



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

ANNA BEATRIZ FERRAZ CORRÊA

**SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: Análise crítica à dissonância de entendimentos
acerca do caráter exemplificativo ou taxativo do Rol de Procedimentos e Eventos em
Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)**

Recife
2023

ANNA BEATRIZ FERRAZ CORRÊA

**SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: Análise crítica à dissonância de entendimentos
acerca do caráter exemplificativo ou taxativo do Rol de Procedimentos e Eventos em
Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Maria Lúcia Barbosa

Recife
2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Corrêa, Anna Beatriz Ferraz.

Saúde suplementar no Brasil: Análise crítica à dissonância de entendimentos acerca do caráter exemplificativo ou taxativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) / Anna Beatriz Ferraz Corrêa. - Recife, 2023.

50

Orientador(a): Maria Lúcia Barbosa

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

1. Direito à saúde. 2. Sistema de saúde suplementar. 3. Agência Nacional de Saúde Suplementar. I. Barbosa, Maria Lúcia. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

ANNA BEATRIZ FERRAZ CORRÊA

**SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: Análise crítica à dissonância de entendimentos
acerca do caráter exemplificativo ou taxativo do Rol de Procedimentos e Eventos em
Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Aprovado em: 22/09/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Maria Lúcia Barbosa (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^ª. Dr^ª. Cristiniana Cavalcanti Freire
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^ª. Dr^ª. Camilla Montanha de Lima
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

À minha família, especialmente à Joca, Vania, Veronica e Bianca, por todo o apoio e amor incondicional com que eles me agraciam diariamente. Obrigada por sempre acreditarem em mim.

Aos meus amigos, Antônio e Júlia, que estiveram ao meu lado em todas as etapas dessa caminhada. Vocês são os melhores presentes que o Colégio de Aplicação poderia ter me dado.

E à Faculdade de Direito do Recife por todos os ensinamentos proporcionados ao longo dos últimos cinco anos.

RESUMO

O presente trabalho articula uma análise crítica acerca da dissonância de entendimentos entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo sobre o caráter exemplificativo ou taxativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Após a apresentação de um panorama histórico sobre a constitucionalização do direito à saúde no Brasil e o desenvolvimento do sistema de saúde suplementar, passa-se à análise das competências da ANS e a controvérsia que permeia a listagem de procedimentos que compõem a cobertura assistencial obrigatória mínima dos planos de saúde. Sucessivamente, busca-se demonstrar as teses adotadas pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, especialmente no bojo dos julgamentos dos Recursos Especiais nº 1.769.557/CE e nº 1.733.013/PR, bem como dos Embargos de Divergência nos Recursos Especiais nº 1.886.929/SP e nº 1.889.704/SP, além de elucidar o contexto em que se deu a posterior promulgação da Lei nº 14.454/2022, que, em oposição ao precedente jurisprudencial, reconheceu o caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS. A partir de tais informações, argumenta-se pela necessidade de uniformização entre os entendimentos endossados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, a fim de pôr termo à insegurança jurídica que permeia o tema, o que deve ocorrer no sentido do reconhecimento da natureza exemplificativa do rol da ANS, por ser esta a única interpretação hábil a harmonizar os princípios e os direitos sociais essenciais previstos na Constituição Federal de 1988 com as leis especiais que regulamentam o setor de saúde suplementar (Leis nº 9.656/1998, nº 9.961/2000 e nº 14.454/2022), e que permite primar pela observância às normas de proteção constantes no Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Sistema de Saúde Suplementar; Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde; Agência Nacional de Saúde Suplementar; Superior Tribunal de Justiça; Direito à saúde.

ABSTRACT

This undergraduate thesis articulates a critical analysis of the dissonance of understandings between the Judiciary and the Legislative regarding the exemplary or exhaustive character of the List of Health Procedures and Events of the National Supplementary Health Agency (ANS). After presenting a historical overview of the constitutionalization of the right to public health in Brazil and the development of the supplementary health system, the analysis of the competences of the ANS and the controversy that permeates the list of procedures that make up the minimum obligatory assistance coverage of health plans. Successively, we seek to demonstrate the theses adopted by the Second Section of the Superior Court of Justice on the subject, especially in the context of the judgment of 'Recurso Especial' nº 1.886.929/SP and nº 1.889.704/SP, in addition to elucidating the context in which the subsequent enactment of Law nº 14.454/2022 took place, which, in opposition to jurisprudential precedent, recognized the exemplary character of the List of Procedures and Events in ANS Health. Based on such information, it is argued that there is a need for uniformity between the understandings endorsed by the Legislative Power and the Judiciary Power in order to put an end to the legal uncertainty that permeates the theme, which must occur in the sense of recognizing the exemplary nature of the role of the National Supplementary Health Agency, as this is the only interpretation capable of harmonizing the principles and essential social rights provided for in the Federal Constitution of 1988 with the special laws that regulate the supplementary health sector (Laws nº 9.656/1998, nº 9.961/2000 and nº 14,454/2022), and which allows for compliance with the protection standards contained in the Consumer Protection Code.

Keywords: Supplementary Health System; List of Health Procedures and Events; National Supplementary Health Agency; Superior Court of Justice; Right to public health.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANS Agência Nacional de Saúde Suplementar
CDC Código de Defesa do Consumidor
CNJ Conselho Nacional de Justiça
Conitec Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde
coord. Coordenação
COSAÚDE Comitê Permanente de Regulação da Atenção à Saúde
CRFB Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DJe Diário de Justiça Eletrônico
EResp Embargos de Divergência em Recurso Especial
IGR Índice Geral de Reclamações
Min. Ministro(a)
MRSB Movimento da Reforma Sanitária Brasileira
Nat-Jus Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário
Rel. Relator
REsp Recurso Especial
STF Supremo Tribunal Federal
STJ Superior Tribunal de Justiça
SUS Sistema Único de Saúde
UNIDAS União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: CONTEXTO E REGULAÇÃO.....	13
2.1 O DIREITO À SAÚDE ENQUANTO DIREITO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	13
2.2 O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL E O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR.....	18
3 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA CONTROVÉRSIA ACERCA DO CARÁTER EXEMPLIFICATIVO OU TAXATIVO DO ROL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR: PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL VS. LEI FEDERAL.....	24
4 ANÁLISE CRÍTICA À DISSONÂNCIA DE ENTENDIMENTOS QUANTO AO CARÁTER DO ROL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR: NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO ENTRE O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO.....	36
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

O tema da saúde suplementar no Brasil tem sido objeto de intensos debates nos últimos anos em decorrência das subseqüentes modificações de entendimento jurisprudencial e legislativo acerca da natureza exemplificativa ou taxativa do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A relevância da controvérsia é incontestável, porquanto o direito à saúde, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um direito social, revela-se como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana ao possibilitar o efetivo acesso dos cidadãos brasileiros a um padrão adequado de saúde e à qualidade de vida decorrente do bem-estar físico e psíquico.

Nesse sentido, é pertinente a lição de Maria Celina Bodin de Moraes ao compreender o direito à saúde como um “direito fundamental, o qual deve ser entendido como um direito subjetivo público, exigível perante o Estado, que tem o dever de garantir as condições necessárias para sua efetivação”, asseverando estar “intimamente relacionado com outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana” (Moraes, 2004, p. 89-107 *apud* Capez; Puglisi, 2023).

A despeito do compromisso inegociável do Estado brasileiro em prover, promover e proteger a saúde da população, assegurando a concretização desse direito, é cediço que o sistema de saúde suplementar se afigura como um componente fundamental da assistência médica no país. As operadoras de planos de saúde atuam em caráter suplementar ao Sistema Único de Saúde (SUS), em consonância com suas diretrizes e princípios, para permitir que mais de 50 milhões¹ de beneficiários possuam acesso a uma variedade de serviços e procedimentos médico-hospitalares e odontológicos, que são ofertados em diversas modalidades de abrangência e cobertura de seguros de saúde.

No entanto, a relação que se desenvolve entre os beneficiários e as empresas de planos de saúde é frequentemente marcada por uma grave dissonância, que gira em torno da interpretação acerca do caráter exemplificativo ou taxativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS. Isto é, as celeumas relativas ao âmbito da assistência privada à saúde, que são cotidianamente levadas à apreciação do Poder Judiciário, possuem origem comum: a recusa de fornecimento ou custeio de procedimentos médico-hospitalares,

¹ Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Setor fecha 2022 com 50,5 milhões de beneficiários em planos de assistência médica.** Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/numeros-do-setor/setor-fecha-2022-com-50-5-milhoes-de-beneficiarios-em-planos-de-assistencia-medica>. Acesso em: 10 ago. 2023.

tratamentos ou medicamentos, sob a alegação de ausência de cobertura contratual e/ou previsão no rol da ANS.

Nesta senda, surge a necessidade de analisar o contexto histórico, jurisprudencial e legal que permeia o sistema de saúde suplementar no Brasil, bem como os argumentos que embasam as diferentes teses sobre a natureza do rol da ANS, sobretudo aquela que equivocadamente prioriza a análise econômico-financeira do direito em detrimento da efetivação de direitos sociais essenciais.

No primeiro capítulo, portanto, desenvolve-se um panorama histórico acerca da constitucionalização do direito à saúde no Brasil, de maneira a elucidar que, embora constitua um dever do Estado a garantia desse direito, o constituinte originário possibilitou a atuação da iniciativa privada na assistência à saúde desde que devidamente regulamentada.

Também são feitas considerações sobre o surgimento e o papel central da Agência Nacional de Saúde Suplementar na normatização e controle das atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde, mormente através da elaboração do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde enquanto uma listagem de exames, consultas, cirurgias e tratamentos médicos que compõem a cobertura assistencial obrigatória mínima dos seguros de saúde.

Oportunamente, ainda, pretende-se revelar a existência de um extenso debate acerca do tipo de limitação que o mencionado rol impõe às empresas de planos de saúde e os questionamentos que decorrem da colisão entre direitos sociais fundamentais e aspectos econômico-financeiros do mercado de saúde suplementar.

No segundo capítulo, busca-se elucidar as subseqüentes alterações de entendimento do Superior Tribunal de Justiça em relação à natureza do rol da ANS e os principais argumentos que embasam as duas teses.

Inicialmente, a Terceira Turma considerava a referida listagem como exemplificativa, de modo a reconhecer a obrigação das operadoras de planos de saúde a custear tratamentos e medicamentos não previstos no rol desde que devidamente prescritos ao beneficiário pelo profissional de saúde competente. Em contrapartida, a Quarta Turma argumentava pela taxatividade do rol da ANS, buscando primar pelo equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar.

Assim, em junho de 2022, ocorreu a uniformização da jurisprudência da Corte Superior no sentido da taxatividade mitigada do rol da ANS, admitindo que apenas em situações excepcionais seria possível impor às seguradoras de saúde que custeassem procedimentos não previstos na lista.

Ainda, foram tecidas considerações acerca do impacto provocado por essa reconhecida vitória dos planos de saúde no âmbito jurisprudencial, o que posteriormente culminou na edição da Lei nº 14.454/2022, que reconheceu o caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS ao estabelecer critérios para permitir a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos na listagem. Contudo, a norma federal não logrou êxito em encerrar o debate, porquanto a sua constitucionalidade foi imediatamente questionada perante o Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, no terceiro capítulo, pretende-se elucidar porque os argumentos que embasam a tese de taxatividade do rol da ANS não merecem prosperar. De pronto, é demonstrada a constitucionalidade formal e material da Lei nº 14.454/2022, que atualmente é objeto de ações de controle de constitucionalidade em trâmite perante o STF, pois sua aprovação seguiu o devido processo legislativo e, ao passo que reconheceu o caráter exemplificativo do rol da ANS, a norma federal buscou equilibrar os interesses das operadoras de planos de saúde e dos beneficiários, garantindo sua acessibilidade aos serviços de saúde contratados.

No mesmo sentido, demonstrou-se que o argumento de indevida intervenção estatal no setor de saúde suplementar não merece prosperar, pois a atuação do Estado é imprescindível para corrigir as falhas de mercado e proteger os interesses dos consumidores. Não obstante, a alegação de suposta violação ao princípio da separação de poderes também se mostra inconsistente, uma vez que o Congresso Nacional não está vinculado às decisões do Poder Judiciário no exercício das suas atividades típicas.

Oportunamente, comenta-se sobre os possíveis impactos econômicos da adoção de uma interpretação não exaustiva do rol da ANS, de forma a asseverar que o reconhecimento do caráter exemplificativo da listagem não necessariamente resultaria em um aumento significativo de custos para as operadoras de planos de saúde. E, ainda que fosse esse o cenário, os eventuais ônus econômicos deveriam ser repartidos de forma equitativa entre os diversos agentes que lucram com a prestação de serviços no mercado de saúde suplementar.

Assim, o presente trabalho analisa criticamente a dissonância de entendimentos entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo sobre o caráter do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, a fim de demonstrar, à luz dos princípios e direitos constitucionais, das normas federais especiais e das normas de proteção ao consumidor, que o reconhecimento da natureza exemplificativa do rol da ANS é o caminho que se mostra mais adequado para pôr termo à controvérsia diante da impossibilidade de se atribuir mais valor a balanços atuariais

do que a uma vida humana, isto é, de sobrepor eventuais benefícios econômicos em relação a direitos fundamentais.

2 SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: CONTEXTO E REGULAÇÃO

2.1 O DIREITO À SAÚDE ENQUANTO DIREITO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconheceu o direito à saúde em seu art. 6º, dentre o rol de direitos sociais, que são aqueles que visam resguardar garantias mínimas à sociedade e têm por principal escopo mitigar as vulnerabilidades e tornar as desigualdades sociais menos latentes e impactantes.

Nas palavras de José Luiz Quadro de Magalhães (2008, p. 10):

Os direitos sociais são aqueles que devem ser garantidos pelo Estado, para que, com apoio no Direito Econômico, possam ser oferecidos a toda a população os meios dos quais cada pessoa necessita para ser realmente livre, usufruindo, assim, dos seus direitos individuais.

Assim, na condição de direito social, o direito à saúde exige do Estado prestações positivas no sentido da sua garantia e efetividade, podendo-se dizer que a sua concretização ocorre mediante um conjunto articulado de ações e serviços públicos que propiciam à coletividade um atendimento eficiente e adequado nos mais diversos níveis de complexidade.

Sobre os direitos que demandam uma atuação positiva do Estado, doutrina José Afonso da Silva (2005, p. 468):

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais ao passo que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, conseqüentemente, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

No entanto, o cenário garantista que culminou na constitucionalização do direito à saúde é recente na história do Brasil.

Uma rápida análise das constituições republicanas leva à conclusão de que o sistema público de saúde no país, até a promulgação da Constituição de 1988, era reservado aos indivíduos que contribuíssem para a Previdência Social, isto é, aos que possuíam carteira de trabalho assinada e aos seus dependentes. Essa necessidade de um vínculo contributivo formal de trabalho para a garantia de proteção à saúde, por consectário lógico, resultava na exclusão dos trabalhadores rurais, profissionais liberais e todos os demais trabalhadores que exercessem funções laborais não reconhecidas pelo Estado.

Nesse contexto, depreende-se que o direito à saúde era um privilégio de poucos e a cidadania era exercida de forma regulada e excludente, uma vez que a maior parcela da população era deixada à margem da proteção previdenciária e não eram garantidos a todos os mesmos direitos.

A partir da década de 1970, no entanto, ocorreu uma gradual mudança de paradigma no que se refere ao tema da saúde pública, pois, na conjuntura dos movimentos contra a ditadura militar, surgiu o Movimento da Reforma Sanitária Brasileira (MRSB), marcado pelo ideário de democratização das relações entre a sociedade e o sistema de saúde.

Destoando das concepções do sanitarismo desenvolvimentista, que compreendiam a saúde de maneira intrinsecamente vinculada aos índices de desenvolvimento econômico e social, concebendo-a como sendo uma condição social e politicamente determinada, o MRSB traduziu uma forte indignação da sociedade diante da crescente desigualdade, das injustiças sociais e, em especial, da mercantilização da saúde, buscando desenvolver um projeto civilizatório de sociedade, pautado na inclusão e na concepção da saúde como um direito universal.

O principal marco das mobilizações realizadas pelo movimento dos sanitaristas ocorreu em 1986, com a VIII Conferência Nacional de Saúde. Na oportunidade, os médicos, sanitaristas e demais profissionais de área recomendaram “que o setor de saúde deveria ser progressivamente estatizado, assim, também o rigoroso controle sobre a qualidade dos serviços prestados pelos provedores privados contratados” (Barreto Junior; Pavani, 2013, p. 80).

O conjunto de mudanças propostas pelo MRSB, então, visava atingir todas as camadas do setor de saúde nacional, e não apenas segmentos do sistema, pois acreditava-se que só assim seria possível melhorar as condições de vida e saúde da população.

Acerca do tema, expõe Sônia Maria Fleury Teixeira (2009, p. 476):

O movimento que impulsionou a Reforma Sanitária Brasileira colocou como projeto a construção contra-hegemônica de um novo patamar civilizatório, o que implica uma profunda mudança cultural, política e institucional capaz de viabilizar a saúde como bem público.

Caracterizado como um processo de resistência ao ideário de saúde como um fator dependente do desenvolvimento econômico, o MRSB foi precursor do projeto de universalização da saúde como concebido na CRFB. Foram justamente as suas propostas, bem como a percepção clara de que a priorização dos projetos de desenvolvimento econômico do país, consoante sustentado no discurso desenvolvimentista da década de 1960, não

levariam à melhora das condições de vida e saúde da população, que possibilitaram a construção de um modelo integrado e universal de prestação de serviços de saúde.

Desse modo, entende-se que o MRSB exerceu um papel de suma importância para a constitucionalização do direito à saúde, uma vez que reforçou a agenda de reformas democráticas para a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, corroborando com a necessidade de desenvolver uma constituição que representasse os ideais políticos do momento e que possibilitasse o efetivo exercício dos direitos de cidadania, em especial o direito à saúde. Não à toa, Boaventura de Sousa Santos, ao tratar dos efeitos do MRSB no âmbito da saúde pública no país, utiliza a expressão “reinvenção solidária e participativa do Estado” (Santos, 2010, p. 28).

Assim, com a ascensão do MRSB e inaugurados novos paradigmas e acepções acerca da saúde coletiva, foi promulgada a Constituição de 1988, que traduz um amplo sistema de proteção social, fundado no primado do trabalho e na realização do bem-estar e justiça sociais.

Não por mero acaso, a Carta Magna vigente é também chamada de “Constituição Cidadã”, pois a concepção de Seguridade Social disposta em seu bojo promoveu a universalização dos direitos sociais e concebeu a saúde, a previdência e a assistência social como questões públicas e de responsabilidade do Estado brasileiro, impondo-lhe a adoção de posições garantistas para que esses direitos não se tornem previsões vazias constantes no corpo do texto constitucional.

Nesse viés, a redação do art. 194 da Carta Política coaduna com a construção desse amplo sistema de proteção social, ao disciplinar expressamente que:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Da análise do dispositivo colacionado supra, infere-se que a concepção de Seguridade Social desenvolvida pela Assembleia Nacional Constituinte de 1988 propõe uma universalização dos direitos sociais e a democratização do acesso a direitos e garantias hodiernamente compreendidos como fundamentais, o que demonstra um real compromisso do constituinte originário com a construção de uma sociedade mais equânime.

Especialmente no que trata da saúde pública, é imperativo destacar, ainda, o teor do art. 196, que preceitua que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”, evidenciando o inquestionável o papel do Estado na criação e desenvolvimento de políticas públicas que ampliem o acesso da população aos serviços básicos de saúde.

Nessa esteira, fazendo uma interpretação conjunta dos princípios norteadores da Seguridade Social, previstos no art. 194, incisos I a VII, e da saúde como dever do Estado, nos termos do art. 196, José Afonso da Silva (2005, p. 831) compreende que:

Saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito a saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.

Demonstrada a existência de um dever do Estado em promover o direito à saúde, visando a redução do risco de doenças e de outros agravos, cumpre tratar da criação do Sistema Único de Saúde (SUS) como um meio de assegurar a efetivação do comando constitucional de universalização do acesso à saúde.

Conforme ventilado previamente, a Reforma Sanitária trouxe à Assembleia Nacional Constituinte de 1988 a necessidade de uma melhoria nos serviços públicos de saúde, bem como na organização do seu gerenciamento em todo o país. Nesse contexto, o direito à saúde foi elevado ao patamar de direito constitucional, o que:

[...] acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social [...]. (Barroso, 1996, p. 83)

Assim, foi criado o Sistema Único de Saúde – previsto no art. 198 da Carta Política e institucionalizado pela Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) –, com o escopo primordial

de promover o bem-estar e a justiça social, garantindo à população o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. A formulação da sua estrutura geral está disposta no art. 198 da CRFB:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
 I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
 II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
 III - participação da comunidade.

A leitura do dispositivo permite concluir que a concepção do SUS foi pautada nos valores da igualdade, da democracia e da emancipação e o seu funcionamento guiado pelos princípios da universalidade do acesso aos serviços de saúde e da integralidade da assistência.

O princípio da universalidade está consubstanciado no fato de todos os cidadãos, quando necessitados, poderem recorrer ao SUS e lá serem atendidos e tratados. A integralidade, por sua vez, corresponde à integração das ações promovidas pelo SUS, o que inclui a prevenção de doenças, o tratamento das enfermidades e o respectivo processo de reabilitação, de maneira a atender todas as necessidades da população. Ademais, entende-se que o princípio da integralidade pressupõe “a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos” (Ministério da Saúde).

É cabível destacar, ainda, a descentralização como uma das principais características do SUS. Isso porque foi atribuída ao SUS a competência para se organizar de forma regionalizada, sendo a saúde uma responsabilidade comum de todas as esferas do governo, a fim de atender às peculiaridades de cada região do Brasil. Esse fenômeno de segmentação do atendimento prestado pelo SUS foi denominado de “municipalização”, o que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 142), “consiste em uma forma de aproximar o cidadão das decisões do setor e significa a responsabilização do município pela saúde de seus cidadãos”.

No mesmo sentido, Irineu Francisco Barreto Junior (2005, p. 1) defende que:

As políticas sociais no Brasil recente foram submetidas a profundas transformações, a partir do processo de transição democrática e, em especial, após a promulgação da Constituição de 1988. A Carta determinou que uma série de políticas, antes promovidas e de responsabilidade do governo central, passassem a ser executadas pelos municípios, transformando o desenho institucional e a engenharia técnica-política da teia de proteção social brasileira. Destaca-se, entre as políticas que passaram a ser de responsabilidade municipal, a da saúde, que foi submetida ao mais profundo processo de municipalização já ocorrido na política social do país.

Outrossim, no que trata da hierarquização do SUS, a doutrina é pacífica ao afirmar que o termo faz referência à divisão do sistema em níveis de complexidade crescente, ou seja, o “acesso aos serviços de saúde deve ocorrer a partir dos níveis mais simples em direção aos níveis mais altos de complexidade, de acordo com o caso concreto e ressalvadas as situações de emergência e urgência” (Sarlet; Figueiredo, 2013, p. 3.212).

Sobre o assunto, o Ministério da Saúde (1990, p. 5) esclarece que:

Os serviços devem ser organizados em níveis de complexidade tecnológica crescente, dispostos numa área geográfica delimitada e com a definição da população a ser atendida. Isto implica na capacidade dos serviços em oferecer a uma determinada população todas as modalidades de assistência, bem como o acesso a todo tipo de tecnologia disponível, possibilitando um ótimo grau de resolubilidade (solução de seus problemas).

Verifica-se, portanto, que “o SUS se apresenta como a mais importante instituição do direito sanitário brasileiro, incumbindo-lhe a integração e a organização de várias entidades que levarão adiante as ações atinentes à promoção da saúde” (Ciarlini, 2013, p. 30).

Nesse ponto, cumpre asseverar que, embora a criação do SUS tenha sido fruto da luta de diversas classes sociais e profissionais pela universalização da saúde, no intento de resguardar a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, é inquestionável que ele se trata de um sistema falho e limitado, tanto em virtude da escassez de recursos, como também em razão da má administração, “o que torna a almejada universalidade da saúde cada vez mais distante da realidade vivida pela população brasileira” (Ciarlini, 2013, p. 11).

Sendo assim, a despeito da previsão constitucional de um Sistema Único de Saúde permeado pelos conceitos da universalidade, integralidade e equidade, o amplo exercício do direito à saúde continua sendo uma questão no Brasil, de modo que se abriu espaço para a implementação de um subsistema de saúde privado, composto e financiado pelos planos e seguros de saúde, que será objeto de análise a seguir.

2.2 O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL E O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Com a promulgação da Constituição de 1988, as ações e serviços de saúde foram alçados ao patamar de relevância pública e o direito à saúde passou a integrar o rol de direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro. Acerca da forma de prestação desses serviços de saúde, o art. 197 da Carta Magna disciplina que cabe ao Poder Público “dispor, nos termos da

lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

A execução direta das políticas públicas de saúde, consoante demonstrado anteriormente, se dá pelo SUS que é definido como um sistema único:

[...] porque ele segue a mesma doutrina e os mesmos princípios organizativos em todo o território nacional, sob a responsabilidade das três esferas autônomas de governo federal, estadual e municipal. Assim, o SUS não é um serviço ou uma instituição, mas um sistema que significa um conjunto de unidades, de serviços e ações que interagem para um fim comum. Esses elementos integrantes do sistema referem-se ao mesmo tempo, às atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde. (Ministério da Saúde, 1990, p. 4)

Todavia, em razão da precariedade dos serviços prestados pelo SUS e da morosidade dos atendimentos na rede pública, os cidadãos, dentro das suas limitações financeiras, muitas vezes realizam a contratação de planos privados de saúde, em caráter suplementar, no intuito de se resguardarem em face de eventuais fatalidades. Em virtude disso, o sistema de saúde suplementar exerce um papel de grande relevância no país, especialmente uma vez que o próprio texto constitucional cuidou de dispor sobre a possibilidade de prestação de serviços de saúde por pessoas jurídicas de direito privado, a teor do *caput* do art. 197 da CRFB.

Em outras palavras, o constituinte originário de 1988 anuiu, de forma categórica, com a realização de ações e serviços de saúde por meio de terceiros, abrindo espaço para uma participação ativa da iniciativa privada na assistência à saúde, desde que, imperativo frisar, executada em caráter suplementar ao SUS e em consentâneo com as suas diretrizes e princípios.

Nesse ponto, há de se destacar que a iniciativa privada integrava o âmbito da assistência à saúde antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988. Contudo, ao invés de fazê-lo em caráter suplementar ao SUS, a sua atuação ocorria de forma desregulamentada, o que resultava na cobrança de valores abusivos aos beneficiários pela cobertura assistencial contratada.

Associada a autonomia da vontade dos seguros de saúde com a total ausência de regulamentação e fiscalização pelo Estado, tinha-se um cenário de numerosos conflitos consumeristas, não apenas por serem comuns as práticas arbitrárias por parte das seguradoras, mas também porque os consumidores – polo mais vulnerável da relação – se viam obrigados a se sujeitarem aos contratos de adesão redigidos unilateralmente pelas operadoras de planos de saúde.

Diante dessa problemática e da crescente insatisfação da sociedade com o mercado de assistência à saúde privada, foi promulgada a Lei nº 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde), a fim de regulamentar a atuação dos planos e seguros privados de saúde e corrigir as falhas do mercado, coibindo as exclusões ilícitas de atendimento e a cobrança de mensalidades abusivas. É de se dizer que os preceitos normativos contidos na Lei nº 9.656/1998 permitiram disciplinar diversas questões relativas ao funcionamento do mercado de saúde suplementar, a exemplo da forma de constituição e registro dos planos privados de saúde, as modalidades dos seguros, assim como os períodos de carência e os índices de reajustes das mensalidades.

Desse modo, entende-se que a Lei nº 9.656/1998 estabeleceu claras limitações à autonomia privada e à liberdade de contratar das seguradoras de saúde, impedindo a discriminação entre consumidores e a exclusão ou rescisão unilateral e imotivada dos contratos.

No entanto, embora o referido diploma legislativo tenha dado início ao regime regulatório do Estado no mercado de assistência privada à saúde, a sua promulgação, por si só, não foi o bastante para solucionar os principais conflitos entre as seguradoras de saúde e os consumidores. Ora, era imprescindível a criação de um órgão por meio do qual fosse possível exercer concretamente as ações de fiscalização do cumprimento da Lei nº 9.656/1998 por parte dos planos de saúde.

Assim, por meio da Medida Provisória nº 1.928/1999, posteriormente convertida na Lei nº 9.961/2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – autarquia dotada de regime jurídico especial e autonomia normativa, administrativa e financeira (Oliveira, 2014, p. 96) – para exercer a atividade regulatória, fiscalizar e normatizar a atuação das seguradoras e planos privados de saúde, a fim de atingir o equilíbrio no mercado e proteger os interesses dos beneficiários, na qualidade de consumidores, primando pela tutela do direito à saúde.

Sobre as competências da ANS, Paulo César Melo da Cunha (2003, p. 5) explica:

A Agência Nacional de Saúde Suplementar atua, desta forma, criando mecanismos e implementando as técnicas que melhor se ajustam aos comandos políticos do segmento da saúde privada. Frise-se que, nesse contexto, o papel da entidade reguladora é manter-se equidistante dos pólos de tensão, promovendo tanto a defesa do mercado como a defesa do consumidor, com o máximo de aproveitamento dos interesses envolvidos. No tocante à defesa do mercado, a garantia que se deve dar é a criação de mecanismos que importem na defesa do livre ingresso, permanência e saída, num mercado livre de quaisquer dominações e submetido à competição. Já no que diz respeito à defesa do consumidor, o que se preza é a defesa do destinatário final da cadeia de consumo, por ser intelectualmente mais frágil (não se desconhece que, na maioria dos casos, a assimetria também é econômica; porém, a razão fundamental que autoriza o dirigismo contratual é a assimetria intelectual).

Significa dizer que a agência reguladora foi concebida para normatizar e controlar as atividades desenvolvidas pela iniciativa privada no âmbito da assistência suplementar à saúde, o qual é permeado de alta complexidade, envolvendo diretamente a concretização de um direito fundamental – o direito à saúde – e que nunca antes havia sido objeto de fiscalização pelo Estado.

Para pôr em prática tal tarefa árdua, a ANS elaborou o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que corresponde, em síntese, a uma lista de exames, consultas, cirurgias e tratamentos médicos em geral que compõem a cobertura assistencial obrigatória mínima dos planos de saúde, de acordo com cada modalidade de seguro de saúde – ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetrícia, odontológico, etc.²

A elaboração do mencionado rol, inclusive, encontra-se dentre as competências expressamente conferidas à ANS no art. 4º da Lei nº 9.961/2000:

Art. 4º Compete à ANS:

[...]

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

Essas disposições contidas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde são aplicáveis a todos os contratos de plano de saúde firmados a partir de 02.01.1999 e também àqueles firmados antes dessa data, mas que foram devidamente ajustados à Lei nº 9.656/1998, isto é, que entraram em conformidade com o novo regramento.

Imperativo, ainda, frisar que o rol da ANS é instituído por meio de resolução normativa da própria agência reguladora, de maneira que as regras gerais de cobertura são periodicamente atualizadas. Tal característica é de suma importância, pois o propósito da existência desse rol é a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, fomentando o desenvolvimento das ações de promoção à saúde e de prevenção de doenças no país, além de possibilitar o alinhamento da atuação dos planos privados de saúde com as políticas nacionais de saúde e estabelecer um equilíbrio econômico-financeiro no setor.

Esse processo para a renovação das disposições contidas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde ocorre da seguinte maneira: a agência reguladora define um calendário com prazo para apresentação de sugestões de atualização através do preenchimento de um

² Agência Nacional de Saúde Suplementar. **O rol de procedimentos e eventos em saúde**. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-da-sociedade/atualizacao-do-rol-de-procedimentos#:~:text=O%20Rol%20de%20procedimentos%20e%20eventos%20em%20sa%C3%BAde%20%C3%A9%20uma,sem%20obstetr%C3%ADcia%2C%20refer%C3%AAncia%20ou%20odontol%C3%B3gico>. Acesso em: 11 ago. 2023.

formulário, de modo que é dada às pessoas físicas e jurídicas a possibilidade de apresentar proposta inclusive junto ao Comitê Permanente de Regulação da Atenção à Saúde – COSAÚDE, de caráter consultivo. Em seguida, a agência delibera quais os procedimentos médico-hospitalares e medicamentos que deverão ser incorporados à listagem e quais deverão permanecer de fora.

Em síntese, depreende-se que, em virtude de as práticas e as tecnologias na área de saúde estarem sempre em constante evolução, afetando diretamente a qualidade dos tratamentos médicos prestados aos beneficiários, o seu processo regulatório demanda continuidade para se aperfeiçoar de forma gradual, o que torna imprescindível a realização de atualizações periódicas.

Diante do exposto, é factível afirmar que a Lei nº 9.656/1998, as Resoluções Normativas da ANS e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) compõem a base legal sobre a qual os beneficiários de planos de saúde podem reivindicar seus direitos, funcionando em conjunto como um verdadeiro mecanismo para tentar conter a autonomia privada, limitando o seu poder sobre os usuários – usualmente em condição de hipervulnerabilidade –, no intuito de resguardar o direito à saúde.

No entanto, embora esse mecanismo tenha logrado em reduzir a desigualdade na relação entre beneficiário e seguradoras de planos de saúde, é cediço que tem ocorrido um crescimento exponencial nas demandas de saúde – especialmente no âmbito da assistência privada – que são levadas ao Judiciário. E as celeumas jurídicas que se desenvolvem entre o consumidor e os planos privados de saúde usualmente seguem o mesmo padrão: sua principal causa é a recusa de fornecimento/custeio de procedimentos médico-hospitalares, tratamentos ou medicamentos, sob a alegação de ausência de cobertura contratual e/ou previsão no rol da ANS.

De acordo com dados da própria agência reguladora, só nos meses de janeiro a junho de 2023 foram registradas 24.826 reclamações acerca da cobertura assistencial das operadoras de saúde. No mesmo período, o IGR (Índice Geral de Reclamações) foi de 49,2. Imperativo destacar que o IGR é uma medida criada pela ANS que contabiliza as reclamações de consumidores acerca das seguradoras de saúde recebidas nos canais oficiais de atendimento da agência, sendo o seu cálculo feito de modo que, quanto menor o número do IGR, maior é a satisfação do beneficiário.³

³ Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Índices de reclamações**. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/indice-de-reclamacoes-2>. Acesso em: 11 ago. 2023.

Nesse cenário de frequentes negativas de cobertura assistencial, em que os beneficiários de planos privados de saúde são forçados a submeter suas questões à apreciação do Poder Judiciário, é de suma importância analisar como os tribunais pátrios têm ponderado os interesses envolvidos nessas causas, bem como os impactos decorrentes das mudanças de entendimento por parte das cortes superiores.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA CONTROVÉRSIA ACERCA DO CARÁTER EXEMPLIFICATIVO OU TAXATIVO DO ROL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR: PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL VS. LEI FEDERAL

De pronto, insta rememorar que o surgimento da Agência Nacional de Saúde Suplementar – assim como do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde – se deu em um contexto histórico e político permeado pela tentativa de fixar um rol mínimo de coberturas assistenciais aos beneficiários, uma vez que, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, os planos privados de saúde eram regidos por seus próprios termos contratuais, de modo que os consumidores se encontravam à mercê da autonomia privada.

Contudo, o que se observou após a sua instituição foi a eclosão de um grande debate acerca do tipo de limitação que o rol da ANS impunha às operadoras de planos de saúde. Essas empresas passaram a argumentar que a cobertura contratual dos seguros de saúde estaria totalmente adstrita aos itens previstos na listagem da agência reguladora.

Desse modo, caso o beneficiário recebesse indicação médica para realização de um tratamento que não constasse no rol, ele seria obrigado a arcar com os custos desse procedimento mediante a utilização dos seus próprios recursos, pois o plano de saúde estaria desobrigado de realizar a cobertura.

Em contrapartida, os beneficiários defendem que a Lei nº 9.656/1998 se encarrega de disciplinar a extensão das coberturas dos planos de saúde, especificando as hipóteses de exclusão de fornecimento/custeio de tratamentos médico-hospitalares e medicamentos, e que a interpretação e aplicação desse diploma legislativo deve ocorrer à luz do CDC, em virtude do caráter de hipervulnerabilidade que permeia o usuário dos serviços privados de saúde.

Nesse viés, aduzem que o rol da ANS corresponde a uma listagem mínima dos itens que devem ser cobertos, um conjunto de diretrizes básicas, por assim dizer, do que não pode deixar de ser custeado pelas empresas de planos de saúde, mas não excluindo os demais tratamentos e procedimentos que não estejam expressamente previstos no rol.

Para ambos os casos, os argumentos são extensos e envolvem desde questões relativas a direitos fundamentais, como o dever constitucional do Estado em tutelar o direito à saúde, à vida e primar pelo princípio da dignidade humana, como também questões econômicas, como os eventuais impactos financeiros decorrentes do fornecimento de procedimentos médico-hospitalares de alto custo pelas empresas de planos de saúde.

Partindo para uma análise dos dispositivos normativos que regulamentam o tema, cumpre destacar a aprovação, em 24 de fevereiro de 2021, da Resolução Normativa nº 465 da ANS, que efetuou uma atualização no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, estipulando dois requisitos para a incorporação de novos procedimentos à listagem: I) a comprovação da eficácia do tratamento/medicamento em análise; e II) o impacto econômico que seu custeio provocará às operadoras de planos de saúde.

No entanto, não foi essa a principal inovação promovida pela Resolução Normativa nº 465/2021. O seu art. 2º virou objeto de discussão entre os juristas e fez eclodir inúmeros conflitos entre pacientes e planos privados de saúde, ao consignar expressamente que:

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.

Ora, é cediço que as operadoras de planos de saúde rotineiramente empregam práticas abusivas e que violam diretamente a boa-fé objetiva e as regras de proteção ao consumidor, negando cobertura assistencial a procedimentos médico-hospitalares e o fornecimento de medicamentos, sob a alegação de ausência de cobertura contratual e/ou de previsão no rol da ANS. Contudo, o reconhecimento da taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, por meio do art. 2º da Resolução Normativa nº 465/2021, contribuiu para um aumento expressivo do número de demandas judiciais relativas ao direito à saúde.

Não à toa, os dados apresentados no seminário “Judicialização da Saúde Suplementar” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) indicam que, no período de 2015 a 2021, foi registrada uma média de 400 mil processos, por ano, relativos à temática da saúde no Brasil. Dentre esses, cerca de 130 mil eram ligados ao âmbito da assistência à saúde privada.⁴

Outrossim, embora tenha ocorrido a subsequente aprovação da Resolução Normativa nº 470 da ANS, em 1º de outubro de 2021, ela não revogou a anterior, mas apenas estipulou um novo trâmite para o procedimento de atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que passará a ser feito semestralmente, de forma que foi mantida a redação acerca da taxatividade desse rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde.

Nesse contexto, diante do reconhecimento da suposta taxatividade do rol pela ANS e das recorrentes negativas ilícitas de cobertura assistencial por parte das operadoras de planos

⁴ Conselho Nacional de Justiça. **Saúde suplementar responde por 130 mil demandas judiciais anualmente.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/saude-suplementar-responde-por-130-mil-demandas-judiciais-anualmente/>. Acesso em: 11 ago. 2023.

de saúde, é de se prever que os consumidores passem a recorrer diretamente ao Poder Judiciário visando a tutela específica do direito à saúde, à vida e a própria observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CRFB.

Se o rol da ANS configura uma relevante garantia consumerista ao oportunizar aos beneficiários de seguros de saúde privados o acesso a tratamentos médicos atualizados e de qualidade a preços razoáveis, nada mais justo que levar às cortes de justiça as querelas relativas ao âmbito da assistência à saúde privada, especialmente diante do infundado reconhecimento do caráter taxativo do mencionado rol pela ANS, permitindo ao Estado exercer sua função regulatória mediante a fiscalização do setor de saúde suplementar.

É incontestável que a judicialização de temas que compreendem direitos sociais e coletivos, tal qual o direito à saúde, configura uma característica intrínseca a um Estado Democrático de Direito, porque corrobora para o aperfeiçoamento de diversos segmentos da sociedade, do sistema econômico do país e do sistema regulatório como um todo.

Neste cenário, se torna cristalina a relevância dos entendimentos adotados pelos tribunais pátrios acerca das questões relativas a extensão, limites e negativas de cobertura assistencial por parte das operadoras de planos de saúde, pois resta aos magistrados realizar o juízo de ponderação entre a liberdade contratual e o interesse patrimonial das seguradoras, a fim de garantir a concretização das previsões constitucionais acerca do direito à saúde, mas sem resultar em graves prejuízos econômicos às empresas privadas de assistência à saúde.

À vista disso, entende-se que seria imprescindível a criação de um precedente jurisprudencial, por parte dos tribunais superiores, que seja aplicável aos casos de negativa de cobertura de procedimentos médicos ou fármacos prescritos aos usuários de planos de saúde e que pudesse embasar as decisões prolatadas pelos demais tribunais pátrios, possibilitando a consonância das soluções jurídicas apresentadas, na medida do possível.

Ocorre que, até 2022, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não estava pacificada quanto ao tema. Isso porque a Terceira Turma do STJ, em 13 de novembro de 2018, no julgamento do Recurso Especial nº 1.769.557/CE, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, asseverou o caráter exemplificativo do rol da ANS, ao entender que não seria permitido aos planos de saúde negar a cobertura de tratamento indicado ao paciente por médico especialista, com base na alegação de ausência de previsão do referido tratamento no rol de procedimentos da ANS.

Eis a ementa do acórdão:

[...] 1. Ação ajuizada em 06/08/14. Recurso especial interposto em 09/05/18 e concluso ao gabinete em 1º/10/18.

2. Ação de obrigação de fazer, ajuizada devido à negativa de fornecimento da medicação Rituximabe - MabThera para tratar idosa com anemia hemolítica autoimune, na qual se requer seja compelida a operadora de plano de saúde a fornecer o tratamento conforme prescrição médica.
3. O propósito recursal consiste em definir se a operadora de plano de saúde está autorizada a negar tratamento prescrito por médico, sob o fundamento de que sua utilização em favor do paciente está fora das indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label), ou porque não previsto no rol de procedimentos da ANS.
4. Ausentes os vícios do art. 1.022, do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração.
5. A Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) estabelece que as operadoras de plano de saúde estão autorizadas a negar tratamento clínico ou cirúrgico experimental (art. 10, I).
6. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Resolução Normativa 338/2013, vigente ao tempo da demanda, disciplinando que consiste em tratamento experimental aquele que não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label).
7. Quem decide se a situação concreta de enfermidade do paciente está adequada ao tratamento conforme as indicações da bula/manual da ANVISA daquele específico remédio é o profissional médico. Autorizar que a operadora negue a cobertura de tratamento sob a justificativa de que a doença do paciente não está contida nas indicações da bula representa inegável ingerência na ciência médica, em odioso e inaceitável prejuízo do paciente enfermo.
8. O caráter experimental a que faz referência o art. 10, I, da Lei 9.656 diz respeito ao tratamento clínico ou cirúrgico incompatível com as normas de controle sanitário ou, ainda, aquele não reconhecido como eficaz pela comunidade científica.
9. A ingerência da operadora, além de não ter fundamento na Lei 9.656/98, consiste em ação iníqua e abusiva na relação contratual, e coloca concretamente o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC).
10. O fato de o procedimento não constar do rol da ANS não afasta o dever de cobertura do plano de saúde, haja vista se tratar de rol meramente exemplificativo. Precedentes.
11. A recorrida, aos 78 anos de idade, foi diagnosticada com anemia hemolítica autoimune, em 1 mês teve queda de hemoglobina de 2 pontos, apresentou importante intolerância à corticoterapia e sensibilidade gastrointestinal a tornar recomendável superar os tratamentos infrutíferos por meio da utilização do medicamento Rituximabe - MabThera, conforme devidamente registrado por médico assistente. Configurada a abusividade da negativa de cobertura do tratamento.
12. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração dos honorários advocatícios recursais.
(REsp n. 1.769.557/CE, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2018, DJe de 21/11/2018).

Isto é, havendo prescrição médica que indique a necessidade do tratamento médico-hospitalar para conservação ou restabelecimento da saúde do beneficiário, as empresas de planos de saúde são obrigadas a arcar com os seus custos independentemente de previsão do procedimento no rol da ANS, ante o seu caráter exemplificativo.

Tal entendimento encontra fundamento nas normas protecionistas do CDC, que impõem a adoção de uma interpretação mais favorável ao consumidor, especialmente dos beneficiários de seguros de saúde privados que, em sua maior parte, se enquadram no conceito de hipervulneráveis.

É de se dizer, então, que a Terceira Turma do STJ considerava como abusiva e ilícita – porquanto cabível a condenação ao pagamento de indenização por danos morais – a recusa de cobertura de tratamento ou de fornecimento de medicamento pelas operadoras de planos de saúde, sob a justificativa de inexistência de previsão no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS.

Em contrapartida, a Quarta Turma, em 10 de dezembro de 2019, no julgamento do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, consignou que o rol da agência reguladora teria caráter taxativo, rechaçando a abusividade da negativa de cobertura de procedimentos médicos com base na ausência de previsão no rol da ANS, consoante infere-se da ementa colacionada adiante:

[...] 1. A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. O art. 4º, III e XXXVII, atribui competência à Agência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/1998, além de suas excepcionalidades, zelando pela qualidade dos serviços prestados no âmbito da saúde suplementar.

2. Com efeito, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000, a atribuição dessa Autarquia de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o determinado pelo caput do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde.

3. A elaboração do rol, em linha com o que se deduz do Direito Comparado, apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade, como: utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS; observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências - SBE; e resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

4. O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.

5. Quanto à invocação do diploma consumerista pela autora desde a exordial, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem reverência ao princípio da especialidade e ao disposto no art. 4º daquele diploma, que orienta, por imposição do próprio Código, que todas as suas disposições estejam voltadas teleologicamente e finalisticamente para a consecução da harmonia e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

6. O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto

econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente.

7. No caso, a operadora do plano de saúde está amparada pela excludente de responsabilidade civil do exercício regular de direito, consoante disposto no art. 188, I, do CC. É incontroverso, constante da própria causa de pedir, que a ré ofereceu prontamente o procedimento de vertebroplastia, inserido do rol da ANS, não havendo falar em condenação por danos morais.

8. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.733.013/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 20/2/2020).

Da análise do julgado, é possível concluir que, apesar de reconhecer que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS representa uma garantia ao beneficiário para assegurar seu direito à saúde, a Quarta Turma argumentou que considerar o referido rol como exemplificativo colocaria em risco todo o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar.

Isso porque, ao determinar que as seguradoras de saúde promovam o custeio de procedimentos médicos e fármacos não previstos no rol da ANS, não seria possível mensurar os gastos com os eventuais tratamentos que viriam a ser cobertos. Por conseguinte, esses valores teriam de ser acrescidos aos reajustes anuais dos planos de saúde, o que poderia culminar na aplicação de um índice maior do que as empresas ou os beneficiários poderiam pagar e, por consectário lógico, afastar a parcela da população mais economicamente vulnerável do acesso à saúde suplementar.

A relatoria assentou, ainda, que a interpretação da Lei dos Planos de Saúde à luz do CDC não seria adequada, posto que seriam aplicáveis as normas cíveis referentes às relações contratuais, a fim de não inviabilizar o acesso à saúde suplementar.

É inequívoco, portanto, que o STJ endossava entendimentos diametralmente opostos quanto ao caráter do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, o que gerava grave insegurança jurídica no âmbito da saúde suplementar.

Ora, é cediço que inexistência de posições consolidadas por parte das cortes superiores de justiça resulta na aplicação de soluções jurídicas completamente distintas para causas idênticas, a depender do magistrado ou do tribunal perante o qual ocorrerá o processamento e julgamento da ação. Foi justamente no intuito de evitar a desmoralização das decisões judiciais que o legislador pátrio consignou, no *caput* do art. 926 do Código de Processo Civil de 2015, a importância da uniformização dos entendimentos jurisprudenciais: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

Desse modo, era manifesta a necessidade de realização de um julgamento unificado da Segunda Seção, composta pela Terceira e Quarta Turmas, para dirimir a controvérsia e assentar o entendimento dentro do STJ sobre a natureza da lista de procedimentos de cobertura obrigatória elaborada pela ANS, bem como uniformizar a elaboração das soluções jurídicas sobre essa temática no território nacional.

Assim, no dia 08 de junho de 2022, em sede de embargos de divergência (recurso cabível para uniformização da jurisprudência interna das cortes superiores), a Segunda Seção do STJ entendeu pelo caráter taxativo, em regra, do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, consignando que as operadoras de planos de saúde não são obrigadas a estender a cobertura assistencial a tratamentos não previstos na referida listagem.

No entanto, a tese firmada foi no sentido da taxatividade mitigada do rol da ANS, pois o colegiado determinou que, em situações excepcionais – como no caso de ausência de substituto terapêutico no rol – seria possível impor às seguradoras de saúde que custeassem procedimentos não previstos na lista, desde que possuíssem recomendação médica e comprovação de órgãos técnicos que regulam o setor.

Por maioria de votos, foram definidas as seguintes teses no bojo do EREsp nº 1.886.929/SP (cuja ementa segue abaixo) e do EREsp nº 1.889.704/SP (que possui o mesmo teor):⁵

- [...] 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

⁵ EREsp n. 1.889.704/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 3/8/2022.

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, delinea 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).

Significa dizer que a Segunda Seção, composta pelas Turmas que julgam os temas de Direito Privado, adotou o entendimento de que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS tem caráter taxativo, não sendo, pois, obrigatório que as empresas de planos de saúde arquem com os custos de tratamentos não previstos na referida listagem.

Excepcionalmente, contudo, não havendo substituto terapêutico para tratamento do paciente, seria possível a determinação de cobertura do procedimento desde que sejam atendidos os seguintes critérios: I) a sua incorporação não tenha sido expressamente indeferida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar; II) seja comprovada a eficácia do tratamento médico; III) existam recomendações de órgãos técnicos nacionais, como a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec) e o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (Nat-Jus), para sua utilização; e IV) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde.

Destaque-se, por oportuno, que a decisão prolatada no bojo do EREsp nº 1.886.929/SP e do EREsp nº 1.889.704/SP não encerra o debate sobre a natureza do rol da ANS, porquanto ainda há a possibilidade de oposição de embargos de declaração e, posteriormente, de recurso extraordinário em face do *decisum*, o que submeteria a análise da matéria ao Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, por não se tratar de julgamento de um recurso repetitivo, mas sim de embargos de divergência, a decisão pela taxatividade mitigada do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS não possui caráter vinculante, constituindo apenas um precedente para nortear os julgamentos dentro do próprio STJ.

Não obstante a criação desse precedente em 03 de agosto de 2022, com a publicação do acórdão, a possibilidade de disseminação do entendimento pela taxatividade mitigada do rol da ANS nos tribunais pátrios e demais instâncias inferiores de Justiça ocasionou uma forte comoção popular decorrente da insatisfação dos consumidores com a vitória das operadoras de planos de saúde.

Esse cenário fez com que fosse aprovado, no dia seguinte, o Projeto de Lei nº 2033/2022, na Câmara dos Deputados, que posteriormente resultou na promulgação da Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022, que reconheceu o caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS ao estabelecer critérios para permitir a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no mencionado rol.

A referida norma alterou a Lei nº 9.656/1998 para incluir, no bojo do arts. 1º e 10, §§ 4º, 12 e 13, a seguinte redação:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade e, simultaneamente, das disposições da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

[...]

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 enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

§ 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.

§ 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.

Ou seja, a suposta taxatividade mitigada do rol da ANS, assentada na oportunidade do julgamento do EREsp nº 1.886.929/SP e do EREsp nº 1.889.704/SP pelo STJ, foi derrubada a

partir do reconhecimento da natureza exemplificativa da referida listagem de procedimentos e eventos em saúde pela Lei nº 14.454/2022.

Imperativo salientar, entretanto, que a constitucionalidade da norma foi contestada de imediato por meio de ações que atualmente se encontram em trâmite perante o STF, a exemplo da ADI nº 7.265/DF, de autoria da União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS).⁶

Assim, enquanto padecem de julgamento as ações propostas perante o STF, o cenário que permeia a discussão sobre a natureza do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS é de incerteza. Por um lado, tem-se o precedente do STJ apontando a taxatividade da lista; de outro, lei federal que estabelece expressamente o seu caráter exemplificativo, de modo que as instâncias ordinárias, as operadoras de planos de saúde e os próprios consumidores são obrigados a suportar cotidianamente os impactos da controvérsia.

⁶ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6514968>. Acesso em: 11 ago. 2023.

4 ANÁLISE CRÍTICA À DISSONÂNCIA DE ENTENDIMENTOS QUANTO AO CARÁTER DO ROL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR: NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO ENTRE O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO

Como visto anteriormente, apesar da – momentânea – pacificação de entendimento acerca da natureza do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS no âmbito do STJ, que adotou a tese da taxatividade mitigada, a controvérsia seguirá adiante. Isso porque a decisão prolatada no bojo do EREsp nº 1.886.929/SP e do EREsp nº 1.889.704/SP ainda é passível de recurso, podendo, inclusive, ser submetida à apreciação do STF.

Não obstante, ainda que eventualmente reste assentado na jurisprudência pátria o entendimento pela taxatividade mitigada do rol da ANS, a edição da Lei nº 14.454/2022, que reconheceu o caráter exemplificativo da referida listagem, também deverá ser objeto de análise específica.

Nesse ponto, faz-se necessário salientar que, apesar de posta em xeque a constitucionalidade da referida lei federal, não se afigura plausível a declaração de inconstitucionalidade da norma. Explica-se: além de devidamente debatida e aprovada na seara legislativa, a Lei nº 14.454/2022 recebeu sanção presidencial, seguindo o rito do processo legislativo previsto nos arts. 61 a 69 da CRFB, de modo que não há que se falar em inconstitucionalidade formal.

Não à toa, as ações de controle de constitucionalidade em trâmite perante o STF possuem como fundamento, em sua maioria, a alegação de inconstitucionalidade material, ao aduzirem que a norma em comento implicaria: I) na quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de planos de saúde, prejudicando o setor de saúde suplementar no Brasil; II) na violação ao princípio da livre iniciativa, por interferência estatal indevida na dinâmica econômica da atividade empresarial; e III) na violação ao princípio da separação de poderes, visto que a lei federal busca derogar o entendimento jurisprudencial endossado pela Segunda Seção do STJ.

No entanto, conforme se passará a demonstrar adiante, tais argumentos não merecem prosperar.

De pronto, destaque-se que a análise econômica do Direito – caracterizada por conceber as relações jurídicas sob a ótica econômico-financeira – possui local de grande importância no universo jurídico, a exemplo do que ocorre nos liames falimentares, concorrenciais e patrimoniais em geral. Todavia, a controvérsia em foco corresponde ao

confronto entre o bem-estar coletivo, com a priorização de um direito social essencial, e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de planos de saúde.

Ora, seria irrazoável primar pela estabilização dos lucros das pessoas jurídicas atuantes no setor de saúde suplementar do Brasil em detrimento dos direitos fundamentais dos usuários desses serviços, que são a parte vulnerável de uma relação jurídica desigual. Ainda que o eventual reconhecimento do caráter exemplificativo do rol da ANS implicasse em um aumento de custos ou no incremento da sinistralidade dos contratos, é evidente que esses ônus deveriam ser repartidos entre os agentes atuantes no mercado, quais sejam aqueles que auferem lucro com a prestação dos serviços de saúde da assistência privada, e não repassados aos consumidores.

O próprio legislador já concedeu autorização para:

[...] relativizar a autonomia privada por meio da incidência da cláusula geral da função social dos contratos ou de outros influxos relacionados à principiologia regente da matéria quando se verifique a necessidade de fazer com que os contratos cumpram uma função entre os convenientes e também uma função pública, em prol da coletividade. (Martins, 2022, p. 103)

Isso também se infere do teor do art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Acerca do tema, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 26) leciona:

É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser focado sob dois aspectos: um individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nesta medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.

Desse modo, clarividente que o argumento de quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de planos de saúde não se apresenta viável, porquanto os contratos da autonomia privada têm de, além de atenderem aos interesses dos contratantes, atenderem ao interesse público e à sua função social que, na discussão ora desenvolvida, está consubstanciada na manutenção da saúde e do bem-estar daqueles que recorrem aos serviços de assistência suplementar à saúde.

Outrossim, no que trata da alegação de inconstitucionalidade material da Lei nº 14.454/2022 em virtude da suposta violação ao princípio da livre iniciativa, por interferência estatal indevida na dinâmica econômica da atividade empresarial, cumpre demonstrar que tal tese também não merece acolhimento.

É sabido que a Constituição de 1988 dispõe de um rol de direitos sociais, em seu art. 6º, cuja responsabilidade é do Estado e, portanto, exige dele a adoção de posições garantistas para sua efetiva concretização. No entanto, diante da insuficiência de recursos para custear a prestação desses serviços a toda a sociedade, especialmente diante das dimensões continentais do Brasil, o Poder Público finda delegando algumas dessas responsabilidades ao setor privado, com maior ou menor grau de liberalidade a depender do direito social em questão.

No caso do direito à saúde, ante a sua manifesta essencialidade, é notório que o Estado não pode abrir mão de atuar na definição das políticas de saúde, bem como na elaboração das regras e critérios que servirão como diretrizes para atuação das empresas privadas no âmbito da assistência suplementar à saúde.

Isto é, a intervenção estatal no setor de saúde suplementar é fundamental para corrigir e atenuar as falhas do mercado, tais como as exclusões de atendimento e a cobrança de mensalidades abusivas, além de tutelar os interesses dos consumidores, enquanto parte mais vulnerável da relação, e primar pelo bem-estar coletivo.

Por essa razão, não se pode falar em interferência indevida do Estado no sistema de saúde suplementar, sobretudo porque o dispositivo constitucional que permite a atuação da iniciativa privada na prestação de serviços à saúde pública já estabelece expressamente o dever do Poder Público de fiscalizar e regulamentar essa atividade:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Por consequência, depreende-se ser dever constitucional do Estado exercer sua função regulatória de forma plena no âmbito da assistência privada à saúde, especialmente diante de eventual risco a direitos sociais essenciais e às normas consumeristas.

Finalmente, cumpre tecer esclarecimentos acerca da proposição que sustenta a inconstitucionalidade material da Lei nº 14.454/2022 pela suposta violação ao princípio da separação de poderes, em virtude da derogada do entendimento jurisprudencial endossado pela Segunda Seção do STJ acerca da taxatividade mitigada do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS.

É interessante aclarar, primeiramente, que o princípio da separação de poderes, consagrado no art. 2º da CRFB, traz uma divisão equilibrada das funções estatais entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, estipulando para cada um deles atividades típicas e atípicas, com o escopo de promover a fiscalização e o controle recíprocos.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2009, p. 110):

A “harmonia entre os poderes” verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Com efeito, embora a atuação dos poderes tenha de ser harmônica e, por consequência, mutuamente respeitosa, o exercício das suas atividades deve se dar de forma eminentemente autônoma, de modo que existem limites para a interferência de um poder sobre as atividades típicas do outro.

Nesse contexto, entende-se que as decisões judiciais – até mesmo aquelas proferidas pelas cortes superiores – não possuem o condão de vincular o Poder Legislativo no âmbito da sua atividade de produção normativa. Caso admitida tamanha intervenção, o que se verificaria seria uma completa subordinação do Legislativo às decisões e entendimentos endossados pelo Judiciário.

Assim, é possível depreender que, a despeito de ter o STJ firmado a tese de taxatividade mitigada do rol da ANS, a posterior aprovação de lei federal que aduz o caráter exemplificativo da mencionada listagem não fere o princípio da separação de poderes, pois o Congresso Nacional não se encontra adstrito às decisões do Poder Judiciário.

Malgrado a cristalina constitucionalidade formal e material da Lei nº 14.454/2022 e a teórica prevalência de norma federal posterior em relação a precedentes jurisprudenciais instáveis, o cenário atual, conforme ventilado em tópicos prévios, segue sendo de incerteza. A lei federal, apesar da sua promulgação em 21 de setembro de 2022, ainda não tem sido amplamente aplicada, em virtude da persistência da controvérsia entre o precedente jurisprudencial do STJ e a nova norma, bem como da falta de fiscalização e posicionamento da ANS acerca do tema.

Aliás, a manutenção do entrave tem culminado na multiplicação das celeumas levadas à apreciação do Judiciário pelos beneficiários de planos de saúde que têm acesso negado aos tratamentos médico-hospitalares e aos fármacos de que necessitam.

De acordo com dados do Painel de Estatísticas Processuais de Direito à Saúde, do CNJ, apenas em 2021 foram registrados no país mais de 395 mil novos processos sobre questões relacionadas à saúde. Dentre esses, 150 mil eram relativos ao sistema de saúde suplementar, o que torna evidente a necessidade de uniformização dos entendimentos, tanto no âmbito jurisprudencial, quanto no legislativo e regulamentar.⁷

Para além da sobrecarga do Poder Judiciário, a manutenção do impasse acerca da natureza do rol da ANS faz com que a resolução das demandas judiciais dependa da sorte dos litigantes. Se por um lado a Lei nº 14.454/2022 assevera que o caráter da listagem é exemplificativo e, por outro, o STJ defende ser taxativo, é evidente que a prolação das sentenças em processos relativos à negativa de cobertura assistencial de procedimentos e tratamentos dependerá majoritariamente da discricionariedade do magistrado, que poderá optar pela aplicação da norma federal ou do precedente jurisprudencial. E tal grau de insegurança jurídica é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Fica clara, portanto, a imprescindibilidade da unificação do entendimento dos tribunais pátrios e dos diplomas legislativos acerca da problemática em enfoque, o que, consoante será demonstrado adiante, deve ocorrer no sentido da sedimentação do caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS.

De antemão, cumpre mencionar que a pacificação do entendimento pela taxatividade – ainda que mitigada – do rol da ANS implica na supressão de interesses coletivos e sociais, especificamente no que trata da observância a direitos fundamentais garantidos pelo constituinte originário de 1988, em favor do suposto equilíbrio econômico do mercado e do favorecimento patrimonial das pessoas jurídicas que atuam no setor de saúde suplementar.

Ainda, é dizer que as disposições do CDC de nada servem, pois o paciente-usuário dos serviços de saúde suplementar findaria desassistido caso eventualmente necessitasse de tratamentos ou medicamentos extra rol para o restabelecimento das suas condições de saúde.

Nesse ponto, insta reiterar que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS foi produto de amplos debates acerca da necessidade de se garantir uma tutela mais robusta aos interesses das camadas mais vulneráveis da sociedade, em especial no que diz respeito à garantia de direitos sociais essenciais, na medida em que, antes da edição da Lei nº 9.656/1998, as coberturas assistenciais dos planos de saúde eram regidas integralmente por seus próprios termos contratuais, de modo que os beneficiários dos serviços de assistência

⁷ Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas processuais de direito à saúde**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 11 ago. 2023.

privada à saúde eram obrigados a se sujeitar às cláusulas abusivas estipuladas unilateralmente pela autonomia privada.

Por consectário lógico, é irrazoável afirmar que a natureza do rol da ANS seria taxativa, pois a sua razão de ser encontra fundamento na garantia ao usuário-consumidor de um rol mínimo de coberturas assistenciais no âmbito da saúde, não sendo possível admitir a sua conversão em uma baliza restritiva aos direitos consumeristas.

Outrossim, a despeito da clara autorização para participação da iniciativa privada no âmbito da saúde pública, a teor do art. 197 da CRFB, é cediço que a prestação desses serviços por pessoas jurídicas de direito privado não lhe faz perder o caráter de serviço público, de maneira que cumpre ao Estado estabelecer regras, diretrizes e exercer a devida fiscalização para que esses serviços sejam executados da melhor forma possível para a população, não havendo o que se questionar acerca da possibilidade de intervenção do Poder Público no setor de saúde suplementar.

No mesmo sentido, defende Ingo Sarlet (2013, p. 1.937-1.938):

O caráter público não impede que as ações e os serviços de saúde sejam desenvolvidos e prestados pela iniciativa privada, englobando tanto a hipótese de atividade privada prestada em função de convênios e contratos firmados com o SUS, quanto à denominada “saúde suplementar”, isto é, a prestação de assistência à saúde a partir de contratos de planos e seguros de saúde, nos termos da legislação de regência [...]. Ressalve-se, contudo, que a relevância pública das ações e dos serviços de saúde, decorrente do caráter indisponível do direito fundamental e dos valores que visa proteger (vida, dignidade, integridade física e psíquica, adequadas condições de vida e de desenvolvimento humano, entre outros), incide como parâmetro de modelação e (re)adequação das relações privadas estabelecidas no setor, especialmente no que pertine aos planos e seguros privados de saúde, seja para fundamentar o afastamento de cláusulas contratuais tidas como abusivas (oportunidade em que dialoga com o direito do consumidor), seja para determinar a busca de solução ao intrincado problema da continuidade do serviço de saúde que, embora prestado por particular, não perde o caráter público que lhe é imanente.

Inobstante o exposto, é de se frisar que o eventual reconhecimento da taxatividade do rol da ANS importaria, ainda, em negar aos usuários de planos de saúde o acesso a procedimentos médicos e fármacos de última geração cuja segurança e eficácia restaram comprovadas pela comunidade científica e pelos respectivos órgãos técnicos.

Com efeito, a Resolução Normativa nº 470/2021 da ANS estipulou que o procedimento para atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde passaria a ser realizado semestralmente, ao invés de a cada dois anos, conforme redação anterior. No entanto, é incontestável que, mesmo com a revisão semestral, não seria possível considerar a listagem como exaustiva, uma vez que, logo após a sua publicação, ela já estaria obsoleta.

Ora, é comezinho que a inovação na medicina ocorre de forma célere, porquanto a evolução dos procedimentos médicos e a implementação de tecnologias aos tratamentos e medicamentos acontece diariamente. Do mesmo modo, a prescrição dos procedimentos médico-hospitalares e de fármacos se dá na realidade diária dos consultórios, de acordo com as especificidades de cada paciente e com o entendimento do profissional de saúde acerca da melhor opção de tratamento, de maneira que é inevitável que eventualmente sejam indicados procedimentos e produtos ausentes na mencionada listagem.

Nessa esteira, considerar que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS seja compreendido como uma limitação de cobertura assistencial é consentir com a negativa de acesso do usuário a medicamentos mais modernos e com menos efeitos colaterais ou a técnicas cirúrgicas menos invasivas mediante a utilização de tecnologias de ponta, o que evidentemente obstará a plena efetividade dos contratos de planos de saúde.

No mesmo sentido também não seria possível conceber qualquer grau de ingerência da ANS na prescrição de tratamentos médicos, pois o profissional de saúde que acompanha o paciente é o único habilitado para determinar a melhor opção terapêutica a ser empregada no caso concreto, dispondo de total autonomia para tanto.

Justamente por essa razão, a Terceira Turma do STJ, na oportunidade do julgamento do REsp nº 1.769.557/CE, de relatoria da Min. Nancy Andrichi, acertadamente consignou a impossibilidade de negativa de custeio/cobertura de procedimentos ou medicamentos amparados por expressa indicação médica, ainda que inexistisse previsão no rol da ANS, porque seria inaceitável tolher as possibilidades de tratamento concedidas aos beneficiários.

Embora as operadoras de planos de saúde possam limitar – desde que por expressa previsão contratual – as doenças que serão objeto de cobertura assistencial e as redes em que será prestado o atendimento hospitalar e laboratorial, não se afigura plausível a imposição de restrição às opções de tratamento que serão oferecidas ao beneficiário para restabelecimento da sua saúde. A existência e validade do princípio do *pacta sunt servanda* é inquestionável, mas ele não é absoluto, de modo que a interpretação dos contratos de planos de saúde deve ser feita em consonância com os princípios constitucionais, com as normas consumeristas e com a sua função social primordial.

Assim, infere-se que a limitação de tratamentos e medicamentos àqueles previstos no rol da ANS, a despeito da cobertura contratual da patologia que acomete o paciente, consubstancia grave violação da justa expectativa do consumidor de ter acesso aos procedimentos e produtos necessários à restauração da sua saúde.

Noutro giro, premente apontar que o eventual reconhecimento da natureza exemplificativa do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS não ocasionaria os impactos econômico-financeiros alegados pelos defensores da taxatividade da listagem. Explica-se. Em síntese, argumenta-se que adotar o entendimento de que o rol da ANS não é exaustivo equivaleria a reconhecer a obrigação das operadoras de planos de saúde em custear todo e qualquer tratamento/medicamento prescrito ao beneficiário.

Em decorrência disso, por não ser possível mensurar com antecedência a amplitude da cobertura dos seguros de saúde, ocorreria um incremento da sinistralidade dos contratos e os reajustes seriam aplicados de forma mais frequente e em percentuais significativos, o que resultaria em um aumento de preços que inevitavelmente obstaría o acesso da camada mais economicamente vulnerável da população aos serviços de saúde suplementar.

Porém, imperioso ressaltar que a própria edição da Lei nº 14.454/2022 traduz a preocupação do legislador infraconstitucional com o viés econômico-financeiro que permeia a problemática do rol da ANS, pois estabelece que a cobertura de tratamentos e medicamentos extra rol só poderia ocorrer mediante o atendimento de um dos seguintes requisitos: I) se existente comprovação científica da sua eficácia; ou II) se existentes recomendações da sua utilização pela Conitec ou, no mínimo, por um órgão de avaliação de tecnologias em saúde de renome internacional.

Eis o teor do art. 10, § 13, da Lei nº 9.656/1998, com redação dada pela Lei nº 14.454/2022:

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 enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

§ 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.

À vista disso, depreende-se que a eventual imposição de cobertura de procedimentos e produtos não previstos no rol da ANS ocorreria de maneira regulamentada, sendo imprescindível o atendimento dos critérios previstos na norma federal para que se constituísse

tal obrigação, não havendo que se falar em custeio irrestrito de tratamentos ou medicamentos experimentais de alto custo pelos planos de saúde.

Outrossim, há de se mencionar que, apesar dos debates acerca da taxatividade ou não do rol da ANS nos âmbitos jurisprudencial e legislativo, os dados do estudo “Judicialização em planos de saúde coletivos: os efeitos da opção regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar nos conflitos entre consumidores e operadoras”, publicado na Revista de Direito Sanitário em 2018, demonstram que a maioria das decisões judiciais prolatadas em relação ao tema eram – ao menos até a recente pacificação do STJ pela taxatividade mitigada – favoráveis aos consumidores:

A análise não levou em consideração discussões meramente processuais ou pedidos exclusivamente de danos morais, mas sim se o bem da vida requerido (como a revisão do reajuste e a cobertura do procedimento negado, entre outros) foi ou não concedido ao usuário.

Constata-se que quase a totalidade das decisões analisadas foram favoráveis aos consumidores de planos de saúde: em 92,4% dos acórdãos foi dada razão ao consumidor, sendo que 88% o consumidor teve sua pretensão integralmente acolhida e em outros 4,4% sua pretensão foi acolhida em parte; e em apenas 7,4% dos recursos julgados a operadora de plano de saúde logrou êxito [...]. (Trettel; Kozan; Scheffer, 2018, p. 172)

Assim, considerando que há anos já vinha sendo dado o ganho de causa aos consumidores, com a conseqüente imposição da obrigação de cobertura de procedimentos extra rol aos planos de saúde, presume-se que tais custos já se encontram atualmente implementados pelas empresas nos reajustes anuais dos contratos de seguros de saúde, de modo que não assiste razão à proposição de que ocorreriam novos impactos econômicos no setor de saúde suplementar ou o incremento da sinistralidade dos contratos.

Ainda que esse não fosse o caso e o reconhecimento da natureza exemplificativa do rol da ANS, de fato, gerasse um aumento dos custos suportados pelas operadoras de planos de saúde, é evidente que tal ônus econômico deveria ser repartido igualmente entre os agentes atuantes no mercado, isto é, aqueles que auferem expressivas margens de lucro com a prestação de serviços de saúde, pois não se justifica o repasse de valores aos consumidores se a cadeia produtiva do setor de saúde suplementar é composta por pessoas jurídicas de grande porte financeiro.

Por conseguinte, espera-se que, após a confirmação da constitucionalidade da Lei nº 14.454/2022, haja uma uniformização dos entendimentos endossados pelo Legislativo e pelo Judiciário no sentido da natureza exemplificativa do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, por ser esta a única interpretação que põe em consonância os princípios

previstos na Constituição de 1988, as leis especiais que regulamentam o tema (Leis nº 9.656/1998, nº 9.961/2000 e nº 14.454/2022) e as normas de caráter protecionista do CDC.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz da Constituição de 1988, o direito à saúde é concebido como um direito social fundamental, o que implica na necessidade de prestações positivas por parte do Estado, mediante o desenvolvimento de ações e políticas públicas, para sua efetiva concretização na esfera fática e jurídica dos seus destinatários. Por ser dever do Poder Público a garantia do direito à saúde a todos, de forma igualitária e universal, foi criado o Sistema Único de Saúde com o escopo primordial de promover o bem-estar e a justiça social.

A despeito do papel de suma importância que o SUS exerce na universalização da saúde, no resguardo da dignidade da pessoa humana e na garantia do mínimo existencial, é sabido que se trata de um sistema falho e limitado, tanto em razão da escassez de recursos e da má administração destes, quanto pelas dimensões continentais do Brasil, o que dificulta a prestação de serviços públicos de modo igualitário em todas as regiões do país.

Por essa razão, o constituinte originário de 1988 previu a possibilidade de atuação da iniciativa privada na prestação de serviços de saúde, abrindo espaço para a implementação de um sistema de saúde suplementar composto e financiado pelos planos e seguros de saúde, desde que observados os princípios e as diretrizes do SUS.

Para que a execução desses serviços do sistema suplementar de saúde não fosse realizada de maneira desregulamentada, forçando os consumidores a se submeterem integralmente às vontades da autonomia privada, foi editada a Lei nº 9.656/1998 com o escopo primordial de tutelar os interesses dos beneficiários e corrigir as falhas do mercado, coibindo as exclusões ilícitas de atendimento e a cobrança de mensalidades abusivas.

Ainda, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar, por meio da Medida Provisória nº 1.928/99, posteriormente convertida na Lei nº 9.961/2000, com competência para elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que corresponde, sumariamente, a uma lista de exames, consultas, cirurgias e tratamentos médicos em geral que compõem a cobertura assistencial obrigatória mínima dos planos de saúde.

A partir de então surgiu uma fervorosa discussão nos cenários jurídico e político nacionais acerca do caráter da referida listagem.

De um lado, os planos de saúde defendem sua taxatividade, argumentando que seria essa a única interpretação que possibilitaria o equilíbrio econômico-financeiro do mercado e o oferecimento de convênios a preços mais acessíveis. Do outro, os consumidores apontam que o caráter exemplificativo do rol da ANS garantiria o pleno acesso aos tratamentos e medicamentos essenciais ao restabelecimento da saúde dos beneficiários e a efetiva

concretização da função social primordial dos contratos de planos de saúde, que é a tutela da saúde dos contratantes.

Não à toa, a grande maioria das celeumas levadas à apreciação do Poder Judiciário, relativas ao âmbito da saúde suplementar, dizem respeito à negativa abusiva de cobertura assistencial por parte das operadoras de planos de saúde, o que usualmente ocorre sob a justificativa de ausência de previsão do procedimento ou produto pleiteado no rol da ANS.

Tornando o contexto ainda mais gravoso, até 2022 não existia qualquer precedente jurisprudencial fixado pelas cortes superiores para guiar as instâncias ordinárias na condução e julgamento dos processos referentes a essa temática. Desse modo, era comum a prolação de decisões judiciais completamente divergentes em causas idênticas, o que gerava um grau de insegurança jurídica inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça essa insegurança era ainda mais nítida. Isso porque a Terceira Turma endossava a natureza exemplificativa do rol da ANS, pois fixou, no julgamento do REsp nº 1.769.557/CE, o entendimento de que não seria permitido aos planos de saúde negar a cobertura de tratamento devidamente indicado ao paciente por prescrição médica, com base na alegação de ausência de previsão do referido tratamento na mencionada listagem. Assim, os recursos levados à sua apreciação eram julgados favoravelmente ao consumidor.

Porém, em contrapartida, a Quarta Turma firmou, no julgamento do REsp nº 1.733.013/PR, a tese de que considerar o rol da ANS como exemplificativo colocaria em risco todo o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar, razão pela qual rechaçou a abusividade da negativa de cobertura de procedimentos médicos com base na ausência de previsão no rol da ANS e declarou sua taxatividade, passando a julgar os recursos favoravelmente à iniciativa privada.

Diante do cenário caótico instaurado, em 08 de junho de 2022 foi realizado um julgamento unificado pela Segunda Seção do STJ que, no bojo do EREsp nº 1.886.929/SP e do EREsp nº 1.889.704/SP, resolveu pela taxatividade mitigada do rol da ANS. Significa dizer que o colegiado compreende que a listagem é exaustiva, mas, em situações excepcionais, seria possível impor às seguradoras de saúde que custeassem procedimentos não previstos na lista, desde que possuíssem recomendação médica e comprovação de órgãos técnicos que regulam o setor.

A despeito da possibilidade de interposição de recursos e consequente revisão da decisão, a vitória das empresas de planos de saúde gerou grande comoção popular, o que fez com que, em 21 de setembro de 2022, fosse promulgada a Lei nº 14.454/2022, que realizou

alterações na Lei nº 9.656/1998 para reconhecer o caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, estabelecendo critérios para permitir a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos na lista.

A edição da norma federal, todavia, não logrou êxito em pôr termo à controvérsia, porquanto a sua constitucionalidade tem sido questionada perante o Supremo Tribunal Federal e ainda aguarda julgamento.

Nessa conjuntura, o presente trabalho demonstrou que a dissonância de entendimentos entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo acerca do caráter do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS resulta em grave insegurança jurídica aos consumidores que, diante da negativa abusiva de cobertura assistencial pelos planos de saúde, procuram judicializar suas demandas no intuito de obter a devida tutela do seu direito fundamental à saúde.

Assim, não se pode admitir que as soluções jurisdicionais apresentadas dependam exclusivamente da discricionariedade do magistrado atuante – que, hodiernamente, encontra a possibilidade de optar pela aplicação do precedente do STJ ou da Lei nº 14.454/2022 –, de modo a oferecer resultados diametralmente opostos para celeumas idênticas.

Ademais, após extensa argumentação acerca da impossibilidade de sobrepor benefícios econômicos em detrimento do direito à saúde, isto é, da impossibilidade de se atribuir mais valor a balanços atuariais do que a uma vida humana, conclui-se que o reconhecimento da natureza exemplificativa do rol da ANS é o caminho que se mostra mais adequado.

Isso porque a tese de não exaustividade da listagem é a única interpretação capaz de harmonizar os princípios e os direitos sociais essenciais previstos na CRFB com as leis especiais que regulamentam o setor de saúde suplementar (Leis nº 9.656/1998, nº 9.961/2000 e nº 14.454/2022) e, ainda, garantir observância às normas de proteção constantes no Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN nº 465, de 24 de fevereiro de 2021**. 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 artigo 35 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga a Resolução Normativa – RN nº 428, de 7 de novembro de 2017, a Resolução Normativa – RN nº 453, de 12 de março de 2020, a Resolução Normativa – RN nº 457, de 28 de maio de 2020 e a RN nº 460, de 13 de agosto de 2020. Disponível em:

<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Miriam. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, abr. 2013. Disponível em:

<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/263>. Acesso em: 21 jul. 2023.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Poder local e política**: a saúde como locus de embate na cidade de Santos - SP. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em:

<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/3859>. Acesso em: 21 jul. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CAPEZ, Fernando; PUGLISI, Fabia. A judicialização no sistema de saúde suplementar do Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2023-mar-02/controversias-juridicas-judicializacao-sistema-saude-suplementar-brasil>. Acesso em: 22 jul. 2023.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araújo Sales. **Direito à saúde**: paradigmas procedimentais e substanciais da constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

MARTINS, Fabrício Irun Silveira. Judicialização da saúde suplementar: a construção do recente entendimento acerca do caráter taxativo excepcional do rol de procedimentos e a impossibilidade de análise econômica de direitos sociais essenciais. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 87-119, mai./ago. 2022. Disponível em:

<https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/article/view/405>. Acesso em: 11 ago. 2023.

Ministério da Saúde. **ABC do SUS** - doutrinas e princípios. Brasília: Secretaria Nacional de Assistência à Saúde, 1990. Disponível em: http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf. Acesso em: 22 jul. 2023.

Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus#:~:text=Integralidade%3A%20este%20princ%C3%ADpio%20considera%20as,o%20tratamento%20e%20a%20reabilita%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 22 jul. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 197. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 17, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/84314>. Acesso em: 11 ago. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **Revista Gestão e Controle**, v. 1, n. 4, p. 3.183-3.255, 2013. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11334>. Acesso em: 11 ago. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. Retomar o debate sobre a reforma sanitária para avançar o sistema único de saúde (SUS). **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 9, n. 4, p. 472-480, out./dez. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/vmWFDfvtmLJRVNtLMWfyTWH/?lang=pt>. Acesso em: 22 jul. 2023.

TRETTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira; SCHEFFER, Mario César. Judicialização em planos de saúde coletivos: os efeitos da opção regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar nos conflitos entre consumidores e operadoras. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 166-187, mar./jun. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/148133>. Acesso em: 22 jul. 2023.