[...].

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

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

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

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

Na hipótese, ao excluir expressamente da cobertura do plano de assistência à saúde as despesas relacionadas apenas com inseminação artificial (**Cláusula 5.1, d**, e-STJ, fl. 84), não há como interpretar esse contrato em manifesto



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízo do consumidor/beneficiário para o fim de possibilitar a exclusão do tratamento de fertilização *in vitro*, sob pena de afronta do art. 47 do CDC, bem como do próprio art. 10, III, da LPS.

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

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

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

Nesse contexto, convém ressaltar que

*[...] A atual Carta se distinguiu das anteriores ao avançar sobre a mera distribuição de competências executivas e legislativas e apresentar ao mundo jurídico a saúde enquanto direito, entendido na esteira da proposta da Organização Mundial de Saúde, como congruente com a noção de estado de completo bem-estar físico, mental e social, com superação de um restritivo viés curativo e inclusão de aspectos protetivos e promocionais ao direito fundamental (VANESSA e MAYARA, op. cit., pág. 39 – sem destaque no original).*

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

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





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

Em resumo, com todo o respeito ao voto da em. Ministra NANCY ANDRIGHI, 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] 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. Conseqüentemente, 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 B 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 M.

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

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), B, 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

promover a procriação no nosso país.

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

Nessas condições, rendendo minhas reiteradas homenagens a eminente Ministra NANCY ANDRIGHI, divirjo do seu bem lançado voto para **DAR PROVIMENTO** ao recurso especial manejado por M., a fim de condenar B, também, na obrigação de custear todo o tratamento da fertilização *in vitro*.

Em razão da total procedência dos pedidos iniciais, as custas e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios arbitrados na sentença ficarão, em sua integralidade, a cargo de B.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2020/0019800-5      PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.859.606 / SP

Números Origem: 1013525-84.2018.8.26.0007 10135258420188260007

PAUTA: 06/10/2020

JULGADO: 06/10/2020  
SEGREDO DE JUSTIÇA

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DURVAL TADEU GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : M DO S S S  
ADVOGADO : CÍNTIA AMÂNCIO ROCHA - SP249216  
RECORRIDO : B S S  
ADVOGADOS : ALESSANDRA MARQUES MARTINI E OUTRO(S) - SP270825  
KATIA CRISTINA DA SILVA MUNIZ - SP293968

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

#### **CERTIDÃO**

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Ribeiro, inaugurando a divergência, a Terceira Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram vencidos os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.