ISSN: 2594-6153

# Fragilidade e Derrogação da Tese da Não-Cobertura da "Fertilização In Vitro"

Jaqueline Marco do Nascimento, Érika Andrade Soares, Tatiana Viola de Queiroz, Marcelo Lamy

Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Santos-SP, Brasil
**E-mail:** jaqueline.nascimento@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo realiza uma análise crítica dos Acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do tema 1.067, em foi estabelecida a tese que isentou as operadoras de Plano de Saúde do custeio do tratamento de fertilização *in vitro*. Valendo-se dos métodos estudo de caso e hermenêutico, observou-se a fragilidade da tese, que não articulou com profundidade os aportes da lei de planejamento familiar, do Código de Defesa do Consumidor e dos limites dos poderes regulamentares; ademais, que o suporte normativo da tese sofreu profunda alteração. Diante disso, chegou-se à conclusão de que a tese estabelecida pelo STJ está derrogada.

**Palavras-chave:** Direito à Saúde, Saúde Reprodutiva, Planejamento Familiar.

## Fragility and Derogation of the " Fertilization In Vitro " Non-Coverage Thesis

**Abstract:** This article carries out a critical analysis of the rulings handed down by the Superior Court of Justice, in the judgment of theme 1.067, which established the thesis that exempted health plan operators from paying for in vitro fertilization treatment. Using the case study and hermeneutic methods, we observed the fragility of the thesis, which did not articulate in depth the contributions of the family planning law, the Consumer Defense Code and the limits of regulatory powers; in addition, the normative support of the thesis has undergone profound change. This led to the conclusion that the thesis established by the STJ has been overturned.

**Keywords:** Right to Health, Reproductive Health, Family Development Planning.

## Introdução

O objeto do presente artigo é a análise crítica da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar o tema repetitivo 1.067, valendo-se dos recursos representativos REsp 1.822.420/SP [1], REsp 1.822.818/SP [2] e REsp 1.851.062/SP [3], que consolidou a seguinte tese: “Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização in vitro” [1,2,3].

A referida decisão é paradigmática, por dois aspectos. Primeiro, em razão de o direito à saúde – apesar de estar dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, especificamente em seu art. 6º, que qualifica a saúde como direito social [4], e por isso ter de ser interpretado com a diretriz da máxima efetividade – ter sido interpretado pelo STJ de forma desrespeitosa à dimensão saúde reprodutiva. Segundo, porque a fixação da tese vinculante pelo STJ pode ser considerada derrogada.

ISSN: 2594-6153

## Metodologia

Optou-se pela metodologia de abordagem fenomenológica, o estudo de caso (p. 353-354) [5], valendo-se de técnicas da análise do discurso: realizada a leitura completa do acórdão em referência, fez-se a identificação e a análise dos principais argumentos e fundamentos utilizados pelos julgadores, com o objetivo de avaliar a coerência e consistência da decisão. Agregou-se a essa análise, uma abordagem hermenêutica [5], ou seja, uma reflexão contextual, pois a alteração da realidade do entorno da decisão desvela a sua alteração.

## Resultados

Os Acórdãos proferidos versaram sobre a obrigatoriedade ou a faculdade de o plano de saúde custear o procedimento fertilização *in vitro.*

### Voto condutor

O Ministro relator Marco Buzzi, no voto condutor [1,2,3], observou inicialmente que é devida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos contratos firmados entre as operadoras de planos de saúde e os segurados, conforme Súmula 608 do STJ [6] e art. 35-G da Lei 9.656/1998 [7].

Analisando o mérito recursal (dever de cobertura), destacou a necessidade de contemplar o efetivo atendimento às necessidades clínicas dos pacientes ou contratantes; mas, também, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de planos de saúde.

O Ministro destacou que, no caso concreto, não houve dúvidas, que o diagnóstico clínico foi de endometriose e que a fertilização *in vitro* não foi indicada pelo médico que acompanhou a paciente para o tratamento da endometriose, e sim, exclusivamente, para alcançar a gravidez.

Feito isso, apontou que a Lei nº 9.656/1998, em seu art. 10, inciso III [7], expressamente exclui a "inseminação artificial" da cobertura obrigatória dos planos de saúde, passando a ser facultativa a inclusão dessa técnica nos respectivos contratos de saúde.

Para o Ministro relator, segundo a legislação de regência e vários precedentes mencionados, a exclusão da técnica "inseminação artificial" implica na exclusão da técnica "fertilização *in vitro*". Essa técnica não é de cobertura obrigatória, na ausência de

ISSN: 2594-6153

previsão contratual expressa em contrário, e deve ser afastado o dever de custeio desse tipo de tratamento pelas operadoras de planos de saúde.

**Votos vencidos**

O Ministro Moura Ribeiro [1,2,3] amparou-se na concepção doutrinária contemporânea acerca dos direitos reprodutivos, que se vincula à autonomia, ao direito ao livre exercício de todas as opções concernentes ao ato de procriar.

Para ele, o planejamento familiar integra as ações de atendimento global e integral à saúde, obrigando 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 saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção (art. 9º), todos da Lei nº 9.263/1996 (Lei do Planejamento Familiar). [8]

Considerando que a reprodução assistida e o planejamento familiar são garantidos pela Lei nº 9.656/98 [2], 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.

No que diz respeito à Lei dos Planos de Saúde [7], o rol previsto no art. 10 é *numerus clausus*. A lei que abre exceção a regras gerais só pode abranger os casos que especifica. O inc. III do art. 10, dispensa apenas a cobertura obrigatória da "inseminação artificial". No entanto, o art. 35-C prevê que obrigatório aos planos de saúde a cobertura de atendimento ao planejamento familiar. Esse último dispositivo permitir-nos-ia pensar na cobertura da fertilização *in vitro*.

Para regulamentar o inc. III do art. 10, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) acabou por estabelecer a inexistência do dever de cobertura obrigatória para além da inseminação artificial (art. 20, III da Resolução nº 387/2015) [9]. Todavia, ao expandir ou criar novas exclusões assistenciais, a resolução inovou a ordem jurídica para restringir direitos, o que é vedado, vez que, somente a lei pode originariamente fazer isso.

Desta forma, 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 do problema de saúde infertilidade.

ISSN: 2594-6153

O voto-vencido do saudoso Ministro Paulo Sanseverino [1,2,3], acompanhou todos os fundamentos utilizados pelo Min. Moura Ribeiro, quanto à possibilidade de cobertura pelo plano de saúde do pedido de fertilização *in vitro*.

**Discussão**

No voto condutor [1,2,3], o Ministro Marco Buzzi fundou-se no equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual para apresentar o seguinte argumento: Se a inseminação artificial é um procedimento de cobertura facultativa e mais simples, e a lei expressamente optou por vedar a obrigatoriedade de tratamento; é lógico entender que o procedimento mais complexo e oneroso da fertilização *in vitro* seja também facultativo.

Para o Ministro Paulo Sanseverino [1,2,3], o contraponto é a Lei do Planejamento Familiar [8], pois o planejamento familiar é direito de todo o cidadão e se caracteriza pelo 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. Em outras palavras, planejamento familiar é dar à família o direito de ter quantos filhos quiser, no momento que lhe for mais conveniente, com toda a assistência necessária para garantir isso integralmente, incluindo todos os métodos e técnicas de reprodução humana.

Para o Ministro Moura Ribeiro, a aplicação do CDC aos contratos de Planos de Saúde deve implicar na interpretação mais favorável ao consumidor. Ainda mais se há outra lei que reforça tal interpretação (a lei do planejamento familiar).

O ministro destaca ainda, que a Lei dos Planos de Saúde não veda expressamente a cobertura do tratamento da fertilização *in vitro*. Em função disso, não cabe a Agência Nacional de Saúde Suplementar, restringir ainda mais a cobertura. A competência da ANS é a de regulamentar o plano de saúde e não a de inovar através de ato regulamentador, criando uma restrição que a própria lei não prevê. A ANS desvirtua o seu poder regulamentar, utilizando o poder normativo, que não possui.

Depois do julgamento analisado, em 21 de setembro de 2022, foi promulgada a Lei nº 14.454 [10], que alterou a Lei nº 9.656, de 1998 (Leis dos Planos de Saúde), para determinar expressamente novos parâmetros para a cobertura de procedimentos. De acordo com o §10 do artigo 10 (inserido nela lei por essa alteração), as tecnologias avaliadas e recomendadas positivamente pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (Conitec) no Sistema Único de Saúde, passam a integrar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar.

ISSN: 2594-6153

Ocorre que a fertilização *in vitro* foi incorporada no SUS em 2005 [11]. Dessa forma, há que se refletir se a tese vinculante do STJ foi derrogada.

## Conclusão

O voto condutor não enfrentou verdadeiramente os aportes decorrentes da incidência da lei do planejamento familiar, dos limites dos poderes da ANS e da interpretação mais favorável ao consumidor. Todavia, prevaleceu a frágil tese da não-obrigatoriedade.

A fertilização *in vitro* foi inserida em 2005 no SUS. E, hoje, porque a lei torna de cobertura obrigatória pelos planos de saúde tudo que o SUS tenha incorporado, parece-nos derrogada a referida tese.

## Referências

1. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2° Seção). Recurso Especial nº 1.822.420 - SP (2019/0180469-9), rel. Min. Marco Buzzi. j. 13/10/2021, DJe: 27/10/2021.
2. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2° Seção). Recurso Especial nº 1.822.818-SP (2019/0183471-7), rel. Min. Marco Buzzi. j. 13/10/2021, DJe: 27/10/2021.
3. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2° Seção). Recurso Especial nº 1.851.062-SP (2019/0356986-1), rel. Min. Marco Buzzi. j. 13/10/2021, DJe: 27/10/2021.
4. BRASIL, Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
5. LAMY, Marcelo. Metodologia da Pesquisa: técnicas de investigação, argumentação e redação. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Matrioska Editora, 2020.
6. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2° Seção). Súmula n. 608, j. 11/04/2018, DJe 17/04/2018.
7. BRASIL, Congresso Nacional. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em 22 de ago de 2023.
8. BRASIL, Congresso Nacional. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Dispõe sobre a regulamentação do § 7º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em 22 de ago de 2023.
9. BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Resolução n. 387, de 28/10/2015.
10. BRASIL, Congresso Nacional. Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.htm. Acesso em 22 de ago de 2023.
11. BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria nº 426, de 22 de março de 2005. Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências.