RECURSO ESPECIAL Nº 1.735.802 - SP (2018/0087020-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO**
RECORRENTE	:	REGIANE APARECIDA PINTO
ADVOGADO	:	CLAUDIA RABELLO NAKANO - SP240243
RECORRENTE	:	OMINT SERVIÇOS DE SAÚDE LTDA
ADVOGADO	:	MAURO VINÍCIUS SBRISSA TORTORELLI - SP151716
ADVOGADA	:	ANA MARIA DELLA NINA ESPERANÇA - SP285535
RECORRIDO	:	OS MESMOS

EMENTA

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL (CPC/2015). AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. FERTILIZAÇÃO "IN VITRO". NEGATIVA DE COBERTURA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DOENÇA PREEXISTENTE. INTENÇÃO DE FRAUDAR O CONTRATO. AFASTAMENTO. REVISÃO. SÚMULA 07/STJ. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.

1. Segundo a orientação da Terceira Turma desta Corte, a inseminação artificial e a fertilização "in vitro" não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo se previstos contratualmente.

2. Hipótese dos autos em que há expressa exclusão contratual de cobertura, o que afasta o dever de custeio deste tratamento pela operadora do plano de saúde.

3. A ausência de manifestação no acórdão recorrido acerca dos dispositivos legais indicados como violados, bem como quanto à prévia exigência de exames admissionais à época da contratação, a fim de detectar doenças preexistentes, impede o conhecimento do recurso especial, a teor do enunciado da Súmula n.º 282/STF.

4. Inviabilidade de revisão das conclusões do acórdão recorrido acerca da existência de deliberada intenção de fraudar o contrato, por exigir o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, providência vedada nesta sede, a teor do enunciado da Súmula n.º 07/STJ.

5. RECURSO ESPECIAL DA SEGURADA DESPROVIDO.

6. RECURSO ESPECIAL DA OPERADORA DE SAÚDE NÃO CONHECIDO.

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de recursos especiais interpostos por REGIANE APARECIDA PINTO e OMINT SERVIÇOS DE SAÚDE LTDA, com fundamento, respectivamente, nas alíneas "a" e "a" e "c", do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela 18ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de São Paulo nos autos da ação de obrigação de fazer e respectiva reconvenção em que condendem as partes.

Esta a ementa do acórdão recorrido (fls. 262/269):

> *AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRETENSÃO À COBERTURA DE PROCEDIMENTO DE FERTILIZAÇÃO "IN VITRO". RECUSA LÍCITA DA OPERADORA. CLÁUSULA RESTRITIVA EXPRESSA E CLARA. CARACTERIZAÇÃO, ADEMAIS, DA PREEXISTÊNCIA DA DOENÇA OVARIANA DA AUTORA. SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR IMPROCEDENTE A DEMANDA. INTENÇÃO DELIBERADA DA RECONVINTE DE FRAUDAR O CONTRATO NÃO EVIDENCIADA. RECONVENÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

Em suas razões (fls. 295/305), REGIANE APARECIDA PINTO alegou divergência jurisprudencial e violação aos artigos 47, 51 e 54, do Código de Defesa do Consumidor, 10 e 35-C, III, da Lei nº 9656/98, reputando abusiva a cláusula contratual limitativa de atendimento, defendendo a obrigatoriedade do custeio do tratamento de fertilização *in vitro* pela operadora de plano de saúde.

OMINT SERVIÇOS DE SAÚDE LTDA, por sua vez, insurgiu-se contra a improcedência da recovenção, sustentando violação aos artigos 13, *parágrafo único*, II, da Lei n° 9.656/1998, 113, 187, 422, 765 e 766 do Código Civil, uma vez que, apesar de reconhecida no acórdão recorrido a preexistência da doença, entendeu-se não caracterizada a intenção de fraudar o contrato, negando-se o direito da operadora de rescindir unilateralmente o contrato. Aduziu, ainda, malferido o princípio da boa-fé.

Contrarrazões às fls. 326/337.

Admitido apenas o recurso da beneficiária do plano de saúde (fls. 361/363), dei provimento ao agravo em recurso especial da operadora, vindo os autos

conclusos.

É o relatório.

Passo a decidir.

Inicialmente, registre-se que os recursos em análise foram interpostos contra decisão publicada na vigência do Novo Código de Processo Civil, de forma que deve ser aplicado ao caso o entendimento firmado no Enunciado Administrativo n.º 3 do Plenário do STJ, segundo o qual *"aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC*".

Passo a analisar separadamente cada recurso especial.

I - Recurso especial interposto por REGIANE APARECIDA PINTO

A controvérsia devolvida ao conhecimento desta Corte cinge-se à definição se a operadora recorrida deve custear o procedimento de fertilização *in vitro*, solicitado pela recorrente em razão do diagnóstico de falência ovariana precoce.

A Terceira Turma desta Corte já reconheceu que a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* **não** são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo se estiverem previstos contratualmente (REsp n.º 1692179/SP, Rel. **Ministro Marco Aurélio Bellizze**, DJe 15/12/2017).

Naquela oportunidade, considerando a necessidade de ser garantido o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de suplementação privada de assistência à saúde e tendo em vista a amplitude do termo "planejamento familiar", prevista no inciso III, do art. 35-C, da Lei n.º 9.565/1998 (incluído pela Lei n.º 11.935/2009), assentou-se que, nestes casos, a cobertura obrigatória de atendimentos está limitada àqueles disciplinados nas resoluções normativas da Agência Nacional de Saúde, que expressamente confirmam a exclusão da cobertura da inseminação artificial do plano de referência, prevista no art. 10, inciso III, da Lei dos Planos de Saúde, e também de outras técnicas de reprodução assistida.

A propósito, confira-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ***TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO COMO FORMA DE ALCANÇAR A GRAVIDEZ****. DISCUSSÃO ACERCA DO ALCANCE DO TERMO PLANEJAMENTO FAMILIAR, INSERIDO NO INCISO III DO ART. 35-C DA LEI N. 9.656/1998 COMO HIPÓTESE DE COBERTURA OBRIGATÓRIA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DO DISPOSITIVO. FINALIDADE DA NORMA EM GARANTIR O MÍNIMO NECESSÁRIO AOS SEGURADOS EM RELAÇÃO A PROCEDIMENTOS DE PLANEJAMENTO FAMILIAR, OS QUAIS ESTÃO LISTADOS EM RESOLUÇÕES DA ANS, QUE REGULAMENTARAM O ARTIGO EM COMENTO. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO PLANO E DA PRÓPRIA HIGIDEZ DO SISTEMA DE SUPLEMENTAÇÃO PRIVADA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RECURSO PROVIDO.*

1. A controvérsia trazida nestes autos cinge-se a saber se o tratamento de fertilização in vitro passou a ser de cobertura obrigatória após a edição da Lei n. 11.935/2009, que incluiu o inciso III no art. 35-C da Lei n. 9.656/1998, o qual estabelece a obrigatoriedade de atendimento nos casos de planejamento familiar pelos planos e seguros privados de assistência à saúde.

2. Considerando a amplitude do termo planejamento familiar e em cumprimento à própria determinação da lei no parágrafo único do dispositivo legal em comento, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS estabeleceu, por meio de resoluções normativas, diversos procedimentos de cobertura obrigatória, garantindo-se o mínimo necessário aos segurados de planos de saúde privados no que concerne a atendimentos relacionados ao planejamento familiar.

3. A interpretação sistemática e teleológica do art. 35-C, inciso III, da Lei n. 9.656/1998, somado à necessidade de se buscar sempre a exegese que garanta o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, impõe a conclusão no sentido de que os casos de atendimento de planejamento familiar que possuem cobertura obrigatória, nos termos do referido dispositivo legal, são aqueles disciplinados nas respectivas resoluções da ANS, não podendo as operadoras de plano de saúde serem obrigadas ao custeio de todo e qualquer procedimento correlato, salvo se estiver previsto contratualmente.

4. Com efeito, admitir uma interpretação tão abrangente acerca do alcance do termo planejamento familiar,

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

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

6. Recurso especial provido. **(REsp 1692179/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe 15/12/2017).**

Também nessa linha seguiram-se outros julgados da Terceira Turma desta Corte, conforme se infere das suas ementas:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DA SAÚDE SUPLEMENTAR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. INFERTILIDADE. PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXCLUSÃO DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. NÃO CONFIGURADA. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. RESOLUÇÕES NORMATIVAS. FUNDAMENTO NA LEI 9.656/98 - LEI DOS PLANOS DE SAÚDE - LPS. (...)

2. O propósito recursal é definir se a inseminação artificial por meio da técnica de fertilização in vitro deve ser custeada por plano de saúde.

3. A Lei 9.656/98 (LPS) dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e estabelece as exigências mínimas de oferta aos consumidores (art. 12), as exceções (art. 10) e as hipóteses obrigatórias de cobertura do atendimento (art. 35-C).

4. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a autorização prevista no art. 10, §4º, da LPS, é o órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano-referência de assistência à saúde.

5. A Resolução Normativa 387/2015 da ANS, aplicável à hipótese concreta, define planejamento familiar como o "conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal" (art. 8º, I).

6. Aos consumidores estão assegurados, quanto à atenção em planejamento familiar, o acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, o acompanhamento de

profissional habilitado (v.g. ginecologistas, obstetras, urologistas), a realização de exames clínicos e laboratoriais, os atendimentos de urgência e de emergência, inclusive a utilização de recursos comportamentais, medicamentosos ou cirúrgicos, reversíveis e irreversíveis em matéria reprodutiva.
7. A limitação da lei quanto à inseminação artificial (art. 10, III, LPS) apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar (art. 35-C, III, LPS). Não há, portanto, abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial, o que tem respaldo na LPS e na RN 387/2015. 8. Recurso especial conhecido e provido. **(REsp 1795867/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento 02/04/2019, DJe 04/04/2019);**

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. NEGATIVA DE COBERTURA. POSSIBILIDADE.
1. Recurso especial inetrposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a fertilização in vitro não possui cobertura obrigatória, de modo que, na hipótese de ausência de previsão contratual, é impositivo o afastamento do dever de custeio do mencionado tratamento pela operadora do plano de saúde.
3. Agravo interno não provido.
(AgInt no AREsp 1247888/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe 06/12/2018);

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. 1. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. SÚMULA N. 83 DO STJ. 2. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
1. A interpretação sistemática e teleológica do art. 35-C, III, da Lei n. 9.656/1998, somada à necessidade de se buscar sempre a exegese que garanta o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, impõe a conclusão no sentido de que os casos de atendimento de planejamento familiar que possuem cobertura obrigatória,

> *nos termos do referido dispositivo legal, são aqueles disciplinados nas respectivas resoluções da ANS, não podendo as operadoras de plano de saúde serem obrigadas ao custeio de todo e qualquer procedimento correlato, salvo se estiver previsto contratualmente.*
> *2. Com efeito, admitir uma interpretação tão abrangente acerca do alcance do termo planejamento familiar, compreendendo-se todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos como hipóteses de cobertura obrigatória, acarretaria, inevitavelmente, negativa repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do plano, prejudicando todos os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde.*
> *3. Agravo interno improvido.*
> **(AgInt no REsp n.º 1718594/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe 14/08/2018).**

Confiram-se, ainda, as seguintes decisões monocráticas: REsp 1805668, Rel. Ministro **MARCO BUZZI**, DJe 08/05/2019; REsp 178662, Rel. Ministro **RAUL ARAÚJO**, DJe 06/05/2019; AgInt no AREsp n.º 1247888, Rel. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**, publicado em 17/08/2018; REsp n.º 1731364, Rel. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**, publicado em 01/08/2018; REsp n.º 1696438, Rel. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**, publicado em 09/08/2018, e REsp n.º 1731295, Rel. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, publicado em 13/04/2018.

In casu, verifica-se que o Tribunal *a quo* decidiu em consonância com a orientação sedimentada do Superior Tribunal de Justiça, ao reformar a sentença de procedência da demanda, **registrando a existência de cláusulas do contrato de plano de saúde firmado pelas partes que excluem de forma clara e inteligível a cobertura de inseminação artificial, c**om amparo, inclusive, na Lei dos Planos de Saúde, motivo pelo qual o acórdão recorrido deve ser mantido em sua integralidade.

Registre-se, por fim, que ambas as técnicas de reprodução humana assistida, ou seja, a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial, foram consideradas por esta Terceira Turma como procedimentos de cobertura opcional pelos planos de

saúde, conforme restou estabelecido no REsp n.º 1692179/SP, antes referido, *verbis*:

> *Não se olvida, conforme consignado no acórdão recorrido, que inseminação artificial e fertilização in vitro são técnicas de fertilização distintas. A primeira, procedimento mais simples, consiste no depósito do sêmen diretamente na cavidade uterina; e, a segunda, muito mais complexa, é realizada totalmente em laboratório, em que, após o desenvolvimento do embrião em meio externo, este é transferido para o útero.*
>
> ***Ocorre que, a despeito da existência de algumas diferenças nos respectivos procedimentos, a rigor, ambos são tratamentos de reprodução humana assistida.***
>
> *Assim, haveria certa incongruência em afirmar que o procedimento mais simples e de baixo custo - inseminação artificial - seria de cobertura facultativa pelos planos de saúde, enquanto aquele mais complexo e de alto custo - fertilização in vitro - seria de cobertura obrigatória.*
>
> *Relembro, ainda, que, segundo o art. 20, § 1º, inciso III, da Resolução Normativa n. 387/2015 da ANS acima transcrito,* ***é permitida a exclusão da cobertura assistencial não só da inseminação artificial, mas, também, de outras técnicas de reprodução assistida.***
>
> ***Dessa forma, ao se estabelecer a inseminação artificial como de cobertura opcional pelos planos de saúde, entende-se aí abrangida a técnica de fertilização in vitro, por serem ambas tratamento de reprodução humana.***
>
> *Na verdade, o legislador não foi técnico ao inserir o termo "planejamento familiar", sem qualquer especificação de sua abrangência, no art. 35-C, inciso III, da Lei n. 9.656/1998.*
>
> *Isso porque, como já ressaltado, a própria Lei n. 9.656/1998, em seu art. 10, exclui expressamente a obrigatoriedade de cobertura de inseminação artificial e de fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, do qual pode-se extrair, como exemplo, a concessão de pílulas anticoncepcionais, sendo ambos abrangidos no conceito de planejamento familiar.*
>
> *Há, portanto, na mesma lei, um dispositivo genérico estipulando como de cobertura obrigatória o "planejamento familiar", e ao menos dois outros dispositivos específicos fixando como de cobertura opcional a inseminação artificial e o fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, sendo estes últimos abrangidos pelo primeiro.*
>
> *(...)*

> *Por fim, vale ressaltar que, na linha do entendimento aqui proclamado, foi aprovado o seguinte enunciado na 1ª Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, realizada em 15 de maio de 2014:*
>
> > ***ENUNCIADO Nº 20: A inseminação artificial e a fertilização in vitro não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde.***
>
> *Nada obsta, como já afirmado, que o plano ofereça outros procedimentos referentes ao planejamento familiar, como, por exemplo, a própria fertilização in vitro, circunstância que, por certo, acarretará em majoração do prêmio pago pelo segurado, a fim de garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do plano, sobretudo porque, além da referida técnica de reprodução ser de altíssimo custo, na grande maioria das vezes exige-se várias tentativas até o sucesso da concepção.*

Destarte, afasta-se a alegação de violação aos artigos 47, 51 e 54, do Código de Defesa do Consumidor, 10 e 35-C, III, da Lei nº 9656/98.

II - Recurso especial interposto por OMINT SERVIÇOS DE SAÚDE LTDA

A controvérsia do recurso especial restringe-se à possibilidade de rescisão do contrato em razão da preexistência da doença.

No acórdão recorrido, o Tribunal *a quo*, após reformar a sentença de procedência da ação de obrigação de fazer, manteve a improcedência da reconvenção apresentada pela recorrente, tendo em vista a ausência de intenção deliberada da recorrida em fraudar o contrato firmado, nos seguintes termos (fl. 268):

> *Embora a prova documental evidencie a preexistência da doença (fator que, por si só, a legitimaria a recusa de cobertura), não vislumbro intenção deliberada da recorrida em fraudar o contrato firmado entre as partes.*
>
> *A simples omissão da patologia ovariana (preexistente à contratação), ausentes elementos de prova de que tal conduta objetivava imputar à operadora o custeio do procedimento de fertilização "in vitro", não é suficiente para a imposição da pena de cancelamento do plano.*

> *Prevalece, in casu, a presunção de boa-fé das partes contratantes.*

A recorrente, por sua vez, apontou violação aos artigos 13, *parágrafo único*, II, da Lei n° 9.656/1998, 113, 187, 422, 765 e 766 do Código Civil.

Nada obstante, verifica-se que a matéria de que tratam os referidos dispositivos legais não foi objeto de prequestionamento no acórdão recorrido, de forma que o conhecimento do recurso especial fica inviabilizado pelo óbice do enunciado da Súmula n.º 282/STF, aplicável por analogia.

Além da ausência de prequestionamento, a reversão das conclusões do acórdão recorrido exigiriam, necessariamente, o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, providência inviável nesta sede, a teor do enunciado da Súmula n.º 07/STJ.

Ademais, esta Corte Superior de Justiça possui orientação no sentido de que, *"não tendo sido exigida, pela seguradora, a realização de exames médicos, não pode a cobertura securitária ser recusada com base na alegação de má-fé do segurado pela omissão da existência de doença pré-existente"* **(AgRg no REsp 1186876/PB, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14/08/2012, DJe 20/08/2012).**

In casu, nada se disse no acórdão recorrido acerca da exigência de prévio exame médico admissional à época da contratação e tampouco houve oposição de embargos de declaração a suscitar o enfrentamento desta questão, restando ausente, uma vez mais, o imprescindível prequestionamento.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial de REGIANE APARECIDA PINTO e não conheço do recurso especial de OMINT SERVIÇOS DE SAÚDE LTDA.

Advirto que a apresentação de incidentes protelatórios poderá dar azo à aplicação de multa (arts. 77, II c/c 1.021, § 4º, do CPC/15).

Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

MINISTRO **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**
Relator