

**TJDFT**

Poder Judiciário da
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Órgão

1ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0718289-68.2024.8.07.0020**APELANTE(S)** -----**APELADO(S)** -----**Relator** Desembargador CARLOS PIRES SOARES NETO**Acórdão Nº** 2019694**EMENTA**

DIREITO DO CONSUMIDOR E DA SAÚDE. APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. PROCEDIMENTO MÉDICO DE CRIOPRESERVAÇÃO DE ÓVULOS PREVENTIVA ANTES DE QUIMIOTERAPIA. OBRIGAÇÃO DE COBERTURA DO PROCEDIMENTO ATÉ À ALTA DA QUIMIOTERAPIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação cível interposta por plano de saúde contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos morais, movida por beneficiária diagnosticada com câncer de cólon.

2. A sentença determinou a autorização e o custeio do procedimento de criopreservação de óvulos, indicado como medida preventiva de infertilidade decorrente de tratamento quimioterápico.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. Há duas questões em discussão: (i) saber se o plano de saúde é obrigado a custear procedimento de criopreservação de óvulos prescrito como etapa preparatória a tratamento oncológico; e (ii) saber se a ausência de previsão contratual e de rol da ANS justifica a recusa de cobertura.



III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A relação jurídica entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme a Súmula 608 do STJ.
5. A criopreservação de óvulos, no caso concreto, não se destina à reprodução assistida, mas à preservação da fertilidade diante do risco de insuficiência ovariana gerado por quimioterapia. A finalidade é terapêutica e não eletiva.
6. A jurisprudência do STJ (REsp 1.733.013/SP) admite a obrigatoriedade de cobertura de procedimentos não incluídos no rol da ANS, quando indispensáveis ao tratamento da doença coberta pelo plano e prescritos por médico responsável.
7. A negativa de cobertura viola a boa-fé objetiva e o dever de prestar assistência à saúde. A cláusula contratual que exclui cobertura de procedimentos necessários ao tratamento de enfermidade prevista no contrato é abusiva.
8. A obrigação de prestação de assistência médica assumida pela operadora de plano de saúde impõe a realização do tratamento prescrito para o câncer, a ele se vincula a obrigação de custear a criopreservação dos óvulos, sendo esta devida até a alta do tratamento de quimioterapia prescrito para o câncer, a partir de quando caberá à beneficiária arcar com os eventuais custos, às suas expensas, se necessário for.

IV. DISPOSITIVO E TESE

9. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Tese de julgamento: “1. A criopreservação de óvulos prescrita como etapa preparatória de tratamento quimioterápico é de cobertura obrigatória pelo plano de saúde, por ter finalidade terapêutica. 2. A ausência de previsão contratual e de inclusão no rol da ANS não justifica, por si só, a negativa de cobertura de procedimento essencial à preservação da saúde e da fertilidade da paciente.”

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, arts. 6º e 196; CDC, arts. 6º, I e V, 14 e 51, IV; Lei nº 9.656/1998, art. 10, III; CPC, art. 487, I.

Jurisprudência relevante citada: STJ, Súmula 608; STJ, REsp 1.733.013/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 27.11.2018; STJ, Tema Repetitivo nº 1.067.



ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, CARLOS PIRES SOARES NETO - Relator, CARLOS ALBERTO MARTINS FILHO 1º Vogal, RÔMULO DE ARAÚJO MENDES - 2º Vogal, TEÓFILO CAETANO - 3º Vogal e FERNANDO ANTONIO TAVERNARD LIMA - 4º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador CARLOS PIRES SOARES NETO, em proferir a seguinte decisão: DECISÃO FINAL: CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA. VENCIDO O 2º VOGAL. JULGAMENTO REALIZADO NA FORMA DO ART. 942 DO CPC, COM QUÓRUM QUALIFICADO., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 17 de Julho de 2025

Desembargador CARLOS PIRES SOARES NETO

Presidente e Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por ----- em face da sentença proferida pelo d. Juízo da 1ª Vara Cível de Águas Claras que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada por ---- em seu desfavor, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, determinando a autorização do tratamento de criopreservação dos óvulos da autora/apelada.

Adota-se o relatório da sentença, *in verbis* (ID 71733256):

Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, com pedido de tutela de urgência, ajuizada contra a ----- (-----), visando à autorização e custeio da coleta e criopreservação de óvulos.

A autora conta que é beneficiária do plano de saúde fornecido pela ----- e que foi diagnosticada com Neoplasia Maligna do Cólon (CID C18), razão pela qual lhe foi prescrito tratamento que inclui quimioterapia, o que pode causar infertilidade, sendo recomendada a coleta e criopreservação de óvulos por seu médico assistente. Aduz que o plano de saúde negou a cobertura, alegando que o procedimento não consta no rol de procedimentos obrigatórios da Agência Nacional de Saúde (ANS) e que o contrato firmado entre as partes não contempla a criopreservação.

Pede a tutela antecipada de urgência para que a ----- autorize e custeie integralmente o tratamento preventivo de infertilidade, sob pena de multa diária. Em sede de cognição exauriente, pede o custeio de todo



o tratamento médico prescrito ou que a requerida seja condenada a ressarcir os valores pagos pela autora em razão da demora no fornecimento do serviço. Pede, ainda, a indenização por danos morais decorrentes da injusta recusa de cobertura por parte do plano.

A tutela de urgência foi deferida “para determinar que a parte ré autorize os procedimentos médicos descritos no relatório de id. 209090752, no prazo de 2 (dois) dias. A ré deverá comprovar o cumprimento da obrigação nos autos, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), por ora limitada a R\$50.000, 00 (cinquenta mil reais), sem prejuízo da adoção de outras medidas que se fizerem necessárias, na hipótese de descumprimento, inclusive majoração do valor” (ID [209121148 - Decisão](#)).

No ID [209873222 - Petição Interlocutória](#) , a autora informa que a ré cumpriu a decisão liminar.

Contestação no ID [211701305 - Contestação](#), em que a ré sustenta que não está submetida ao Código de Defesa do Consumidor e que o procedimento não tem cobertura do plano de saúde contratado pela autora, não estando previsto, tampouco, no rol de procedimentos de cobertura obrigatória elaborado pela Agência Nacional de Saúde (ANS). Por fim, pontua a ausência de fatos ensejadores de reparação por danos morais, argumentando que não houve ato ilícito por parte da -----, uma vez que a negativa de custeio foi baseada no contrato e nas normas legais.

A ré chegou a manejar agravo de instrumento em face da decisão que antecipara os efeitos da tutela, não tendo sido concedido efeito suspensivo ao recurso (ID [212641240 – Ofício](#)).

As partes dispensaram a produção de outras provas.

É a síntese do necessário.

A parte dispositiva do *decisum* foi exarada nos seguintes

termos, *in verbis*:

Desse modo, ratifico a decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos para compelir a ré a autorizar e custear os procedimentos médicos de criopreservação de óvulos descritos no relatório de id. 209090752.

Declaro resolvido o mérito, nos termos do inciso I do artigo 487 do CPC.

Corrija-se o valor da causa, cf. acima.

Considerando que houve sucumbência recíproca, mas em menor proporção por parte da autora, deve a requerente arcar com 15% e a ré com 85% do montante devido a título de despesas processuais. Arbitro os honorários em 10% do proveito econômico obtido por cada parte, cf. art. 85, §2º do CPC, vedada a compensação (art. 85, §14 do CPC).

Após o trânsito em julgado, não havendo outros requerimentos, dê-se baixa e arquivem-se os autos com as cautelas de estilo.

Sentença registrada eletronicamente.

Publique-se. Intimem-se.



Em suas razões recursais (ID 71733315), a apelante afirma, em suma, que não há previsão contratual e legal para a cobertura do procedimento almejado pela apelada (criopreservação de óvulos), o qual configura técnica de reprodução assistida, expressamente excluída pela cláusula contratual e pela Lei nº 9.656/98.

Aduz que o procedimento congelamento de óvulos não possui previsão de cobertura pela ANS, bem como, consiste em procedimento diretamente relacionado à reprodução assistida e, portanto, possui expressa previsão de exclusão de cobertura.

Registra que o procedimento é parte do processo de fertilização *in vitro*, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo 1067, que estabelece não ser obrigatória a cobertura por plano de saúde, salvo previsão contratual.

Nesse contexto, alega que segundo o art. 10º, III, da Lei nº 9.656/98, art. 17 da Resolução Normativa nº 465 da ANS, o Enunciado nº 20 do Conselho Nacional de Justiça, e a Tema Repetitivo nº 1.067 do STJ, é permitida a exclusão assistencial da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*, salvo por expressa previsão contratual.

Com esses fundamentos, requer a reforma da sentença para que os pedidos sejam julgados improcedentes, uma vez que fora contrária ao que dispõe a legislação inerente à saúde suplementar.

Subsidiariamente, requer a delimitação da obrigação, fixando que a cobertura da apelante se encerra na fase de coleta e congelamento dos óvulos, sem incluir valores de manutenção e sua posterior utilização em procedimentos de inseminação artificial ou fertilização *in vitro*.

Preparo recolhido (ID 71733317).

Nas contrarrazões, a apelada pede o não provimento do recurso (ID 71733322).

É o relatório.



VOTOS

O Senhor Desembargador CARLOS PIRES SOARES NETO - Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Conforme relatado, cuida-se de apelação contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, determinando a autorização do tratamento de criopreservação dos óvulos da autora/apelada, nos termos da prescrição médica.

Em suas razões recursais o plano de saúde alega, em suma, que não há previsão contratual e legal para a cobertura do procedimento almejado pela apelada (criopreservação de óvulos).

Aduz que segundo o art. 10º, III, da Lei nº 9.656/98, art. 17 da Resolução Normativa nº 465 da ANS, o Enunciado nº 20 do Conselho Nacional de Justiça, e a Tema Repetitivo nº 1.067 do STJ, é permitida a exclusão assistencial da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*, salvo por expressa previsão contratual.

Cinge-se a controvérsia recursal, portanto, em verificar se há obrigatoriedade da apelante em custear o tratamento de criopreservação de óvulos da apelada em razão do seu tratamento quimioterápico de câncer.

Sem razão.

Inicialmente, consigno que a relação jurídica em análise se submete à legislação consumerista, conforme a Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça.

Pois bem.

Consta do relatório médico de ID 71733217 que a apelada/autora com 20 anos de idade foi diagnosticada com neoplasia de cólon e deverá ser submetida a tratamento oncológico obrigatório de quimioterapia, com potencial risco de insuficiência ovariana e impacto na fertilidade.

Assim, o médico assistente recomendou o procedimento de



criopreservação de óvulos como medida preventiva, antes do início do tratamento, para que a apelada tenha a possibilidade de gestação futura.

Contudo, esse procedimento foi negado pelo plano de saúde, ora apelante, ao argumento de que não haveria essa cobertura prevista no rol da ANS (ID 71733219).

Ora, o objeto do contrato de plano de saúde firmado entre as partes é o de prestação de serviços médico-hospitalares, compreendendo, dessa forma, todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, nos termos do artigo 35-F da Lei 9.656/98.

Assim, a coleta e a criopreservação dos óvulos constituem etapa acessória ao tratamento oncológico, de modo que estes procedimentos integram as intervenções médicas possíveis para o integral reestabelecimento da saúde da segurada, ora apelada.

Isto é, a pretensão da apelada não está fundamentada no direito constitucional ao planejamento familiar (art. 226, §7º, CF), mas na preservação do direito à saúde, que deve ser custeado pela apelante, em razão da existência de contrato que prevê o financiamento de tratamento relacionado a doenças oncológicas.

Desta feita, entendo que a negativa da apelante em autorizar a realização deste procedimento, que visa a restauração integral da saúde, viola o princípio da universalidade, previsto no art. 35-F da Lei nº 9.656/98 já citado.

Nesse sentido, confira-se o entendimento desta Corte:

*DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA PRECLUSA. PEDIDO QUE CONSTITUI OBJETO DE OUTRA DEMANDA. NÃO CONHECIMENTO. PLANO DE SAÚDE. PACIENTE DIAGNOSTICADA COM CÂNCER. TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. PROCEDIMENTO PARA ESTIMULAÇÃO E COLETA DE ÓVULOS. PRESERVAÇÃO DA FERTILIDADE DA PACIENTE. COBERTURA DEVIDA. I. Encontra óbice no fenômeno preclusivo a arguição, na apelação, de prescrição rejeitada por decisão interlocutória definitiva. II. Não se conhece da demanda quanto a pedido que constitui o objeto de outra ação julgada por sentença. III. **Procedimento de estimulação ovariana e coleta de óvulos, prescrito para a preservação da fertilidade da paciente que será submetida a tratamento quimioterápico, não está compreendido na exclusão da cobertura de despesas relacionadas a inseminação artificial prevista no artigo***



10, inciso III, da Lei 9.656/1998, e do artigo 20, § 1º, inciso III, da Resolução ANS 387/2015 (então em vigor). IV. Exclusão legal, regulamentar e contratual restrita à inseminação artificial em si mesmo considerada, ainda que em toda a sua latitude, não se estende a procedimento prescrito para a salvaguarda da fertilidade da paciente que irá se submeter a tratamento de câncer, sobretudo à luz do princípio da universalidade da cobertura assistencial consagrado nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso VI, e 35-F da Lei 9.656/1998.V. Apelação parcialmente provida. (Acórdão 1740164, 0704263-64.2020.8.07.0001, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 03/08/2023, publicado no DJE: 21/08/2023) – grifado.

CONSTITUCIONAL. CONSUMIDOR. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONHECIMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. SEGURADA COM CÂNCER. COLETA E CRIOPRESERVAÇÃO DE ÓVULOS. DIREITO À SAÚDE. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. INFERTILIDADE. DECORRÊNCIA DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. DISTINÇÃO. DIREITO AO REESTABELECIMENTO INTEGRAL DA SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. CUSTEIO PELA SEGURADORA. OBRIGATORIEDADE. ART. 35-F DA LEI 9.656/98. ASTREINTES. MANUTENÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. O objeto do contrato de plano de saúde firmado entre as partes é o de prestação de serviços médico-hospitalares, compreendendo, dessa forma, todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, nos termos do artigo 35-F da Lei 9.656/98. 2. A coleta e a criopreservação dos óvulos constituem etapa acessória ao tratamento oncológico, de modo que estes procedimentos integram as intervenções médicas possíveis para o integral reestabelecimento da saúde da segurada. 3. A pretensão não está fundamentada no direito constitucional ao planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º, da Carta Magna, mas sim na preservação do direito à saúde, que deve ser custeado pela seguradora, em virtude da existência de contrato que prevê o financiamento de tratamento relacionado a doenças oncológicas. 4. A negativa da operadora de plano de saúde em autorizar a realização do procedimento que visa à restauração integral da saúde viola o princípio da universalidade, previsto no art. 35-F da Lei 9.656/98, e os primados da boa-fé objetiva e da transparência. 5. Não se desconhece o Tema 1.067 do STJ o qual assim dispõe: "Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização in vitro." Todavia, é necessário fazer a distinção, posto que a infertilidade decorre do tratamento quimioterápico, e não de pessoa fértil que busca cobertura securitária para a realização de reprodução assistida. 6. O valor aplicado a título de multa, se deu em virtude de descumprimento de tutela antecipatória de urgência deferida pelo Juízo de origem, não havendo que se falar em sentença extra petita. 7. Recurso não provido. (Acórdão 1734514, 0702269-93.2023.8.07.0001, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 20/07/2024, publicado no DJE: 04/08/2023) – grifado.



CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSO CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. INDENIZAÇÃO. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DE CÂNCER. MEDULA ÓSSEA. TRANSPLANTE. EFEITO COLATERAL. ESTERILIDADE. PEDIDO DE COLETA E CONGELAMENTO DE ÓVULOS. OBRIGAÇÃO DA COBERTURA DO PROCEDIMENTO. 1. O direito ao planejamento familiar, que engloba a pretensão de o casal ter filhos pela maneira convencional ou por meio de técnicas científicas de fecundidade e procriação, constitui direito fundamental. 2. Para atender a esse direito fundamental, a Lei Federal nº

11.935/2009 acrescentou o art. 35-C, inciso III, à Lei Federal nº 9.656/1998, tornando obrigatório o atendimento, pelos planos de saúde, das ações que visem à concretização do **planejamento familiar, tanto na concepção como na contracepção**. 3. **Assegurar a preservação dos óvulos da apelante apenas faz parte do tratamento contra a leucemia, visto que a esterilidade é um dano colateral, inevitável quando se realiza a quimioterapia necessária ao transplante de medula óssea. O tratamento, portanto, difere-se daqueles em que se busca o congelamento de óvulos por mera liberalidade, para futura fertilização**. 4. **Os planos de saúde têm o dever de arcar com os custos referentes ao tratamento indicado, sendo abusiva a cláusula contratual restritiva do procedimento**. 5. A recusa da operadora de saúde em autorizar o custeio do tratamento necessário ao restabelecimento integral do paciente é apta a caracterizar ofensa aos direitos de personalidade deste. 6. Recurso conhecido e provido. (Acórdão 1667672, 0717540-56.2021.8.07.0020, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 15/02/2023, publicado no DJE: 08/03/2023) – grifado.

Por fim, não se aplica o Tema 1.067 do STJ ao presente caso, isso porque a infertilidade da apelada decorre do tratamento quimioterápico, e não de pessoa fértil que busca a cobertura securitária para a realização de reprodução assistida.

Igualmente, por esse mesmo motivo, não se aplica ao caso o artigo 10, inciso III, da Lei 9.656/1998¹ e nem o artigo 17, III, da Resolução Normativa da ANS nº 465/2021².

No que diz respeito ao pedido subsidiário de delimitação da obrigação, fixando que a cobertura da apelante se encerra na fase de coleta e congelamento, sem incluir valores de manutenção e posterior utilização em procedimentos de inseminação artificial ou fertilização *in vitro*, tenho que assiste razão em parte à apelante.

De fato, a obrigação de prestação de assistência médica assumida pela operadora de plano de saúde impõe a realização do tratamento prescrito para o câncer, a ele se vincula a obrigação de custear



a criopreservação dos óvulos, sendo esta devida até a alta do tratamento de quimioterapia prescrito para o câncer, a partir de quando caberá à beneficiária arcar com os eventuais custos, às suas expensas, se necessário for.

Nesse sentido, trago à colação julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. BENEFICIÁRIA ACOMETIDA DE CÂNCER DE MAMA. PRESCRIÇÃO DE QUIMIOTERAPIA. RISCO DE INFERTILIDADE COMO EFEITO ADVERSO DO TRATAMENTO. CRIOPRESERVAÇÃO DOS ÓVULOS. PRINCÍPIO MÉDICO "PRIMUM, NON NOCERE". OBRIGAÇÃO DE COBERTURA DO PROCEDIMENTO ATÉ À ALTA DA QUIMIOTERAPIA.

1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 01/07/2020, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 18/05/2021 e concluso ao gabinete em 25/05/2023.

2. O propósito recursal consiste em decidir sobre a obrigação de a operadora de plano de saúde custear o procedimento de criopreservação de óvulos, como medida preventiva à infertilidade, enquanto possível efeito adverso do tratamento de quimioterapia prescrito à recorrida, acometida por um câncer de mama.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, esuficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em violação do art. 1.022 do CPC/15.

4. Esta Turma, ao julgar o REsp 1.815.796/RJ (julgado em 26/05/2020, DJe de 09/06/2020), fez a 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.

5. O princípio do *primum, non nocere* (primeiro, não prejudicar), não impõe ao profissional da saúde um dever absoluto de não prejudicar, mas o de não causar um prejuízo evitável, desnecessário ou desproporcional ao paciente, provocado pela própria enfermidade que se pretende tratar; dele se extrai um dever de prevenir, sempre que possível, o dano previsível e evitável resultante do tratamento médico prescrito.

6. Conclui-se, na ponderação entre a legítima expectativa da consumidora e o alcance da restrição estabelecida pelo ordenamento jurídico quanto aos limites do contrato de plano de saúde, que, 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.

7. Se a obrigação de prestação de assistência médica assumida pela operadora de plano de saúde impõe a realização do tratamento prescrito para o câncer de mama, a ele se vincula a obrigação de custear a criopreservação dos óvulos, sendo esta devida até a alta do tratamento de quimioterapia prescrito para o câncer de mama, a partir de quando caberá à beneficiária arcar com os eventuais custos, às suas despesas, se necessário for.

8. Recurso especial conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido. (REsp n. 1.962.984/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 23/8/2023.) (grifo nosso)

Ante o exposto, **CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO**

ao recurso para determinar a autorização do tratamento de criopreservação dos óvulos da autora/apelada até o fim do tratamento quimioterápico, nos termos da prescrição médica.

Em decorrência da sucumbência recursal mínima da apelada, majoro os honorários advocatícios arbitrados para 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, na forma do art. 85, §11 do CPC.

É como voto.

O Senhor Desembargador CARLOS ALBERTO MARTINS FILHO - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador RÔMULO DE ARAÚJO MENDES - 2º Vogal

Peço licença ao douto Desembargador Relator para divergir de seu posicionamento quanto ao mérito do recurso.

Trata-se de caso em que a parte autora pleiteia o custeio da coleta de óvulos para congelamento em razão do tratamento de câncer que será submetida.

A relação jurídica em análise não está regida pela legislação consumerista, nos termos da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça: *“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.”* (Súmula 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018).

Contudo, deve ser aplicada a Lei nº 9.656/98 que dispõe sobre os planos e seguros privados de saúde e as normas estabelecidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

A Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfer-----, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças



listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

(...)

§ 4º A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS, que publicará rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado a cada incorporação.

Assim, a Agência Nacional de Saúde Suplementar editou Resolução Normativa nº 465/2021 que atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece:

Art. 1º Esta Resolução Normativa – RN atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, 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 art. 35 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998.

Art. 2º Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde.

Art. 3º Esta Resolução Normativa é composta por quatro Anexos:

I- Anexo I: lista os procedimentos e eventos de cobertura obrigatória, de acordo com a segmentação contratada;

II - Anexo II: apresenta as Diretrizes de Utilização – DUT, que estabelecem os critérios a serem observados para que sejam asseguradas as coberturas de alguns procedimentos e eventos especificamente indicados no Anexo I;

Portanto, observando a competência da ANS e a previsão expressa da taxatividade, tenho firmado entendimento de que o rol de procedimento da Agência Nacional de Saúde Suplementar é taxativo e deve ser observado, ressalvadas as exceções previstas na Lei nº 14.454/2022, que alterou a Lei nº 9.656/1998 para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos, a qual prevê:

Art. 10.

§ 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência



básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I- exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDA NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDA PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO.

- 1. A Lei n. 9.961/2000 criou a ANS, estabelecendo no art. 3º sua finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. Já o art. 4º, III, elucida que compete à ANS elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades.*
- 2. Por inequívoca opção do legislador, extrai-se tanto do art. 10, §4º, da Lei n. 9.656/1998 quanto do art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000 que*



é atribuição dessa agência elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Nessa toada, o Enunciado n. 21 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ propugna que se considere, nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n. 9.656/1998, o Rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas.

- 3. Por um lado, a Resolução Normativa ANS n. 439/2018, ora substituída pela Resolução Normativa ANS n. 470/2021, ambas dispoendo sobre o rito processual de atualização do Rol, estabelece que as propostas de sua atualização serão recebidas e analisadas mediante critérios técnicos relevantes de peculiar complexidade, que exigem alto nível de informações, quais sejam, utilização dos princípios da avaliação de tecnologias em saúde - ATS, princípios da saúde baseada em evidências - SBE, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor. Por outro lado, deixando claro que não há o dever de fornecer todas e quaisquer coberturas vindicadas pelos usuários dos planos de saúde, ao encontro das mencionadas resoluções normativas da ANS, a Medida Provisória n. 1.067, de 2 de setembro de 2021, incluiu o art. 10-D, § 3º, I, II e III, na Lei 9.656/1998 para estabelecer, no mesmo diapasão do regramento infralegal, a instituição da Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, à qual compete assessorar a ANS nas atribuições de que trata o § 4º do art. 10, devendo apresentar relatório que considerará: I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, do produto ou do procedimento analisado, reconhecidas pelo órgão competente para o registro ou a para a autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às coberturas já previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, quando couber; e III - a análise de impacto financeiro da ampliação da cobertura no âmbito da saúde suplementar.*
- 4. O Rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, a preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável economicamente da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo - devendo, ademais, a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas - tem o condão de efetivamente padronizar todos os planos e seguros de saúde e restringir a livre concorrência, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, o que representaria, na verdade, suprimir a própria existência do "Rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população.*
- 5. A par de o Rol da ANS ser harmônico com o CDC, a Segunda Seção já pacificou que "as normas do CDC aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova" (EAREsp n. 988.070/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 8/11/2018, DJe de 14/11/2018). Dessa maneira, ciente de que o Rol da ANS é solução concebida pelo próprio legislador para harmonização da relação contratual buscada nas relações consumeristas, também não caberia a aplicação insulada*



do CDC, alheia às normas específicas inerentes à relação contratual.

6. *Não se pode perder de vista que se está a discutir direitos e obrigações da relação contratual que envolvem plano de saúde e usuário, e não o estabelecimento de obrigação de fazer ou de não fazer a terceiro, que nem mesmo integra a lide. A ANS, ao contrário do médico-assistente da parte litigante, analisa os procedimentos e eventos sob perspectiva coletiva, tendo em mira a universalização do serviço, de modo a viabilizar o atendimento do maior número possível de usuários. Mesmo o correto e regular exercício profissional da Medicina, dentro das normas deontológicas da profissão, usualmente possibilita ao profissional uma certa margem de subjetividade, que, por vezes, envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas não pode nortear a elaboração do Rol.*
7. *Conforme adverte a doutrina especializada, muito além de servir como arrimo para precificar os valores da cobertura básica e mínima obrigatória das contratações firmadas na vigência da lei de Planos de Saúde, o Rol de procedimentos, a cada nova edição, delineia também a relevante preocupação do Estado em não expor o consumidor e paciente a prescrições que não encontrem respaldo técnico estudado e assentado no mundo científico, evitando-se que virem reféns dos interesses - notadamente econômicos - da cadeia de fornecedores de produtos e serviços que englobam a assistência médico-hospitalar e odontológica suplementar.*
8. *Legítima é a confiança que está de acordo com o direito, despertada a partir de circunstâncias objetivas. Com efeito, o entendimento de que o Rol - ato estatal, com expressa previsão legal e imperatividade inerente, que vincula fornecedores e consumidores deve ser considerado meramente exemplificativo em vista da vulnerabilidade do consumidor, isto é, lista aberta sem nenhum paralelo no mundo, ignora que é ato de direito administrativo, e não do fornecedor de serviços, assim como nega vigência a diversos dispositivos legais, ocasionando antisseleção, favorecimento da concentração de mercado e esvaziamento da competência atribuída à ANS pelo Poder Legislativo para adoção de medidas regulatórias voltadas a equilibrar o setor de saúde suplementar de forma ampla e sistêmica, com prejuízo para toda a coletividade envolvida. Afeta igualmente a eficácia do direito constitucional à saúde (art. 196 da CF), pois a interferência no equilíbrio atuarial dos planos de saúde privados contribui de forma significativa para o encarecimento dos produtos oferecidos no mercado e para o incremento do reajuste da mensalidade no ano seguinte, dificultando o acesso de consumidores aos planos e seguros, bem como sua manutenção neles, retirando-lhes a confiabilidade assegurada pelo Rol de procedimentos, no que tange à segurança dos procedimentos ali elencados, e ao Sistema Único de Saúde (SUS), que, com esse entendimento jurisprudencial, reflexamente teria sua demanda aumentada.*
9. *Em recentes precedentes específicos envolvendo a supressão das atribuições legais da ANS, as duas Turmas de Direito Público decidiram que, "segundo entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, até prova cabal em contrário, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras", "sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo" (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.834.266/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 25/3/2021). Ademais, assentaram que*



não é papel do Judiciário promover a substituição técnica por outra concepção defendida pelo julgador; sendo "incabível substituição da discricionariedade técnica pela discricionariedade judicial" (AgInt no REsp n. 1.823.636/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 16/9/2021).

10. ***Diante desse cenário e buscando uma posição equilibrada e ponderada, conforme o entendimento atual da Quarta Turma, a cobertura de tratamentos, exames ou procedimentos não previstos no Rol da ANS somente pode ser admitida, de forma pontual, quando demonstrada a efetiva necessidade, por meio de prova técnica produzida nos autos, não bastando apenas a prescrição do médico ou odontólogo que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os contidos no Rol de cobertura mínima. Deveras, como assentado pela Corte Especial na esfera de recurso repetitivo, REsp n. 1.124.552/RS, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. Ressaltou-se nesse precedente que: a) não é possível a ilegítima invasão do magistrado em seara técnica à qual não é afeito; b) sem dirimir a questão técnica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador; manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendido da prova dos autos; c) nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais.***
11. ***Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida 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 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.***
12. *No caso concreto, a parte autora da ação tem esquizofrenia paranoide e quadro depressivo severo e, como os tratamentos medicamentosos não surtiram efeito, vindica a estimulação magnética transcraniana - EMT, ainda não incluída no Rol da ANS. O Conselho Federal de Medicina - CFM, conforme a Resolução CFM n. 1.986/2012, reconhece a eficácia da técnica, com indicação para depressões uni e bipolar, alucinações auditivas,*



esquizofrenias, bem como para o planejamento de neurocirurgia, mantendo o caráter experimental para as demais indicações. Consoante notas técnicas de NatJus de diversos Estados e do DF, o procedimento, aprovado pelo FDA norte-americano, pode ser mesmo a solução imprescindível para o tratamento de pacientes que sofrem das enfermidades do recorrido e não responderam a tratamento com medicamentos - o que, no ponto, ficou incontroverso nos autos.

13. Com efeito, como o Rol não contempla tratamento devidamente regulamentado pelo CFM, de eficácia comprovada, que, no quadro clínico do usuário do plano de saúde e à luz do Rol da ANS, é realmente a única solução imprescindível ao tratamento de enfermidade prevista na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID, notadamente por não haver nas diretrizes da relação editada pela Autarquia circunstância clínica que permita essa cobertura, é forçoso o reconhecimento do estado de ilegalidade, com a excepcional imposição da cobertura vindicada, que não tem preço significativamente elevado.

14. Embargos de divergência a que se nega provimento.

(EREsp n. 1.886.929/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 3/8/2022.) (Destaquei)

No caso em análise, a paciente diagnosticado com Neoplasia de Colon, requer o custeio da coleta de óvulos para congelamento, considerando a necessidade de quimioterapia.

Compulsando-se os Anexos I e II do Rol de Eventos e Procedimentos de Saúde da ANS verifica-se que o procedimento não está previsto no rol de procedimentos.

A concessão de medicamento ou tratamento não previsto no Rol da ANS é possível apenas nos casos previsto no art. 10, § 13, I e II da Lei nº 9.656/1998, anteriormente transcritos.

Necessária, então, a interpretação legislativa sobre os critérios estabelecidos.

O inciso I do § 13 exige a comprovação da eficácia baseada em evidência científica e o plano terapêutico. Assim, para o preenchimento desse critério, necessária a apresentação de um artigo científico resultado de pesquisa científica demonstrando a eficácia do tratamento juntamente com o plano terapêutico assinado pelo médico assistente.

O inciso II, por sua vez, indica os outros dois requisitos alternativos. A recomendação da Conitec, dispensa maiores divagações sobre o preenchimento. E a recomendação de pelo menos um órgão de avaliação de tecnologias em saúde internacional e que tal recomendação esteja sendo utilizada para aplicação do protocolo aos seus nacionais; nesse caso, necessário reiterar a necessidade de apresentação de tradução por tradutor juramentado.

Quanto ao ônus de produzir prova quanto ao preenchimento dos requisitos, necessário aplicar o disposto no art. 373, I, do Código de Processo Civil, o qual transcrevo:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor



(...)

§2º A decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

(destaquei)

Saliento que imputar ao réu o ônus de provar que o pedido não preenche os requisitos estabelecidos na lei ofenderia o disposto no parágrafo §2º do art. 373 do Código de Processo Civil, já que geraria uma obrigação de produzir prova negativa. Além disso, se trata de caso não sujeito ao Código de Defesa de Consumidor, e inexistente pedido de inversão do ônus da prova.

No caso em tela, não houve a demonstração cabal da existência de evidências científicas do procedimento. A única documentação juntada pela autora são os relatórios médicos que não são suficientes para comprovação científica.

Assim, não é possível adotar o entendimento de que seria obrigatória a cobertura do tratamento fora das diretrizes de utilização previstas pela ANS, sem a devida comprovação científica da eficácia e segurança do tratamento, sob pena de tornar letra morta o Rol da ANS e desconsiderar a relevante função regulatória desempenhada pela agência.

Nesse cenário, é necessário entender que não existe obrigação de cobertura do procedimento requerido no caso da autora, por ser tratamento não previsto no Rol da ANS e por não ter sido comprovado o preenchimento dos requisitos para concessão de medicamento fora do Rol previstos na Lei nº 14.454/2022.

Ausente a obrigação do custeio do procedimento, não é possível imputar qualquer conduta ilegal ao plano de saúde capaz de justificar a reparação moral.

Desta forma, a sentença deve ser reformada para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Ante o exposto, rogando as mais respeitosas vênias ao douto Desembargador Relator, **CONHEÇO** do recurso e **DOU-LHE PROVIMENTO** para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Ante a inversão da sucumbência, condeno os autores a arcarem com as custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §2º do Código de Processo Civil. Suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade de justiça.

É como voto.

O Senhor Desembargador TEÓFILO CAETANO - 3º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador FERNANDO ANTONIO TAVERNARD LIMA - 4º Vogal

Com o relator

DECISÃO

DECISÃO FINAL: CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO.
DECISÃO POR MAIORIA. VENCIDO O 2º VOGAL. JULGAMENTO REALIZADO NA FORMA
DO ART. 942 DO CPC, COM QUÓRUM QUALIFICADO.



DIREITO DO CONSUMIDOR E DA SAÚDE. APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. PROCEDIMENTO MÉDICO DE CRIOPRESERVAÇÃO DE ÓVULOS PREVENTIVA ANTES DE QUIMIOTERAPIA. OBRIGAÇÃO DE COBERTURA DO PROCEDIMENTO ATÉ À ALTA DA QUIMIOTERAPIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação cível interposta por plano de saúde contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos morais, movida por beneficiária diagnosticada com câncer de cólon.
2. A sentença determinou a autorização e o custeio do procedimento de criopreservação de óvulos, indicado como medida preventiva de infertilidade decorrente de tratamento quimioterápico.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. Há duas questões em discussão: (i) saber se o plano de saúde é obrigado a custear procedimento de criopreservação de óvulos prescrito como etapa preparatória a tratamento oncológico; e (ii) saber se a ausência de previsão contratual e de rol da ANS justifica a recusa de cobertura.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A relação jurídica entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme a Súmula 608 do STJ.
5. A criopreservação de óvulos, no caso concreto, não se destina à reprodução assistida, mas à preservação da fertilidade diante do risco de insuficiência ovariana gerado por quimioterapia. A finalidade é terapêutica e não eletiva.
6. A jurisprudência do STJ (REsp 1.733.013/SP) admite a obrigatoriedade de cobertura de procedimentos não incluídos no rol da ANS, quando indispensáveis ao tratamento da doença coberta pelo plano e prescritos por médico responsável.
7. A negativa de cobertura viola a boa-fé objetiva e o dever de prestar assistência à saúde. A cláusula contratual que exclui cobertura de procedimentos necessários ao tratamento de enfermidade prevista no contrato é abusiva.



8. A obrigação de prestação de assistência médica assumida pela operadora de plano de saúde impõe a realização do tratamento prescrito para o câncer, a ele se vincula a obrigação de custear a criopreservação dos óvulos, sendo esta devida até a alta do tratamento de quimioterapia prescrito para o câncer, a partir de quando caberá à beneficiária arcar com os eventuais custos, às suas expensas, se necessário for.

IV. DISPOSITIVO E TESE

9. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Tese de julgamento: “1. A criopreservação de óvulos prescrita como etapa preparatória de tratamento quimioterápico é de cobertura obrigatória pelo plano de saúde, por ter finalidade terapêutica. 2. A ausência de previsão contratual e de inclusão no rol da ANS não justifica, por si só, a negativa de cobertura de procedimento essencial à preservação da saúde e da fertilidade da paciente.”

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, arts. 6º e 196; CDC, arts. 6º, I e V, 14 e 51, IV; Lei nº 9.656/1998, art. 10, III; CPC, art. 487, I.

Jurisprudência relevante citada: STJ, Súmula 608; STJ, REsp 1.733.013/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 27.11.2018; STJ, Tema Repetitivo nº 1.067.



Peço licença ao douto Desembargador Relator para divergir de seu posicionamento quanto ao mérito do recurso.

Trata-se de caso em que a parte autora pleiteia o custeio da coleta de óvulos para congelamento em razão do tratamento de câncer que será submetida.

A relação jurídica em análise não está regida pela legislação consumerista, nos termos da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça: “*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.*” (Súmula 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018).

Contudo, deve ser aplicada a Lei nº 9.656/98 que dispõe sobre os planos e seguros privados de saúde e as normas estabelecidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

A Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfer-----, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

(...)

§ 4º A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS, que publicará rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado a cada incorporação.

Assim, a Agência Nacional de Saúde Suplementar editou Resolução Normativa nº 465/2021 que atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece:

Art. 1º Esta Resolução Normativa – RN atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, 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 art. 35 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998.

Art. 2º Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de



assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde.

Art. 3º Esta Resolução Normativa é composta por quatro Anexos:

I- Anexo I: lista os procedimentos e eventos de cobertura obrigatória, de acordo com a segmentação contratada;

II - Anexo II: apresenta as Diretrizes de Utilização – DUT, que estabelecem os critérios a serem observados para que sejam asseguradas as coberturas de alguns procedimentos e eventos especificamente indicados no Anexo I;

Portanto, observando a competência da ANS e a previsão expressa da taxatividade, tenho firmado entendimento de que o rol de procedimento da Agência Nacional de Saúde Suplementar é taxativo e deve ser observado, ressalvadas as exceções previstas na Lei nº 14.454/2022, que alterou a Lei nº 9.656/1998 para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos, a qual prevê:

Art. 10.

§ 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I- exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDA NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO



ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDADA PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO.

1. A Lei n. 9.961/2000 criou a ANS, estabelecendo no art. 3º sua finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. Já o art. 4º, III, elucida que compete à ANS elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades.
2. Por inequívoca opção do legislador, extrai-se tanto do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 quanto do art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000 que é atribuição dessa agência elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Nessa toada, o Enunciado n. 21 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ propugna que se considere, nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n. 9.656/1998, o Rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas.
3. Por um lado, a Resolução Normativa ANS n. 439/2018, ora substituída pela Resolução Normativa ANS n. 470/2021, ambas dispondo sobre o rito processual de atualização do Rol, estabelece que as propostas de sua atualização serão recebidas e analisadas mediante critérios técnicos relevantes de peculiar complexidade, que exigem alto nível de informações, quais sejam, utilização dos princípios da avaliação de tecnologias em saúde - ATS, princípios da saúde baseada em evidências - SBE, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor. Por outro lado, deixando claro que não há o dever de fornecer todas e quaisquer coberturas vindicadas pelos usuários dos planos de saúde, ao encontro das mencionadas resoluções normativas da ANS, a Medida Provisória n. 1.067, de 2 de setembro de 2021, incluiu o art. 10-D, § 3º, I, II e III, na Lei 9.656/1998 para estabelecer, no mesmo diapasão do regramento infralegal, a instituição da Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, à qual compete assessorar a ANS nas atribuições de que trata o § 4º do art. 10, devendo apresentar relatório que considerará: I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, do produto ou do procedimento analisado, reconhecidas pelo órgão competente para o registro ou a para a autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos



benefícios e dos custos em relação às coberturas já previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar; quando couber; e III a análise de impacto financeiro da ampliação da cobertura no âmbito da saúde suplementar.

- 4. O Rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, a preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável economicamente da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo - devendo, ademais, a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas - tem o condão de efetivamente padronizar todos os planos e seguros de saúde e restringir a livre concorrência, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, o que representaria, na verdade, suprimir a própria existência do "Rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população.*
- 5. A par de o Rol da ANS ser harmônico com o CDC, a Segunda Seção já pacificou que "as normas do CDC aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova" (EAREsp n. 988.070/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 8/11/2018, DJe de 14/11/2018). Dessa maneira, ciente de que o Rol da ANS é solução concebida pelo próprio legislador para harmonização da relação contratual buscada nas relações consumeristas, também não caberia a aplicação insulada do CDC, alheia às normas específicas inerentes à relação contratual.*
- 6. Não se pode perder de vista que se está a discutir direitos e obrigações da relação contratual que envolvem plano de saúde e usuário, e não o estabelecimento de obrigação de fazer ou de não fazer a terceiro, que nem mesmo integra a lide. A ANS, ao contrário do médico-assistente da parte litigante, analisa os procedimentos e eventos sob perspectiva coletiva, tendo em mira a universalização do serviço, de modo a viabilizar o atendimento do maior número possível de usuários. Mesmo o correto e regular exercício profissional da Medicina, dentro das normas deontológicas da profissão, usualmente possibilita ao profissional uma certa margem de subjetividade, que, por vezes, envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas não pode nortear a elaboração do Rol.*
- 7. Conforme adverte a doutrina especializada, muito além de servir como arrimo para precificar os valores da cobertura básica e mínima obrigatória das contratações firmadas na vigência da lei de Planos de Saúde, o Rol de procedimentos, a cada nova edição, delineia também a relevante preocupação do Estado em não expor o consumidor e paciente a prescrições que não encontrem respaldo técnico estudado e assentado no mundo científico, evitando-se que virem reféns dos interesses - notadamente econômicos - da cadeia de fornecedores de produtos e serviços que englobam a assistência médico-hospitalar e odontológica suplementar.*
- 8. Legítima é a confiança que está de acordo com o direito, despertada a partir de circunstâncias objetivas. Com efeito, o entendimento de que o Rol - ato estatal, com expressa previsão legal e imperatividade inerente, que vincula fornecedores e consumidores deve ser considerado meramente exemplificativo em vista da*



vulnerabilidade do consumidor; isto é, lista aberta sem nenhum paralelo no mundo, ignora que é ato de direito administrativo, e não do fornecedor de serviços, assim como nega vigência a diversos dispositivos legais, ocasionando antisseleção, favorecimento da concentração de mercado e esvaziamento da competência atribuída à ANS pelo Poder Legislativo para adoção de medidas regulatórias voltadas a equilibrar o setor de saúde suplementar de forma ampla e sistêmica, com prejuízo para toda a coletividade envolvida. Afeta igualmente a eficácia do direito constitucional à saúde (art. 196 da CF), pois a interferência no equilíbrio atuarial dos planos de saúde privados contribui de forma significativa para o encarecimento dos produtos oferecidos no mercado e para o incremento do reajuste da mensalidade no ano seguinte, dificultando o acesso de consumidores aos planos e seguros, bem como sua manutenção neles, retirando-lhes a confiabilidade assegurada pelo Rol de procedimentos, no que tange à segurança dos procedimentos ali elencados, e ao Sistema Único de Saúde (SUS), que, com esse entendimento jurisprudencial, reflexamente teria sua demanda aumentada.

9. *Em recentes precedentes específicos envolvendo a supressão das atribuições legais da ANS, as duas Turmas de Direito Público decidiram que, "segundo entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, até prova cabal em contrário, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras", "sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo" (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.834.266/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 25/3/2021). Ademais, assentaram que não é papel do Judiciário promover a substituição técnica por outra concepção defendida pelo julgador; sendo "incabível substituição da discricionariedade técnica pela discricionariedade judicial" (AgInt no REsp n. 1.823.636/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 16/9/2021).*
10. ***Diante desse cenário e buscando uma posição equilibrada e ponderada, conforme o entendimento atual da Quarta Turma, a cobertura de tratamentos, exames ou procedimentos não previstos no Rol da ANS somente pode ser admitida, de forma pontual, quando demonstrada a efetiva necessidade, por meio de prova técnica produzida nos autos, não bastando apenas a prescrição do médico ou odontólogo que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os contidos no Rol de cobertura mínima. Deveras, como assentado pela Corte Especial na esfera de recurso repetitivo, REsp n. 1.124.552/RS, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. Ressaltou-se nesse precedente que: a) não é possível a ilegítima invasão do magistrado em seara técnica à qual não é afeito; b) sem dirimir a questão técnica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendido da prova dos autos; c) nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais.***
11. ***Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a***



operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida 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 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.

12. No caso concreto, a parte autora da ação tem esquizofreniaparanoide e quadro depressivo severo e, como os tratamentos medicamentosos não surtiram efeito, vindica a estimulação magnética transcraniana - EMT, ainda não incluída no Rol da ANS. O Conselho Federal de Medicina - CFM, conforme a Resolução CFM n. 1.986/2012, reconhece a eficácia da técnica, com indicação para depressões uni e bipolar, alucinações auditivas, esquizofrenias, bem como para o planejamento de neurocirurgia, mantendo o caráter experimental para as demais indicações. Consoante notas técnicas de NatJus de diversos Estados e do DF, o procedimento, aprovado pelo FDA norte-americano, pode ser mesmo a solução imprescindível para o tratamento de pacientes que sofrem das enfermidades do recorrido e não responderam a tratamento com medicamentos - o que, no ponto, ficou incontroverso nos autos.

13. Com efeito, como o Rol não contempla tratamento devidamente regulamentado pelo CFM, de eficácia comprovada, que, no quadro clínico do usuário do plano de saúde e à luz do Rol da ANS, é realmente a única solução imprescindível ao tratamento de enfermidade prevista na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID, notadamente por não haver nas diretrizes da relação editada pela Autarquia circunstância clínica que permita essa cobertura, é forçoso o reconhecimento do estado de ilegalidade, com a excepcional imposição da cobertura vindicada, que não tem preço significativamente elevado.

14. Embargos de divergência a que se nega provimento.

(EREsp n. 1.886.929/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 3/8/2022.) (Destaquei)

No caso em análise, a paciente diagnosticado com Neoplasia de Colon, requer o custeio da coleta de óvulos para congelamento, considerando a necessidade de quimioterapia.



Compulsando-se os Anexos I e II do Rol de Eventos e Procedimentos de Saúde da ANS verifica-se que o procedimento não está previsto no rol de procedimentos.

A concessão de medicamento ou tratamento não previsto no Rol da ANS é possível apenas nos casos previsto no art. 10, § 13, I e II da Lei nº 9.656/1998, anteriormente transcritos.

Necessária, então, a interpretação legislativa sobre os critérios estabelecidos.

O inciso I do § 13 exige a comprovação da eficácia baseada em evidência científica e o plano terapêutico. Assim, para o preenchimento desse critério, necessária a apresentação de um artigo científico resultado de pesquisa científica demonstrando a eficácia do tratamento juntamente com o plano terapêutico assinado pelo médico assistente.

O inciso II, por sua vez, indica os outros dois requisitos alternativos. A recomendação da Conitec, dispensa maiores divagações sobre o preenchimento. E a recomendação de pelo menos um órgão de avaliação de tecnologias em saúde internacional e que tal recomendação esteja sendo utilizada para aplicação do protocolo aos seus nacionais; nesse caso, necessário reiterar a necessidade de apresentação de tradução por tradutor juramentado.

Quanto ao ônus de produzir prova quanto ao preenchimento dos requisitos, necessário aplicar o disposto no art. 373, I, do Código de Processo Civil, o qual transcrevo:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor

(...)

§2º A decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

(destaquei)

Saliento que imputar ao réu o ônus de provar que o pedido não preenche os requisitos estabelecidos na lei ofenderia o disposto no parágrafo §2º do art. 373 do Código de Processo Civil, já que geraria uma obrigação de produzir prova negativa. Além disso, se trata de caso não sujeito ao Código de Defesa de Consumidor, e inexistente pedido de inversão do ônus da prova.

No caso em tela, não houve a demonstração cabal da existência de evidências científicas do procedimento. A única documentação juntada pela autora são os relatórios médicos que não são suficientes para comprovação científica.

Assim, não é possível adotar o entendimento de que seria obrigatória a cobertura do tratamento fora das diretrizes de utilização previstas pela ANS, sem a devida comprovação científica da eficácia e segurança do tratamento, sob pena de tornar letra morta o Rol da ANS e desconsiderar a relevante função regulatória desempenhada pela agência.

Nesse cenário, é necessário entender que não existe obrigação de cobertura do procedimento requerido no caso da autora, por ser tratamento não previsto no Rol da ANS e por não ter sido comprovado o preenchimento dos requisitos para concessão de medicamento fora do Rol previstos na Lei nº 14.454/2022.

Ausente a obrigação do custeio do procedimento, não é possível imputar qualquer conduta ilegal ao plano de saúde capaz de justificar a reparação moral.



Desta forma, a sentença deve ser reformada para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Ante o exposto, rogando as mais respeitosas vênias ao douto Desembargador Relator, **CONHEÇO** do recurso e **DOU-LHE PROVIMENTO** para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Ante a inversão da sucumbência, condeno os autores a arcarem com as custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §2º do Código de Processo Civil. Suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade de justiça.

É como voto.



Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Conforme relatado, cuida-se de apelação contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, determinando a autorização do tratamento de criopreservação dos óvulos da autora/apelada, nos termos da prescrição médica.

Em suas razões recursais o plano de saúde alega, em suma, que não há previsão contratual e legal para a cobertura do procedimento almejado pela apelada (criopreservação de óvulos).

Aduz que segundo o art. 10º, III, da Lei nº 9.656/98, art. 17 da Resolução Normativa nº 465 da ANS, o Enunciado nº 20 do Conselho Nacional de Justiça, e a Tema Repetitivo nº 1.067 do STJ, é permitida a exclusão assistencial da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*, salvo por expressa previsão contratual.

Cinge-se a controvérsia recursal, portanto, em verificar se há obrigatoriedade da apelante em custear o tratamento de criopreservação de óvulos da apelada em razão do seu tratamento quimioterápico de câncer.

Sem razão.

Inicialmente, consigno que a relação jurídica em análise se submete à legislação consumerista, conforme a Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça.

Pois bem.

Consta do relatório médico de ID 71733217 que a apelada/autora com 20 anos de idade foi diagnosticada com neoplasia de cólon e deverá ser submetida a tratamento oncológico obrigatório de quimioterapia, com potencial risco de insuficiência ovariana e impacto na fertilidade.

Assim, o médico assistente recomendou o procedimento de



criopreservação de óvulos como medida preventiva, antes do início do tratamento, para que a apelada tenha a possibilidade de gestação futura.

Contudo, esse procedimento foi negado pelo plano de saúde, ora apelante, ao argumento de que não haveria essa cobertura prevista no rol da ANS (ID 71733219).

Ora, o objeto do contrato de plano de saúde firmado entre as partes é o de prestação de serviços médico-hospitalares, compreendendo, dessa forma, todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, nos termos do artigo 35-F da Lei 9.656/98.

Assim, a coleta e a criopreservação dos óvulos constituem etapa acessória ao tratamento oncológico, de modo que estes procedimentos integram as intervenções médicas possíveis para o integral reestabelecimento da saúde da segurada, ora apelada.

Isto é, a pretensão da apelada não está fundamentada no direito constitucional ao planejamento familiar (art. 226, §7º, CF), mas na preservação do direito à saúde, que deve ser custeado pela apelante, em razão da existência de contrato que prevê o financiamento de tratamento relacionado a doenças oncológicas.

Desta feita, entendo que a negativa da apelante em autorizar a realização deste procedimento, que visa a restauração integral da saúde, viola o princípio da universalidade, previsto no art. 35-F da Lei nº 9.656/98 já citado.

Nesse sentido, confira-se o entendimento desta Corte:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA PRECLUSA. PEDIDO QUE CONSTITUI OBJETO DE OUTRA DEMANDA. NÃO CONHECIMENTO. PLANO DE SAÚDE. PACIENTE DIAGNOSTICADA COM CÂNCER. TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. PROCEDIMENTO PARA ESTIMULAÇÃO E COLETA DE ÓVULOS. PRESERVAÇÃO DA FERTILIDADE DA PACIENTE. COBERTURA DEVIDA. I. Encontra óbice no fenômeno preclusivo a arguição, na apelação, de prescrição rejeitada por decisão interlocutória definitiva. II.

Não se conhece da demanda quanto a pedido que constitui o objeto de outra ação julgada por sentença. III. Procedimento de estimulação ovariana e coleta de óvulos, prescrito para a preservação da fertilidade da paciente que será submetida a tratamento quimioterápico, não está compreendido na exclusão da cobertura



de despesas relacionadas a inseminação artificial prevista no artigo 10, inciso III, da Lei 9.656/1998, e do artigo 20, § 1º, inciso III, da Resolução ANS 387/2015 (então em vigor). IV. Exclusão legal, regulamentar e contratual restrita à inseminação artificial em si mesmo considerada, ainda que em toda a sua latitude, não se estende a procedimento prescrito para a salvaguarda da fertilidade da paciente que irá se submeter a tratamento de câncer, sobretudo à luz do princípio da universalidade da cobertura assistencial consagrado nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso VI, e 35-F da Lei 9.656/1998.V. Apelação parcialmente provida. (Acórdão 1740164, 0704263-64.2020.8.07.0001, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 03/08/2023, publicado no DJE: 21/08/2023) – grifado.

CONSTITUCIONAL. CONSUMIDOR. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONHECIMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. SEGURADA COM CÂNCER. COLETA E CRIOPRESERVAÇÃO DE ÓVULOS. DIREITO À SAÚDE. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. INFERTILIDADE. DECORRÊNCIA DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. DISTINÇÃO. DIREITO AO REESTABELECIMENTO INTEGRAL DA SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. CUSTEIO PELA SEGURADORA. OBRIGATORIEDADE. ART. 35-F DA LEI 9.656/98. ASTREINTES. MANUTENÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. O objeto do contrato de plano de saúde firmado entre as partes é o de prestação de serviços médico-hospitalares, compreendendo, dessa forma, todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, nos termos do artigo 35-F da Lei 9.656/98. 2. **A coleta e a criopreservação dos óvulos constituem etapa acessória ao tratamento oncológico, de modo que estes procedimentos integram as intervenções médicas possíveis para o integral reestabelecimento da saúde da segurada.** 3. **A pretensão não está fundamentada no direito constitucional ao planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º, da Carta Magna, mas sim na preservação do direito à saúde, que deve ser custeado pela seguradora, em virtude da existência de contrato que prevê o financiamento de tratamento relacionado a doenças oncológicas.** 4. **A negativa da operadora de plano de saúde em autorizar a realização do procedimento que visa à restauração integral da saúde viola o princípio da universalidade, previsto no art. 35-F da Lei 9.656/98, e os primados da boa-fé objetiva e da transparência.** 5. Não se desconhece o Tema 1.067 do STJ o qual assim dispõe: "Salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização in vitro." Todavia, é necessário fazer a distinção, posto que a infertilidade decorre do tratamento quimioterápico, e não de pessoa fértil que busca cobertura securitária para a realização de reprodução assistida. 6. O valor aplicado a título de multa, se deu em virtude de descumprimento de tutela antecipatória de urgência deferida pelo Juízo de origem, não havendo que se falar em sentença extra petita. 7. Recurso não provido. (Acórdão 1734514, 0702269-93.2023.8.07.0001, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 20/07/2024, publicado no DJE: 04/08/2023) – grifado.



CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSO CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. INDENIZAÇÃO. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DE CÂNCER. MEDULA ÓSSEA. TRANSPLANTE. EFEITO COLATERAL. ESTERILIDADE. PEDIDO DE COLETA E CONGELAMENTO DE ÓVULOS. OBRIGAÇÃO DA COBERTURA DO PROCEDIMENTO. 1. O direito ao planejamento familiar, que engloba a pretensão de o casal ter filhos pela maneira convencional ou por meio de técnicas científicas de fecundidade e procriação, constitui direito fundamental. 2. Para atender a esse direito fundamental, a Lei Federal nº

11.935/2009 acrescentou o art. 35-C, inciso III, à Lei Federal nº 9.656/1998, tornando obrigatório o atendimento, pelos planos de saúde, das ações que visem à concretização do **planejamento familiar, tanto na concepção como na contracepção**. 3. **Assegurar a preservação dos óvulos da apelante apenas faz parte do tratamento contra a leucemia, visto que a esterilidade é um dano colateral, inevitável quando se realiza a quimioterapia necessária ao transplante de medula óssea. O tratamento, portanto, difere-se daqueles em que se busca o congelamento de óvulos por mera liberalidade, para futura fertilização**. 4. **Os planos de saúde têm o dever de arcar com os custos referentes ao tratamento indicado, sendo abusiva a cláusula contratual restritiva do procedimento**. 5. A recusa da operadora de saúde em autorizar o custeio do tratamento necessário ao restabelecimento integral do paciente é apta a caracterizar ofensa aos direitos de personalidade deste. 6. Recurso conhecido e provido. (Acórdão 1667672, 0717540-56.2021.8.07.0020, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 15/02/2023, publicado no DJE: 08/03 /2023) – grifado.

Por fim, não se aplica o Tema 1.067 do STJ ao presente caso, isso porque a infertilidade da apelada decorre do tratamento quimioterápico, e não de pessoa fértil que busca a cobertura securitária para a realização de reprodução assistida.

Igualmente, por esse mesmo motivo, não se aplica ao caso o artigo 10, inciso III, da Lei 9.656/1998¹ e nem o artigo 17, III, da Resolução Normativa da ANS nº 465/2021².

No que diz respeito ao pedido subsidiário de delimitação da obrigação, fixando que a cobertura da apelante se encerra na fase de coleta e congelamento, sem incluir valores de manutenção e posterior utilização em procedimentos de inseminação artificial ou fertilização *in vitro*, tenho que assiste razão em parte à apelante.

De fato, a obrigação de prestação de assistência médica assumida pela operadora de plano de saúde impõe a realização do



tratamento prescrito para o câncer, a ele se vincula a obrigação de custear a criopreservação dos óvulos, sendo esta devida até a alta do tratamento de quimioterapia prescrito para o câncer, a partir de quando caberá à beneficiária arcar com os eventuais custos, às suas expensas, se necessário for.

Nesse sentido, trago à colação julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. BENEFICIÁRIA ACOMETIDA DE CÂNCER DE MAMA. PRESCRIÇÃO DE QUIMIOTERAPIA. RISCO DE INFERTILIDADE COMO EFEITO ADVERSO DO TRATAMENTO. CRIOPRESERVAÇÃO DOS ÓVULOS. PRINCÍPIO MÉDICO "PRIMUM, NON NOCERE". OBRIGAÇÃO DE COBERTURA DO PROCEDIMENTO ATÉ À ALTA DA QUIMIOTERAPIA.

1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 01/07/2020, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 18/05/2021 e concluso ao gabinete em 25/05/2023.
2. O propósito recursal consiste em decidir sobre a obrigação de a operadora de plano de saúde custear o procedimento de criopreservação de óvulos, como medida preventiva à infertilidade, enquanto possível efeito adverso do tratamento de quimioterapia prescrito à recorrida, acometida por um câncer de mama.
3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, esuficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em violação do art. 1.022 do CPC/15.
4. Esta Turma, ao julgar o REsp 1.815.796/RJ (julgado em 26/05/2020, DJe de 09/06/2020), fez a 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.
5. O princípio do *primum, non nocere* (primeiro, não prejudicar), não impõe ao profissional da saúde um dever absoluto de não prejudicar, mas o de não causar um prejuízo evitável, desnecessário ou desproporcional ao paciente, provocado pela própria enfermidade que se pretende tratar; dele se extrai um dever de prevenir, sempre que possível, o dano previsível e evitável resultante do tratamento médico prescrito.
6. Conclui-se, na ponderação entre a legítima expectativa da consumidora e o alcance da restrição estabelecida pelo ordenamento jurídico quanto aos limites do contrato de plano de saúde, que, 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.

7. Se a obrigação de prestação de assistência médica assumida pela operadora de plano de saúde impõe a realização do tratamento prescrito para o câncer de mama, a ele se vincula a obrigação de custear a criopreservação dos óvulos, sendo esta devida até a alta do tratamento de quimioterapia prescrito para o câncer de mama, a partir de quando caberá à beneficiária arcar com os eventuais custos, às suas expensas, se necessário for.

8. Recurso especial conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido. (REsp n. 1.962.984/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 23/8/2023.) (grifo nosso)

Ante o exposto, **CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para determinar a autorização do tratamento de criopreservação dos óvulos da autora/apelada até o fim do tratamento quimioterápico, nos termos da prescrição médica.

Em decorrência da sucumbência recursal mínima da apelada, majoro os honorários advocatícios arbitrados para 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, na forma do art. 85, §11 do CPC.

É como voto.



Cuida-se de recurso de apelação interposto por ----- face da sentença proferida pelo d. Juízo da 1ª Vara Cível de Águas Claras que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada por ---- em seu desfavor, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, determinando a autorização do tratamento de criopreservação dos óvulos da autora/apelada.

Adota-se o relatório da sentença, *in verbis* (ID 71733256):

Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, com pedido de tutela de urgência, ajuizada contra a ----- (-----), visando à autorização e custeio da coleta e criopreservação de óvulos.

A autora conta que é beneficiária do plano de saúde fornecido pela ----- e que foi diagnosticada com Neoplasia Maligna do Cólon (CID C18), razão pela qual lhe foi prescrito tratamento que inclui quimioterapia, o que pode causar infertilidade, sendo recomendada a coleta e criopreservação de óvulos por seu médico assistente. Aduz que o plano de saúde negou a cobertura, alegando que o procedimento não consta no rol de procedimentos obrigatórios da Agência Nacional de Saúde (ANS) e que o contrato firmado entre as partes não contempla a criopreservação.

Pede a tutela antecipada de urgência para que a ----- autorize e custeie integralmente o tratamento preventivo de infertilidade, sob pena de multa diária. Em sede de cognição exauriente, pede o custeio de todo o tratamento médico prescrito ou que a requerida seja condenada a ressarcir os valores pagos pela autora em razão da demora no fornecimento do serviço. Pede, ainda, a indenização por danos morais decorrentes da injusta recusa de cobertura por parte do plano.

A tutela de urgência foi deferida “para determinar que a parte ré autorize os procedimentos médicos descritos no relatório de id. 209090752, no prazo de 2 (dois) dias. A ré deverá comprovar o cumprimento da obrigação nos autos, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), por ora limitada a R\$50.000, 00 (cinquenta mil reais), sem prejuízo da adoção de outras medidas que se fizerem necessárias, na hipótese de descumprimento, inclusive majoração do valor” (ID 209121148 - Decisão).

No ID 209873222 - Petição Interlocutória , a autora informa que a ré cumpriu a decisão liminar.

Contestação no ID 211701305 - Contestação, em que a ré sustenta que não está submetida ao Código de Defesa do Consumidor e que o



procedimento não tem cobertura do plano de saúde contratado pela autora, não estando previsto, tampouco, no rol de procedimentos de cobertura obrigatória elaborado pela Agência Nacional de Saúde (ANS). Por fim, pontua a ausência de fatos ensejadores de reparação por danos morais, argumentando que não houve ato ilícito por parte da -----, uma vez que a negativa de custeio foi baseada no contrato e nas normas legais.

A ré chegou a manejar agravo de instrumento em face da decisão que antecipara os efeitos da tutela, não tendo sido concedido efeito suspensivo ao recurso (ID 212641240 – Ofício).

As partes dispensaram a produção de outras provas.

É a síntese do necessário.

A parte dispositiva do *decisum* foi exarada nos seguintes termos, *in verbis*:

Desse modo, ratifico a decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos para compelir a ré a autorizar e custear os procedimentos médicos de criopreservação de óvulos descritos no relatório de id. 209090752.

Declaro resolvido o mérito, nos termos do inciso I do artigo 487 do CPC.

Corrija-se o valor da causa, cf. acima.

Considerando que houve sucumbência recíproca, mas em menor proporção por parte da autora, deve a requerente arcar com 15% e a ré com 85% do montante devido a título de despesas processuais. Arbitro os honorários em 10% do proveito econômico obtido por cada parte, cf. art. 85, §2º do CPC, vedada a compensação (art. 85, §14 do CPC).

Após o trânsito em julgado, não havendo outros requerimentos, dê-se baixa e arquivem-se os autos com as cautelas de estilo.

Sentença registrada eletronicamente.

Publique-se. Intimem-se.

Em suas razões recursais (ID 71733315), a apelante afirma, em suma, que não há previsão contratual e legal para a cobertura do procedimento almejado pela apelada (criopreservação de óvulos), o qual configura técnica de reprodução assistida, expressamente excluída pela cláusula contratual e pela Lei nº 9.656/98.

Aduz que o procedimento congelamento de óvulos não possui previsão de cobertura pela ANS, bem como, consiste em procedimento diretamente relacionado à reprodução assistida e, portanto, possui expressa previsão de exclusão de cobertura.

Registra que o procedimento é parte do processo de fertilização



in vitro, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo 1067, que estabelece não ser obrigatória a cobertura por plano de saúde, salvo previsão contratual.

Nesse contexto, alega que segundo o art. 10º, III, da Lei nº 9.656/98, art. 17 da Resolução Normativa nº 465 da ANS, o Enunciado nº 20 do Conselho Nacional de Justiça, e a Tema Repetitivo nº 1.067 do STJ, é permitida a exclusão assistencial da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*, salvo por expressa previsão contratual.

Com esses fundamentos, requer a reforma da sentença para que os pedidos sejam julgados improcedentes, uma vez que fora contrária ao que dispõe a legislação inerente à saúde suplementar.

Subsidiariamente, requer a delimitação da obrigação, fixando que a cobertura da apelante se encerra na fase de coleta e congelamento dos óvulos, sem incluir valores de manutenção e sua posterior utilização em procedimentos de inseminação artificial ou fertilização *in vitro*.

Preparo recolhido (ID 71733317).

Nas contrarrazões, a apelada pede o não provimento do recurso (ID 71733322).

É o relatório.

