
Legislativo optou por excluir fertilização *in vitro* do plano de saúde

Novamente se levanta a discussão judicial referente ao custeio obrigatório do procedimento médico da fertilização *in vitro* pelas operadoras/seguradoras de saúde. O entendimento no Superior Tribunal de Justiça, historicamente, vem se consolidando em favor dos planos de saúde, em face do trabalho de interpretação literal e teleológica da lei que rege o setor da saúde suplementar.

Não basta apenas informar o que consta na letra da lei. Há muita comoção social envolvida na questão. Necessária a explicação do trabalho histórico legislativo que foi realizado sobre o benefício médico pretendido, considerando a ideologia pertinente ao instituto do planejamento familiar e a intenção do legislador.

Na Lei dos Planos de Saúde (LPS 9.656/1998), consta que a inseminação artificial está excluída da cobertura obrigatória da assistência privada à saúde, mas isso não é o suficiente para se resolver o debate suscitado. É preciso saber se o regulamento apresentado pelo órgão regulador respeitou o comando normativo posto e ainda, se foi detalhada corretamente a amplitude da definição do método de reprodução assistida supracitada.

Necessário falar (ainda que brevemente) sobre a sustentabilidade do setor. Isso porque a exclusão deste procedimento médico é um tipo de atividade que auxilia no equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Há uma construção legislativa sobre a temática envolvida, sobre o instituto do planejamento familiar e também referente à sustentabilidade do segmento da saúde suplementar. Não tem como se ignorar a questão da judicialização que tanto debatem os advogados, professores, médicos, juízes, desembargadores e ministros, alguns dos profissionais que atuam na área.

Embora a judicialização da saúde suplementar seja apenas uma fatia das situações que proporcionam o prejuízo financeiro dos contratos de planos de saúde privados, o fenômeno influencia fortemente na conjuntura econômica prevista originariamente que possibilitaria o uso adequado dos planos de saúde por seus usuários.

Assim, pertinente o debate que passa pela edificação da lei e do seu regulamento, do instituto do planejamento familiar (que todos os cidadãos possuem direito conforme a Carta Magna) e a visão privatística do contrato de plano de saúde, além da breve explanação sobre o estudo da medicina baseado em evidência acerca do assunto.

Todavia, importante não esquecer que o contrato de plano de saúde privado deve seguir regras de conteúdo negocial e portanto, comporta cláusulas de exclusão, estas baseadas no permissivo legal, pois não há que se falar sobre saúde privada absoluta e universal e sim em saúde suplementar. Vamos aos argumentos.

1. Atual entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

Historicamente, o STJ vem construindo o entendimento jurisprudencial no sentido de que as operadoras/seguradoras de saúde não são obrigadas a custear o procedimento médico da fertilização *in vitro*. Aproximadamente, a partir do ano de 2017, essa atividade de interpretação referente ao tema debatido teve início e não se limita à aplicação literal da lei. Pertinente a explicação objetiva e dinâmica de como vem fundamentando os Ministros e adotando tal postura, aplicando a Constituição Federal de 1988, a LPS e seu regulamento.

O instituto do planejamento familiar possui muita importância quanto ao tema. De acordo com o artigo 7º, inciso I, da Resolução Normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar 338, é possível visualizar sua definição: “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta os direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Na CF/1988, havia sido delimitado no artigo 226, parágrafo 7º que o instituto constituía decisão da mulher, do homem ou do casal e que o governo teria a missão de disponibilizar o modo educativo-científico que proporcionasse o exercício da aludida tarefa decisória.

A regulamentação do artigo constitucional se deu na edição da Lei 9.263/1996, na qual se definiu o planejamento familiar, nos termos do artigo 2º, que fora posteriormente reproduzido pela Agência Reguladora da saúde suplementar:

“Art. 2º Para fins desta Lei, 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.”

Logo em sequência, é possível observar a aplicabilidade do instituto na Lei 9.656/1998, considerado como cobertura obrigatória no oferecimento da prestação de serviço assistencial privado à saúde. Basta verificar o artigo 35-C. Todavia, no artigo 1º, parágrafo 2º, da RN ANS 192, a inseminação artificial está excluída desta condição obrigatória. Trata-se de exceção que se observa no regulamento, que detalha a norma legal.

Alguns benefícios médicos diversos referentes ao processo de gestação são cobertos pelo plano de saúde. Tais procedimentos constituem o planejamento familiar, como é o caso da realização de exames de laboratórios, da prescrição de medicamentos.

O planejamento familiar possui amplitude em seus efeitos no que diz respeito às garantias mínimas necessárias aos usuários de planos de saúde, mas carecia de regulamentação para correta aplicação da LPS, o que foi realizado no âmbito da saúde suplementar.

O trabalho legislativo realizado pelo Constituinte de 1988 e pelo legislador federal infraconstitucional aliados à técnica jurisprudencial emprestada ao tema em questão, pelo STJ, proporcionou sustentabilidade ao setor da saúde suplementar, haja vista o consequente equilíbrio econômico-financeiro que se aplica ao contrato. Esses tipos de tratamentos médicos concedidos eventualmente, com respaldo no Código de Defesa do Consumidor, pelo Poder Judiciário, de forma extracontratual, são capazes de trazer sérios prejuízos financeiros para o segmento.

Resumidamente, a interpretação judicial proveniente do STJ, em consonância com a LPS e seu regulamento, é a seguinte:

- a fertilização *in vitro* constitui técnica que leva à inseminação artificial, sendo este tratamento médico expressamente excluído da cobertura obrigatória dos planos de saúde;
- mesmo que se entenda que a fertilização *in vitro* seja técnica diversa da inseminação artificial, no regulamento da ANS, todo e qualquer método de reprodução assistida está excluído da cobertura obrigatória;
- o regulamento da ANS detalhou o conceito da técnica da inseminação artificial e neste sentido, cumpriu-se a função legislativa prevista na CF/1988, atinente à atividade de regulação pela Agência Reguladora;
- os métodos de reprodução assistidas não estão inseridos no rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS.

Os julgamentos mais recentes no STJ que se utilizaram de tais fundamentos pertencem aos recursos especiais de números 1.590.221, 1.734.445, 1.692.179, 1.749.598, 1.794.629 e 1.823.077 e ao agravo no recurso especial de número 1.439.021.

Historicamente, como visto, o entendimento vem se formando pela legalidade da cláusula de exclusão contratual, referente ao custeio do procedimento médico da fertilização *in vitro*, pelas justificativas acima registradas.

Fora registrado no relatório de um dos julgamentos mais atuais (REsp 1.749.598) que o regulamento inovou na ordem jurídica e tal fato não pode ser concebido. Por conta desta nova alegação, fora levantada divergência ao relator, tendo sido explicado que a técnica da fertilização *in vitro* está inserida no conceito de inseminação artificial. Ou seja, no regulamento consta apenas o detalhamento desta definição.

Outrossim, fora consignado ainda que, acaso se consolidasse a interpretação do relator, todo e qualquer método de reprodução assistida que aparecesse no mercado, cada vez que a ciência inovasse, automaticamente estaria pré-concebida a obrigatoriedade de custeio do plano de saúde, o que seria demasiadamente oneroso. Não foi isso que prevaleceu. Até o momento, o entendimento do STJ é que o tratamento médico da fertilização *in vitro* pode ser legalmente excluído do contrato, pelos fundamentos até então apresentados.

No dia 20/2/2020, fora julgado mais um recurso especial o qual versava sobre o tema (REsp 1.823.077). Discutiu-se novamente sobre a legalidade da cláusula de exclusão contratual do tratamento médico, tendo sido corroborado o atual posicionamento que vem tomando o STJ, pela 4ª Turma, sobre o aspecto legal da não obrigatoriedade do custeio do procedimento médico da fertilização *in vitro* pelos planos de saúde.

Recentemente fora descrito em [artigo](#) publicado na mídia, que a Corte Alemã decidiu que os planos de saúde são obrigados a cobrir o tratamento médico discutido. No caso um homem estaria com baixa produção de espermatozoides e transferência embrionária, aliado ao fato de que a esposa dele estaria com 44 anos, categoria etária com risco de aborto.

A corte alemã considerou como moléstia a infertilidade, o que não se pode conceber no nosso país, como se reflete no estudo realizado no tópico contínuo.

Ademais, muito se pontuou sobre a dicotomia probabilidade de concepção X chance de êxito da gravidez. Em nosso país não se pode discutir tal possibilidade, haja vista o pormenor já citado referente à construção do instituto do planejamento familiar na CF/1988, seu detalhamento na lei federal infraconstitucional e sua aplicação na LPS e no regulamento desta, considerando a característica negocial, contratual, que vigora no âmbito da saúde suplementar.

Na legislação brasileira, o tratamento médico da inseminação artificial está excluído da cobertura necessária dos planos de saúde e sua amplitude fora especificada no regulamento da LPS, no qual se esclarece a real intenção do legislador, acerca da legalidade da exclusão das coberturas de qualquer método de reprodução assistida, fatos estes que dão ensejo à não inserção da técnica da fertilização *in vitro* no rol de procedimentos e eventos médicos da ANS, que são aqueles de custeio obrigatório pelas operadoras/ seguradoras de saúde.

Observa-se, portanto, que a fundamentação utilizada pela Corte Alemã não se identifica com o ordenamento jurídico brasileiro efetivamente construído e positivado acerca da matéria.

2. Exclusão do Rol de Procedimentos da ANS – Ausência de Evidência Médica no Tratamento da Infertilidade

Segundo [dados do Ministério da Saúde](#), a infertilidade é a dificuldade na tentativa do casal em obter a gravidez no período de um ano tendo relações sexuais sem uso de nenhuma forma de anticoncepção.

[É sabido](#) que a idade da mulher pode interferir nesta possibilidade. É possível ainda, que a mulher tenha baixa reserva ovariana, após os 35 anos, sem deixar de lado a importante observação quanto ao fato de que a produção de óvulos chegará ao fim, já que a produção vai reduzindo, aproximadamente a partir desta faixa etária.

Os [métodos de reprodução assistida](#) podem gerar riscos consideráveis à saúde da mulher e não são considerados como procedimentos médicos a serem utilizados no trato da infertilidade.

A mulher pode, ao realizar o tratamento da fertilização *in vitro*, padecer de alguns males (riscos à saúde, como dito acima), tais como: inchaço dos ovários; gravidez ectópica (fora do útero); infecção pulmonar; lesões nervosas.

Não se identifica evidência médica acerca de eventual grau de eficácia considerado como alta, da técnica de fertilização *in vitro* para se tratar a infertilidade. Logo, não pode ser considerado como trato médico e sim como escolha do casal.

Se não há comprovado grau de eficácia científica no sentido de que a fertilização *in vitro* constitui procedimento médico efetivamente indicado para a infertilidade, tal evento não será inserido no rol de coberturas obrigatórias dos planos de saúde.

O rol é uma lista editada pela ANS a cada dois anos, aproximadamente. Se leva em consideração estudos da medicina baseada em evidência para que haja a incorporação da nova tecnologia, ficando à disposição dos beneficiários. A base legal está contida no parágrafo 4º do artigo 10 da LPS. Já a competência para a Agência Reguladora criar/ editar a listagem está prescrita no artigo 4º, inciso I da Lei 9.961/2000, que criou a ANS.

Portanto, não há que se falar em custeio obrigatório pelas operadoras/ seguradoras de saúde, pois não consta evidência com base em estudos médicos que se alcancem resultados extremamente eficazes e como consequência, não está inserido o trato médico no rol de benefícios da ANS.

Conclusão

Compreende-se, portanto, que a intenção do legislador se deu pela possibilidade da exclusão da técnica da fertilização *in vitro* do contrato de plano de saúde privado, bem como de qualquer método de reprodução assistida.

Basta uma leitura mais atenta do artigo 10 da LPS, seu inciso III e posteriormente, observar a legitimação do rol de benefícios da ANS, inserto no parágrafo 4º deste mesmo artigo, para que se entenda que, no regulamento, RN ANS 428, a prescrição que consta no artigo 20, parágrafo 1º, inciso III, referente à exclusão de outras técnicas de reprodução assistidas se trata de uma explicação, de um detalhamento da amplitude do que consta na LPS, referente à exclusão da inseminação artificial como obrigatória, pelas operadoras/seguradoras de saúde, restando evidente a interpretação teleológica acerca do assunto.

Em resumo: o conceito de inseminação artificial foi regulamentado.

A construção do estudo referente à ideologia do planejamento familiar no âmbito da LPS resultou na exclusão da obrigatoriedade de os planos de saúde custearem o procedimento médico da fertilização *in vitro*.

A resolução da questão, portanto, é legislativa. Trata-se de trabalho de interpretação literal e teleológica. É bem evidente a intenção do legislador. Por tal motivo não se pode admitir o uso da jurisprudência comparada, considerando o alto grau de detalhamento utilizado nos trabalhos legislativos aliado à falta de evidência científica de que a fertilização *in vitro* seria uma suposta cura da infertilidade.

Ademais, os métodos de reprodução assistida não constituem o trato médico da infertilidade. A utilização de técnica concernente à tecnologia de ponta (fertilização *in vitro*) é capaz de causar um mal incomensurável à saúde, pode se registrar desta forma, considerando o estudo da medicina baseada em evidência que teve um breve destaque neste artigo.

Importante lembrar o trabalho positivo que o STJ vem realizando e que historicamente se apresenta como exemplo da interpretação correta que se dá à LPS e seu regulamento, ajudando na sustentabilidade da saúde suplementar, auxiliando no equilíbrio econômico-financeiro contratual.

A atividade jurisprudencial sobre a temática na Corte Superior traz reflexos nos tribunais do país. Vale citar o atual Enunciado 2, do Colégio dos Magistrados dos Juizados Especiais do Estado da Bahia: “Enunciado 2: 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 de saúde.”

Insta consignar ainda a redação do Enunciado 20 do Conselho Nacional de Justiça, cuja redação fora registrada na III Jornada de Direito de Saúde, em 18/3/2019: “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.”

Por essa e outras razões já incansavelmente discutidas é que o procedimento médico da fertilização *in vitro* não pode ser inserido no rol de procedimentos e eventos médicos em saúde da ANS, pois tal instituto se trata uma opção do casal, da mulher. Não se trata de eventual tratamento médico que possa viabilizar uma cura para a infertilidade.

Geralmente, as melhores opções medicinais para melhora da infertilidade, constituem atos cirúrgicos ou medicamentosos. É possível, por exemplo, se estimular a ovulação através de diversas técnicas medicamentosas, de modo que se possa inclusive, preservar o útero da mulher.

Conforme se demonstrou, não existe apenas um método, uma forma de se tratar a infertilidade, mas a fertilização *in vitro* não constitui a que é efetivamente indicada. Outrossim, não se comprova cientificamente que os métodos de reprodução assistidas são os procedimentos médicos indicados diante da infertilidade caracterizada.

* [JurisHealth](http://www.jurishealth.com.br) é um esforço articulado entre profissionais da Saúde, do Direito e da Comunicação, com o objetivo de melhorar a compreensão em torno de temas relevantes do setor de saúde. É uma iniciativa que visa fornecer referências técnicas e analíticas a respeito do sistema de saúde suplementar do Brasil e, assim, prover elementos consistentes para avaliar controvérsias levadas aos tribunais. Saiba mais em <http://www.jurishealth.com.br>

Date Created

03/03/2020