

RECURSO ESPECIAL Nº 1.846.161 - SP (2019/0326033-9)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A
ADVOGADO : CARLOS MAXIMIANO MAFRA DE LAET E OUTRO(S) - SP104061
RECORRIDO : CINTIA CRISTINA MARTINS
RECORRIDO : MARCELO GOMES DE BARROS
ADVOGADOS : DANIELA GOMES DE BARROS E OUTRO(S) - SP211910
PAULO MARCOS RESENDE - SP216749

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

1. Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.

Alega a recorrente que o acórdão recorrido determina a cobertura de tratamento de fertilização *in vitro*, cujo procedimento é expressamente excluído da cobertura obrigatória da Lei n. 9.656/1998.

Pondera que as instâncias ordinárias violaram o art. 10, III, da Lei n. 9.656/1998 ao impor tratamento, expressamente excluído da cobertura contratual e do rol da ANS.

2. Ingo Wolfgang Sarlet leciona que o texto constitucional não define expressamente o conteúdo do direito à proteção e promoção da saúde, indicando "**a relevância de uma adequada concretização por parte do legislador e, no que for cabível, por parte da administração pública**".

É dizer, no tocante às possibilidades e limites da exigibilidade do direito constitucional à saúde na condição de direito subjetivo, a pretensão de prestações materiais "demanda uma solução sobre o conteúdo dessas prestações, principalmente em face da ausência de previsão constitucional mais precisa". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.932-1.935)

Com efeito, evidentemente, resguardado o núcleo essencial do direito fundamental, no tocante à saúde suplementar, **são, sobretudo, a Lei n. 9.656/1988 e os atos regulamentares infralegais da ANS e do Conselho de Saúde Suplementar, expressamente prestigiados por disposições legais infraconstitucionais, que, representando inequivocamente forte intervenção estatal na relação contratual de direito privado (planos e seguros de saúde), conferem densidade normativa ao direito constitucional à saúde.**

Nesse sentido, leciona a doutrina que “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**". (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 233-234)

Cumpra observar, ademais, que a segurança das relações jurídicas depende da lealdade, da equivalência das prestações e contraprestações, da confiança recíproca, da efetividade dos negócios jurídicos, da coerência **e clarividência dos direitos e deveres**. (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32).

Nessa toada, anota a doutrina especializada que a viabilização da atividade de assistência à saúde envolve custos elevados, que terão de ser suportados pelos próprios consumidores, e "[...] **cabe ao Poder Judiciário um papel fundamental, o de promover uma interpretação justa e equilibrada da legislação pertinente à matéria**", sopesando "os interesses envolvidos sem sentimentalismos e ideias preconcebidas", "contando com o apoio técnico de profissionais qualificados". (FERREIRA, Cláudia Galiberne. PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (coords). *Curso de direito médico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 214-215)

Dessarte, eventuais **decisões administrativas ou judiciais, à margem da lei, "escapam das previsões pretéritas", e têm o condão de agravar "a delicada situação financeira de inúmeras operadoras de planos de saúde, seguida de intervenções, liquidações ou aquisições de carteiras de clientes, ferem em última análise a própria confiança e expectativa dos consumidores**, razão maior da contratação" do plano ou seguro de saúde. "O problema deixa de ser da operadora e passa a atingir toda a sociedade". (LOUREIRO, Francisco Eduardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 338).

A forte intervenção estatal na relação contratual e a expressa disposição do art. 197 da CF, deixa límpido que o serviço é de relevância pública, extraindo-se da leitura do art. 22, § 1º, da Lei n. 9.656/1998, **a inequívoca preocupação do legislador com o equilíbrio financeiro-atuarial dos planos e seguros de saúde**, que devem estar assentados em planos de custeio elaborados por profissionais, segundo diretrizes definidas pelo Consu.

3. O acórdão recorrido dispôs:

Considerando-se que a Lei 9.656/98 foi alterada em 2009, para acrescentar o art. 35-C, III, a interpretação sistemática indica que este dispositivo deve prevalecer sobre a regra do art. 10, III, do mesmo diploma normativo, sobretudo por não ser apenas norma mais recente, mas também porque corrobora a diretriz do artigo 226, par. 7º, da Constituição Federal (Cf. TJSP; Apelação 1002256-64.2015.8.26.0068; Relator (a): Marcus Vinicius Rios Gonçalves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado;

Foro de Santos - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/11/2017; Data de Registro: 14/11/2017).

Isto é, o inciso III do art. 35-C da Lei n. 9.656/98, incluído pela Lei n.

11.935/2009, dispõe ser obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar, o que aponta a abusividade de recusa na negativa de tratamento médico, pois nos termos do art. 2º da Lei 9.263/1996, “entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (destaquei).

Nesta esteira, deve ser reconhecida a abusividade da cláusula contratual que exclui a cobertura das técnicas de fertilização, tendo em vista que tal previsão contratual constitui manifesta afronta à exigência legal de obrigatoriedade da cobertura nos casos de planejamento familiar.

Iniciando diretamente o exame do recurso, de fato, o art. 10, III, da Lei n. 9.656/1998 dispõe ser instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: III - inseminação artificial.

Com efeito, leciona Pontes de Miranda que o “direito subjetivo é o que fica do *lado ativo*, quando a regra jurídica incide”. “Não é possível conceber-se o direito subjetivo, quer histórica quer logicamente, *sem o direito objetivo*, de modo que, incidindo a regra jurídica, ele seja o que ‘resulta’ do lado positivo da incidência”. **Não há direito subjetivo sem regra jurídica**, “que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente”. “Portanto, é erro dizer-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo; e ainda o é afirmar-se que foram simultâneos”. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 5. Campinas: Bookseller, 2000, p. 269-271).

Dessarte, consoante precedentes das duas Turmas de Direito Privado do STJ, a operadora de plano de saúde não está obrigada a proceder à cobertura financeira do tratamento de fertilização *in vitro* requerido pela beneficiária, na hipótese de ausência de previsão contratual, 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.

Verifique-se:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECLAMO PARA AFASTAR A OBRIGAÇÃO DE CUSTEIO DO TRATAMENTO E JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDANTE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior tem se orientado no sentido de que a operadora de plano de saúde não está obrigada a proceder à cobertura financeira do tratamento de fertilização *in vitro* requerido pela beneficiária, na hipótese de ausência de previsão contratual, 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. Precedentes.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1748518/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 03/06/2019, DJe 06/06/2019)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA. ABUSIVIDADE NÃO CONSTATADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência vigente no Superior Tribunal de Justiça, inexistindo previsão contratual expressa, não há obrigatoriedade para as operadoras de planos de saúde custearem tratamento de fertilização in vitro.

2. O posicionamento adotado por esta Corte Superior 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.

3. As seguradoras 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.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1788114/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/05/2019, DJe 24/05/2019)

4. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido formulado na inicial. Estabeleço custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 12% do valor atualizado da causa, a cargo dos autores, ora recorridos, observada a eventual gratuidade de justiça.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 16 de novembro de 2019.

Ministro Luis Felipe Salomão

Relator