

Ana Frazão
Min. Ricardo Villas Bôas Cueva
Coordenadores

DIREITO PRIVADO

*Estudos em Homenagem ao
Min. Paulo de Tarso Sanseverino*

VOL. I **DIREITO CIVIL**

Alexandre Miranda Oliveira, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Ana Carla Harmatiuk Matos, Ana Carolina Brochado Teixeira, Anna Maria da Trindade dos Reis, Antonio Carlos Ferreira, Antonio Carmelo Zanette, Arnaldo Wald, Caio Victor Ribeiro dos Santos, Camila Sampaio Galvão, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Carlos Eduardo Lacerda Baptista, Carlos Nelson Konder, Cristiane de M. B. C. Frota, Cristiano de Sousa Zanetti, Elton M. C. Leme, Ernesto Tzirulnik, Eugênio Facchini Neto, Fabíola Albuquerque Lôbo, Fernanda Valle Versiani, Fernando Moreira Freitas da Silva, Flaviana Rampazzo Soares, Flávio Tartuce, Graziela Nasato, Gustavo Tepedino, Helena Sanseverino Dillenburg, Heloisa Helena Barboza, Jorge Cesa Ferreira da Silva, José Fernando Simão, José Roberto de Castro Neves, Judith Martins Costa, Luiz Alberto Gurgel de Faria, Luiz Edson Fachin, Marcelo Andrade Fêres, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Marcos de Souza Paula, Marcus Vinicius Vita Ferreira, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Maria Paula Cassone Rossi, Maria Tereza de Assis Moura, Marina Amari, Marlon Tomazette, Maurício Bunazar, Mauro Alexandre Pinto, Milena Donato Oliva, Nelson Rosenvald, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, Paulo Dias de Moura Ribeiro, Rafael Peteffi da Silva, Ramiro Freitas de Alencar Barroso, Roberta Mauro, Rodrigo Maia da Fonte, Rose Melo Vencelau Meireles, Sebastião Alves dos Reis Júnior, Simone Tassinari Cardoso, Vitor Almeida

QUARTIER LATIN

4. Criopreservação de Óvulos, 675

Paulo Dias de Moura Ribeiro

1. Apresentação.....	675
2. A hipótese.....	676
3. O voto.....	676
4. Conclusão	687

5. As Inovações Reprodutivas e a Interpretação Judicial dos Contratos de Plano de Saúde: O Caso da Criopreservação de Óvulos, 689

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira

1. Negócios jurídicos existenciais x patrimoniais: contratos de saúde.....	689
2. A prevalência dos interesses existenciais na interpretação judicial dos contratos de plano de saúde	694
3. A obrigatoriedade de cobertura dos custos de criopreservação de óvulos em tratamento quimioterápico para câncer de mama.....	705
4. Considerações finais.....	712

6. O Dever Alimentar e sua Transmissibilidade: Comentário ao Recurso Especial nº 1835983/PR, 717

Rose Melo Vencelau Meireles

1. O Recurso Especial nº 1835983/PR.....	717
2. A transmissibilidade do dever alimentar e seus limites	718
2.1. Dívidas anteriores ao óbito	718
2.2. Dívidas posteriores ao óbito.....	719
3. Reserva de meação e antecipação de partilha.....	723
Conclusões	724

7. Parâmetros para a Comunicação das Cotas Sociais Anteriores à União – Análise do Recurso Especial 1.173.931. Distinção entre o mero fato econômico e os movimentos societários com atos volitivos, 727

Simone Tassinari Cardoso e Helena Sanseverino Dillenburg

1. Introdução	727
2. O Recurso Especial nº 1.173.931/RS, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino	730
3. O mero fenômeno econômico, a ausência de esforço comum e a possibilidade de distinção das situações jurídicas em que está presente o elemento volitivo.....	733

5. AS INOVAÇÕES REPRODUTIVAS E A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE: O CASO DA CRIOPRESERVAÇÃO DE ÓVULOS

PAULA MOURA FRANCESCONI DE LEMOS PEREIRA¹

1. NEGÓCIOS JURÍDICOS EXISTENCIAIS X PATRIMONIAIS: CONTRATOS DE SAÚDE

A sociedade contemporânea digital, biotecnológica e medicalizada apresenta cada vez mais novos serviços de saúde, novos dispositivos médicos, medicamentos e alternativas de tratamentos e cuidados, inclusive preventivos. São exemplos os medicamentos baseados em terapias gênicas,² exames genéticos³ preditivos,⁴ exames pré-implantatórios

-
- 1 Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Advocacia Pública pela PGE-CEPED-UERJ. Especialista em Direito Médico e Direito Farmacêutico pela Universidade de Coimbra-PT. Professora do Departamento de Direito da PUC-Rio. Vice-Presidente da Comissão da OAB-RJ de Órgãos e Sucessões e Membro da Direção de Direito Civil. Coordenadora Adjunta de Direito Civil da ESA-RJ. Advogada. plemos77@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5276030017603037>.
 - 2 Medicamento à base de terapia gênica é considerado o mais caro do mundo e já aprovado pela ANVISA, e que por meio de decisão judicial foi determinado seu fornecimento pelo SUS, conforme decisão do STF. Disponível em: https://antigo.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content%2FassetEntryId=5989035&_101_type=content%2FgroupId=219201&_101_urlTitle=aprovado-registro-de-produto-de-terapia-genica&inheritRedirect=true <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=513478&ori=1#:~:text=A%20decis%C3%A3o%20do%20ministro%20Cristiano,rem%C3%A9dio%20mais%20caro%20do%20mundo>. Acesso em: 19 out. 2023.
 - 3 Destaca-se o mapeamento genético para prevenção de câncer de ovário. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/1445-dia-mundial-de-combate-ao-cancer-de-ovario>. Acesso em: 19 out. 2023.
 - 4 “Existem algumas modalidades de testes à disposição das pessoas. Uma delas é a chamada genética recreativa, como os exames que determinam a ancestralidade de um indivíduo a partir de uma amostra da saliva. Ainda nessa linha, é possível desenhar um painel de bem-estar, mostrando quais alimentos são mais adequados para uma pessoa, por exemplo.” Disponível em: <https://oglobo.globo.com/conteudo-de-marca/illumina/noticia/2022/08/testes-geneticos-salvam-vidas-mas-ainda-sao-restritos-a-poucas-pessoas.ghtml>. Acesso em: 19 out. 2023.

feitos em embriões,⁵ exames de sangue que detectam doenças genéticas (NIPT),⁶ diagnóstico de Alzheimer,⁷ ultrassonografias com uso de inteligência artificial,⁸ aplicativos de monitoramento,⁹ telemedicina que utiliza inteligência artificial (telemedicina inteligente).¹⁰

O novo mercado desafia os operadores do direito quanto aos instrumentos jurídicos que serão utilizados para dar concretude às novas necessidades de consumo e às novas possibilidades trazidas pelos avanços científicos em várias áreas do saber, em especial, na Medicina, Biomedicina, Farmácia. Surge, portanto, uma diversidade de relações jurídicas, que se constrói de variadas formas, a fim de atender às demandas sociais e pessoais de saúde.

A autonomia privada negocial legitima a elaboração de diversos tipos de negócios jurídicos em que as partes podem se valer de vários arranjos para garantir o exercício de sua liberdade, modulando os efeitos de suas vontades. Mas, quando se trata de questões atinentes à disponibilidade do corpo, tanto o físico como o digital, da saúde, da integridade psicofísica da pessoa humana indaga-se: os negócios jurídicos típicos já disciplinados no ordenamento jurídico são suficientes? Quais os valores envolvidos e qual a principiologia constitucional aplicável às situ-

5 C.f. PEREIRA, p. M. F. L. Responsabilidade civil e diagnóstico genético embrionário. In: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula. (Org.). *Responsabilidade civil: novos riscos*. 1ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, v., p. 331-348.

6 Disponível em: <https://www.fleurygenomica.com.br/exames/pre-natal-nao-invasivo/> Acesso em: 19 out. 2023.

7 Disponível em: <https://www.al.pi.leg.br/tv/noticias-tv-1/novo-exame-de-sangue-pode-ajudar-no-diagnostico-de-alzheimer> Acesso em: 19 out. 2023.

8 Disponível em: <https://summitsaude.estadao.com.br/tecnologia/inteligencia-artificial-ajuda-no-diagnostico-de-doencas-cardiacas/#:~:text=Intelig%C3%A2ncia%20artificial%20e%20ultrassom&text=Al%C3%A9m%20de%20perceber%20a%20doen%C3%A7a,cora%C3%A7%C3%A3o%20ou%20em%20ovasos%20sangu%C3%ADneos>. Acesso em: 19 out. 2023.

9 "A healthtech Starbem disponibilizou o app StarCheck que fornece, em 30 segundos, indicativos de saúde. Graças à inteligência artificial que funciona pela câmera do celular, a ferramenta é capaz de medir nível de estresse, pressão arterial, frequência cardíaca e respiratória e outros dados de saúde." Disponível em: <https://medicinasa.com.br/app-gratuito-starbem/> Acesso em 21 out. 2023.

10 PEREIRA, p. M. F. L. A Telemedicina Inteligente no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Lex Medicinæ*, v. 1, p. 73-92, 2022.

ações jurídicas que têm como objeto a saúde humana? Como tem sido a interpretação judicial dos contratos de saúde?

O instrumento jurídico central e mais utilizado para obtenção de produtos e serviços que envolvem a saúde é o contrato.¹¹ Todavia, sua estrutura patrimonial nem sempre contempla os interesses existenciais envolvidos, devendo ser funcionalizado de maneira a compatibilizar os que devem ser tutelados, o que abrange tanto a livre iniciativa, os interesses econômico-financeiros, a saúde, a vida humana. Mas, uma pergunta se faz: pode o pêndulo interpretativo no caso concreto ir mais para um lado do que para o outro? Além disso, existem situações em que são impostos limites pelo próprio legislador à livre disposição corporal (artigo 13 do Código Civil, artigo 124 do Código Penal etc.), além do dirigismo contratual, de acordo com a temática para fins de proteger certos bens jurídicos, estabelecendo em determinados contratos típicos normas de ordem pública como o que ocorre no contrato de plano de saúde.

Algumas situações jurídicas não se revestem de patrimonialidade, o que pode se verificar pela natureza do seu objeto, embora se questione se na sociedade atual teria algum bem sem valor econômico. No entanto, ainda há determinados bens que não podem ser comprados e vendidos, que não podem ser tratados como mercadoria, como bem já pontuou Michael Sandel em sua obra *O que o dinheiro não compra*.¹²

O ordenamento jurídico pátrio veda expressamente a comercialização de sangue e órgãos, como dispõe o art. 199, parágrafo 4º, da Constituição Federal.¹³

11 Contratos atípicos – não limitação dos negócios jurídicos. O Código Civil prevê a liberdade contratual no artigo 425 que dispõe: Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

12 SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra*. 12. ed. [S. l.]: Civilização Brasileira, 2012.

13 A Lei nº 10.205/2001, que regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades e dá outras providências, Lei nº 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Está em tramitação o Projeto de Lei nº 1.774, de 2023 (Dos Srs. Maurício Carvalho e Marangoni) para alterar a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos,

Aliás, está em tramitação Projeto de Emenda Constitucional, PEC 10, de 2022,¹⁴ que exige uma legislação específica para regulamentar a utilização de plasma humano para desenvolvimento de novas tecnologias e produção de medicamentos destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS), abrindo espaço para comercialização. Outros casos em que se afasta o caráter lucrativo e comercial estão previstos em normas éticas, que integram o arcabouço normativo brasileiro e que se alinham aos princípios bioéticos e constitucionais como: o) a doação de óvulos,¹⁵ sêmen, embrião (Item IV.1 da Resolução nº 2.320/2022 do CFM); ii) a gestação de substituição (Item VII.2, da Resolução nº 2.320/2022 do CFM); iii) a participação de seres humanos em pesquisas clínicas mediante remuneração¹⁶ (Item II.10 da Resolução nº 466/2021 do CNS).

Alguns doutrinadores defendem a patrimonialidade como elemento da obrigação,¹⁷ do contrato. Logo, dependendo do seu objeto, essa espécie de negócio jurídico não será adequada para efetivar a vontade existencial, eis que não são aplicáveis determinadas obrigações e consequências quando houver, por exemplo, inadimplemento contratual. Vejam os casos de participação em pesquisas clínicas, gestação por substituição, em que se garante o direito a revogar o consentimento sem qualquer penalidade, além de ter de haver gratuidade do ato, vedação à cláusula ex-

tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, para instituir a doação presumida de órgãos, salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei.

- 14 Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/152715?_gl=1*fkdsmt*_ga*MTA5NTI4ODUyMC4xNjk3MTQoMTEz*_ga_CW-3ZH25XMK*MTY5NzEoNDExMy4xLjEuMTY5NzEoNDIwMy4wLjAuMA. Acesso em: 19 out. 2023. Em relação à PEC 10/2022 diversas entidades já se pronunciaram contrário como o CONASSS, o CONASEMS, a FIOCRUZ [chrome-extension://efaidnbmnmbpcajpcglclefindmkaj/https://conasems-ava-prod.s3.sa-east-1.amazonaws.com/institucional/orientacoes/doc-20230822-wa0005-1692754236.pdf](https://efaidnbmnmbpcajpcglclefindmkaj/https://conasems-ava-prod.s3.sa-east-1.amazonaws.com/institucional/orientacoes/doc-20230822-wa0005-1692754236.pdf) <https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-se-posiciona-contrapec-do-plasma>
- 15 WALLAUER, R. J. S.; PEREIRA, p. M. F. L.; PEREIRA, p. M. F. L. A natureza jurídica da doação compartilhada de oócitos em técnicas de reprodução humana assistida. In: TEPE-DINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2019, v. 1, p. 167-189.
- 16 PEREIRA, p. M. F. L.; TERRA, A. M. V.. Considerações acerca do estatuto jurídico do corpo humano. *Revista Dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 952, p. 37-58, 2015.
- 17 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações*. rev. e atual. volume II, 31ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. vol I, 10 ed., Coimbra, 2010, p. 101.

cludente de responsabilidade, entre outros fatores que demonstram as peculiaridades das situações jurídicas existenciais.

O contrato não é o único instrumento jurídico utilizado para regular situações que envolvem a saúde, pois cada vez mais tem-se utilizado as declarações unilaterais de vontade, principalmente quando se trata da disposição do próprio corpo, como é o caso dos termos de consentimentos livre e esclarecido;¹⁸ os testamentos vitais;¹⁹ as procurações para cuidados de saúde,²⁰ entre outros não nomeados.

Nesse contexto, é fundamental diferenciar os negócios jurídicos existenciais dos patrimoniais destacando que o ordenamento jurídico ainda carece de estruturas típicas que contemplem as especificidades das situações jurídicas existenciais. Para António Menezes Cordeiro: “É patrimonial a situação cuja troca por dinheiro seja admitida pelo Direito. Quando a ordem jurídica proíbe os negócios que postulam a troca, por dinheiro, de determinadas situações, estas serão não-patrimoniais.”²¹ E, para além dessa dicotomia, existem os negócios jurídicos chamados de mistos, dúplices, pois apresentam tanto natureza patrimonial quanto existencial, como bem definem Nelson Konder e Ana Carolina Brochado.²²

Quando os negócios híbridos envolvem a saúde humana, prefere-se utilizar a denominação negócios jurídicos predominantemente existenciais, pois, a despeito de ter a presença da patrimonialidade, da remuneração, tem por objeto a saúde, a vida, o corpo e outros direitos atrelados,

18 Nesse sentido: PEREIRA, p. M. F. L. A Responsabilidade Civil nos ensaios clínicos. 1. ed. São Paulo: Foco, 2019.

19 Cf. DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP. Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil, v. 7, p. 1-16, 2018.

20 Nesse sentido Luciana Dadalto. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-medico-e-bioetica/369477/validade-e-eficacia-da-procuracao-para-cuidados-de-saude> Acesso em 02 nov. 2023.

21 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Imprensa: Coimbra, Almedina, 2000, p. 307-308.

22 TEIXEIRA, A. C. B.; KONDER, C. N. P. Situações jurídicas dúplices: continuando o debate sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: Ana Carolina Brochado Teixeira; Renata de Lima Rodrigues. (Org.). *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. 1ª ed. Indaiatuba: Foco, 2019, v. 01, p. 135-160.

tais como a liberdade, a igualdade e o planejamento familiar. São exemplos de negócios jurídicos predominantemente existenciais contratos de prestação de serviços médico-hospitalares e os contratos de planos de saúde.

Os contratos de prestação de serviço médico são considerados pela doutrina como de natureza *sui generis*,²³ têm natureza predominantemente existencial, que atrai maior proteção por ter como objeto a saúde, a integridade psicofísica do paciente, com deveres que vão além do ato médico central. Na relação médico-paciente existem direitos e deveres em uma via de mão dupla com destaque para os de sigilo, confidencialidade, proteção de dados pessoais e sensíveis, o de cuidado, o de informar, o de esclarecer.²⁴

Da mesma forma, os contratos de planos de saúde apresentam natureza predominantemente existencial, mas possuem forte intervenção estatal em todos os âmbitos, seja por meio de lei que estabelece seu conteúdo e alcance, seu controle por órgão regulatório, e pelo Poder Judiciário, que, na análise de casos concretos, acaba por realizar revisões contratuais para afastar determinadas cláusulas contratuais restritivas e consideradas nulas. Tudo para garantir a cobertura de tratamentos, fornecimento de medicamentos, entre outros em prol da tutela da dignidade da pessoa humana e seus atributos (liberdade, igualdade, solidariedade, integridade psicofísica).²⁵

2. A PREVALÊNCIA DOS INTERESSES EXISTENCIAIS NA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

As multifacetadas contratuais propiciam uma pluralidade de arranjos para atender diversos interesses, e serão classificados de acordo com seus

23 C.f. TEPEDINO. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Jurídica* (Porto Alegre), v. 311, p. 1, 2003.

24 PEREIRA, p. M. F. L. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. 1ª ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2011.

25 C.f. BODIN de MORAES, Maria Celina. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. In: Ingo W. Sarlet. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, v., p. 107-151.

elementos estruturais que não dispensarão uma análise funcional, causal e aplicação de princípios contratuais que darão o equilíbrio às relações, em conformidade com a função social, a boa-fé, a solidariedade social.

A qualificação dos contratos é feita de diversas formas pela doutrina, mas um grande marco divisor das situações jurídicas defendido por Pietro Perlingieri,²⁶ entre situações patrimoniais e existenciais, também pode ser utilizado para as espécies contratuais. Portanto, poder-se-á dividir os contratos em patrimoniais e os predominantemente existenciais. Afasta-se, de plano, a classificação em contratos existenciais, pois seria uma contradição em termos, já que a patrimonialidade é um dos elementos da obrigação que tem como fonte o contrato.

Essa diferenciação é fundamental para orientar o intérprete ao aplicar determinados princípios e regras, sendo que, em se tratando de contratos predominantemente existenciais, o pêndulo, em regra, se inclinará para maior salvaguarda dos valores existenciais, ou seja, a tutela da vida, da saúde psicofísica. Para tanto, haverá uma maior intervenção estatal, um dirigismo contratual, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do direito.

Teresa Negreiros propõe o “paradigma da essencialidade” para uma reclassificação dos contratos, de sorte que, quanto mais essencial o bem da vida objeto do contrato, maior deverá ser a ingerência de normas de ordem pública, pois mais intensa sua função social, haja vista a “primazia das situações existenciais sobre as situações patrimoniais.”²⁷

Antonio Junqueira de Azevedo,²⁸ por sua vez, defende que a dicotomia contratual do século XXI refere-se aos contratos existenciais e aos contratos de lucro, sendo importante essa diferenciação para que o operador do direito possa identificar o regime normativo a ser aplicado. Para ele, os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência, po-

26 PIETRO, Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*. tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 760-892.

27 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.

28 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil* - V. 45 jan./mar. 2011 Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 106.

dendo se estender, por equiparação, às pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Por essas razões, por se tratar de pessoas que precisam atender às suas necessidades fundamentais, deverá o julgador respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação etc., de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Os contratos de lucro, por sua vez, são aqueles celebrados entre empresas ou entre profissionais e defendem que a interferência do Estado juiz na relação contratual afeta o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões, o que deve ser minimizado.

Rose Melo Vencelau Meireles denomina de negócios (bio) jurídicos aqueles que “têm por referencial objetivo aspectos da saúde e do corpo do declarante”, os quais se classificam como unilateral ou bilateral; onerosos ou gratuitos; inter vivos ou mortis causa, atendendo à sua função se encontrar merecimento de tutela nos valores constitucionais, sobretudo da dignidade e da solidariedade. Mas defende que não se admitem negócios (bio) jurídicos onerosos, pois a gratuidade é essencial à sua natureza, sob o fundamento que o ordenamento jurídico veda a atribuição de preço à disposição sobre o corpo, o que garante sua espontaneidade (art. 199, §4º, CF, art. 14, 106, ambos do CC, Lei 9.434/1997, Resolução nº 1.358/92 do CFM). Aos negócios (bio) jurídicos não se aplicariam integralmente a disciplina codificada do negócio jurídico, pois cuida de disposições existenciais, relacionadas ao corpo humano, e que podem ser inconciliáveis com regras de negócios jurídicos patrimoniais.²⁹

Os contratos de planos de assistência à saúde³⁰ classificam-se, portanto, como predominantemente existenciais e são regulados de forma

29 “Ausente a gratuidade, não haveria a garantia de consentimento livre, pois a pessoa que dispõe de sua situação subjetiva existencial pode estar movida por interesse econômico, enquanto que a pessoa que é referencial objetivo de tutela nas situações existenciais é valor e não um bem que possa ser apropriado.” MEIRELES, Rose Melo Vencelau. _____. Negócios (bio)jurídicos. IN: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coords.). *Dos Hospitais aos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 628-630. *passim*

30 “o pacto celebrado entre a entidade e o beneficiário, no qual este se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária e periódica, ainda que de forma indireta, sob forma de benefício salarial, ao passo que aquele se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus financeiro, tão somente, nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente

mais controlada. Outra classificação se extrai da sua natureza securitária,³¹ pois tem uma sistemática semelhante ao seguro, na medida em que nos contratos de plano de saúde as operadoras constituem e administram um fundo comum distribuído por meio de contratos individuais ou por grupos constituídos para alocar a cada beneficiário, de acordo com as cláusulas contratuais, receita suficiente para cobrir os riscos contratados, o que confere o caráter de mutualidade.

Logo, a interpretação deve se dar considerando não só os aspectos existenciais como essa peculiaridade securitária, pois se enquadra como um contrato sinalagmático, oneroso, comutativo, de adesão, formal, de execução diferida, por prazo indeterminado, de longa duração, relacional, e que, por isso, deve-se assegurar o equilíbrio das prestações por meio da confiança mútua, da boa-fé e da cooperação, a fim de garantir a tutela das expectativas legítimas das partes contratantes. Portanto, há uma miríade de princípios aplicáveis não só quanto à esfera da proteção da dignidade humana dos usuário, mas também no que se referem aos aspectos técnicos, econômico-financeiros e atuariais.

A prestação dos serviços de assistência à saúde se insere no tipo contratual de maior controle estatal e as operadoras e planos de saúde são pessoas de direito privado que integram o sistema de saúde suplementar previsto no artigos 197 e 199, ambos da Constituição Federal, aplicando o disposto na Lei nº 9.656/1998, além do controle regulatório exercido pela Agência Nacional de Saúde – ANS.

A Lei nº 9.656/1998, que constitui norma de ordem pública e que, portanto, não pode ser afastada pela vontade das partes, estabelece nos

cobertas. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*. Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 167.

- 31 “Embora não se trate de seguro, os contratos celebrados pelas empresas de medicina de grupo e cooperativas de serviços médicos, na realidade, dele se aproximam, pois têm em comum uma contraprestação pecuniária preestabelecida para coibir os riscos de eventual doença. Podem ser caracterizados como contratos aleatórios regulados pelos arts. 458 e parágrafos do Código Civil, onde o adquirente paga o preço correndo o risco de não receber o respectivo serviço se o evento coberto não vier a ocorrer.” FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 201. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 892.

artigos 10 e 12 a instituição de um plano-referência de assistência à saúde, com coberturas mínimas assistenciais médico-ambulatorial e hospitalar, incluindo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com observância de determinados padrões, consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente, entre outras. No entanto, excetua alguns tratamentos, como, por exemplo, os experimentais, os para fins estéticos, a inseminação artificial, o fornecimento de medicamentos não nacionalizados, para uso domiciliar.

Os contratos de assistência à saúde celebrados por operadores de plano para além da intervenção pelo Poder Legislativo por meio de lei que estabelece conteúdos mínimos de cobertura e restrições na prestação, do Executivo com a fiscalização, controle dos atos e aplicação, inclusive, de sanções (artigos), também passarão pelo controle do Poder Judiciário, que intervêm de forma ativa nessas relações.

A maioria das decisões judiciais acaba por favorecer mais o beneficiário-paciente-consumidor que é a parte mais vulnerável da relação, e por meio de revisões contratuais, declaração de invalidade de determinadas cláusulas garante a cobertura de tratamentos, procedimentos, fornecimento de medicamentos, realização de exames. Um dos fundamentos é a prevalência do bem jurídico merecedor de maior tutela, que é a saúde humana, e que deve ser equilibrado com outros bens e direitos também assegurados na ordem constitucional, tais como a liberdade contratual, econômica, a livre iniciativa.

A judicialização da saúde suplementar pode provocar severos impactos no sistema, haja vista o número de ações, que só em 2023 teve 125,4k processos novos, sendo 61,31k de planos de saúde,³² o que demonstra um aumento substancial, devendo os julgadores se atentar para o consequencialismo das decisões, que vai além das causas individuais, aplicando

32 Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel> Acesso em: 06 nov. 2023.

o disposto nos artigos 20 e 21 da LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e artigo art. 93, IX, da CF e art. 489 do CPC.

O Superior Tribunal de Justiça tem julgado diversas demandas que versam sobre contratos de saúde e, em maior número, as que envolvem os planos e operadoras de saúde e que revelam os dilemas da judicialização da saúde.

Nesse contexto, destaca-se o importante papel do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino em suas produções científicas que versam sobre direitos do consumidor e que bem pontua a evolução da responsabilidade civil do fornecedor, o papel impulsionador da jurisprudência na resolução de conflitos decorrentes de acidentes de consumo. Em sua obra “Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor”³³ ressalta a sistematização de um microsistema normativo cuja exegese não se prende à literalidade dos dispositivos consumeristas, cabendo uma interpretação sistemática e teleológica juntamente com o Código Civil e os princípios, com constante atualização por meio da “jurisprudência” dos princípios e a missão jurisdicional de oxigenação e revitalização do direito.

Além disso, foi primordial a atuação do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino como intérprete em concreto ao proferir seus votos em demandas de contratos de plano de saúde em que utilizou o vetor interpretativo favorável ao consumidor, os princípios contratuais da função social, em razão de o objeto ser a assistência à saúde, incolumidade física,³⁴ a vida humana,³⁵ bem existencial, diferentemente de outras relações contratuais que têm por objeto um bem patrimonial.³⁶ Da análise feita de 27 julgados entre os anos de 2011 a 2022, em que o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino foi relator, em 21 julgados suas decisões foram favoráveis ao consumidor, considerando princípios constitucionais e contratuais.³⁷

33 SANSEVERINO, p. T. V.. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 375.

34 AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1836334 – SP.

35 RECURSO ESPECIAL Nº 1.243.632.

36 RECURSO ESPECIAL Nº 1994639 – SP.

37 Julgados favoráveis ao consumidor (com exceção dos julgados referentes ao reajuste por faixa etária) AgInt no RECURSO ESPECIAL No 1836334- Julgado em 2022

Importante decisão e de grande relevo de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino foi a que versou sobre a validade de cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária e o ônus da prova da base atuarial do reajuste no Recurso especial 1.715.798/DF, ao qual outros recursos foram afetados, gerando o Tema 1016/STJ.

Nesse caso, foi fundamental a decisão do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino de convocar audiência pública em virtude da relevância da discussão, as questões técnicas que a controvérsia suscitou, e o número elevado de demandas sobrestadas em virtude da afetação deste repetitivo (1.512, segundo informação do Banco Nacional de Demandas Repetitivas). A audiência propiciou uma análise mais profunda dos diversos fundamentos relevantes para a consolidação de uma tese jurídica sobre o tema.

Nesse caso, o cerne central foi equilibrar alguns interesses mercedores de tutela, tais como: i) os econômico-financeiros dos prestadores de serviço de assistência à saúde (Operadoras de Saúde) respaldados na livre iniciativa e ancorados no Texto Constitucional (arts. 170, III e 199); ii) os dos beneficiários do plano de saúde, em especial das pessoas idosas que demandam maior proteção em razão de sua vulnerabilidade e por se tratar dos direitos fundamentais à vida e à saúde, sendo o último também importante direito de cunho social, todos assegurados na Constituição Federal (arts. 1º, III, 6º, 196 e 197). Em uma primeira leitura, a decisão aparenta não ter dado prevalência aos interesses existen-

,AgInt no RECURSO ESPECIAL No 1854366 - DF - Julgado em 2022, RECURSO ESPECIAL No 1.751.453 - MS (2018/0160709-1)- julgado em 2021, AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL No 1591264- julgado em 2021, AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL No 1571523- Julgado em 2021, AgInt no RECURSO ESPECIAL No 1774203 - RS- Julgado em 2021, AgInt no RECURSO ESPECIAL No 1772800 - RS- Julgado em 2020, AgInt no RECURSO ESPECIAL No 1780206 - DF- Julgado em 2020, AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL No 1400756 - RS- Julgado em 2020, RECURSO ESPECIAL No 1.585.614 - SP- Julgado em 2019, AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1735119 - SP- Julgado em 2018, AgInt no RECURSO ESPECIAL No 1.726.265 - SP- Julgado em 2018, AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL No 1.100.707 - SP- Julgado em 2018, AgInt no RECURSO ESPECIAL No 1.688.811 - SP- Julgado em 2018, AgInt no RECURSO ESPECIAL No 1.599.564 - SP- Julgado em 2018, AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL No 891.282 - RJ- Julgado em 2017, AgRg no RECURSO ESPECIAL No 1.300.825 - SP- Julgado em 2014, RECURSO ESPECIAL No 1.249.701 - SC- Julgado em 2012, AgRg no RECURSO ESPECIAL No 1.260.121 - SP- Julgado em 2012, RECURSO ESPECIAL No 1.243.632 - RS- Julgado em 2012, AgRg no RECURSO ESPECIAL No 1.201.998 - RJ- Julgado em 2012.

ciais, no entanto, a peculiaridade da natureza securitária do contrato de plano de saúde somado ao seu caráter predominantemente existencial confere ao intérprete um olhar que vai para além dos pleitos individuais e dos casos concretos de tratamentos de saúde e cobertura. O reajuste por faixa etária não se distancia da aplicação dos princípios da função social e da solidariedade.³⁸

A tese firmada do Tema 1016/STJ foi: “(a) Aplicabilidade das teses firmadas no Tema 952/STJ aos planos coletivos, ressaltando-se, quanto às entidades de autogestão, a inaplicabilidade do CDC; (b) A melhor interpretação do enunciado normativo do art. 3º, II, da Resolução n. 63/2003, da ANS, é aquela que observa o sentido matemático da expressão ‘variação acumulada’, referente ao aumento real de preço verificado em cada intervalo, devendo-se aplicar, para sua apuração, a respectiva fórmula matemática, estando incorreta a simples soma aritmética de percentuais de reajuste ou o cálculo de média dos percentuais aplicados em todas as faixas etárias.”

Outro caso relevante de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino e que será objeto de análise foi o Resp 1.815.796-RJ referente ao custeio pelos planos e operadoras de saúde do serviço de criopreservação de óvulos de pacientes para paciente acometida de câncer até o fim da quimioterapia.

O caso revela os avanços biotecnológicos, da Medicina, que apresentam novos serviços e produtos ao consumidor por meio das técnicas de reprodução humana assistida, e com isso, novas alternativas à infertilidade, à efetivação do exercício da autonomia reprodutiva, a proteção à parentalidade e ao planejamento familiar (art. 5º, 6º, 196, todos da Constituição Federal).

Todavia, o alcance a esses serviços e produtos tem um custo o que deu ensejo a algumas controvérsias quanto à cobertura ou não desse tratamento por parte dos planos e operadoras de saúde e do Estado.

38 PERERIRA, p. M. F.L. A interpretação da cláusula de reajuste por faixa etária em contrato de plano de saúde coletivo. *Revista do Advogado*, v. 146, p. 118-131, 2020.

No que diz respeito à saúde suplementar, de um lado a tese de que defende a cobertura pelo plano de saúde com base no Código de Defesa do Consumidor, que determina interpretação mais favorável ao usuário das cláusulas contratuais (art. 47 e art. 423, CC), pelo que considera abusivas as que afastam alguns direitos e coloca o usuário em desvantagem (art. 51, IV e §1º, II).³⁹ Por essa razão, como a infertilidade é reconhecida como doença, consoante a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde⁴⁰, e é direito assegurado na Constituição Federal e normas infraconstitucionais o planejamento familiar (art. 226, parágrafo 7º, Lei nº 9.263/96, artigos 3, parágrafo único, inciso I e 9º, art. 1565, parágrafo 2º, do CC), deve ser assegurado o tratamento de reprodução humana, na modalidade de Fertilização *in Vitro*, por ser considerado o procedimento mais eficaz da medicina reprodutiva, com maior taxa de gravidez, dependendo do diagnóstico da infertilidade do casal e da idade materna, o que estaria previsto na própria Lei nº 9.656/98 (art. 35-C, III), que prevê expressamente que os planos de saúde são obrigados a cobrir atendimentos nos casos de planejamento familiar, o que envolve o custeio desse tratamento. Além disso, considera o rol de procedimentos previstos em resolução normativa da ANS exemplificativo.⁴¹

Por outro lado, defende-se que o tratamento de fertilização *in vitro* é de cobertura facultativa pelos planos de saúde, pela interpretação dos artigos 10 e 35-C, III, da Lei 9.656/98 e atualmente da Resolução Normativa – RN nº 465 de 24 de fevereiro de 2021, atualiza o Rol de Procedimentos

39 BAHIA (Estado). Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação Cível nº 0562462-88.2018.8.05.0001 da Terceira Câmara Cível. Rel. Des. Sandra Inês Moraes Rusciolelli Azevedo. Bahia, 22 de outubro de 2019.

40 Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/organizacao-mundial-da-saude-divulga-nova-classificacao-internacional-de-doencas/#:~:text=A%20Classifica%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20de%20Doen%C3%A7as,doen%C3%A7as%20e%20causas%20de%20morte>. Acesso em: 03 nov. 2021.

41 Trechos extraídos do artigo: PEREIRA, p. M. F. L.. A autonomia reprodutiva da mulher e o acesso às técnicas de reprodução humana assistida à luz da jurisprudência. *Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas*. 2ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, v. 2, p. 473-490.

e Eventos em Saúde⁴² que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no artigo 35, inc. III, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga a Resolução Normativa – RN nº 428, de 7 de novembro de 2017, a Resolução Normativa – RN nº 453, de 12 de março de 2020, a Resolução Normativa – RN nº 457, de 28 de maio de 2020 e a RN nº 460, de 13 de agosto de 2020. Essa resolução disciplina os procedimentos de cobertura obrigatória incluídos no planejamento familiar, art. 35-C, inc. III, da Lei 9.656/98.

Em abril de 2019, a Terceira Turma do STJ analisou a questão no Resp. 1.795.867 – SP, recurso interposto pela operadora de saúde contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a sentença e deferiu o pedido de cobertura de tratamento de fertilização *in vitro* por paciente portadora de um quadro de endometriose pélvica severa que obstruiu suas trompas e produziu a impossibilidade de gravidez espontânea.

42 No que tange ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) instaurou-se a controvérsia acerca da sua taxatividade. No âmbito legislativo teve a edição da Lei nº 14.454/2022, que altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. A respeito do tema, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o rol é, em regra, taxativo, pelo que as operadoras de saúde não estão obrigadas a cobrir tratamentos não previstos na lista. Todavia, o colegiado fixou parâmetros para que, em situações excepcionais, os planos custeiem procedimentos não previstos na lista, nas seguintes situações: “Não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.” Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/o8o62o22-Rol-da-ANS-e-taxativo--com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx> Acesso em: 03 nov. 2023.

De acordo com a decisão recorrida, a cobertura do tratamento é devida pela interpretação dos artigos 10, caput, e 35-C, III, da Lei 9.656/98 por se tratar de casos de planejamento familiar, o que inclui direito de constituição de prole, art. 2º, da Lei 9.263/1996, não aplicando o art. 10, III, da Lei 9.656/98 por ausência de subsunção. Além disso, a inseminação artificial não pode ser confundida com fertilização *in vitro*, por se tratar de procedimentos distintos.

Os ministros, por sua vez, por unanimidade, deram provimento ao recurso especial para reformar a r. decisão recorrida, sob o argumento de que não é obrigatória a cobertura da técnica de fertilização *in vitro*, pela interpretação dos artigos 10, III, e 35-C, III, da Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98), que versam sobre exigências mínimas de ofertas aos consumidores e pela aplicação da Resolução Normativa nº 387/2015, vigente à época do caso em julgamento.⁴³ Restaram vencidos os Ministros Moura Ribeiro e Paulo De Tarso Sanseverino, sob o fundamento principal de que a interpretação deve se dar de forma mais favorável ao consumidor-aderente (art. 47 do CDC e art. 423 do CC), acrescido ao fato de se tratar de direito ao planejamento, se diferenciando a inseminação artificial da fertilização *in vitro*.

A Lei do Plano de Saúde exclui a obrigatoriedade de custear a inseminação artificial, mas determina a cobertura de atendimento no caso de planejamento familiar, tendo a ANS, órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano-referência de assistência à saúde, previsto a possibilidade de exclusão da inseminação artificial do rol de procedimentos que abarcam o planejamento familiar e técnicas a elas

43 Na mesma direção os seguintes julgados: Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1590221. Relatora: Ministra Nancy Andrihgi. Terceira Turma. Julgamento: 07/11/2017. Recurso especial nº 1713429. Relatora: Ministra Nancy Andrihgi. Terceira Turma. Julgamento: 21/08/18. Recurso especial nº 1761246. Relator(a): Ministra Nancy Andrihgi. Terceira Turma. Julgamento: 02/04/19. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1780022. Relator(a): Ministra Nancy Andrihgi. Terceira Turma. Julgamento: 02/04/19. Recurso especial nº 1617970. Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgamento: 20/09/2016. AgInt no REsp 1808166 / SP, Relator(a) Ministro Marco Buzzi, Órgão Julgador T4 - Quarta Turma, Data do Julgamento 30/09/2019, Data da Publicação/Fonte DJe 07/10/2019.

atreladas, nos termos dos arts. 4º, “g”, 17, parágrafo único, III (Resolução Normativa nº 465/2021).

O tema foi enfrentado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça no Enunciado 20, que assim concluiu: “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.”

A matéria foi decidida no Tema 1067/STJ, em que restou definida a seguinte tese: “Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização *in vitro*.”

No entanto, a decisão em apreço no presente artigo foi diversa do Tema 1067/STJ, o que de plano nos confronta a compreender quais foram os fundamentos do *decisum* em apreço (Resp. 1.815.796-RJ) diante da previsão legal que afasta a obrigatoriedade de cobertura pelo plano de saúde de inseminação artificial (art. 10, inciso III, da Lei 9.656/1998). Haveria uma decisão *contra legem*?

3. A OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA DOS CUSTOS DE CRIOPRESERVAÇÃO DE ÓVULOS EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO PARA CÂNCER DE MAMA

Em 26 de maio de 2020, os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, seguiram o voto do Ministro Relator, Paulo de Tarso Sanseverino, por unanimidade, para dar parcial provimento ao Resp 1.815.796-RJ interposto por uma operadora de saúde. O recurso, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, teve por objeto o pedido de reforma da decisão proferida pela Vigésima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, por maioria, condenou a operadora de saúde no pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 além do custeio dos procedimentos médicos necessários ao tratamento oncológico, especialmente a biópsia e o congelamento de óvulos e majorou

atreladas, nos termos dos arts. 4º, “g”, 17, parágrafo único, III (Resolução Normativa nº 465/2021).

O tema foi enfrentado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça no Enunciado 20, que assim concluiu: “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.”

A matéria foi decidida no Tema 1067/STJ, em que restou definida a seguinte tese: “Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização *in vitro*.”

No entanto, a decisão em apreço no presente artigo foi diversa do Tema 1067/STJ, o que de plano nos confronta a compreender quais foram os fundamentos do *decisum* em apreço (Resp. 1.815.796-RJ) diante da previsão legal que afasta a obrigatoriedade de cobertura pelo plano de saúde de inseminação artificial (art. 10, inciso III, da Lei 9.656/1998). Haveria uma decisão *contra legem*?

3. A OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA DOS CUSTOS DE CRIOPRESERVAÇÃO DE ÓVULOS EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO PARA CÂNCER DE MAMA

Em 26 de maio de 2020, os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, seguiram o voto do Ministro Relator, Paulo de Tarso Sanseverino, por unanimidade, para dar parcial provimento ao Resp 1.815.796-RJ interposto por uma operadora de saúde. O recurso, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, teve por objeto o pedido de reforma da decisão proferida pela Vigésima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, por maioria, condenou a operadora de saúde no pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 além do custeio dos procedimentos médicos necessários ao tratamento oncológico, especialmente a biópsia e o congelamento de óvulos e majorou

os honorários advocatícios em razão da sucumbência recursal. Tudo sob o fundamento que o v. acórdão violou dispositivo de lei federal, art. 10, da Lei 9656/98, assim como divergência jurisprudencial.

A decisão da Terceira Turma manteve a condenação da operadora de saúde no custeio da criopreservação dos óvulos, mas limitou a obrigação até a alta do tratamento de quimioterapia prescrito à paciente / recorrida para o câncer de mama, a partir de quando caberá a esta arcar com os eventuais custos, às suas despesas.

O caso traz à baila a interpretação dos limites contratuais e das normas aplicáveis no que diz respeito à obrigatoriedade de inclusão na cobertura pelos planos de saúde do custeio das despesas com o congelamento de óvulos como desdobramento do tratamento médico de câncer de mama.

De acordo com o último relatório anual do INCA – Instituto Nacional de Câncer, datado de setembro de 2023, o câncer de mama é a doença que mais atinge as mulheres de todas as regiões, com maior número nas regiões Sul e Sudeste. Para cada ano do triênio 2023-2025 foram estimados 73.610 casos novos no Brasil, o que significa uma taxa ajustada de incidência de 41,89 casos por 100.000 mulheres (INCA, 2022).⁴⁴

Esse número demonstra a importância do tratamento da doença, da necessidade de prevenção, realização de exames e acompanhamento médicos para evitar maiores complicações. Nesse contexto destaca-se a importância da indicação em casos de diagnóstico de neoplasia maligna de mama do tratamento por quimioterapia e radioterapia, mas que, conforme a literatura médica, podem causar perda da função ovariana devido à depleção folicular, e determinados agentes que causam insuficiência ovariana prematura,⁴⁵ a infertilidade. Por isso, a orientação é para

44 Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgklclefindmkaj/https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files//media/document//relatorio_dados-e-numeros-ca-mama-2023.pdf Acesso em 02 nov. 2023.

45 Kim S, Lee Y, Lee S, Kim T. Ovarian tissue cryopreservation and transplantation in patients with cancer. *Obstet Gynecol Sci.* 2018 Jul;61(4):431-442. doi: 10.5468/ogs.2018.61.4.431. Epub 2018 Jun 28. PMID: 30018897; PMCID: PMC6046360. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6046360/> Acesso em: 29 out. 2023.

que de forma preventiva se reserve o material genético por meio de congelamento de óvulos.

A criopreservação de gameta masculina e feminina faz parte do processo de fertilização *in vitro* e tem ganhado grande proporção no Brasil. Tanto é que, em 2020 e 2021 foram realizados mais de 21 mil ciclos, com 154.630 óvulos congelados e foram congelados com o armazenamento de mais de 202 mil embriões, resultando em mais de 36 mil gestações clínicas no país com as técnicas de reprodução humana assistida, segundo o 14º Relatório do SisEmbrio – Sistema Nacional de Produção de Embriões.⁴⁶ O Brasil lidera o ranking latino-americano dos países que mais realizaram fertilização *in vitro* (FIV), inseminação artificial e transferência de embriões de acordo com a Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida (REDLARA).⁴⁷ Logo, é uma questão de interesse público e que demanda políticas públicas como a divulgação por meio de campanhas, além de aumento no número de clínicas que prestam esses serviços.

O aumento de informações por oncologistas aos seus pacientes sobre a potencial infertilidade relacionada ao tratamento de câncer e uma maior conscientização por meio de campanhas pode propiciar maior procura pelos serviços, tanto no setor público como no privado.

O uso das técnicas de reprodução humana assistida nos casos de infertilidade está diretamente ligado ao direito fundamental à saúde (artigos 6º e 196 da Constituição Federal), mas que também se enquadra no artigo 226, § 7º, da Constituição, que estabelece ser o planejamento familiar de livre decisão do casal, tendo por base os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, cabendo ao Estado a oferta de todos os métodos e técnicas para a concepção e a anticoncepção, cientificamente aceitos (art. 9º da Lei nº 9.263/96). No entanto, apesar

46 Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoainformacao/dadosabertos/informacoes-analiticas/sisembrio> Acesso em: 02 nov. 2023. <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2022/divulgado-relatorio-sobre-fertilizacao-in-vitro-no-pais-em-2020-e-2021>

47 Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redlara.com.br/images/arquivo/2743-RLA.pdf> Acesso em: 02 nov. 2023.

de existir uma Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e destinação de recursos financeiros, o acesso pelo SUS – Sistema Único de Saúde⁴⁸ ainda encontra barreiras, com poucos hospitais disponibilizando e decisões judiciais desfavoráveis.⁴⁹

Na saúde suplementar os contratos de assistência à saúde não preveem esse tipo de cobertura e quando solicitado pelos beneficiários a resposta é pela não cobertura por força do contrato e respaldo legal e regulatório.

De acordo com o art. 10 da Lei 9.656/98 e atualmente⁵⁰ o art. 17, III, da Resolução nº 465 da ANS, de 24/02/2021, a inseminação artificial se enquadra no rol de procedimentos de cobertura facultativa, enquanto que há a obrigatoriedade de atendimento no planejamento familiar, art. 35-C, inc. III, da Lei 9.656/98.⁵¹ Logo, como interpretar os contra-

48 Portaria nº 426, 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. 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. file:///C:/Users/plemo/Downloads/portaria_ms_426_2005_integra.portaria_ms_426_2005_integra.pdf https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html

49 Apelação. Ação de obrigação de fazer. autora portadora de deformidade tubária bilateral. Pretensão de custeio de procedimento de fertilização in vitro pelos entes públicos réus. sentença de procedência. irresignação da demandante e do ente estatal. pretensão autoral não inserida no preceito fundamental de proteção à saúde. direito ao planejamento familiar. política pública. reserva do possível. recursos públicos que devem atender prioritariamente às necessidades básicas dos próprios cidadãos hipossuficientes, de modo a preservar-lhes a saúde e a vida. reforma da solução de 1º grau que se impõe para julgar improcedente o pleito da demandante. primeiro recurso, interposto pelo estado do rio de janeiro, conhecido e provido. prejudicado o segundo. (0007088-06.2015.8.19.0052 – apelação. des(a). mauro dickstein – julgamento: 27/10/2020 – décima sexta câmara cível). Ação objetivando o custeio de técnica de reprodução assistida (fertilização in vitro) pelo estado do Rio de Janeiro – Infertilidade feminina – Ausência de risco à saúde ou à vida – Situação não compreendida no dever do estado preconizado no art. 196 da c.r.f.b. – Recurso conhecido e desprovido. (0010713-44.2016.8.19.0042 – apelação. des(a). ricardo couto de castro – julgamento: 13/12/2017 – sétima câmara cível) RECURSO ESPECIAL Nº 1.845.015 – PR (2019/0319072-6).

50 Anteriormente a matéria era disciplinada pelas Resoluções Normativas nºs: 192/09 e 387/15 da ANS.

51 Nesse sentido merece citar os seguintes julgados de vários Tribunais de Justiça do Brasil: BRASÍLIA (Distrito Federal). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 0717160-32.2017.8.07.0001, da Sexta Turma Cível. Rel. Des. Vera Andrighi. Brasília, 10 de maio de 2018. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1114468-92.2016.8.26.0100 da Terceira Câmara de

tos que afastam essa cobertura à luz da normativa aplicável e dos interesses merecedores de tutela?

Segundo a autora da ação, ela foi informada após diagnóstico de câncer de mama, que o tratamento quimioterápico, independente da droga utilizada, tem como um de seus efeitos a falência ovariana prematura e com risco de amenorreia (falta de menstruação), ou seja, risco de ficar estéril. Por essa razão, foi indicado pela médica, tendo em vista a idade da paciente e o fato de não ter ainda filhos, o congelamento de óvulos antes do início do tratamento de quimioterapia. Tal ato de acordo com a tese autoral foi considerado parte integrante do tratamento oncológico necessário para garantir sua incolumidade e integridade física. Logo, tendo em vista o disposto no artigo 35-C da Lei nº 9.656/98, que determina a obrigatoriedade da cobertura nos casos de planejamento familiar, e a aplicação do princípio da função social e da boa-fé objetiva nos contratos de assistência à saúde que associa os aspectos econômicos à garantia de uma vida com dignidade (art. 421 do Código Civil), a autora requereu o custeio pelo plano de saúde dos serviços de criopreservação. Além disso, alegou que cabe ao operador de saúde assegurar o procedimento que é indispensável para lesões irreparáveis como a que causa a esterilidade. Além desse pedido foi formulado outro referente ao custeio de biópsia, indenização por danos materiais e morais, os quais não serão objeto de apreço no presente artigo.

A operadora de saúde ré, sustentou, em síntese, a facultatividade de exclusão por contrato de determinados procedimentos, como o caso da inseminação artificial, como autoriza o disposto no artigo 10 da Lei nº 9.656/98 e o artigo 20, parágrafo 1º, III, da Resolução nº 387/2015 da ANVISA, que estava vigente a época. Desta forma, não poderia ser compelida a arcar com custos de procedimento que os próprios órgãos regu-

Direito Privado. Rel. Des. Nilton Santos Oliveira. São Paulo, 17 de setembro de 2018; BRASÍLIA (Distrito Federal). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 0708835-68.2017.8.07.0001, da Primeira Turma Cível. Rel. Des. Roberto Freitas. São Paulo, 07 de fevereiro de 2019. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0010524-91.2016.8.19.0066 da Vigésima Câmara Cível. Rel. Des. Conceição Aparecida Mousnier Teixeira de Guimarães Pena. Rio de Janeiro, 04 de junho de 2018.

que negaram à autora o direito à cobertura dos procedimentos médicos necessários ao tratamento oncológico, especialmente a biópsia e o congelamento de óvulos, bem como para condenar a ré ao pagamento de R\$10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos, majorando os honorários advocatícios anteriormente fixados a 12 % em razão da sucumbência recursal da apelante ré, na forma do art. 85 do NCPC. Nos termos do voto condutor da lavra da Desembargadora Maria Luiza de Freitas Carvalho, vogal designada para lavrar o acórdão, aplica-se à hipótese vertente o disposto nos artigos 35-C, incisos I e III, e 35-F da Lei 9.656/96, sendo obrigatória a cobertura da criopreservação de óvulos como medida necessária para prevenir seqüela da doença e garantir a fertilidade, citando julgados anteriores semelhantes (TJRJ, Agravo de Instrumento 0057944-33.2015.8.19.0000, da 27 Câmara Cível, Apelação 1120302-13.2015.8.26.0100, 10 Câmara de Direito Privado).

Restou vencido o voto da Desembargadora Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio, que foi no sentido da não obrigatoriedade do plano réu em custear por tempo indeterminado a técnica de congelamento de óvulos. O fundamento levou em consideração o fato de que o procedimento de congelamento de óvulos não se trata de um tratamento complementar ou etapa do tratamento oncológico (art. 18 da Resolução n 387/2015) a que a paciente precisaria se submeter, seria um desdobramento da doença, tanto que os laudos médicos se referiam apenas a uma orientação para procurar um serviço especializado em fertilização para congelamento de óvulos, já que a paciente era jovem e tinha desejo de constituir família. O congelamento de óvulos serviria apenas para resguardar um evento futuro e incerto, a gestação, não havendo como precisar quando a autora faria a fertilização. Logo, a criopreservação de oócitos por tempo indeterminado extrapolaria o dever legal contratual da operadora em auxiliar a segurada em seu planejamento familiar.

A decisão *a quo* foi parcialmente reformada pela Terceira Turma como acima referido tão somente para limitar o tempo de custeio pelo plano de saúde do congelamento de oócitos durante o tratamento quimioterápico, e após seu término caberá à beneficiária arcar com os eventuais custos, às suas expensas, se necessário.

712 – AS INOVAÇÕES REPRODUTIVAS E A FÉ

O fundamento central do *decisum* partiu da distinção entre o tratamento da infertilidade – que, segundo a jurisprudência, não é de cobertura obrigatória pelo plano de saúde (REsp 1.590.221/DF, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe de 13/11/2017) – e a prevenção da infertilidade, enquanto efeito adverso do tratamento prescrito ao paciente e coberto pelo plano de saúde. Essa decisão, inclusive, serviu de parâmetro para o acórdão mais recente publicado em agosto de 2023, de relatoria da Ministra Nancy no Recurso Especial nº 1.962.984 – SP, que ao ponderar entre a legítima expectativa da consumidora e o alcance da restrição estabelecida pelo ordenamento jurídico quanto aos limites do contrato de plano de saúde estabeleceu a obrigação de custeio. Isto porque, nas palavras do relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, “se a operadora cobre o procedimento de quimioterapia para tratar o câncer de mama, há de fazê-lo também com relação à prevenção dos efeitos adversos e previsíveis dele decorrentes, como a infertilidade, de modo a possibilitar a plena reabilitação da beneficiária ao final do seu tratamento, quando então se considerará devidamente prestado o serviço fornecido.”⁵²

Esses julgados demonstram que a interpretação judicial dos contratos de assistência à saúde pendem de forma majoritária para proteção dos interesses da parte mais vulnerável, seja por ocupar a posição de consumidor, seja por se tratar da tutela da do direito à saúde, ao livre planejamento familiar que encontram amparo constitucional e acabam por se sobrepor aos aspectos econômico-contratuais. Do que se conclui que os negócios jurídicos predominantemente existenciais atraem a aplicação de princípios próprios que garantem a salvaguarda da pessoa humana como o da função social, da boa-fé objetiva, da solidariedade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A técnica de reprodução humana assistida teve seu marco na história com o nascimento do primeiro bebê de proveta, a Louise Brown,

52 REsp 1962984 / SP, RELATORA Ministra Nancy Andrighi (1118), Órgão Julgador T3 – Terceira Turma Data do Julgamento 15/08/2023 Data da Publicação/Fonte DJe 23/08/2023.

na Inglaterra, decorrente de fertilização *in vitro*, em 1978, e no Brasil em 1984, Anna Paula Caldeira. Inicialmente o método surgiu como alternativa para as pessoas com problemas de fertilidade, que poderiam optar por utilizar a técnica reprodutiva, seja por meio da inseminação artificial, que consiste, em suma, na colocação do sêmen diretamente na cavidade uterina da mulher, ou a fertilização *in vitro*, em que se desenvolve em laboratório o embrião que é posteriormente transferido para o útero. Para além das barreiras da infertilidade, o processo de procriação passou a ser utilizado para viabilizar outras formas de arranjo familiar como nos casos de família monoparental, homoafetiva, entre outras. Surge, portanto, uma nova especialidade médica que se desenvolve trazendo esperanças para que diversas pessoas possam efetivar seu projeto parental, inclusive, póstumo com a reprodução *post mortem*⁵³.

Tratar de reprodução humana assistida é adentrar no direito à saúde, à livre disposição corporal, ao exercício do direito reprodutivo positivo, já que envolve tratamento médico, cessão de gametas, e atos de solidariedade. Por isso, diversos instrumentos jurídicos poderão ser utilizados no processo de reprodução, que vão desde os contratos de prestação de serviço de medicina reprodutiva, contratos de criopreservação de material genético, “doação” de óvulos, espermatozoides e embriões, termos de consentimento livre e esclarecidos, acordos de gestação de substituição, entre outros.

Os avanços biotecnológicos proporcionam novas técnicas, novos tratamentos, novas possibilidades, mas como ter acesso? Teria o Estado o dever de custear os tratamentos de reprodução humana assistida? E os planos de saúde? Esse tipo de procedimento e todas as suas etapas estão inseridos no rol da ANS? É de cobertura obrigatória?

Os contratos de planos de assistência à saúde observam as condições mínimas de cobertura previstas em lei além de outros serviços médico-hospitalares oferecidos, e que são computados no cálculo do valor a ser

53 Item VIII da Resolução CFM nº 2.320/2022. C.f. PEREIRA, p. M. F. L.. Os desafios da reprodução assistida post mortem e o alcance do testamento genético: ampliando as formas de disposição do próprio corpo após a morte.. In: Daniele Chaves Teixeira. (Org.). 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022, v. 1, p. 159-174.

pago mensalmente pelo beneficiário, tendo como critério os riscos envolvidos. Segue essa espécie de contrato a natureza securitária, o mutualismo.

A maioria desses contratos não inclui os procedimentos de reprodução humana assistida tendo em vista o disposto no artigo 10, inciso III, da Lei 9.656/1998, e Resolução Normativa – RS nº 465 de 24 de fevereiro de 2021, artigo 17, parágrafo único, inciso III. Por isso, as demandas envolvendo o pedido de cobertura foram objeto de apreço pelo STJ, que considerou como não obrigatórias, consolidando o entendimento na tese resultante do Tema 1067. A decisão teve por base uma interpretação sistemática e teleológica visando garantir o equilíbrio atuarial, econômico-financeiro do sistema de suplementação privada de assistência à saúde.

Situação diversa foi a enfrentada no Resp. 1.815.796-RJ, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, já que a causa de pedir foi o congelamento de óvulos por indicação médica para pacientes com câncer de mama, uma das etapas das técnicas de reprodução. O voto do Ministro seguiu sua coerência hermenêutica, tanto que foi voto-vencido na matéria do tema 1067 do STJ, por aplicar a legislação consumerista mais favorável ao consumidor, o que implica em estender a cobertura.

A decisão que determinou o custeio pelo plano e operadoras de saúde da criopreservação de oócitos durante a quimioterapia acabou por proteger mais os interesses individuais da beneficiária-consumidora, propiciando maior efetividade da autonomia reprodutiva da mulher, mesmo diante das severas consequências já trazidas pelo câncer.

O pêndulo, nesse caso, se inclinou mais para os valores constitucionais que giram em torno da dignidade da pessoa humana, e como bem ensinou o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, cada elemento da obrigação se funcionaliza na busca da realização do seu papel social⁵⁴, o que não seria diferente das obrigações decorrentes da assistência à saú-

54 SANSEVERINO, p. T. V.. Estrutura Clássica e Moderna da Obrigação. In: EDIPUCRS. (Org.). *O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século*. 1ed. .Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, v. 1, p. 309.

de, a efetivação do planejamento familiar. Agora é aguardar o novo movimento pendular frente às novas demandas que tendem a aumentar em razão do número de pessoas com diagnóstico de câncer e a possibilidade de resguardo de sua capacidade reprodutiva.