

Sistema de Saúde Suplementar e a Fertilização in Vitro – Tema 1067

No Brasil, há muito enfrentamos graves problemas na gestão dos recursos públicos e no estabelecimento de políticas públicas contundentes no sentido de trazer ao País um crescimento sustentável e uma real melhoria na qualidade de vida da população.

O que temos assistido, historicamente, são apenas medidas meramente assistencialistas. Completa o quadro caótico, a corrupção enraizada e generalizada aliada a uma taxaçoão fiscal das maiores do mundo.

Diante da sua total ineficiência no tema, os governos brasileiros – aqui referido de forma genérica, sem mençoão a qualquer gestão, atual ou passada -, há muito vêm trabalhando incessantemente na transferênciade suas responsabilidades essenciais e na busca por terceiros culpados, de preferência no setor privado.

São medidas populistas, planos inalcançáveis ou incapazes de solucionar os problemas mais básicos de saúde, educação e segurança, áreas sensíveis e essenciais, responsabilidade primordial do Estado.

Estabelecem-se cotas nas universidades para driblar as mazelas da rede pública de ensino, incapaz de propiciar aos seus alunos uma educação de qualidade; atribui-se a deficiência no serviço de saúde à ausência de médicos interessados em servir à sociedade; instalam-se painéis de controle nos hospitais com indicadores de gestão e informações gerais, quando os hospitais estão sucateados, seus funcionários são mal remunerados e não há medicamentos.

A ausência de políticas públicas consistentes e o baixo investimento nesses setores denotam a crescente falta de compromisso estatal, que aloca recursos públicos em áreas de maior visibilidade política. Um exemplo gritante desse desvio de finalidade é a destinação nos orçamentos públicos de valores cada vez mais expressivos para a denominada propaganda institucional, esta na verdade voltada essencialmente para a divulgação e autopromoção dos governantes, não para esclarecimento da população acerca de temas relevantes

(isso sem mencionar a não aplicação das cotas orçamentárias, o que é contumaz).

Diante dessa realidade, os argumentos do Estado, em especial no que se refere à ausência de recursos, perdem força e sentido.

No tocante à saúde, consagrada como direito fundamental da pessoa humana, devendo seu acesso ser universal e igualitário, a inatingibilidade do texto constitucional e a delegação de responsabilidades pelo Estado é ainda mais alarmante.

A deterioração dos serviços de saúde prestados pelo Estado vem levando à “migração” forçada de grande parte da população aos planos e seguros de saúde privados, em busca de uma medicina de melhor qualidade.

E não se deve olvidar o número expressivo de pessoas hoje atendidas pelo sistema de saúde suplementar, haja vista que nos dias atuais não somente os mais “abastados” buscam abrigo nos planos e seguros de saúde, justamente pela sentida deficiência na prestação dos serviços elementares devidos pelo Estado.

Mas mesmo aqueles que fogem do sistema único de saúde, acabam por igualmente enfrentar inúmeras dificuldades na obtenção dos serviços de saúde contratados. São negativas de procedimentos, cláusulas excludentes de moléstias e tratamentos, demora no atendimento, aumento de preços, carências, enfim, um rol imenso de reclamações a assolar diariamente as portas do Judiciário.

Em sua defesa, os planos de saúde privados alegam excesso de regulação do mercado, reajustes incompatíveis com seus custos e ampliação do rol de procedimentos obrigatórios sem a devida composição atuarial.

E em que pese as inúmeras irregularidades que norteiam o setor, tais alegações não podem ser desconsideradas.

O sistema privado suplementar está sobrecarregado e é tomado de surpresa por resoluções emanadas pela Agência Nacional de Saúde e, também, por portarias da Secretaria de Direito Econômico. Tais órgãos a todo instante

introduzem mudanças no setor, transformando cláusulas legais em abusivas quando de sua estipulação, sem a possibilidade de revisão da equação atuarial do contrato, mesmo que o prejuízo venha a ser devidamente comprovado pela operadora.

Chegamos a tal ponto que se procura corrigir a ausência do Estado na saúde com a penalização do setor privado, que nessa qualidade não pode sequer fixar valores iniciais de seus contratos, de acordo com a qualidade do serviço que pretende ofertar, sob pena de ser acusado de estar a promover a exclusão social.

E essa penalização acaba por contar com o respaldo do próprio Poder Judiciário que, na busca da promoção da Justiça, garantindo o acesso da população a um direito fundamental, no caso a saúde, tem determinado, mesmo que involuntariamente, a transferência desproporcional de responsabilidades estatais para os particulares.

É fato inconteste que o setor de saúde suplementar – seguros e planos de saúde privados – vem sendo tomado como um braço do sistema único de saúde, em que pese sua condição exclusivamente privada.

Ora, não esqueçamos que *as empresas privadas não podem ser vistas como instituições complementares da ação estatal na saúde, e não estão posicionadas ao lado do Estado, nem obrigadas a substituir e suprir a inoperância do Poder Público no desempenho do Dever constitucional*¹.

Aqui vale referir que a Constituição Federal, em seu artigo 199, abriu expressamente o mercado de saúde à iniciativa privada. Ela também exalta a livre iniciativa como um dos pilares de nossa ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal), vedando o enriquecimento sem causa e a intervenção estatal no patrimônio privado sem causa legítima, prévia e justa indenização.

Fique bem claro que não se está aqui a defender a mercantilização da saúde ou a desconsideração que se trata de direito fundamental a ser

¹ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos de saúde: comentada artigo por artigo*, 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 278.

preservado e garantido por todos os envolvidos na sua prestação. Apenas quer se chamar a atenção para o fato de que na garantia de acesso à saúde e na prestação dos serviços a ela relacionados estão envolvidos custos elevados, que terão de ser suportados por alguém. Esse alguém, sequencialmente, serão ao final todos os demais consumidores do plano de saúde, que acabarão arcando com o “repasse” desses custos, ao menos de forma parcial, consubstanciado no aumento da sua mensalidade.

Procedimentos com custos elevados, por mais das vezes não descritos nas coberturas contratuais, são interpretados como devidos judicialmente pelo setor privado, mesmo que presentes no rol de procedimentos do sistema único de saúde.

Uma desses procedimentos de alto custo é a chamada fertilização in vitro, objeto dos Recursos Especiais 1822420, 1822818, 1851062, afetados para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos, e descritos como Tema 1067.

Em que pese a posição majoritária das turmas do STJ a respeito da matéria, diante da existente divergência de posicionamento entre os julgadores (e entre os próprios ministros do STJ), o Tema 1067 definirá a tese alusiva à obrigatoriedade ou não de cobertura, pelos planos de saúde, da técnica de fertilização in vitro.

Há aqueles que defendem a exclusão da fertilização in vitro, uma vez que a operadora do plano de saúde não estaria obrigada a proceder à cobertura do custo financeiro do tratamento de fertilização “in vitro”, nas hipóteses de exclusão expressa ou “de ausência de previsão contratual ou 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”².

Na mesma linha, os julgados que a excluem da cobertura obrigatória, fazendo a devida distinção entre “o tratamento da

² AgInt no REsp 1876507 / SP – 2020/0124695-1, relatora Ministra Nancy Andrighi, 19/10/2020, STJ e AgInt no REsp 1857075 / PR - 2020/0005771-0, relator Ministro Marco Buzzi, j. 21/09/2020, STJ.

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”.³

Mas, em contrapartida, a tese albergada pelos divergentes se fundamenta no direito fundamental ao planejamento familiar, previsto na Constituição Federal e na Lei 9.263/96, e na violação ao próprio CDC, expressa nos termos do voto divergente do Ministro Moura Ribeiro⁴:

“[...] se o art. 10, III, da LPS excetua a inseminação, e tão somente a inseminação, não é possível que seja realizada interpretação analógica em prejuízo ao consumidor [...].

Na hipótese, ao excluir expressamente da cobertura do plano de assistência à saúde as despesas relacionadas apenas com inseminação artificial [...], não há como interpretar esse contrato em manifesto prejuízo do consumidor/beneficiário para o fim de possibilitar a exclusão do tratamento de fertilização in vitro, sob pena de afronta do art. 47 do CDC, bem como do próprio art. 10, III, da LPS.

Em aparte, acrescento que o planejamento familiar é um direito fundamental previsto no art. 226, § 7º, da CF, e regulamentado pela Lei nº 9.263/96, que incorporou um conjunto de ações tendentes a normalizar a fecundidade e garantir direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Assim, o exercício do direito fundamental à reprodução ou a plena autonomia reprodutiva passou a ter proteção constitucional”.

“[...] é preciso sempre lembrar que tanto a infertilidade masculina quanto a feminina são moléstias dispostas na catalogação internacional de doenças, consoante alhures citado, sendo, portanto, cobertas pelo plano-referência, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.656/98.

Somente através de uma correta percepção acerca dos conceitos médicos trabalhados nas relações entre planos de saúde e

³ “Hipótese em que o procedimento de fertilização in vitro não foi prescrito à recorrente para prevenir a infertilidade decorrente do tratamento para a endometriose, senão como tratamento da infertilidade coexistente à endometriose, a cuja cobertura não está obrigada a operadora do plano de saúde”. REsp 1859606 / SP - 2020/0019800-5, relatora Ministra Nancy Andrighi, 06/10/2020.

⁴ REsp 1859606 / SP - 2020/0019800-5, relatora Ministra Nancy Andrighi, 06/10/2020.

consumidores, bem como por intermédio de uma percepção ampliada do direito ao planejamento familiar, o Poder Judiciário estará garantindo a completa saúde reprodutiva, entendida como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não mera ausência de doenças ou enfermidades, que, aliás, podem ser suplantadas cientificamente.

Assim, no caso, o acórdão recorrido não deve subsistir, porquanto em desarmonia com os princípios da legalidade e da hierarquia das normas, bem como porque desalinhado às garantias constitucionais do direito à saúde, além de contrário ao microsistema de defesa do consumidor".

Importante referenciar que a Lei de Planos de Saúde, em seu artigo 10, inciso III, exclui expressamente a inseminação artificial, procedimento menos custoso e mais simples que a FIV (fertilização in vitro), dispositivo que permanece em vigor.

Revela-se não menos oportuno informar que o Sistema Único de Saúde disponibiliza gratuitamente tratamentos de reprodução assistida, tais como a fertilização in vitro, inseminação intrauterina, indução da ovulação, entre outros, mas todos esses estariam sujeitos aos prazos e exigências respectivos.

Estaria a técnica de fertilização *in vitro* obrigatoriamente coberta pelos planos de saúde, mesmo diante da exclusão expressa em contrato? A imposição de tal cobertura, mesmo sem a devida contraprestação financeira, não traria prejuízos diretos a outros consumidores (pertencentes ao mesmo plano de saúde), que acabariam por custear tratamento de alto custo, não necessariamente decorrente de enfermidade e não previsto nos cálculos atuariais? Sendo tal procedimento acessível no Sistema Único de Saúde, não caberia a esse satisfazer tal demanda?

Essas e outras respostas esperamos que sejam elucidadas quando da fixação da tese constante do Tema 1067.