

A OBRIGATORIEDADE DO CUSTEIO DAS OPERADORAS DE SAÚDE FRENTE À FERTILIZAÇÃO IN VITRO

THE OBLIGATION OF FUNDING OF HEALTH PROVIDERS FOR IN VITRO FERTILIZATION

Glicia Victoria de Sá

Aluna do Curso de Direito do Centro Universitário ICESP

Orientadora: Professora Mestra Nayara Soares Santana

Resumo: O presente estudo consistirá em uma análise pormenorizada sobre a obrigatoriedade das operadoras de saúde no custeio dos procedimentos referentes à fertilização *in vitro*. Será feito um exame amplo entre normas vigentes, leis pertinentes ao escopo da saúde suplementar, bem como a importância do planejamento familiar como preceito básico da viabilidade da obrigação. Ademais, os fundamentos apresentados terão por base a jurisprudência mais recente que aborda a temática.

Palavras-chave: fertilização *in vitro*. operadoras de saúde. sus. saúde suplementar.

Abstract: This study will consist of a detailed analysis of the obligation of health insurance companies to pay for procedures related to *in vitro* fertilization. A broad examination will be made between current norms, laws pertinent to the scope of supplementary health, as well as the importance of family planning as a basic precept of the viability of the obligation. In addition, the grounds presented will be based on the most recent jurisprudence that addresses the issue.

Keywords: *in vitro* fertilization. health operators. sus. supplemental health.

Sumário: 1. Fundamentos E Conceitos Da Fertilização In Vitro, 1.1 Sistema De Saúde Suplementar E Sua Garantia Constitucional, 2. Planejamento Familiar E Sua Fundamentação Para A Fertilização In Vitro, 2.1 Das Discussões Oriundas Da Obrigatoriedade Da Fertilização In Vitro, 2.2 Análise Normativa E Conceitual Das Operadoras De Seguros Frente À Lei 9.656/1998, 3. Análise Sob A Ótica Da Jurisprudência Pertinente A Fertilização In Vitro, 3.1 Análise De Decisão Sob Fundamento De Ausência De Previsão Contratual, 3.2 Análise Do Agint No Recurso Especial Nº 1818694, Considerações Finais, Referencial Bibliográfico.

Introdução

Com o avanço da tecnologia diversas atividades foram acopladas aos serviços comerciais que, eventualmente, se deparam com discussões pertinentes no escopo jurídico, uma vez que é necessário uma análise sobre o alcance de tais atividades. Por tal narrativa resta a pergunta a ser respondida: as operadoras são obrigadas a custear o procedimento de operação *in vitro*?

Este estudo visa uma análise pormenorizada da obrigatoriedade do custeio das operadoras de saúde frente à fertilização *in vitro*, esta que consiste num procedimento específico para a coleta de óvulos na mulher visando sua fertilização com sêmen em atividade laboratorial.

Entretanto, o assunto encontrou resquícios de discussões relevantes as quais foram levadas até o Superior Tribunal de Justiça para que a corte dispusesse sobre a obrigatoriedade.

Para que houvesse a decisão, ocorreram uma série de incidentes de demandas repetitivas, entretanto ainda é estudado e debatido se de fato o entendimento é o correto e consolidado.

Para que seja verificada a plausibilidade da decisão em matérias repetitivas, será estudado o Tema 1.067 em face da constitucionalidade e diretrizes da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), bem como os aspectos trazidos sobre fertilização à luz da Lei 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde).

Ainda no que concerne ao tema, serão imprescindíveis os estudos comparados ao princípios basilares do direito e sua aplicação frente as relações oriundas dos planos de saúde.

Por fim, todos os aspectos serão tratados de forma cronológica, estrutural e analítica sobre o tema e, ainda, aspectos comparativos das decisões mais recentes dos tribunais fixadas em jurisprudência e quais os fatores relevantes dos magistrados para a tomada de decisão.

1. Fundamentos e conceitos da Fertilização *In Vitro*

A fertilização *in vitro* é um procedimento com alto custo, portanto, esse é um dos fundamentos abarcados para sua discussão quanto a sua obrigatoriedade. Todavia, antes de adentrar as diferentes margens que levam de encontro ao tema, muitas dúvidas surgem quanto a definição e diferenciação da fertilização *in vitro* e a inseminação artificial, sendo assim, é imprescindível sua distinção.

Nos dizeres de (SILVA, 2017, 238):

(...)a inseminação artificial, consistente na introdução de gameta masculino, por meio artificial, no corpo da mulher, esperando-se que a própria natureza faça a fecundação, e a fertilização fora do corpo da mulher, *in vitro*, na qual o óvulo e o espermatozóide são unidos numa proveta.

É perceptível uma grande diferença entre os dois procedimento e, ainda, é presumido que o segundo procedimento o qual faz parte deste estudo é muito mais técnico e oneroso. Nessa esteira (SGRECCIA. 2014, 150):

(...) 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.

O conceito acima é a forma mais ampla no que diz respeito à inseminação artificial que de forma paralela não se confunde com a fertilização, sendo (COELHO, 2021):

(...) 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.

Como visto acima, existe um procedimento a ser adotado nos modelos de formas para gerar o filho, sendo que o uso da fertilização *in vitro* é um processo a ser aplicado quando se esgotarem todos os outros métodos, que porventura possui amparo pela complexidade e onerosidade em sua aplicação.

1.1. Sistema de saúde suplementar e sua garantia Constitucional

À luz da Constituição o direito à saúde e a construção familiar é um direito universal que deve ser concedido pelo estado a todos os indivíduos que estejam em solo brasileiro, bem como os estrangeiros que visitam o Brasil. Não obstante, como forma suplementar, a Constituição prevê também a prerrogativa de fornecimento de assistência à saúde pela forma privada o qual é trazido no mesmo texto.

Antes, vide como a doutrina se posiciona sobre esses direitos preservados pela Constituição (BARBOZA, 2004, 229):

[...] os direitos de 'decidir livre e responsabilmente 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 [...]

A Constituição Federal traz a partir do artigo 196 ao 200 uma série de enunciados sobre o sistema de saúde no Brasil, assim (BRASIL,1998):

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante

políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Inicialmente é compreensível que a saúde é um direito de todos abarcado pela Constituição e fornecido pelo Estado de forma gratuita através do Sistema Único de Saúde (SUS), mas essa responsabilidade não é exclusiva, pois em artigos posteriores o texto trata sobre a saúde suplementar.

Pertinente a assistência à saúde privada (BRASIL,1998):

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

A disposição constitucional permite à iniciativa privada a exploração comercial da assistência à saúde, todavia mediante regras específicas e, também, com vedação a participação de empresas estrangeiras.

No aspecto jurídico podemos destacar que o plano de saúde privado age de forma subsidiária ao programa do Sistema Único De Saúde (SUS), entretanto no Brasil desde o advento da Lei 9656/98, podemos destacar um papel importante das operadoras de saúde, administradoras e corretoras.

Importante destacar que existem responsabilidades diferentes entre operadoras e corretoras, as operadoras funcionam como gestora da assistência à saúde privada, a qual é dotada de responsabilidades pelos custos e operações, por outro lado, as corretoras são apenas intermediadoras que fazem o papel de vendas dos planos de saúde fornecidos pelas operadoras.

O questionamento que resta ao tema é exatamente o que permeia a discussão sobre a obrigatoriedade do custeio das operadoras de saúde frente à fertilização *in vitro*, pois o procedimento além de ser oneroso é delicado e, se for feita a pontuação do retorno financeiro pelo procedimento às operadoras, conseqüentemente não haverá proveito.

O avanço tecnológico fomentou mais uma possibilidade para casais realizarem um sonho, logo existe uma manifestação estatal para viabilizar o direito e, além disso, ampliar através da iniciativa privada, não obstante, vide (MASCARENHAS e COSTA, 2019, 331):

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

Além desse ponto existe a questão da complexidade do procedimento.

Muito embora exista a questão tenha sido referendada através do Tema 1.067, que diz: “Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização *in vitro*.”, ainda existe a discussão sobre sua validade ante a amplitude trazida tanto na Constituição Federal quanto na lei que preceitua as relações dos planos de saúde e assistência suplementar outrora explicado.

2. Planejamento familiar e sua fundamentação para a Fertilização *In Vitro*

Antes de adentrar ao assunto que permeia em torno do tema sobre a obrigatoriedade da fertilização *in vitro*, é necessário destacar e elencar como a Constituição se manifesta acerca do planejamento familiar e das obrigações referentes as operadoras de saúde entre outros modelos do escopo da própria saúde.

O planejamento familiar é direito previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, § 7º, nesses moldes, assim diz (BRASIL,1998):

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.

Como visto acima é vedado pelo poder público e também pelas instituições privadas a

forma coercitiva que não propicie formas de haver o adequado planejamento familiar.

Além do mais o Estado dispõe da obrigação de proteção à família ao tempo que colide, também, com disposições da iniciativa privada utilizar de sua atribuição, qual seja, a saúde.

Ainda nesta visão, vide o que a doutrina trazida por (RIZZARDO, 2016, 15) preceitua sobre o planejamento familiar:

(...) desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credor religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado -, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros”. (...) Dentro do âmbito da autonomia, inclui-se o planejamento familiar, pelo qual aos pais compete decidir quanto à prole, não havendo limitação à natalidade, embora a falta de condições materiais e mesmo pessoal dos pais.

Não obstante, na mesma linha de raciocínio, observa-se (MADALENO, 2009,241): “(...) o casal tem liberdade na formatação de sua família, restringindo-se intervenções indevidas do poder Público.”

Para tanto, verifica-se toda a tese que edifica o reconhecimento do planejamento familiar como base sólida do estado, tendo também proteção abarcada pelo poder público com alcance à iniciativa privada.

2.1. Das discussões Oriundas Da Obrigatoriedade Da Fertilização *In Vitro*

Um princípio que permeia toda a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro é o da dignidade da pessoa humana, princípios este que atribui ao Estado um dever e prevê um direito ao indivíduo. Vide (BONAVIDES, 2001): “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Ora, se o planejamento familiar encontra base sólida no princípio supracitado, e, posteriormente o texto constitucional veda forças coercitivas que coibam tal alcance incluindo as instituições privadas também, de tal modo surge o questionamento da não obrigatoriedade

das operadoras de saúde no que diz respeito ao tema em voga.

Nesse esteio, vejamos o que preceitua o artigo 3º da Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996):

Art. 3º 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. Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras: I - a assistência à concepção e contracepção; II - o atendimento pré-natal; III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis; V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis.

Na visão normativa sobre o planejamento familiar é possível verificar que todas as instâncias de saúde são obrigadas a uma série de funções e no próprio Inciso I e II, há destaque para a concepção e contracepção e, além disso a assistência a diversos procedimentos que incluem pontualmente ao fato discutido no presente artigo.

Ainda mais sobre o critério amparado pelos textos normativos, percebe-se a amplitude do alcance das prerrogativas nos mais diversos escopos da assistência à saúde.

Já no aspecto da Lei 9.656/98, em seu artigo 35-C, encontra-se outro aspecto pertinente ao planejamento familiar (BRASIL, 1998):

É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; III - de planejamento familiar. Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35.

Logo no início do texto, é dissertada sobre a obrigatoriedade de cobertura, todavia, logo no inciso II percebe-se que tal fundamento acopla o processo gestacional.

Com isso, tem-se que existe um obrigação referente ao procedimentos de inclusão de fertilização, inclusive pelas operadoras de saúde que apesar de agirem de forma suplementar, não devem ser inferior ao fornecido pelo Poder Público, sendo assim, cresce a discussão envolvendo a temática mesmo após sua conclusão pelo Superior Tribunal de Justiça.

2.2. Análise normativa e conceitual das operadoras de seguros frente

à Lei 9.656/1998

Antes de adentrar propriamente ao assunto principal do estudo é imprescindível dissecar a própria modalidade de funcionamento das operadoras de saúde frente ao seu enunciado legislativo.

Cumpra destacar que a Lei que trata sobre as operadoras é a Lei 9.656/98, a qual elenca uma série de responsabilidades e termos de trabalho para as empresas que desempenhem esta função. À luz da própria Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, vide a responsabilidade (BRASIL, 1998): “II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo”.

Logo as operadoras de plano de saúde possuem características próprias do setor privado tendo, para tanto, relação privada com força de saúde suplementar. Não obstante, o seu funcionamento é descrito no artigo 1º, Inciso I, da Lei supracitada, então (BRASIL, 1998):

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

Sendo assim, existe uma relação discricionária, ou seja, a operadora fornece um catálogo de serviços os quais o cliente opta ou não por suas incumbências. Observa-se que o texto aborda termos precisos sobre a matéria em evidência, no momento em que preceitua a cobertura, sem limites financeiros, a assistência a saúde.

Apesar que haja os moldes de operação, muitas são as demandas que envolvem as operadoras e as discussões abarcam o alcance de aplicações e serviços forçados por essas entidades, assunto a ser amplamente veiculado em tópicos posteriores.

Ademais, outro ponto a ser analisado é sob a ótica contratual que rege as relações inerentes as operadoras e os consumidores, nesse enfoque: vide (FARIAS,2013):

“o Código Civil postula pelo equilíbrio da contratação, independente da existência concreta de uma parte débil em determinado contexto. O equilíbrio é pressuposto inerente a qualquer contratação, como imperativo ético do ordenamento jurídico”.

Logo, é possível verificar que não existe um equilíbrio econômico-financeiro nas relações que se aumejam a fertilização *in vitro*, vez que esta pelo seu alto custo dificulta com que as parcelas a serem pagas por um plano custeiem de forma a ter equidade contratual.

3. Análise sob a ótica da jurisprudência pertinente a Fertilização *In Vitro*

O primeiro ponto a ser trazido é o significado da jurisprudência e seus reflexos no âmbito jurídico, pois esta também é uma fonte do direito com grande relevância para resolução de lides e discussões consuetudinárias que permeiam o direito. Vide o que é disposto sobre o conceito de jurisprudência (BOBSIN, 2022):

O termo jurisprudência pode ser entendido como aplicação da lei pelos tribunais. É o resultado da aplicação da lei ao caso concreto que, após julgamento, surge no mundo jurídico para ser utilizado como fonte do Direito. É, ao fim, uma série de decisões proferidas pelos tribunais sobre determinado tema. (...) Como fonte do Direito, a jurisprudência tem a importância de suprir possíveis lacunas existentes na aplicação e conciliação da legislação, garantindo uma linha de decisões mais coesas. Na advocacia, é importante fonte para embasar petições e comprovar que o direito requerido aos clientes acompanha o histórico de decisões.

Tais lacunas conforme destacado acima aparecem todos os dias, o que geram uma série de temas a serem analisados pelo judiciário. Não obstante, válido destacar que em série de demandas repetitivas o assunto deste artigo tornou-se tema no STJ, entretanto, antes de verificar de forma pormenorizada o tema 1.067, serão analisados alguns julgados.

Por tais motivos, é incumbência do judiciário a formalização das lides convergentes na matéria de direito médico e saúde suplementar, senão:

[...] cabe ao Poder Judiciário um papel fundamental, o de promover uma interpretação justa e equilibrada da legislação pertinente à matéria"[...]os interesses envolvidos sem sentimentalismos e ideias preconcebidas", "contando com o apoio técnico de profissionais qualificados.

Ademais, nota-se que no estudo torna-se imprescindível um posicionamento jurisdicional para dirimir o conflito, pois a diversidade de ações nesse sentido com as mais complexas teses, impõem ao Poder Judiciária uma pacificação do tema.

3.1. Análise de decisão sob fundamento de ausência de previsão contratual

O tema tomou proporção inimaginável fazendo com que as discussões alcancem o

Superior Tribunal de Justiça e consequentemente causando levantamento de teses processuais. Do mesmo modo, é preciso entender os julgados e seus fundamentos para consubstanciar o tema em apreço.

Vide o primeiro julgado que reconheceu pela improcedência do pedido de obrigação da operadora em custear o procedimento de fertilização *in vitro*, sob ótica da decisão do ministro Marco Buzzi (STJ, 2020):

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER JULGADA IMPROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - REFORMA EM SEDE DE APELAÇÃO - PLANO DE SAÚDE - INFERTILIDADE - TRATAMENTO POR MEIO DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* - NEGATIVA DE COBERTURA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL - RECUSA JUSTIFICADA. Cinge-se a controvérsia em definir se a negativa de cobertura médica, pelo plano de saúde, de tratamento de fertilização *in vitro* configura-se abusiva. 1. As questões postas em discussão foram dirimidas pelo Tribunal de origem de forma suficiente, fundamentada e sem omissões, devendo ser afastada a alegada violação ao artigo 1022 do CPC/15. Consoante entendimento desta Corte, não importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pela recorrente, decidindo de modo integral a controvérsia posta. Precedentes: AgInt no REsp 1716263/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018; AgInt no AREsp 1241784/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 27/06/2018. 2. A interpretação de controvérsias deste jaez deve ter como norte, além da estrita observância aos dispositivos legais aplicáveis, o objetivo de contemplar, da melhor forma possível, tanto o efetivo atendimento às necessidades clínicas dos pacientes/contratantes, quanto o respeito ao equilíbrio atuarial dos custos financeiros a serem realizados pelas instituições de saúde suplementar. 3. A inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são técnicas distintas de fecundação. A primeira, consiste no depósito do sêmen masculino diretamente na cavidade uterina. A segunda, realizada em laboratório, momento em que, após o desenvolvimento do embrião, este é transferido ao útero. Contudo, apesar de tais distinções técnicas, a rigor, ambas são tratamentos médicos que objetivam a reprodução humana. 4. A Resolução Normativa nº 192 da ANS no sentido de que "a inseminação artificial e o fornecimento de medicamentos de uso domiciliar, definidos nos incisos III e VI do art. 13 da Resolução Normativa - RN nº 167, de 9 de janeiro de 2008, não são de cobertura obrigatória" está de acordo com o disposto nos incisos III e VI do art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998. 5. A interpretação deve ocorrer de maneira sistemática e teleológica, de modo a conferir exegese que garanta o equilíbrio atuarial do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, não podendo as operadoras de plano de saúde serem obrigadas ao custeio de procedimento que são, segundo a lei de regência e a própria regulamentação da ANS, de natureza facultativa salvo expressa previsão contratual. 6. A fertilização *in vitro* não possui cobertura obrigatória de modo que, na hipótese de ausência de previsão contratual expressa, é impositivo o afastamento do dever de custeio do mencionado tratamento pela operadora do plano de saúde. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

A decisão retro deve ser analisada por partes específicas e não somente pelo indeferimento da previsão contratual, pois existem diversos fatores que corroboraram para que se entedesse tal preceito.

O primeiro ponto a ser discutido é a fundamentação do magistrado em fazer nexos quanto ao plano de saúde suplementar e a onerosidade advinda do procedimento de fertilização *in vitro*, fato este encontrado no tópico 2. Ocorre que como destacado no capítulo primeiro, diferentemente da inseminação artificial, a fertilização *in vitro* tem custos desproporcionais ao que poderia ser auferido pelos convênios, que possa vez não comportaria as operadoras lidarem com esses valores pecuniários.

Outro ponto a ser destacado é a natureza facultativa das operadoras de saúde no fornecimento de serviços de fertilização *in vitro*, tal preceito apresentado na decisão supra encontra amparo legal na Resolução Normativa no 192 da ANS no sentido de que "a inseminação artificial e o fornecimento de medicamentos de uso domiciliar, definidos nos incisos III e VI do art. 13 da Resolução Normativa - RN no 167, de 9 de janeiro de 2008, não são de cobertura obrigatória".

A estrutura se dá, como já apresentado, pela onerosidade e complexidade do modelo da fertilização o que se torna inviável para a assistência privada de saúde que, de tal modo, não abarca todos os serviços sem limitações.

Por fim, tem-se outro aspecto subsidiário a obrigação que é a possibilidade de previsão contratual. Sendo assim, em regra, não existe maneira coercitiva jurídica que possa obrigar as operadoras a fornecerem os serviços de fertilização *in vitro*, mas não há óbice na existência de previsão contratual que permita o serviço a ser oferecido pela operadora, logo, se houver tal previsão, a operadora fica vinculada a obrigação pactuada.

3.2. Análise do agint no Recurso Especial Nº 1818694

A matéria em apreço toma consuetudinariamente proporções no escopo jurídico, corroborando para decisões ímpares pertinentes a obrigatoriedade das operadoras no cumprimento de possível responsabilidade na fertilização *in vitro*.

Dada a matéria, vide outra decisão com grande repercussão na temática em voga. A decisão formulada pelo Superior Tribunal de Justiça teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão (STJ, 2020).

AGRAVO INTERNO. PLANO DE SAÚDE. FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. DETERMINAÇÃO DE CUSTEIO. ILEGALIDADE. PRECEDENTES DAS DUAS TURMAS DE

DIREITO PRIVADO. 1. Por um lado, o posicionamento adotado por esta Corte "firmou-se mesmo após a edição da Lei 11.935/2009 que incluiu o inciso III no art.35-C da Lei 9.656/1998, estabelecendo a obrigatoriedade de atendimento nos casos de planejamento familiar pelos planos de saúde , pois a regulamentação normativa pela ANS, por força da citada lei, confirmou expressamente a exclusão prevista pelo art. 10, III, da Lei 9.656/1998, como pode ser visto das Resoluções Normativas 192/2009 e 387/2015 da ANS". Por outro lado, as operadoras de "planos de saúde não podem ser compelidas a custear todo e qualquer procedimento médico referente ao termo planejamento familiar, pois atingiria o equilíbrio econômico-financeiro, trazendo prejuízos aos demais segurados, bem como para a higidez do sistema privado de suplementação de saúde" (AgInt no REsp 1788114/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/05/2019, DJe 24/05/2019). 2. A jurisprudência desta Corte Superior tem se orientado no sentido de que a operadora de plano de saúde não está obrigada a proceder a cobertura financeira do tratamento de fertilização *in vitro*, uma vez que tal procedimento não se confunde com o planejamento familiar de cobertura obrigatória, nos termos do inciso III do artigo 35-C da Lei 9.656/98. Incidência da Súmula n.83/STJ (AgInt no REsp 1.808.166/SP, Relator Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 30/9/2019, DJe de 7/10/2019)" (AgInt no REsp 1835797/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 13/02/2020). 3. Agravo interno não provido.

Ao retomar as tratativas apresentadas no início deste estudo, retomamos ao critério de planejamento familiar, pois este tem sido os fundamentos daqueles que buscam a esfera jurídica para reverter o quadro da obrigatoriedade. Contudo, o planejamento familiar não é requisito único para impor a obrigação da fertilização e este fundamento foi dissecado na decisão supra.

Existe uma pequena convergência de pensamentos seguidos quanto ao planejamento, entretanto foi firmado no sentido de que (STJ, 2019):

[...] planos de saúde não podem ser compelidas a custear todo e qualquer procedimento médico referente ao termo planejamento familiar, pois atingiria o equilíbrio econômico-financeiro, trazendo prejuízos aos demais segurados, bem como para a higidez do sistema privado de suplementação de saúde"

Sendo assim, o pretexto de planejamento familiar não é suficiente para gerar a obrigação, pois pela onerosidade do procedimento haveria grande desequilíbrio financeiro dentro das operadoras, o que poderia acarretar dois fatores: se tornar insustentável os serviços de saúde suplementar ou aumentar drasticamente as cotas, que, porventura, prejudicaria quem não necessitasse dos serviços.

Neste liame, existe a tese conceitual e normativa que bem foi ponderada e indagada na fase processual, qual seja (STJ, 2020):

houve a promulgação da Lei nº 11.935, a qual, suprimindo a omissão constante na legislação específica, acrescentou o inciso III ao art. 35-C da Lei nº 9.656/1998, tornando, desta forma, expressamente obrigatório o dever contratual das operadoras de planos de saúde no que tange ao custeio dos atendimentos de seus usuários que estejam voltados ao planejamento familiar.

A tese volta-se ao foco familiar, pois confronta princípios como direito a vida e dignidade da pessoa humana, pois caso a operadora não arque, presumi-se que esta esteja confrontando a possibilidade de constituição familiar. O texto então buscou suprir lacunas conforme descrito acima.

Ademais, vide continuação da fundamentação dos recorrentes naquele processo (STJ, 2020):

reconheça que em razão da fertilização *in vitro* consistir em uma técnica voltada à concepção (art. 9º, Lei 9.263/1996) e, portanto, à regulação da fecundidade (art. 4º, Lei 9.263/1996), a mesma está contemplada na abrangência do exercício do “planejamento familiar”, direito que é parte integrante do conjunto de ações voltadas ao atendimento global e integral à saúde (art. 3º Lei 9.263/1996), motivo pelo qual, nos termos do art. 35-C-, III da Lei nº 9.656/1998, está contemplada dentre as coberturas obrigatórias dos contratos de planos de saúde, sendo, portanto, obrigação da empresa Recorrida custeá-la.

Apesar da utilização de um conjunto de normas que dispõe sobre as possibilidades de atribuição de responsabilidades, os magistrados entenderam pelo sentido oposto daquele requerido pelos recorrentes, já que a Corte Superior fixou entendimento na não obrigatoriedade.

Considerações Finais

Em resposta à problemática apresentada na introdução, esta segue a linha de raciocínio dos Tribunais Superiores que fixaram o entendimento da não obrigatoriedade do custeio das operadoras ao procedimento de fertilização *in vitro* e tais resultados podem ser elencados por uma série de fatores.

Primeiro, vislumbra-se que apesar da previsão legal e constitucional do planejamento familiar, este não é fundamento único e necessário para gerar obrigação a empresas que trabalham com saúde suplementar privada, pois existe óbice em um quadro de fatores.

Ao existir a obrigatoriedade, o sistema privado correria sérios riscos e isso se concretiza pela onerosidade do modelo de concepção, já que é possível o custeio por outro procedimento que é a inseminação artificial.

Segundo, havendo previsão contratual poderá ser feita de forma obrigatória e este foi um dos entendimentos supracitados, todavia é imprescindível essa formalidade.

Por fim, o tema 1.067 do Superior Tribunal de Justiça encerra a discussão após diversos julgados com o mesmo assunto, já que dispõe em sua literalidade o próprio entendimento que não há obrigatoriedade no custeio.

Logo, apesar da gama de fatores que ensejam a busca ao judiciário buscando a conversão tendo como fundamento o planejamento familiar e outras diversas teses fundadas em normas relativas à saúde, as operadoras de saúde não possuem a obrigação de arcar com custos da fertilização *in vitro*, exceto em caso previamente pactuado entre as partes.

Referências

AgInt no REsp 1.808.166/SP, Relator Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 30/9/2019, DJe de 7/10/2019" (AgInt no REsp 1835797/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 13/02/2020). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/sessao/substituir?next_url=https%253A%252F%252Fwww.jusbrasil.com.br%252Fjurisprudencia%252Fstj%252F1392954897%252Finteiro-teor-1392954937> . Acesso em: 15 de maio de 2023.

AgInt no REsp 1788114/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/05/2019, DJe 24/05/2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1291560712/inteiro-teor-1291560721>>. Acesso em: 15 de maio de 2023.

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.

BOBSIN, Arthur. **O que é jurisprudência? Veja suas aplicações e importância para o direito brasileiro**. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/o-que-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 03 de abril de 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.233.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República. [2023]**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 03 de abril de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm> Acesso em: 03 de abril de 2023.

COELHO, Tatiana. **Fertilização in vitro: a evolução 40 anos após o nascimento do primeiro**

'bebê de proveta'. in. <<https://g1.com.br>>. Acesso em março de 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Contratos: teoria geral e contratos em espécie**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 233-234.

FERREIRA, Cláudia Galiberne. PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (coords). **Curso de direito médico**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 214-215.

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).

Madaleno, R. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 241.

REsp 1.823.077/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 20/2/2020, DJe 3/3/2020 – sem destaques no original. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.823.077&aplicacao=processos.e.a&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 15 de maio de 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 15 e 16.

SGRECCIA, Elio. **Reprodução assistida homóloga post mortem e a colisão da Dignidade Humana**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. RDCI, v. 22, nº 86, jan./mar. 2014, págs. 150/151.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 238.