



## FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DOS PLANOS DE SAÚDE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.

### **Caroline Almeida Andrade**

Graduanda em Direito, Centro Universitário Redentor, Itaperuna (RJ), e-mail: [carolandrader@gmail.com](mailto:carolandrader@gmail.com)

### **Líbia Kícela Goulart**

Advogada e Professora, Graduação em Serviço Social pela Universidade Federal Fluminense (2009), Graduação em Direito pela Universidade Iguazu (2008) e Mestrado em Ciências das Religiões pela Faculdade Unida De Vitória (2018). Atualmente é Professora Mestre Do Centro Universitário Uniredentor, e-mail: [libiakicila@hotmail.com](mailto:libiakicila@hotmail.com)

### **Renata Alfradique Carpi Paiva**

Advogada e Professora, Graduada em direito pela Universidade Iguazu – Campus V em 2002, especialista em civil e processo civil pela UNIFLU, professora e coordenadora no Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Redentor. e-mail: [carpipaiva@hotmail.com](mailto:carpipaiva@hotmail.com)

### **Resumo**

O presente estudo possui como objetivo analisar a ausência de obrigatoriedade de cobertura do procedimento da fertilização *in vitro* pelas operadoras dos planos de saúde ante a exclusão contida na Lei 9.656/98 e Rol de procedimentos e Eventos da ANS, nos contratos de planos de saúde que contenham cláusula expressa de exclusão do procedimento de inseminação artificial/fertilização *in vitro*. O trabalho se propõe a refletir sobre a legalidade da cláusula limitadoras de direitos nos contratos de planos de saúde. O artigo foi baseado em metodologia qualitativa, de cunho bibliográfico, assentada em estudos recentes de autores, posicionamentos jurisprudenciais, dentre outros que atribuam ao trabalho relevância e confiabilidade. Considerando que a Lei 9.656/99 excluiu o procedimento de inseminação artificial e conseqüentemente a fertilização *in vitro* do rol de procedimentos, a jurisprudência vem se firmando no sentido de que não há abusividade na negativa de cobertura do procedimento, desde que o contrato do plano de saúde seja expresso em prever tal exclusão.

**Palavras-chave:** Fertilização *in vitro*. Lei 9656/1998. Planos de saúde.

## **Abstract**

The present study aims to analyze the absence of mandatory coverage of the in vitro fertilization procedure by health plan operators in view of the exclusion contained in Law 9.656 / 98 and List of procedures and Events of ANS, in health plan contracts that contain an express exclusion clause from the artificial insemination / in vitro fertilization procedure. The work aims to reflect on the legality of the rights limiting clause in health plan contracts. The article was based on qualitative methodology, of bibliographic nature, based on recent studies of authors, jurisprudential positions, among others that attribute to the work they provide and trust. Applicant that Law 9,656 / 99 excluded the procedure of artificial insemination and consequently the in vitro fertilization of the list of procedures, the jurisprudence has been established in the sense that there is no abuse in the denial of coverage of the procedure, from that the contract of plan of health is expressed in such pre-exclusion.

**Keywords:** In vitro fertilization. Law 9656/1998. Health insurance.

## **INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988, assegura o direito à saúde no rol de direitos e garantias fundamentais e ainda dispõe acerca do direito constitucional de planejamento familiar fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde – OMS e sociedades científicas: “aproximadamente, 8% a 15% dos casais têm algum problema de infertilidade durante sua vida fértil, sendo que a infertilidade se define como a ausência de gravidez após 12 meses de relações sexuais regulares, sem uso de contracepção.” (OMS apud BRASIL, 2005, *online*).

Assim, tem crescido a procura para realização de procedimentos através de técnicas de reprodução assistida, que podem ser realizados através da rede particular com custos elevados, ou ser realizado através do Sistema Único de Saúde de forma gratuita, sendo longas as filas de espera.

Destaca-se que a Lei 9.656/1998, que regulamenta os planos e seguros privados de assistência à saúde, determina no artigo 35-C, inciso III, ser obrigatória a cobertura de atendimento para fins de planejamento familiar, sendo a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) responsável por regulamentar o referido artigo, conforme previsão do parágrafo único do artigo 35-C.

A Resolução nº 428 da ANS, de 07 de novembro de 2017, que atualiza o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituem a cobertura assistencial mínima obrigatória, prevê no artigo 8º as ações de planejamento familiar de que trata o inciso III do art. 35-C da Lei 9.656/1998, no entanto, limita à prática de atividades educativas, aconselhamento e atendimento clínico.

A referida Resolução fez constar de forma expressa em seu artigo 20 a permissão para a exclusão da inseminação artificial da cobertura dos contratos dos planos privados de assistência à saúde, referendando a não obrigatoriedade para cobertura de procedimentos de técnicas de reprodução assistida.

O trabalho tem como objeto analisar a obrigatoriedade ou não da cobertura no procedimento de fertilização *in vitro* pelas operadoras dos planos de saúde à luz das normas jurídicas e jurisprudenciais.

O estudo possui como objetivo entender a (i)legalidade das cláusulas limitadoras nos contratos de planos de saúde. Desse modo, pontua-se os seguintes objetivos específicos, a saber: apresentar o direito à saúde na Constituição Federal de 1988, discorrer sobre o direito constitucional ao planejamento familiar, refletir sobre os contratos de plano de saúde a luz do Código de Defesa do Consumidor, abordar sobre o equilíbrio econômico-financeiro das operadoras de planos de saúde, pontuar sobre os entendimentos jurisprudenciais atuais.

O tema é relevante tendo em vista que as demandas judiciais para cobertura dos procedimentos de fertilização apresentam aumento significativo nos tribunais brasileiros, bem como diante dos recentes entendimentos jurisprudenciais firmado sobre o tema.

O trabalho baseia-se em metodologia qualitativa, de cunho bibliográfico e irá se embasar na Constituição Federal, Lei 9656/1998, Código de Defesa do Consumidor, apresentando o pensamento de diversos autores sobre a temática proposta, legislação e jurisprudências pertinentes.

Almeja-se que o estudo contribua e consubstancie o acervo científico e esclareça os pontos mais importantes sobre a ausência de obrigatoriedade de cobertura pelas operadoras de plano de saúde nos procedimentos de fertilização *in vitro*.

## **1 DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS**

O direito à saúde pertence ao rol de direitos sociais fundamentais, incluindo-se a saúde reprodutiva como fundamento legalizado das tecnologias, nos termos do art. 6º da Constituição Federal:

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. (BRASIL, 1988, *online*)

De acordo com Mendes e Branco (2014, p.628) a Constituição Federal de 1988 foi a primeira carta brasileira a estabelecer o direito fundamental a saúde, uma vez que anteriormente havia apenas disposições esparsas sobre a questão.

Assim sendo, a Carta Magna do artigo 196 ao 200 dispõe sobre o direito à saúde, sendo este um direito de todos e um dever do Estado, aos quais incumbe promover ações e serviços públicos para sua efetivação. (BRASIL 1988, *online*).

Não obstante, cabe destacar o princípio da dignidade da pessoa humana que fundamenta o Estado Democrático de Direito Brasileiro, conforme previsto no artigo 1º, III, da Constituição de 1988. Moraes (2019, p.18) sobre a dignidade da pessoa humana pontua: “concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.”

Ingo Wolfgang Sarlet assevera:

(...) dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade (SARLET, 2012b, p.77)

De acordo com o parágrafo 7.º, do artigo 226 da Constituição Federal, todo casal tem direito ao livre planejamento familiar, cabendo ao Estado os recursos educacionais e científicos para o desempenho desse direito, sendo vedada a implantação de qualquer medida coerciva por parte das instituições públicas ou privadas.

A Lei nº 9.263 que regulamenta o artigo 226, §7º da CFRB/1988 define, no artigo 2º, planejamento familiar como “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem, ou pelo casal”. (BRASIL, 1996, *online*). E no artigo 3º, parágrafo único, inciso I, estabelece como competência do Sistema Único de Saúde garantir a assistência à concepção e contracepção. (BRASIL, 1996, *online*).

Neste cenário, nota-se a obrigatoriedade do Estado a proceder a cobertura dos procedimentos que envolvem o direito ao planejamento familiar por meio do Sistema Único de Saúde. Entretanto, o fornecimento se dá de maneira precária e restrita considerando que apesar de ter sido instituída a Política Nacional voltada para a reprodução humana assistida no SUS em 2005 através da Portaria 426/GM, apenas em 2012 que foram destinados recursos financeiros para sua realização.

A esterilidade e a infertilidade humana são alguns dos grandes obstáculos para a procriação dos casais na atualidade. Desse modo as tecnologias reprodutivas, cada vez mais modernas, estão proporcionando a estes, o direito à procriação. A medicina evoluiu significativamente nas últimas décadas proporcionando a estas pessoas inférteis ou estéreis a possibilidade de conceber o seu filho, através de métodos de reprodução humana realizada de maneira artificial.

O direito ao planejamento familiar consiste no direito à liberdade de escolha dos casais pela opção por quantos filhos e quando desejam tê-los, dessa forma legaliza a submissão dos seres humanos às tecnologias reprodutivas.

Regina Beatriz Tavares da Silva (2007, p.238), apresenta a distinção entre a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*:

(...) "a inseminação artificial, consistente na introdução de gameta masculino, por meio artificial, no corpo da mulher, esperando-se que a própria natureza faça a fecundação, e a fertilização fora do corpo da mulher, *in vitro*, na qual o óvulo e o espermatozóide são unidos numa proveta. (ut. Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 238). (Silva, 2007 apud BRASIL, 2020e, *online*)

Destaca-se ainda Tatiana Coelho citada pelo Ministro Marco Buzzi 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." (ut. COELHO, Tatiana. Fertilização *in vitro*: a evolução 40 anos após o nascimento do primeiro 'bebê de proveta'. in. <https://g1.com.br>." Acesso em 13/02/2020. (Coelho, 2018 Apud BRASIL, 2020e, *online*)

Assim, fica evidente que a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são técnicas distintas de fecundação eis que esta é de natureza complexa, realizada em laboratório momento em que, após o desenvolvimento do embrião, este é transferido ao útero enquanto

àquela caracteriza-se por um procedimento mais simples e consiste no depósito do sêmen masculino diretamente na cavidade uterina.

A Lei 9.656/1998 que regulamenta os planos e seguros privados de assistência à saúde sofreu alteração, no que tange os procedimentos relacionados ao planejamento familiar. Ressalta-se o caput e inciso III do Art. 35-C “É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: III – de planejamento familiar.” (BRASIL, 1998, *online*).

Contudo, observa-se da redação do parágrafo único do artigo 35-C, a limitação imposta ao direito do planejamento familiar, ao dispor que a ANS publicará normas para regulamentar o disposto no artigo.

Ocorre que, a Resolução Normativa 428/2017 da ANS, ao atualizar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituem a cobertura assistencial mínima obrigatória dos planos privados de assistência à saúde, não inclui as técnicas de reprodução assistida.

O artigo 8º da Resolução 428/2017, se limita a determinar que as ações de planejamento familiar previstas no artigo 35-C da Lei 9.656/1998 deve envolver atividades de educação, aconselhamento e atendimento clínico.

Assim, diante previsão legal de exclusão de cobertura dos procedimentos de inseminação/fertilização *in vitro*, as operadoras de planos de saúde, afirmam não estar obrigadas a custear os referidos procedimentos.

Destaca-se que em razão dos custos elevados dos procedimentos de reprodução assistida, e diante das negativas de custeios pelas operadoras de planos de saúde, tem sido crescente o número de demandas judiciais a fim de obter judicialmente o fornecimento do tratamento para infertilidade/esterilidade através das técnicas de reprodução assistida, com fundamento na proteção ao direito ao planejamento familiar e o direito à saúde assegurado na Constituição Federal.

## **2 DAS CLÁUSULAS LIMITADORAS DE DIREITO NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

A Constituição Federal de 1988 dispôs acerca da proteção do consumidor no rol de direitos fundamentais. O artigo 5º, XXXII da CRFB de 1988 estabelece “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988, *online*).

O artigo 2º da Lei 8.078/1990 define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário” (BRASIL, 1990, *online*).

É considerado que a relação entre as operadoras dos planos de saúde e os usuários se enquadram em uma relação de consumo. Neste sentido, Pfeiffer (2008, p.21) assevera: “(...) as seguradoras, prestando o serviço objeto de contratação de maneira reiterada e mediante remuneração, se enquadram perfeitamente no conceito de fornecedores (art. 3º, § 2º, CDC).”

Os contratos que regem essa relação, de acordo com Marques (2014, p. 539) são cativos de longa duração, uma vez que envolvem as partes por muitos anos e com um objetivo em comum, que é assegurar o tratamento e suportar os riscos envolvendo a saúde.

Os planos e seguros privados de assistência à saúde são regulamentados pela Lei 9.656/1998. No que tange a aplicação da lei consumerista nos contratos, a lei dispôs em seu art. 35-G que “Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei no 8.078, de 1990” (BRASIL, 1998, *online*).

No entanto, sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) nos contratos, Marques (2014, p.539) afirma que “deve haver dialogo, e aplicação conjunta e iluminada pela Constituição, entre CDC e a Lei 9.656/1998”, acrescentando que:

A jurisprudência é pacífica ao considerar tais contratos, tanto de assistência hospitalar direta como os de seguro e planos de saúde, ou de assistência médica pré-paga são submetidos diretamente e (não subsidiariamente) às normas do CDC, (...).

Cumprido ressaltar que o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, vem se consolidando em favor dos planos de saúde, primando pela interpretação literal e teleológica da lei que rege o setor da saúde suplementar, uma vez que as operadoras de planos de saúde não são obrigadas a custear procedimentos excluídos por lei, ausentes no rol da ANS e com expressa exclusão no contrato de plano de saúde.

Neste sentido foi o entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça publicou o informativo jurisprudencial nº 0666, em março de 2020, referente ao julgamento do REsp 1.823.077-SP (BRASIL, 2020e, *online*): “Não é abusiva a negativa de custeio, pela operadora do plano de saúde, do tratamento de fertilização in vitro, quando não houver previsão contratual expressa” (BRASIL, 2020c, *online*).

Segundo o Ministro Marco Buzzi:

determinar cobertura obrigatória da fertilização in vitro, acarretará, inegavelmente, direta e indesejável repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do plano, a prejudicar, sem dúvida, os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde. (BRASIL, 2020e, *online*)

Portanto, concluiu o julgado que além de não ser abusiva a negativa de cobertura dos procedimentos ressalta-se a importância da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das operadoras dos planos de saúde que seria extremamente prejudicado caso seja imputado a cobertura de procedimentos expressamente excluídos pela lei regulamentadora.

### **3 DA EXCLUSÃO DO PROCEDIMENTO DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* DO ROL DA ANS: UMA REFLEXÃO A LUZ DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA E DA JURISPRUDÊNCIA.**

O artigo 4º da Lei 9.961/2000 dispõe acerca da competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que estabelece: “elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;”. (BRASIL, 2000, *online*)

O primeiro Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde estabelecido pela ANS foi o definido pela Resolução de Conselho de Saúde Suplementar - CONSU 10/1998, sendo posteriormente atualizado.

Atualmente a resolução normativa que trata do rol de procedimentos e eventos em saúde em vigor é a Resolução Normativa 428 de 2017 (BRASIL, 2017, *online*) que em seu artigo 1º dispõe:

Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre o processo de atualização periódica do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde – Rol, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS

Nesse contexto, é oportuno citar o artigo 10, III da Lei 9656/98 que é categórico ao excluir da cobertura obrigatória os procedimentos destinados a tratamento por inseminação artificial, vejamos: (BRASIL, 1998, *online*):

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 enfermaria, 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; (*grifo nosso*)

Neste mesmo sentido, a Resolução Normativa 428/2017 em seu artigo 20, §1º, III, exclui do rol de cobertura obrigatória o procedimento de inseminação artificial, conforme se verifica na disposição abaixo: (BRASIL, 2017, *online*):

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;

Observa-se que tanto a Lei que regulamenta os planos de assistência à saúde quanto a Resolução Normativa responsável por dispor acerca do rol mínimo de cobertura excluíram o procedimento de reprodução assistida, inseminação artificial, do rol de obrigatoriedade.

Nesse sentido leciona Josiane Araújo Gomes (2020f, p.233)

Percebe-se, diante dos textos normativos, ser facultativa a cobertura de qualquer técnica de reprodução assistida. A razão da previsão dessa hipótese reside no entendimento de que a procriação consiste em opção dos indivíduos, a qual não altera a condição de estado saudável da pessoa. De fato, conforme esclarece Silva, “caso um certo casal escolha gerar prole e não possa em decorrência de problemas orgânicos, a ausência da concepção de outro ser não lhes trará problemas físicos que justifiquem a obrigatoriedade da gravidez da mulher”. Por isso, as operadoras de plano de saúde não são obrigadas a custear os procedimentos de inseminação artificial.

Além disso, o legislador da lei 9.656/1998 teve o cuidado de dispor em seu artigo 30 que “As exclusões assistenciais previstas no § 1º do art. 20 se aplicam a todos os produtos de qualquer segmentação, ressalvadas as coberturas previstas no instrumento contratual.” (BRASIL, 1998, *online*).

Assim, diante da ausência de obrigatoriedade da cobertura do procedimento de inseminação artificial, tanto pelo artigo 10, III da Lei 9.656/1998 quanto pelo artigo 20, §1º, III da Resolução Normativa 428/2017, surgiram controvérsias importante de serem expostas em relação a legalidade e interpretação dos dispositivos.

Em dezembro de 2019 a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar o REsp 1.733.013/PR (BRASIL, 2020a, *online*) decidiu no sentido de que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS, possui caráter taxativo e não meramente

exemplificativo, uma vez que trata do mínimo obrigatório para as operadoras de planos de saúde.

No julgamento do Recurso Especial 1.794.629-SP (BRASIL, 2020b, *online*) a Ministra Nancy Andrighi votou no sentido de que a ANS não trouxe inovação jurídica e nem ampliação do rol taxativo, uma vez que exerceu seu poder regulamentador ao dispor acerca das exclusões. No que tange a abrangência da exclusão para outras técnicas de reprodução assistida, no caso a fertilização *in vitro*, ponderou:

(...) é conhecida a distinção conceitual de diversos métodos de reprodução assistida. Todavia, referida diversificação de técnicas não importa redução do núcleo interpretativo do disposto no art. 10, III, da Lei dos Planos de Saúde, ao autorizar a exclusão do plano-referência da inseminação artificial. (BRASIL, 2020b, *online*)

Outro ponto que cabe ser destacado é acerca do equilíbrio econômico-financeiro dos planos de saúde nos casos que são obrigados a cobrir com procedimentos que não estão previstos no rol. Assim sendo, assevera (BRASIL, 2020b, *online*):

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

Ainda considerando o cenário do julgamento do Recurso Especial 1.794.629-SP (BRASIL, 2020b, *online*) o Ministro Ricardo Villas Bôas pontua considerando ser fundamental para o ordenamento jurídico o diálogo com as normas da ANS e entendendo no sentido de que tanto a Resolução Normativa 428/2017, quanto a Resolução Normativa 192/2009 buscaram definir os termos amplos e sem rigor técnico, visando evitar interpretações que prejudiquem tanto o consumidor quanto as operadoras dos planos de saúde.

Neste julgamento, a Terceira Turma do STJ publicou o informativo nº 0667 que estabelece: “O art. 10, III, da Lei n. 9.656/1998, ao excluir a inseminação artificial do plano-referência de assistência à saúde, também excluiu a técnica de fertilização *in vitro*.” (BRASIL, 2020d, *online*)

Entretanto, indo de encontro com o entendimento defendido pelos Ministros Ricardo Villas Bôas e Nancy Andrighi de que não é obrigatória a cobertura do procedimento da

fertilização *in vitro* pelos planos de saúde, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal proferiu decisões reconhecendo o cabimento dentro do conceito de planejamento familiar, conforme a ementa do julgamento da apelação (BRASIL, 2019d, *online*):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. MÉTODO DE CONCEPÇÃO INSERIDO NO CONCEITO DE PLANEJAMENTO FAMILIAR. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA OBRIGATÓRIA. SAÚDE SUPLEMENTAR. PREVISÃO LEGAL. REGULAMENTAÇÃO DA ANS. NORMATIVA DE HIERARQUIA INFERIOR. CLÁUSULA CONTRATUAL DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Todos os métodos e técnicas de concepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida estão incluídos no conceito de planejamento familiar (Lei n. 9.263/96, art. 9º). 2. A fertilização *in vitro*, sendo método de concepção cientificamente aceito, inclui-se no conceito de planejamento familiar. 3. As instituições de saúde suplementar são regidas pela Lei n. 9.656/98, que estabelece como obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar (art. 35-C); 4. A regulamentação da Agência Nacional de Saúde não pode suprimir direitos garantidos por lei, por ser ato normativo de hierarquia inferior. 5. É abusiva a cláusula contratual para seguro ou plano de saúde que prevê a exclusão de cobertura para tratamento de infertilidade. 6. Recurso desprovido.

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal reiterou o entendimento, conforme:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. COBERTURA OBRIGATÓRIA DE PLANEJAMENTO FAMILIAR. DIREITO PREVISTO CONSTITUCIONALMENTE. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. ENDOMETRIOSE PROFUNDA. TRATAMENTO NECESSÁRIO E ADEQUADO. NEGATIVA INDEVIDA DA APELADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. (...).2. A apelante é portadora de endometriose profunda, doença que tem como seqüela a infertilidade primária. 3. (...).4. O planejamento familiar é um direito fundamental, previsto constitucionalmente no §7º do art. 226 da CF. Trazendo a consumação desse direito, a Lei 11.935/2009 acrescentou o art. 35-C na Lei 9.656/98, tornando obrigatória a cobertura de procedimentos médicos voltados ao planejamento familiar, como a fertilização *In Vitro*, que é uma forma de efetivação desse direito.5.Nota-se claramente que a autora incluiu em seu planejamento familiar a geração de descendentes e, nos termos do art. 226, §7º, da Constituição Federal c/c o art. 35-C, inciso III, da Lei 9.656/98, cabe à operadora de plano de saúde ré, através dos meios necessários, atender à sua pretensão, não podendo, em hipótese alguma, limitar coercitivamente o exercício desse direito. 6. Recurso CONHECIDO e PROVIDO. Sentença reformada. (BRASIL, 2018c, *online*)

Cabe ressaltar que o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal é minoritário, não representando o entendimento majoritário da Jurisprudência, a qual inclusive, vem se consolidando perante o STJ.

Seguindo a corrente mais aceita, foi publicado o Enunciado nº 20 do Conselho Nacional de Justiça, vejamos: “A inseminação artificial e a fertilização *in vitro* não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa previsão contratual.” (BRASIL, 2019c, *online*)

Veja que o entendimento majoritário da jurisprudência é no sentido de considerar que não é obrigatória a cobertura financeira do procedimento da fertilização *in vitro* em casos que haja cláusula contratual de exclusão.

Assim, ainda que haja posicionamentos diversos, o entendimento jurisprudencial que tem prevalecido é de que não é obrigatória a cobertura do procedimento de fertilização *in vitro* pelos planos de saúde, quando diante de cláusula de exclusão. Contudo, é reconhecida a obrigatoriedade do Estado em desenvolver políticas públicas de disponibilização para técnicas de reprodução assistida.

Ressalta-se que, no Noroeste Fluminense, no o município de Campos dos Goytacazes desde fevereiro de 2010, através da Secretaria de Saúde de Campos implantou a fertilização *in vitro* nas ações do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher, disponibilizando aos casais esse serviço gratuitamente.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo analisou o direito fundamental à saúde, bem como o direito constitucional ao planejamento familiar fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

É sabido que a esterilidade e a infertilidade humana são algumas das grandes barreiras para a reprodução dos casais na atualidade. Há casos de infertilidade que somente as técnicas de reprodução humana assistidas irão possibilitar a concretização do direito à concepção. Desse modo as tecnologias reprodutivas como fertilização *in vitro* e inseminação artificial entre outras, estão proporcionando a estes, o direito à reprodução. A medicina evoluiu significativamente nas últimas décadas proporcionando a estas pessoas inférteis ou estéreis a possibilidade de conceber o seu filho, através de métodos de reprodução humana realizada de maneira artificial.

Considerando que a Lei 9.656/99 excluiu o procedimento de inseminação artificial e consequentemente a fertilização *in vitro* e no mesmo sentido a Resolução Normativa 428/2017 não dispôs acerca dos procedimentos no rol de cobertura obrigatória, desde que o contrato do plano de saúde seja expresso ao excluir o procedimento, a jurisprudência tem entendido que não há abusividade e obrigatoriedade do procedimento da fertilização *in vitro*.

Nesse sentido, apesar de informar que a legislação consumerista se aplica nos contratos entre usuários e operadoras dos planos de saúde, foi apontado que a ausência de cobertura do procedimento da fertilização *in vitro* pelos planos de saúde, nos contratos com

cláusulas expressas e claras quanto exclusão destes procedimentos, não são ilegais, conforme os majoritários entendimentos jurisprudenciais colecionados.

Assim, destacou-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o rol da ANS, atualmente disposto na Resolução Normativa 428/2017 não é meramente exemplificativo, uma vez que imputar essa obrigação aos planos de saúde muito se compromete o equilíbrio atuarial das operadoras. Portanto, entende-se pelo caminho da taxatividade do rol, mas com possibilidade de pontuações específicas pelo Poder Judiciário a cada caso.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 de ago. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF, 12 jan. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm)>. Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, 28 jan. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm)>. Acesso em: 9 set. 2020

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 426/GM, 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 mar. 2005. Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria\\_426\\_ac.htm](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm)>. Acesso em: 16 set. 2020

BRASIL. **Lei nº 11.935, de 11 de maio de 2009**. Altera o art. 35-C da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. [S. l.], 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.935%2C%20DE%2011,Art](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.935%2C%20DE%2011,Art)>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012. Fica destinados recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 28 de dezembro de 2012a. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149\\_28\\_12\\_2012.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html)> Acesso em: 17 set. 2020

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa nº 428, de 7 de novembro de 2017**. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 (...). Rio de Janeiro, nov. 2017. Disponível em <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg==>>. Acesso em: 1 jun. 2020

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa nº 439**, de 03 de dezembro de 2018. Dispõe sobre processo de atualização periódica do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rio de Janeiro, dez. 2018a. Disponível em: <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/54733061/do1-2018-12-12-resolucao-normativa-rn-n-439-de-3-de-dezembro-de-2018-54733018](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/54733061/do1-2018-12-12-resolucao-normativa-rn-n-439-de-3-de-dezembro-de-2018-54733018)> Acesso em: 01 set. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 608. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos Contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. **Súmulas**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018b. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27608%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27608%27).sub)> Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Poder Judiciário do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 20171310009968APC (0000952-63.2017.8.07.0017). DHARANA BARROS VEIGA. SUL AMERICA SEGURO SAUDE S.A. Relator: Desembargador Robson Barbosa de Azevedo. Brasília, DF, 24 de outubro de 2018. **Diário Oficial da União**. Brasília, 06 nov. 2018c. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Interno em Recurso Especial 1345913/PR 2018/0207123-1. Agravante: Unimed Vitória Cooperativa De Trabalho Médico. Agravado: Maria Eliana Lentini Ribas. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília. Julgado em 25/02/2019, DJe 27/02/2019a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=5&documento\\_sequencial=92724239&registro\\_numero=201802071231&peticao\\_numero=201800590071&publicacao\\_data=20190227&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=92724239&registro_numero=201802071231&peticao_numero=201800590071&publicacao_data=20190227&formato=PDF)>. Acesso em: 10. set. 2020

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial 1403233 MS 2018/0308466-8. Agravante: Fundação Assistencial dos Servidores do Ministério da Fazenda. Agravado: Ary de Figueiredo Dias – Inventariante. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília. Data de Julgamento: 05/09/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/09/2019b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100945638&num\\_registro=201803084668&data=20190919&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100945638&num_registro=201803084668&data=20190919&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 10 set. 2020

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Enunciados da I, II E III Jornadas De Direito Da Saúde Do Conselho Nacional De Justiça. **Enunciado nº 20:** (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019c), Brasília, 29 set. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>> Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Poder Judiciário do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 07084035520188070020 - (0708403-55.2018.8.07.0020 - Res. 65 CNJ). BRADESCO SAUDE S/A. LAURA DE MELO MARINS. Relator: Desembargador JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS. Brasília, DF, 19 de junho de 2019d. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 set. 2020. Disponível em: < <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. > Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Nº 1.733.013 - Pr (2018/0074061-5). Recorrente: Victoria Teixeira Bianconi. Recorrido: Unimed De Londrina Cooperativa De Trabalho Médico. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. Data de Julgamento 10/12/2019, DJe: 20/02/2020a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105962404&num\\_registro=201800740615&data=20200220&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105962404&num_registro=201800740615&data=20200220&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Nº 1.794.629 - SP (2019/0027170-6). Recorrente: Sul América Companhia De Seguro Saúde. Recorrido: Lilian Fernanda Da Silva Baroli e Flavio Leopoldo Baroli. Relator: Moura Ribeiro. Relatora para Acordão: Nancy Andrighi. Brasília. Data de Julgamento: 18/02/2020. Publicação 10/03/2020b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=106598573&num\\_registro=201900271706&data=20200310&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=106598573&num_registro=201900271706&data=20200310&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 10 set. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo Jurisprudencial nº 0666**. Brasília, 27 março 2020c Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=FERTILIZA%C7%C3O+IN+VITRO&operador=mesmo&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true](https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=FERTILIZA%C7%C3O+IN+VITRO&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true)> Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo Jurisprudencial nº 0667**. Brasília, 07 abr. 2020d Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=FERTILIZA%C7%C3O+IN+VITRO&operador=mesmo&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true](https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=FERTILIZA%C7%C3O+IN+VITRO&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 30 jun. 2020

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.823.077-SP (2019/0185398-8). Amil Assistência Médica Internacional S.A. Nelice Freitas Polato. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2020e. Diário Oficial da União. Brasília, 03 mar. 2020. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1914755&num\\_registro=201901853988&data=20200303&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1914755&num_registro=201901853988&data=20200303&formato=PDF)>. Acesso em: 29 set. 2020.

GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de planos de saúde**. 2. ed. Leme, Sp: Editora Mizuno, 2020f. 461 p.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1432 p. Disponível em: [https://www.academia.edu/27308969/Curso\\_de\\_Direito\\_Constitucional\\_Gilmar\\_Mendes](https://www.academia.edu/27308969/Curso_de_Direito_Constitucional_Gilmar_Mendes). Acesso em: 17 ago. 2020.

MEIRELLES, Ana Thereza. Liberdade reprodutiva e práticas eugênicas: Parâmetros éticos e normativos para a tutela do patrimônio genético humano. Teses da Faculdade Baiana de Direito. v. 4. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2019. 987 p. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020915/>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. *In*: LOPES, José Reinaldo de Lima *et al* (Coord.). **Saúde e Responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais (Biblioteca de direito do consumidor), 2008. v. 36, cap. 1, p. 15-70.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b. Disponível em: [https://www.academia.edu/28957456/E\\_book\\_Ingo\\_Sarlet\\_A\\_Eficacia\\_dos\\_Direitos\\_Fundamentais](https://www.academia.edu/28957456/E_book_Ingo_Sarlet_A_Eficacia_dos_Direitos_Fundamentais). Acesso em: 04 out. 2020.

SCHMITT, Cristiano Heineck Schmitt; MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. *In* LOPES, José Reinaldo de Lima *et al*. **Saúde e Responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais (Biblioteca de direito do consumidor), 2008. V.36, cap. 2, p. 71-158.