



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO - UFERSA
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO - PROPPG
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO

WILTON GONDIM GOMES DE MEDEIROS

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: uma análise da natureza do Rol
465/2021 da ANS a partir da Lei 14.454/2022

MOSSORÓ

2022

WILTON GONDIM GOMES DE MEDEIROS

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: uma análise da natureza do Rol
465/2021 da ANS a partir da Lei 14.454/2022

Monografia apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito Constitucional e
Tributário da Universidade Federal Rural do
Semi-Árido como requisito para obtenção do
título de especialista.

Linha de Pesquisa: Direito Constitucional.
Direito à Saúde.

Orientador: Prof. Dr. José Albenes Bezerra
Júnior

MOSSORÓ

2022

© Todos os direitos estão reservados a Universidade Federal Rural do Semi-Árido. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do (a) autor (a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. O conteúdo desta obra tomar-se-á de domínio público após a data de defesa e homologação da sua respectiva ata. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu (a) respectivo (a) autor (a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

M488j Medeiros, Wilton Gondim Gomes de.
A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: uma
análise da natureza do Rol 465/2021 da ANS a
partir da Lei 14.454/2022 / Wilton Gondim Gomes
de Medeiros. - 2022.
50 f. : il.

Orientador: José Albenes Bezerra Júnior.
Monografia (graduação) - Universidade Federal
Rural do Semi-árido, Curso de Especialização em
Direito Constitucional e Tributário, 2022.

1. direito à saúde. 2. Agência Nacional de
Saúde Suplementar. 3. Rol de Procedimentos e
Eventos em Saúde. 4. exemplificativo . 5.
taxativo. I. Júnior, José Albenes Bezerra,
orient. II. Título.

Ficha catalográfica elaborada por sistema gerador automático em conformidade
com AACR2 e os dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Biblioteca Campus Mossoró / Setor de Informação e Referência
Bibliotecária: Keina Cristina Santos Sousa e Silva
CRB: 15/120

O serviço de Geração Automática de Ficha Catalográfica para Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC's) foi desenvolvido pelo Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação da Universidade de São Paulo (USP) e gentilmente cedido para o Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (SISBI-UFERSA), sendo customizado pela Superintendência de Tecnologia da Informação e Comunicação (SUTIC) sob orientação dos bibliotecários da instituição para ser adaptado às necessidades dos alunos dos Cursos de Graduação e Programas de Pós-Graduação da Universidade.

WILTON GONDIM GOMES DE MEDEIROS

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: uma análise da natureza do Rol
465/2021 da ANS a partir da Lei 14.454/2022

Monografia apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito Constitucional e
Tributário da Universidade Federal Rural do
Semi-Árido como requisito para obtenção do
título de especialista.

Linha de Pesquisa: Direito Constitucional.
Direito à Saúde.

Orientador: Prof. Dr. José Albenes Bezerra
Júnior

Defendida em: 14/12/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Albenes Bezerra Júnior (UFERSA)

Presidente

Profa. Dra. Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira (UFERSA)

Membro Examinador

Profa. Ma. Rosângela Viana Zuza Medeiros (Membro Externo)

Membro Examinador

RESUMO

O presente estudo visa analisar a natureza do rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) quanto exemplificativo ou taxativo. A pesquisa busca analisar o direito à saúde em face à Constituição Federal e ao Código de Defesa do Consumidor, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e a inovação legislativa da Lei nº 14.454/2022. A metodologia utilizada foi qualitativa pela subjetividade do tema aqui aferido, utilizando-se técnicas como a análise de documentos, sites, livros e artigos científicos, além de se aprofundar em leis, resoluções e portarias sobre o tema, realizando-se revisão bibliográfica do tema. Como resultado, o trabalho de conclusão argumenta que o rol de procedimentos da ANS tem natureza exemplificativa.

Palavras-chave: direito à saúde; Agência Nacional de Saúde Suplementar; Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde; exemplificativo; taxativo.

ABSTRACT

The present work proposes to analyze the nature of the list of procedures and health events of the National Supplementary Health Agency (ANS), as an exhaustive or merely illustrative character. The research analyzes the right to health against the Federal Constitution and the Consumer Protection Code, the understanding of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court on the subject and the legislative innovation of Law n° 14.454/2022. The methodology used was qualitative due to the subjectivity of the subject here, using techniques such as the analysis of documents, websites, books and scientific articles, in addition to deepening laws, resolutions and ordinances on the subject, performing a literature review of the theme. As a result, this work argues that the list of procedures from ANS has a merely illustrative nature.

Keywords: right to health, National Supplementary Health Agency; List of Procedures and Events in Health; merely illustrative; exhaustive.

1. INTRODUÇÃO	8
2. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE	10
2.1. Direito à Saúde à Luz da Constituição Federal	10
2.2. Contratos de Saúde no Âmbito do Código de Defesa do Consumidor	12
2.3. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Resolução Normativa (RN) 465/2021	14
3. A JUDICIALIZAÇÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS E A CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL	16
3.1. A Judicialização da Saúde Suplementar	16
3.2. Panorama Geral do Superior Tribunal de Justiça (STJ)	21
3.3. A Quarta Turma e o Caráter Taxativo do Rol de Procedimentos da ANS	22
3.4. A Terceira Turma e o Caráter Exemplificativo do Rol de Procedimentos da ANS	27
3.5. A Uniformização do Entendimento do STJ no Julgado dos Embargos de Divergência da 2ª Seção	32
4. A LEI 14.454/2022 E O FIM DA TAXATIVIDADE DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE SUPLEMENTAR	37
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS	45

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) prevê o direito à saúde como um direito social em seu artigo 6º. A Constituição ainda afirma que a saúde é direito de todos e dever estatal, sendo de responsabilidade do Estado garantir mediante políticas públicas e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, nos termos do artigo 196.

A CRFB/88 ainda dispõe que cabe ao Poder Público dispor “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”.

Assim, consagra a Carta Magna a possibilidade de intervenção à assistência à saúde por parte da iniciativa privada, que poderão participar de forma complementar ao sistema único de saúde¹. Nesse sentido, a participação da iniciativa privada na saúde, dá-se, em sua maioria, por intermédio de planos e seguros privados de assistência à saúde, regularizada pela Lei 9.656/98.

A lei supramencionada em seu artigo 1º estabelece que as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, são regidas pela lei 9.656/98, por legislação específica que rege sua atividade e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Posteriormente, para atuar como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização de atividades que garantam a assistência suplementar à saúde foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por intermédio da Lei nº 9.961/2000.

Assim, fixou-se como competência da ANS, a elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui referência básica para os planos e seguros privados de

¹Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. [...] Brasil. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, Central Gráfico, 1988

assistência à saúde. Esse rol contempla o acompanhamento de doenças, procedimentos considerados como indispensáveis ao diagnóstico e seu tratamento.

Destarte, o rol criado pela Agência é de grande controvérsia pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais. Isso acontece pois existem embates jurídicos quanto à negativa de cobertura, por parte desses planos, de procedimentos não elencados no rol criado pela ANS, dividindo-se entre aqueles que acreditam na natureza taxativa do rol e aqueles que acreditam em sua natureza exemplificativa.

A pesquisa ainda buscará compreender a judicialização da saúde suplementar, que por intermédio da ANS, o Estado tem como papel regulamentar e fiscalizar o realizado pela operadora do plano de saúde, concentrando-se a judicialização em torno da natureza do rol da ANS.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), entre suas Turmas, não encontrou harmonia em suas decisões, que dividem-se entre a taxatividade ou não do rol. No trabalho será destacada as decisões da Quarta Turma que entendeu pelo caráter taxativo, a Terceira Turma que entendeu pelo caráter exemplificativo e pelo julgado dos Embargos de Divergência pela Segunda Seção que uniformizou o entendimento para fixar a tese de que o rol é, em regra, taxativo, mas com algumas exceções.

O julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929-SP, que entendeu pela taxatividade, em regra, do rol da ANS, podendo haver, excepcionalmente, a cobertura do tratamento indicado pelo médico desde que cumpra-se alguns requisitos, entre eles a recomendações de órgãos técnicos de renome nacional como o Conitec e o NatJus.

Assim, para tentar uniformizar o entendimento, no dia 22 de setembro de 2022, entrou em vigor a Lei nº 14.454, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, onde o Congresso entendeu que o rol seria exemplificativo, desde que cumpra-se com algumas exigências.

Diante dessa realidade, o presente trabalho tem como objetivo analisar as decisões e legislações que estão dentro do campo jurídico da Resolução Normativa da ANS, buscando analisar se o rol da ANS é exemplificativo ou taxativo.

A fim de analisar a temática, o trabalho será dividido em três capítulos de desenvolvimento. O primeiro capítulo analisará o direito à saúde à luz das legislações vigentes, em especial em face à Constituição Federal e ao Código de Defesa do Consumidor. Também se analisará os contratos de adesão dos planos de saúde, o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar e a Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS.

Continuando, o segundo capítulo buscará analisar a ocorrência da judicialização da saúde suplementar, além de analisar as decisões da Terceira Turma pelo caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos, a Quarta Turma e seu entendimento pela natureza taxativa do rol e a uniformização de entendimento pela Segunda Seção do STJ, analisando a evolução histórica das decisões.

Por fim, será analisada a Lei nº 14.454/2022 e as alterações que trouxe ao campo jurídico da Lei nº 9.656/98, bem como a análise por parte do plenário do Supremo Tribunal Federal das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 7088, 7183 e 7193 e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 986 e 990, em que foi julgada a perda de objeto após edição da lei supramencionada pelo legislativo.

Na metodologia da presente pesquisa foram empregados diversos métodos. No primeiro momento, a presente pesquisa tem como propósito ser explicativa e exploratória, uma vez que será explicada todas as razões e porquês do problema, possuindo uma contribuição significativa à comunidade jurídica e médica. A sua abordagem será qualitativa pela subjetividade do tema aqui auferido, pois utilizou-se técnicas como a análise de documentos, sites, revistas, livros e artigos científicos, além de se aprofundar em leis, resoluções e portarias sobre o tema, realizando-se uma revisão bibliográfica. Por fim, utilizou-se o método dialético, uma vez que será feita uma abordagem crítica e interdisciplinar sobre o tema.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

2.1. Direito à Saúde à Luz da Constituição Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu artigo 6º os direitos sociais, entre eles o direito à saúde. Dessa forma, trata-se de um direito de todos que resulta em dever do Estado que, conforme o artigo 196 do diploma constitucional, será garantido mediante políticas públicas que visem a redução do risco de doença e outros agravos e, bem como, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, conforme preceitua COUTO (2022), o direito à saúde possui uma natureza dúplice, pois ao mesmo tempo representa um direito e garantia individual do cidadão, como também representa toda coletividade.

Sarlet (2021) afirma que é no âmbito do direito à saúde “que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu respectivo objeto com o direito à vida e o princípio da

dignidade da pessoa humana". Assim, conceitua o autor que o direito à saúde encontra-se interligado à proteção física, corporal ou psíquica, do ser humano, sendo marcado pela interdependência com outros direitos fundamentais.

Em julgamento de Agravo em Recurso Especial (AREsp) a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou que a responsabilidade em prover o tratamento de saúde da pessoa humana é do Estado, sendo seu dever fornecer gratuitamente às pessoas carentes a medicação necessária para tratamento médico, nos termos do art. 196 da Carta Magna. Ainda, na decisão, o Ministro Relator entende como solidária responsabilidade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população, nos termos do art. 198, §1º da Constituição.

Sobre o tema, a Constituição Federal conceitua em seu artigo 198 que "as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único", organizado conforme as diretrizes constitucionais². O §1º do artigo afirma que o sistema único de saúde será financiado com recursos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, consagrando a sua responsabilidade solidária.

Nesses termos, o Supremo Tribunal Federal editou o Tema 793³ que define que a é responsabilidade solidária dos entes federados o dever de prestar assistência à saúde. Nessa seara, a Lei Maior determinou que cabe ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, devendo a execução ser realizada diretamente ou através de terceiros, bem como por pessoa física ou jurídica de direito privado, nos termos do art. 197.

Por consequência, a CRFB/88 oportunizou a participação, em nível complementar, da iniciativa privada na prestação à saúde (art. 199), estipulando sua participação mediante contrato de direito público ou convênio. Deixando o setor privado sendo suplementar a responsabilidade estatal, ficando sujeita à sua fiscalização e regulação.

²Quais sejam: 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. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, Central Gráfico, 1988.

³ A tese fixada foi a seguinte: Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 793**. Disponível em: ><https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>< acesso em 01/11/2022.

Conforme Pereira (2020) a Constituição adotou um sistema de saúde pluralista quanto às modalidades de atenção à saúde, podendo ser: a) saúde pública; b) saúde complementar; e, c) saúde suplementar.

A Saúde Pública, conforme o autor (2020, p. 26), poderá ser caracterizada como “uma estrutura própria com oferta direta dos seus serviços, conforme as diretrizes do Sistema Único de Saúde previstas na constituição”. Por sua vez, a saúde complementar será caracterizada pela aquisição do SUS “de serviços e estruturas de saúde na iniciativa privada, em parceria com entidades sem fins lucrativos, entidades filantrópicas, ou com fins lucrativos, mas igualmente norteadas pelas diretrizes do Sistema Único de Saúde”. Por fim, a Saúde Suplementar é aquela em que o indivíduo pode adquirir serviços de saúde de instituições privadas por intermédio de operadoras de plano privado de saúde.

Assim, conforme questão levantada por Ingo Sarlet (2021), existe-se um dilema do Estado Social, em que paira a eterna dúvida de se o estado deve limitar-se a assegurar o patamar mínimo ou se deve almejar um ótimo padrão no atendimento global à saúde. O autor posteriormente esclarece que o direito à saúde não pode ser considerado como ilimitado, mas argumentos como ausência de recursos e incompetência dos órgãos judiciais não pode prevalecer a preservação da vida humana.

O objetivo principal do trabalho não é analisar profundamente as questões do Sistema Único de Saúde (SUS), mas analisar o regime suplementar privado de saúde. Ainda, é claro que o sistema de saúde do país enfrenta grandes dificuldades na efetivação da saúde pública, o que leva uma parcela da população a aderir a contratos de planos de saúde, o que será analisado no tópico seguinte.

2.2. Contratos de Saúde no Âmbito do Código de Defesa do Consumidor

Conforme já demonstrado no capítulo anterior, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 199, consagrou como livre à iniciativa privada a sua participação na assistência à saúde. Inicialmente cumpre-se diferenciar a saúde complementar e suplementar.

O §1º do artigo 199 afirma que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. Assim, os contratos celebrados devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, com cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades de cada contratante (Ministério da Saúde, 2017).

Assim, conforme Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde do Ministério da Saúde (2017), a contratação dos serviços de forma complementar por parte das instituições privadas e o setor público deve ser estabelecida dentro dos limites legais, suprimindo qualquer insuficiência dos serviços do S.U.S, nos termos do art. 199, §1º.

Dessa forma, o Manual de 2017 do Ministério da Saúde explica como funciona a complementação dos serviços públicos de saúde da seguinte forma:

Quando as disponibilidades de oferta de serviços próprios forem insuficientes para garantir o atendimento à população, o gestor de saúde poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, respeitando as competências que lhes são atribuídas pela lei, a legislação aplicável às licitações e os limites de seu território no planejamento de ações garantidoras da suficiência da assistência.

Por outro lado, ao lado do sistema público de saúde, existem instituições privadas de atenção à saúde, nos seus mais diversos graus, realizados por meio dos contratos de planos de saúde, configurando-se assim a Saúde Suplementar. Conforme já demonstrado, a saúde suplementar é aquela em que o indivíduo pode adquirir serviços de saúde de instituições privadas por intermédio de operadoras de plano privado de saúde, sendo o principal objeto de análise deste trabalho.

Em 2022, segundo dados do site da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), existem 718 operadoras de plano de saúde diversas, com um total de 50.199.241 (50 milhões, cento e noventa e nove mil, duzentos e quarenta e um) beneficiários.

Como muito bem conceitua Pereira (2020) esses serviços possuem natureza mercantil-contratual, conferindo à relação contratual um caráter de seletividade. Assim, os contratos de plano de saúde são de adesão, o que será explanado mais à frente.

Em virtude da relação contratual entre as partes, é inegável a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas, como a dignidade da pessoa humana, direito à vida, direito à saúde, entre outros. Nesse mesmo sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) ao afirmar que “as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre as pessoas físicas e jurídicas de direito privado⁴”.

Aplica-se, então, aos contratos de planos de saúde, a Constituição da República Federativa do Brasil, além do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Código Civil (CC), a

⁴EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DE AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819-8/RJ. Ministro Relator Gilmar Mendes. 11 de outubro de 2015. Disponível em: ><https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784><. Acesso em 01/11/2022.

lei 9656/98 (disciplina sobre os planos de saúde) e as Resoluções Normativas da ANS, entre outros.

Conforme Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça, “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

A definição da Súmula do STJ existe pois para existir uma relação de consumo, é preciso que haja um fornecedor e um consumidor, que, por via de regra, atua como destinatário final da atividade do primeiro (COUTO, 2022).

Fornecedor, conforme conceitua o Código de Defesa do Consumidor, é “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados”, que desenvolvem diversos tipos de serviços ou produtos. Sendo produto todo e qualquer bem e serviço todo tipo de atividade fornecida no mercado de consumo, salvo as decorrentes das relações de trabalho. Por sua vez, consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Ainda, nesse mesmo sentido, a Lei nº 9656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, define que operadora de plano de saúde é uma pessoa jurídica que opere produto, serviço ou contrato de plano privado de assistência à saúde.

Logo, importa afirmar que o indivíduo que contrate um serviço privado de plano de saúde enquadra-se como consumidor, encaixando-se na proteção do Código de Defesa do Consumidor.

Como já adiantado antes, os contratos de plano de saúde são de adesão, que podem ser definidos como aqueles cuja cláusulas tenham sido aprovadas por autoridade competente ou estabelecidas de forma unilateral pelo fornecedor, sem que o consumidor possa modificar o conteúdo, cabendo ao indivíduo optar por aderir ou não ao contrato, existindo limites legais às cláusulas contratuais, nos termos do art. 51 do Código de Defesa do Consumir.

Por fim, cabe a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) regular os planos de saúde no Brasil, garantindo assistência suplementar à saúde, tendo como uma de suas principais competências a atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde que estipula a cobertura de todos os planos em solo nacional, sendo analisada no próximo capítulo.

2.3. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Resolução Normativa (RN) 465/2021

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é uma autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, atuando como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização de atividades que garantam assistência suplementar à saúde, possuindo autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, bem como autonomia em suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

O art. 3º da Lei 9.961/2000 afirma que a finalidade da Agência é 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”.

Conforme conceitua REZENDE (2022) uma agência reguladora pode ser definida como órgão da administração direta ou indireta cuja função é regular uma determinada matéria a qual está vinculada por lei. A natureza das agências é caracterizada pela ausência de hierarquia, por sua autonomia e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante seus mandatos, conforme art. 3º da Lei 13.848/2019.

Ainda, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

As agências reguladoras foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação⁵.

Destarte, uma das principais competências da ANS é a regulação e atualização do seu rol de procedimentos e eventos em saúde, que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida por planos privados contratados a partir de 1º de janeiro de 1999.

Nesse sentido, o art. 10, §4º da Lei 9.656 que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, assevera que a amplitude das cobertura no âmbito da saúde suplementar será estabelecida em norma da ANS, que deverá publicar o rol de procedimentos e eventos em saúde.

⁵“ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE SANÇÃO PELA ANTT. DISCUSSÃO SOBRE A COMPETÊNCIA DA AGÊNCIA REGULADORA PARA TIPIFICAR = INFRAÇÕES. EVASÃO DE POSTO DE PESAGEM E FISCALIZAÇÃO. INFRAÇÃO PREVISTA NA RESOLUÇÃO 3.056/2009/ANTT. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.681.181/RS. Ministro Relator Herman Benjamin. 09 de outubro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1631290&num_registro=201701456311&data=20171009&formato=PDF < acesso em 09 de novembro de 2022.

Assim, a ANS criou a Resolução Normativa (RN) nº 465 de 2021 que atualizou 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.

O art. 2º da RN afirma que, para fins de cobertura, o Rol de procedimentos e Eventos em saúde é taxativo, podendo as operadoras de plano de saúde oferecer cobertura maior que a obrigatória, seja por sua iniciativa ou mediante contrato estipulado entre as partes.

O rol trata-se de uma lista de consultas, exames, terapias e cirurgias, já somando mais de 3.368 itens. Uma das principais críticas quanto ao rol é a impossibilidade de acompanhar as atualizações do setor médico, que avança e se modifica diariamente.

Antigamente, o processo de atualização era previsto na RN nº 439/2018, devendo ocorrer a cada dois anos. Entretanto, a ANS aprovou a RN 470/2021, que em seu art. 2º conta a previsão de que a lista de cobertura assistenciais obrigatórias será atualizada semestralmente⁶.

Conforme o art. 3º da RN 465/2021 ela é composta por quatro anexos: I) lista de procedimentos e eventos de cobertura obrigatória; II) apresenta as Diretrizes de Utilização (DUT), que estabelece os critérios a se observarem para que sejam asseguradas as coberturas descritas no primeiro anexo; III) apresenta as Diretrizes Clínicas (DC), que visa a melhor prática clínica, baseada em evidência científicas; e, IV) apresenta o Protocolo de Utilização (PROUT) para procedimentos e eventos listados no rol.

Conforme já citado, o rol estabelece uma cobertura assistencial mínima obrigatória, trazendo severas discussões acerca do seu caráter taxativo ou exemplificativo, o que acarreta na judicialização de um altíssimo número de demandas.

O motivo da discussão está centrado na dúvida de se os planos estariam obrigados ou não a custear procedimentos solicitados pelos consumidores do plano que não estejam descritos no Rol de procedimentos e Eventos em saúde.

Diversos tribunais de justiça dos Estados-membros da federação já criaram teses que são adotadas quanto à taxatividade ou não do rol, entretanto a controvérsia chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) que não conseguiu pacificar o entendimento, o que será exposto no capítulo seguinte.

⁶Art. 2º As propostas de atualização do Rol – PAR serão recebidas e analisadas de forma contínua pelo órgão técnico competente da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos - DIPRO, e a lista de coberturas assistenciais obrigatórias e de diretrizes de utilização que compõem o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde serão atualizadas semestralmente. BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN nº 470/2021** Disponível em: ><https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textoLei&format=raw&id=NDA2Mw==> <. Acesso em 09 de novembro de 2022.

3.A JUDICIALIZAÇÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS E A CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL

3.1. A Judicialização da Saúde Suplementar

Hodiernamente, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o acesso à saúde foi universalizado, sendo um direito de todos, conforme o artigo 196 da Lei Maior. Entretanto, conforme bem conceitua Bucci (2017), um grande número de magistrados, que acreditam na “autoaplicabilidade dos direitos fundamentais”, deferiram diversas liminares sobre direito à saúde, tornando a judicialização da saúde um problema, que conforme a autora “assumiu características epidêmicas”⁷.

A Judicialização da saúde pode ser analisado de diversos prismas diferentes, uma vez que o espectro de pedidos e decisões judiciais são vastos, indo de decisões individuais sobre tratamento ou medicamento ou ações coletivas, sendo o Judiciário chamado para resolver questões de saúde pública, complementar ou suplementar (Bucci, 2017).

Assim, podemos considerar que a crescente expansão do rol de direitos sociais no país vieram acompanhadas de desafios, sendo necessário desenvolver diversas políticas públicas para prestação de serviços, “o que fez com que o Poder Judiciário passasse a ser uma nova arena para a concretização de direitos prestacionais” (Jorge, 2017).

Conforme Bucci (2017), o problema da judicialização da saúde “é a concessão exagerada de medidas liminares, cautelares e antecipações de tutela”, afirmando que o deferimento sistemático das antecipações de tutela “faz do Judiciário o caminho mais curto para a obtenção do medicamento, com baixíssimo índice de recusa, a despeito da possível ilegitimidade dos pedidos, em muitos casos”.

Em seu artigo sobre as “Novas Formas de Enfrentamento da Judicialização da Saúde: Audiência Pública n. 4 e as Medidas Adotadas nos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo”, JORGE (2017) enumerou causas que viabilizaram a maior judicialização das relações sociais, e consequentemente a saúde, que pode ser vista da seguinte forma:

Ao discutir a “expansão do Poder Judiciário”, o cientista político C. Neal Tate enumerou oito causas que viabilizariam a ocorrência do fenômeno. São indicadas a (i) existência de regimes democráticos e de (ii) um regime de separação de poderes; (iii) a existência de uma “política de direitos” fundada ou não em uma declaração constitucional formal de direitos fundamentais; (iv) a existência de grupos de interesse, que acionam os tribunais judiciais buscando a difusão de teses jurídicas favoráveis a suas demandas; (v) o possível uso das cortes como instrumento político pela oposição para impedir a edição de leis que ela, pelos canais representativos tradicionais, não conseguiria impedir; (vi) a existência de instituições majoritárias

⁷ Para mais informações, recomendo a leitura de BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). **Judicialização da saúde : a visão do poder executivo**. – São Paulo : Saraiva, 2017.

inefetivas, isto é, partidos e governos de coalizão fracos, destituídos de apoio público suficiente para defender suas políticas diante de possíveis ataques originados no Poder Judiciário; (vii) uma percepção geral negativa quanto às instituições originalmente responsáveis pela formulação de políticas públicas; e a (viii) delegação para o Poder Judiciário de questões socialmente delicadas e de complexa negociação política (aborto, política criminal etc.)

Assim, conforme demonstra o autor, todas as condições estão presentes no Brasil, o que demonstra o papel do Judiciário na judicialização da saúde. Entretanto, conforme afirma Sarlet (2021), esse fenômeno da judicialização representa uma escala mundial.

Conforme SANT'ANA (2017), em sua tese de doutorado, os primeiros contornos da judicialização da saúde iniciado com o movimento de afirmação de direitos por pessoas portadoras do vírus HIV, buscando o acesso aos medicamentos, momento em que o STF passou a reconhecer a “saúde como direito subjetivo e fundamental, exigível em juízo e não mais como um direito programático” (SARLET, 2021)⁸.

O Ministro Relator Celso de Mello no Recurso Especial de nº 271.286-8/RS considerou que o “direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”, sendo dever do poder público formular e implementar políticas públicas, econômicas e sociais para garantir “o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar” (STF, 2000).

Dessa forma, conforme expõe Sant’Ana (2017), ocorreu uma ampliação do número de ações ajuizadas na Justiça Estadual e Justiça Federal em decorrência ao precedente aberto pelo Supremo Tribunal Federal, iniciando-se uma verdadeira busca por critérios para orientar a atuação dos magistrados.

Nesse sentido, destaca-se a Audiência Pública nº 04, realizada pelo STF, sobre a Judicialização do Direito à Saúde, entre os meses de abril e maio de 2009, para ajudar no julgamento de processos que discutem a concretização do direito à saúde.

Em suma, conforme aponta Brito (2017), podemos dividir os participantes da Audiência em dois grupos, os favoráveis e os contrários à judicialização. O grupo contrário (gestores do SUS, procuradores do Estado, Municípios e União) defendem a redução do judiciário nas decisões sobre direito à saúde, afirmando que há uma demanda infinita para poucos recursos, implicando o consumo de uma grande quantidade de dinheiro para um pequeno grupo.

⁸EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRG no RE nº 271.286-8/RS. Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em ><https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>< acesso em 15/11/2022.

Por sua vez, o grupo favorável (representantes da sociedade civil, advogados, promotores e defensores públicos), buscaram garantir a concretização do direito à saúde, por meio do Judiciário, afirmando que “a intervenção do Judiciário, além de necessária em determinadas situações, teria uma função pedagógica para o governante, no sentido de determinar, adequadamente, a alocação e gestão dos recursos para a saúde” (BRITO, 2017).

Posteriormente, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175/CE⁹, em 2010, levou em consideração as experiências e dados colhidos na Audiência Pública. O Ministro Relator Gilmar Mendes afirmou que:

O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

O Ministro ainda constatou que a maioria dos medicamentos pleiteados já integrava as listas que compõem a política de medicamentos, sendo a judicialização “mais resultado da omissão do Poder Público ou de falha na implementação dos programas de ação governamental existentes” (JORGE, 2017).

⁹EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde Pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas Públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de Medicamento. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, economia, saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada 175**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 17-3-2010. Disponível em: [STA-AgR 175 \(stf.jus.br\)](https://stf.jus.br/portal/verEdicao/175). Acesso em: 15 de novembro de 2022.

A STA 175 ainda contou com diretrizes, conforme bem resume Bucci (2017), para orientar o exame judicial¹⁰, para aplicação da política de assistência farmacêutica em “casos especiais”¹¹ e, por fim, recomendações relativas à tramitação das ações¹².

Entretanto, firmado este panorama histórico inicial sobre a judicialização da saúde, não trataremos sobre os demais desdobramentos da importante Audiência Pública realizada pelo STF. Será, então, necessário entender o âmbito da judicialização da saúde suplementar.

Conforme já citado no capítulo anterior, segundo dados do site da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), existem um total de 50.199.241 (50 milhões, cento e noventa e nove mil, duzentos e quarenta e um) beneficiários de planos de saúde no país para um pouco mais de 700 operadoras no país.

Dessa forma, importa ressaltar que o principal litígio levado ao judiciário envolve as operadoras de plano de saúde que negam a cobertura de procedimentos e eventos por parte das instituições, afirmando que o procedimento requerido não está no Rol da ANS.

¹⁰Quais sejam: “a) o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. 41 b) Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação. c) é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. d) O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. e) Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. f) A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da ‘Medicina com base em evidências’. g) Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”. (BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). **Judicialização da saúde : a visão do poder executivo**. – São Paulo : Saraiva, 2017.)

¹¹Conforme citado pela autora: “h) Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. i) Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro”. (BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). **Judicialização da saúde : a visão do poder executivo**. – São Paulo : Saraiva, 2017.)

¹²Destaca a autora: “j) Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. k) Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde”. (BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). **Judicialização da saúde : a visão do poder executivo**. – São Paulo : Saraiva, 2017.)

Na Saúde Suplementar o principal papel do Estado, por meio da ANS, é regulamentar e fiscalizar o que é realizado pela operadora de plano de saúde. Nesse aspecto, Fabretti (2017) é cirúrgica ao afirmar:

Ao permitir que os serviços de saúde sejam explorados pela livre iniciativa e oferecidos como bens de consumo no mercado, a Constituição Federal acabou por criar uma situação dúplice em relação ao direito à saúde. Se por um lado a saúde é um direito social que deve ser garantido e promovido pelo Estado, por outro, ao ser oferecido no mercado por empresas privadas, torna-se um serviço, sendo aqueles que o contratam consumidores, e a relação jurídica estabelecida entre fornecedor e consumidor passa a estar submetida às regras do direito do consumidor.

Dessa forma, conforme bem expõe a autora, pode ser visto que o direito à saúde e o direito do consumidor estão interligados. Entretanto, casos de desavenças que surgem entre o beneficiário e o plano de saúde tem gerado judicialização da saúde suplementar.

Em números de processos sobre Saúde Suplementar, no ano de 2020 houveram 134,77 mil processos ajuizados, crescendo para 142,37 mil processos em 2021. Até o momento, em 2022, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, já foram ajuizados 94,18 mil processos. Por sua vez, quando o assunto é planos de saúde, em 2020 foram ajuizados 84,08 mil processos, em 2021 foram ajuizados 84,02 mil e em 2022, até o momento, foram ajuizados quase 56 mil processos.

Diante do campo prático de discussão, a judicialização no âmbito da saúde suplementar gira em torno da natureza do rol da ANS, que se divide entre o exemplificativo e a taxatividade.

Dessa forma, é natural que esses processos da Justiça Estadual ou Justiça Federal, criem teses sobre a natureza do rol da ANS, chegando esse conflito no Superior Tribunal (STJ), que será analisado a seguir.

3.2. Panorama Geral do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) compõe-se de, no mínimo, 33 (trinta e três) ministros conforme artigo 104 da Carta Magna. Existem três seções especializadas, que julgam mandando de segurança, reclamações, recursos repetitivos e conflitos de competência.

Cada seção possui duas turmas especializadas, sendo cada seção composta por dez ministros e cada turma por cinco ministros. Vamos nos centrar, para a análise deste capítulo, na Segunda Seção, que é composta pela Terceira e Quarta Turma, especializadas em direito privado (comércio, consumo, contratos, família, sucessões, etc).

A Segunda Seção é composta pelos Ministros: Antônio Carlos Ferreira (atual presidente do biênio), Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Raul Araújo, Paulo Tarso, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas, Marco Buzzi, Marco Aurélio e Moura Ribeiro.

Assim, a Terceira Turma é composta pelos Ministros Paulo de Tarso, Nancy Andrighi, Ricardo Villas, Marco Aurélio e Moura Ribeiro. Por sua vez, a Quarta Turma é composta pelos ministros Raul Araújo, Maria Isabel, Antonio Carlos, Marco Buzzi e João Otávio.

Historicamente, a Segunda Seção possuía um entendimento convergente, onde ambas as turmas julgavam que a natureza jurídica do rol da ANS era meramente exemplificativa. Entretanto, em 10 de dezembro de 2019, a Quarta Turma alterou sua posição, ao adotar a taxatividade do rol de procedimentos, no julgamento do REsp 1.733.013/PR. Por outro lado, a Terceira Turma não alterou o seu entendimento inicial, adotando que o rol é meramente exemplificativo, ao exemplo do REsp 1.876.630/SP, causando divergência de entendimentos dentro da Seção.

Dessa forma, a UNIMED Campinas Cooperativa de Trabalho Médico entrou com Embargos de Divergência em REsp de nº 1.886.929/SP buscando a uniformização interna da jurisprudência.

Assim, este capítulo cuidará em analisar as decisões mencionadas, buscando entender o evolutivo histórico da Corte Cidadã ante a taxatividade ou não do rol da ANS.

3.3. A Quarta Turma e o Caráter Taxativo do Rol de Procedimentos da ANS

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, julgou pelo caráter taxativo do Rol de Procedimentos da ANS, em uma verdadeira mudança de entendimento do colegiado, conforme exposto neste capítulo.

Uma beneficiária de plano de saúde ajuizou ação em face a Unimed Londrina Cooperativa de trabalho médico, afirmando que foi acometida por doença que ocasiona desgaste nas vértebras e que, conforme prescrição médica, necessita de cirurgia com a utilização de: 1 kit de cifoplastia por balão, 1 kit de biópsia descartável e uma cureta de latitude. Entretanto, afirma que a operadora requerida se dispõe em liberar apenas o procedimento denominado vertebrologia, método que pode ocasionar extravasamento, com queimadura na cavidade da medula espinhal, sendo o procedimento indicado por seu médico menos invasivo.

O Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Londrina julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, determinando a realização do procedimento indicado pelo médico da autora.

Em seguida, a autora interpôs apelação e o réu um recurso adesivo para o Tribunal de Justiça do Paraná que afastou a condenação, uma vez que a operadora estava em seu exercício regular de direito em negar o procedimento. Ato contínuo, a autora interpôs recurso especial,

alegando em suma que o rol da ANS é apenas exemplificativo, afirmando que o rol seria apenas uma referência básica, podendo as partes ampliar a cobertura e incluir outros procedimentos.

O julgamento contou com a participação de diversas entidades, na condição de *amicus curiae*, as quais se dividiram entre as que opinaram pela taxatividade ou não do Rol em análise.

Entretanto, primeiro, é importante analisar a posição da Agência Nacional de Saúde Suplementar, como *amicus curiae* no julgamento. A autarquia afirmou que a tese que defende o caráter exemplificativo põe em risco o equilíbrio econômico financeiro do sistema de saúde suplementar. Argumenta que a base é o mutualismo, um tipo de mecanismo de compartilhamento do ônus decorrente do custo do serviço prestado ao usuário. Assim, a agência afirma que o processo para inclusão de um procedimento no rol leva em consideração:

i) custo/efetividade do procedimento cuja incorporação se pretende, ocasião na qual são avaliados ganhos e resultados clínicos mais relevantes para os pacientes, segundo a melhor literatura científica disponível e os conceitos de Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS, ponderando potenciais riscos decorrentes de determinada tecnologia; ii) capacidade instalada, de modo a aferir a real viabilidade de determinado procedimento ser entregue adequadamente aos beneficiários, com qualidade e sem riscos para o paciente, uma vez que o rol é estabelecido para todo o país; iii) e, por fim, do efetivo impacto financeiro/orçamentário gerado pela incorporação da tecnologia. (ANS, 2020).

A entidade ainda argumenta que considerar o rol como sugestivo poderia esvaziar a regulação estatal, asseverando que o fato do médico opinar por um procedimento não o reveste de consenso científico apto a torná-lo obrigatório no plano, visto que o rol assume uma responsabilidade de impacto social para todos os beneficiários do plano.

Em contrapartida, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), argumenta que o usuário do plano de saúde encontra-se em clara vulnerabilidade, não cabendo a taxatividade do rol, uma vez que o seu conteúdo “tem que ser interpretado de forma harmônica com as demais estruturas normativas que dispõem sobre o assunto”.

Encerra o instituto argumentando que é impossível aos consumidores a previsão dos procedimentos que podem precisar e o fato da ANS não ter um processo contínuo de avaliação do seu rol, implementando, na época¹³, mudanças apenas a cada dois anos.

Dessa forma, em sentido parecido com o da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), defenderam a taxatividade as seguintes instituições: Conselho Federal de Medicina (CFM), Conselho Federal de Farmácia (CFF), Departamento de Proteção e Defesa do

¹³ A ANS aprovou a RN 470/2021, que em seu art. 2º conta a previsão de que a lista de cobertura assistenciais obrigatórias será atualizada semestralmente, mudando a regra da RN 439/2018.

Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor, Instituto Brasileiro de Atuária (IBA), Associação Brasileira de Planos de Saúde (Abramge) e a Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde).

Por outro lado, defendem que o rol é taxativo, as seguintes entidades: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde (ADUSEPS) e o Conselho Nacional de Saúde (CNS).

Em seguida, passa ao voto o Relator Ministro Luis Felipe Salomão, em que, de pronto, reconhece a posição da Corte, em especial da Terceira Turma, que por anos entendeu que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS seria meramente exemplificativo, argumentando quanto a postura do Poder Judiciário é de importância para a concretização da segurança jurídica, bem como colacionou em seu voto diversos momentos em que as Terceira e Quarta Turma entenderam pela importância do profissional assistente do autor ao estabelecer “na busca da cura, a orientação terapêutica a ser dada ao usuário acometido de doença coberta”.

Entretanto, por outro lado, pondera que o rol constitui garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, em preços mais acessíveis, contemplando as mais diversas camadas da população (STJ, 2020). Dessa forma, o Ministro Relator considera que o rol exemplificativo representaria “negar a própria existência do "rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população”, assinalando que:

Por outro lado, esse entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, devendo a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas, tem o condão de efetivamente padronizar todos planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer "tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura”.

O Ministro ainda afirma que o exercício profissional da medicina possibilita ao profissional margem de subjetividade, que envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas que não pode nortear a elaboração do rol (STJ, 2020).

Por fim, os demais Ministros, os Srs. Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram em unanimidade com o Ministro Relator, fixando a seguinte ementa:

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO

CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDADA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE. 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 desta 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 a 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 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, gerando 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 no rol da ANS, não havendo falar em condenação por danos morais. 8. Recurso especial não provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.733.013-PR. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 20/02/2020).

Entretanto, esse posicionamento merece críticas, não sendo bem acolhidos nos tribunais estaduais, por não refletir a realidade populacional. Explico.

De início, é importante destacar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de adesão dos planos de saúde, conforme já foi exposto no capítulo anterior.

Além disso, o argumento de que o rol meramente exemplificativo poderia acarretar desequilíbrio econômico financeiro, não condiz com a realidade. Durante a pandemia, as operadoras de plano de saúde aumentaram seu lucro líquido em 72,4%, enquanto a fatura do conveniado ficou de 12% a 49% mais cara.

Importa destacar que também não cabe ao usuário a responsabilidade de averiguar os procedimentos cobertos pela ANS, correspondendo a uma inversão de valores, até porque é impossível ao consumidor médio prever quais exames e procedimentos seriam necessários no momento da adesão ao contrato.

Nesse sentido, analisaremos a posição da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que busca a proteção do consumidor na adoção do caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos da ANS.

3.4. A Terceira Turma e o Caráter Exemplificativo do Rol de Procedimentos da ANS

Conforme já adiantado no capítulo anterior, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.876.630/SP decidiu que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza exemplificativa, conforme será demonstrado.

O Recurso Especial interposto pela Unimed de Sorocaba Cooperativa de Trabalho Médico versa sobre ação indenizatória c/c compensação de dano moral, ajuizado por uma contribuinte do plano, requerendo reembolso das despesas relativas à cirurgia plástica de redução de mama para uma correção de hipertrofia mamária bilateral, afirmando que a operadora negou o pleito.

A sentença do Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a UNIMED para reembolsar à autora todos os valores despendidos para a realização da cirurgia. Nesse mesmo sentido julgou o Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade, dando provimento à apelação da usuária do plano de saúde.

Insatisfeito com o resultado, o plano de saúde ajuizou o Recurso Especial em análise, argumentando primeiramente cerceamento de defesa. Adianto que, por não ser o principal foco do presente trabalho, não analisaremos com cuidado os argumentos sobre esse ponto.

Entretanto, sobre o Rol em questão, a UNIMED reafirma a sua taxatividade, alegando que seguiu com as normas que regulamentam sua atividade e que o acórdão recorrido usurpou a sua competência ao impor uma cobertura de procedimentos não contemplados ao rol.

Ao analisar a natureza do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS, a Ministra Relatora Nancy Andrighi, iniciou tomando nota sobre a divergência de entendimento da Quarta Turma no REsp 1.733.013/PR, que considerou o rol como taxativo.

A Ministra lembrou que a Quarta Turma firmou a tese, em 2019, de que:

é abusiva a recusa da operadora do plano de saúde de arcar com a cobertura do medicamento prescrito pelo médico para o tratamento do beneficiário, sendo ele off label, de uso domiciliar, ou ainda, não previsto em rol da ANS, e, portanto, experimental, quando necessário ao tratamento de enfermidade objeto de cobertura pelo contrato. (ANDRIGHI, Nancy, 2020 apud Quarta Turma do STJ - AgInt no REsp 1.849.149/SP, Terceira Turma, julgado em 30/03/2020, DJe de 01/04/2020; AgInt no AREsp 1.573.008/SP, Terceira Turma, julgado em 10/02/2020, DJe de 12/02/2020; AgInt no AREsp 1.490.311/SP, Quarta Turma, julgado em 17/09/2019, DJe de 03/10/2019; AgInt no REsp 1.712.056/SP, Quarta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe de 18/12/2018).

Entretanto, conforme já salientado, a mudança de entendimento causou divergência entre as Turmas. Passa a Ministra a analisar que o §4º do art. 10 da Lei 9.656/98 atribuiu a competência à ANS para normatizar a amplitude da cobertura assistencial das doenças listadas na classificação da Organização Mundial de Saúde (OMS). Dessa forma, reafirma o já apresentado neste trabalho, que os atos normativos realizados pela entidade devem ter conformidade com a CRFB/88 e com o Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, defende a relatora:

Igualmente, quando o legislador transfere para a ANS a função de definir a amplitude das coberturas assistenciais (art. 10, § 4º, da Lei 9.656/1998), não cabe ao órgão regulador, a pretexto de fazê-lo, criar limites à cobertura determinada pela lei, de modo a restringir o direito à saúde assegurado ao consumidor, frustrando, assim, a própria finalidade do contrato.

Assim, conforme defendido pela Terceira Turma, o plano impõe a cobertura de tratamento de todas as doenças listadas na CID, excepcionadas as hipóteses previstas nos incisos do art. 10 da Lei 9.656/98¹⁴ (STJ, 2021).

A Ministra Relatora, brilhantemente, afirma que não há como se exigir de um consumidor, no momento em que decide aderir ao plano, todo conhecimento acerca dos

¹⁴ Quais sejam: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente. BRASIL. **Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656compilado.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2022.

procedimentos que estão incluídos no contrato, “inclusive porque o rol elaborado pela ANS apresenta linguagem técnico-científica, absolutamente ininteligível para o leigo” (ANDRIGHI, STJ, 2021).

Quanto ao papel do médico, a Ministra reafirma que a prescrição de determinado tratamento é ato vinculado ao exercício regular da profissão de saúde e deve ser praticado segundo as condições pessoais de cada paciente, não podendo ser um direito negociável.

Importa destacar o voto da Ministra ao analisar o posicionamento da Quarta Turma, afirmando que:

Chama a atenção que, ao defender a natureza taxativa do rol de procedimentos e eventos em saúde, a ANS considera a incerteza sobre os riscos assumidos pela operadora de plano de saúde, mas, estranha e lamentavelmente, desconsidera que tal solução implica a transferência dessa mesma incerteza para o consumidor, sobre o qual passam a recair os riscos que ele, diferentemente do fornecedor, não tem condições de antever e contra os quais acredita, legitimamente, estar protegido, porque relacionados ao interesse legítimo assegurado pelo contrato.

Por fim, encerra seu voto reafirmando que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza exemplificativa. Nesse sentido, por unanimidade, votou a Terceira Turma que conheceu e deu parcial provimento ao recurso especial, acompanhando os votos da Ministra Relatora, os Senhores Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro, conforme a ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZATÓRIA C/C COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. AMPLITUDE DE COBERTURA. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA. NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIA DE MAMOPLASTIA BILATERAL. PROCEDIMENTO INDICADO PARA TRATAMENTO DE HIPERPLASIA MAMÁRIA BILATERAL. RECUSA INDEVIDA CARACTERIZADA. DEVER DA OPERADORA DE INDENIZAR A USUÁRIA. AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DE AFLIÇÃO PSICOLÓGICA E ANGÚSTIA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA OU EMERGÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DELIMITADAS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DANO MORAL AFASTADO. JULGAMENTO: CPC/15. [...] 2. O propósito recursal é dizer sobre: (i) o cerceamento de defesa; (ii) a obrigação de a operadora de plano de saúde indenizar a beneficiária pelas despesas com a realização de cirurgia, após recusar a cobertura do procedimento; (iii) a configuração e o valor arbitrado a título de compensação do dano moral. [...] 4. Nos termos do § 4º do art. 10 da Lei 9.656/1998, a amplitude da cobertura assistencial médico-hospitalar e ambulatorial, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, é regulamentada pela ANS, a quem compete a elaboração do rol de procedimentos e eventos para a promoção à saúde, 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 de Saúde – OMS, respeitadas as segmentações assistenciais contratadas. 5. O Plenário do STF reafirmou, no julgamento da ADI 2.095/RS (julgado em 11/10/2019, DJe de 26/11/2019), que “o poder normativo atribuído às agências reguladoras deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência”, razão pela qual os atos normativos exarados pela ANS, além de compatíveis com a Lei 9.656/1998 e a Lei 9.961/2000, dentre outras

leis especiais, devem ter conformidade com a CF/1988 e o CDC, não lhe cabendo inovar a ordem jurídica. 6. Conquanto o art. 35-G da Lei 9.656/1998 imponha a aplicação subsidiária da lei consumerista aos contratos celebrados entre usuários e operadoras de plano de saúde, a doutrina especializada defende a sua aplicação complementar àquela lei especial, em diálogo das fontes, considerando que o CDC é norma principiológica e com raiz constitucional, orientação essa que se justifica ainda mais diante da natureza de adesão do contrato de plano de saúde e que se confirma, no âmbito jurisdicional, com a edição da súmula 608 pelo STJ. 7. Quando o legislador transfere para a ANS a função de definir a amplitude das coberturas assistenciais (art. 10, § 4º, da Lei 9.656/1998), não cabe ao órgão regulador, a pretexto de fazê-lo, criar limites à cobertura determinada pela lei, de modo a restringir o direito à saúde assegurado ao consumidor, frustrando, assim, a própria finalidade do contrato. 8. O que se infere da leitura da Lei 9.656/1998 é que o plano-referência impõe a cobertura de tratamento de todas as doenças listadas na CID, observada a amplitude prevista para o segmento contratado pelo consumidor e excepcionadas apenas as hipóteses previstas nos incisos do art. 10, de modo que qualquer norma infralegal que a restrinja mostra-se abusiva e, portanto, ilegal, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada. 9. O rol de procedimentos e eventos em saúde (atualmente incluído na Resolução ANS 428/2017) é, de fato, importante instrumento de orientação para o consumidor em relação ao mínimo que lhe deve ser oferecido pelas operadoras de plano de saúde, mas não pode representar a delimitação taxativa da cobertura assistencial mínima, na medida em que o contrato não se esgota em si próprio ou naquele ato normativo, mas é regido pela legislação especial e, sobretudo, pela legislação consumerista, com a ressalva feita aos contratos de autogestão. 10. Sob o prisma do CDC, não há como exigir do consumidor, no momento em que decide aderir ao plano de saúde, o conhecimento acerca de todos os procedimentos que estão – e dos que não estão – incluídos no contrato firmado com a operadora do plano de saúde, inclusive porque o rol elaborado pela ANS apresenta linguagem técnico-científica, absolutamente ininteligível para o leigo. Igualmente, não se pode admitir que mero regulamento estipule, em desfavor do consumidor, a renúncia antecipada do seu direito a eventual tratamento prescrito para doença listada na CID, por se tratar de direito que resulta da natureza do contrato de assistência à saúde. 11. No atendimento ao dever de informação, deve o consumidor ser clara, suficiente e expressamente esclarecido sobre os eventos e procedimentos não cobertos em cada segmentação assistencial (ambulatorial, hospitalar – com ou sem obstetria – e odontológico), como também sobre as opções de rede credenciada de atendimento, segundo as diversas categorias de plano de saúde oferecidas pela operadora; sobre os diferentes tipos de contratação (individual/familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial), de área de abrangência (municipal, grupo de municípios, estadual, grupo de estados e nacional) e de acomodação (quarto particular ou enfermaria), bem como sobre as possibilidades de coparticipação ou franquia e de pré ou pós-pagamento, porque são essas as informações que o consumidor tem condições de avaliar para eleger o contrato a que pretende aderir. 12. Não é razoável impor ao consumidor que, no ato da contratação, avalie os quase 3.000 procedimentos elencados no Anexo I da Resolução ANS 428/2017, a fim de decidir, no momento de eleger e aderir ao contrato, sobre as possíveis alternativas de tratamento para as eventuais enfermidades que possam vir a acometê-lo. 13. A qualificação do rol de procedimentos e eventos em saúde como de natureza taxativa demanda do consumidor um conhecimento que ele, por sua condição de vulnerabilidade, não possui nem pode ser obrigado a possuir; cria um impedimento inaceitável de acesso do consumidor às diversas modalidades de tratamento das enfermidades cobertas pelo plano de saúde e às novas tecnologias que venham a surgir; e ainda lhe impõe o ônus de suportar as consequências de sua escolha desinformada ou mal informada, dentre as quais, eventualmente, pode estar a de assumir o risco à sua saúde ou à própria vida. 14. É forçoso concluir que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza meramente exemplificativa, porque só dessa forma se concretiza, a partir das desigualdades havidas entre as partes contratantes, a harmonia das relações de consumo e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, de modo a satisfazer, substancialmente, o objetivo da Política

Nacional das Relações de Consumo. [...] 17. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.876.330 - SP**. Ministra Relatora Nancy Andrighi. DJe 11/03/2021. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201876630> < Acesso em 12 de novembro de 2022).

Dessa forma, demonstra ser mais benéfico para o consumidor, bem como para toda a coletividade, a adoção do rol exemplificativo, principalmente quando analisado com a legislação constitucional e consumerista.

Entretanto, essa posição não foi adotada no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929-SP que considerou o rol taxativo, porém com algumas exceções, o que será analisado no tópico seguinte.

3.5. A Uniformização do Entendimento do STJ no Julgado dos Embargos de Divergência da 2ª Seção

O cenário de divergência entre as duas Turmas da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça acarretou nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP.

A embargante Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico ajuizou o Embargos de Divergência contra o acórdão da Terceira Turma já analisado. Dessa forma, é notória a divergência de posicionamentos entre as duas turmas, uma vez que a Terceira Turma afirmou que o Rol de Procedimentos em Saúde tem caráter exemplificativo e a Quarta Turma afirmou que o mesmo Rol possui caráter taxativo.

Conforme o próprio nome já denuncia, os Embargos de Divergência podem ser opostos quando ocorre uma incongruência entre os julgamentos de uma turma colegiada do STJ, STF ou dos Tribunais Estaduais. Nesse mesmo sentido, o art. 1.043 do Código de Processo Civil, afirma que é embargável o acórdão de órgão fracionário que, em recurso extraordinário ou especial, diverge do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal. Dessa forma, os Embargos opostos são o meio necessário para dirimir a questão e uniformizar o entendimento.

No julgamento a Segunda Seção firmou o seguinte entendimento, o que será analisado durante este tópico:

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 ao Rol; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra Rol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do

tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como CONITEC e NATJUS) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

De início, importa analisar o voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, da Quarta Turma, que consoante ao entendimento da sua Turma, argumenta não ser abusiva a exclusão do custeio dos meios e materiais necessários ao tratamento indicado pelo médico, diante dos dispositivos legais da lei de saúde suplementar¹⁵. Logo, argumenta que a submissão ao rol da ANS não privilegia nenhuma parte da relação contratual, uma vez que preza pela harmonização da relação contratual e apresenta diretrizes técnicas relevantes (SALOMÃO, Segunda Seção 2022).

Em seu voto, o Ministro Salomão reafirma o entendimento da Segunda Seção de 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)”.

O Ministro também argumenta que o rol de procedimentos representa uma garantia de preços mais acessíveis e permite o acesso às camadas mais vulneráveis da população. Dessa forma, sendo exemplificativo, na opinião do relator, haveria prejuízo aos consumidores, conforme pode ser visto nessa passagem:

Fosse o rol da ANS meramente exemplificativo, desvirtuar-se-ia sua função precípua, não se podendo definir o preço da cobertura diante de lista de procedimentos indefinida ou flexível. O prejuízo para o consumidor seria inevitável, já que, caso fosse desrespeitada a regulação incidente, ou os usuários ficariam sobrecarregados com o consequente repasse dos custos ao preço final do serviço, impedindo um maior acesso da população – sobretudo dos mais vulneráveis economicamente – ao Sistema de Saúde Suplementar, ou a atividade econômica desenvolvida pelas operadoras e pelas seguradoras seria inviabilizada.

A Ministra Nancy Andrigli, em aditamento ao voto, reafirmou o seu entendimento ao assentar que a natureza exemplificativa do rol não leva à obrigatoriedade de cobertura de todo

¹⁵O Ministro relator cita: a) art. 10, § 4º, que prescreve a instituição do plano-referência, “respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12”, com “amplitude das coberturas” “definida por normas editadas pela ANS”; b) art. 12, que estabelece serem facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º dessa Lei, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência mencionado no art. 10; c) art. 16, VI, o qual determina que, dos contratos, dos regulamentos ou das condições gerais dos produtos de que cuidam o inciso I e o § 1º do art. 1º dessa Lei, devem constar dispositivos que indiquem os eventos cobertos e excluídos.

tratamento prescrito, devendo ser analisada caso a caso, devendo ser reconhecida quando demonstrada a efetividade do tratamento, sem prejuízo de prova em contrário por parte da operadora do plano de saúde.

Ao defender a natureza exemplificativa do Rol colaciona aos laudos duas teses da Segunda Seção que fixou a impossibilidade de imposição de custeio do procedimento de fertilização in vitro (REsp 1.851.062/SP) e que o Poder Judiciário não decide sobre o tratamento pois afeta aos profissionais de saúde habilitados, mas decide-se sobre a obrigação (ou não) da cobertura pela operadora de direito (REsp 1.124.552/RS). Dessa forma, pretende a Ministra demonstrar que o rol da ANS é falível.

Encerra o aditamento de voto afirmando que a taxatividade cria no mercado a ideia equivocada de que os planos estão autorizados a recusar, de pronto, a cobertura de procedimentos não listados no rol, como tem ocorrido diariamente, afirmando que “soa incoerente falar em taxatividade de um rol que é periodicamente alterado, para inclusão e exclusão de tecnologias em saúde” (ANDRIGHI, Segunda Seção, 2022).

Em seu aditamento ao voto, o senhor Ministro Luis Felipe Salomão, relator dos Embargos, ponderou sobre o aditamento de voto da Ministra Nancy Andrighi, argumentando que a posição da Quarta Turma não é contrária às necessidades dos usuários de planos de saúde, argumentando pela taxatividade, em regra, do rol de procedimentos da ANS.

Em seguida, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em voto-vista, afirma que o que consta no Rol da ANS são procedimentos mínimos obrigatórios e que devem, necessariamente, ser oferecidos pelas operadoras, chegando a conclusão que “essas são exigências mínimas obrigatórias, não sendo vedada a contratação de coberturas ampliadas”.

Dessa forma, defende o Ministro Cueva pela taxatividade do Rol, pois, em sua concepção, traz segurança jurídica para todas as partes, sem onerar demais para os usuários, permitindo prever riscos e a continuidade dos serviços sem grandes ajustes, complementando que:

O impacto financeiro de eventuais procedimentos individuais e ilimitados - a medicina está sempre em avanço - de uma lista aberta (Rol exemplificativo) repercutiram, no final, no próprio mutualismo, desequilibrando não só economicamente, mas também coletivamente os contratos assistenciais interligado. O estabelecimento de Rol mínimo obrigatório (ou Rol taxativo) permite previsibilidade, essencial para a feitura dos cálculos atuariais embaixadores das mensalidades pagas pelos beneficiários, aptas a manter a médio e a longo prazos planos de saúde sustentáveis, pois a alta exagerada de preços e de contribuições provocará barreiras à manutenção contratual, transferindo as coletividades de usuários à saúde pública, a pressionar ainda mais o SUS.

Dessa forma, encerra o Ministro da Corte Cidadã afirmando que a taxatividade do Rol não pode ser considerada como absoluta, não podendo o Judiciário ser conivente com

eventuais ineficiências da ANS, devendo sempre analisar o caso concreto. Dessa forma, propôs como critérios¹⁶ para a Rol de procedimentos e eventos de saúde da ANS os parâmetros capazes de superar, em casos excepcionais, essas limitações.

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrigli, ao analisar o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS, manteve-se coerente ao seu voto exarado no julgamento do Recurso Especial nº 1.876.330 - SP, da Terceira Turma.

A Ministra inicia afirmando que os atos normativos da ANS devem ter conformidade com os preceitos constitucionais e consumeristas, não cabendo inovar a ordem jurídica, devendo a agência prestar serviços em prol do interesse público, não levando o lucro como único protagonista, mas prezando também a pessoa humana. Sobre a utilização do preceito consumerista, afirma a Ministra:

Impende ressaltar, por oportuno, que, embora a Lei 9.656/1998 seja a lei especial que regula os planos privados de assistência à saúde, há expressa menção em seu art. 35-G de aplicação do CDC aos contratos celebrados entre usuários e operadoras, sem falar nas outras 43 vezes em que o termo consumidor é mencionado na própria lei. E, conquanto o referido dispositivo legal imponha a aplicação subsidiária da lei consumerista, a doutrina especializada defende a sua aplicação complementar, em diálogo das fontes.

Continua, em seu voto, afirmando que o plano-referência impõe às operadoras a cobertura obrigatória de tratamento de todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), excepcionadas as hipóteses previstas no art. 10 da Lei 9.656/98. Afirmando que não cabe ao órgão “criar limites à cobertura determinada pela lei, de modo a restringir o direito à saúde assegurado ao consumidor/aderente, frustrando, assim, a própria finalidade do contrato” (ANDRIGHI, STJ, 2022).

Dessa forma, entende-se pelo voto da Ministra, que o rol constitui garantia do consumidor para assegurar o seu direito à saúde, devendo ser a sua natureza exemplificativa, servindo como referência para as operadoras, profissionais e beneficiários, conforme explica a Ministra:

¹⁶ Quais sejam: 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 ao Rol; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra Rol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como CONITEC e NATJUS) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

Seja sob o prisma do CDC, ou mesmo do CC/2002, o rol exemplificativo protege o consumidor/aderente da exploração econômica predatória do serviço, manifestada por meio da negativa de cobertura sem respaldo na lei, visando satisfazer o intuito lucrativo das operadoras às custas da vulnerabilidade do usuário e da sua premente necessidade de manutenção do vínculo cativo, as quais o colocam em nítida posição de sujeição na relação contratual.

Dessa forma, encerra a Ministra pedindo para que se estabeleça a tese de que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza exemplificativa, protegendo o interesse do consumidor.

O Ministro Raul Araújo acompanhou o voto do Ministro Relator, requerendo que se reconheça a mitigação da taxatividade do Rol da ANS, nos termos do voto-vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Em seguida, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino acompanhou o voto da Ministra Nancy Andrighi pelo caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS. Complementa o Ministro afirmando que o entendimento pelo caráter exemplificativo levaria as operadoras a recusar cada vez menos o atendimento, o que aliviaria o sistema de Justiça.

A Ministra Maria Isabel Gallotti acompanhou o voto do Ministro Relator, requerendo que seja incorporado os acréscimos realizados pelo Ministro Cueva, sobre a mitigação da taxatividade do Rol, pois em sua visão atende a necessidade de que exista um rol mínimo de cobertura obrigatória, mas que em algumas situações tenham o abono da comunidade científica, podendo o tratamento ou medicamento vir a ser custeado pelo plano.

Por fim, votou o Ministro Moura Ribeiro que divergiu do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, concordando com o voto da Ministra Nancy Andrighi, pela tese de que o Rol da ANS tem natureza exemplificativa.

Pelo exposto, foram vencidos os Ministros Nancy Andrighi, Paulo Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro. Seguindo os Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze o voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, defendendo que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo.

Dessa forma, conforme o entendimento formado, a operadora não é obrigada a arcar com o tratamento que não conste no Rol da ANS se existir outro procedimento já incorporado ao Rol, sendo possível a contratação de cobertura ampliada junto à operadora por parte do beneficiário.

A taxatividade, entretanto, é mitigada, pois em caso de não haver outro substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do Rol, pode haver a cobertura do tratamento indicado, desde que:

- (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como CONITEC e NATJUS) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

Entretanto, conforme já poderia ter sido previsto pelos Ministros, posterior ao final da votação começou a ocorrer um importante movimento de pessoas que utilizam planos de saúde, bem como organizações e especialistas, para possibilitar a continuidade de tratamento de saúde que seriam excluídos com o reconhecimento da taxatividade do Rol, o que será analisado no próximo capítulo.

4. A LEI 14.454/2022 E O FIM DA TAXATIVIDADE DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE SUPLEMENTAR

Após a decisão da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP, analisado no capítulo anterior, que decidiu pela taxatividade mitigada do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, as mais diversas famílias, entidades, organizações e beneficiários de Saúde insatisfeitos com o resultado da votação, buscaram a continuidade de tratamentos que poderiam ser excluídos com a taxatividade do rol.

Conforme bem adiantado pela Ministra Nancy Andrighi, em seu voto nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP, o mero termo “taxatividade”, seja ela mitigada ou não, cria no mercado a ideia de que os planos podem, a qualquer momento, recusar a cobertura de procedimentos e eventos não listados no rol.

Dessa forma, após as quatro exceções criadas pelo STJ no julgado sobre a natureza do Rol da ANS, o número de ações não parou de crescer, em especial para se comprovar que o pleito daquele tratamento ou medicamento: I) não foi indeferido expressamente pela ANS; II) que há comprovação de eficácia do tratamento; III) que é recomendado por órgãos técnicos; e, IV) que seja realizado o fatídico diálogo interinstitucional.

Nesse sentido, foi aprovada a Lei 14.454/2022, que altera a Lei nº 9.656/98, que “dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que

permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar”.

A lei alterou o art 1º da lei, que anteriormente poderia ser lido da seguinte forma “submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade”.

O artigo alterado contém que as pessoas jurídicas que operam o plano submetem-se subsidiariamente às disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, sendo então reconhecida a hipossuficiência dos beneficiários do plano de saúde, tratando-se os contratos de uma relação de consumo entre as partes.

Outra importante mudança foi no §4º do art. 10 da Lei. 9.656/98, que foi bastante discutida nos votos dos Ministros, que antes possuía o seguinte texto “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”

Entretanto, o artigo agora dispõe que a ANS publicará o rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, sendo atualizado a cada incorporação, constituindo uma referência básica para os planos privados de assistência à saúde, conforme o §12 adicionado pela Lei. 14.454/2022¹⁷.

Por fim, a Lei 14.454/2022 inovou ao adicionar à Lei 9.656/98 em seu §13º, que caso o tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente não esteja previsto no Rol da ANS, a cobertura poderá ser autorizada 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.

O Projeto de Lei nº 2033/2022 do Grupo de Trabalho destinado a analisar a cobertura de planos de saúde estabelecida pela ANS (GT ANS), que posteriormente se tornou a Lei 14.454/2022, citava instituições de renome internacional, que poderiam ser utilizada, entre as quais a Food and Drug Administration, União Europeia da Saúde, Scottish Medicines Consortium – SMC; National Institute for Health and Care Excellence - NICE; Canada’s Drug and Health Technology Assessment- CADTH; Pharmaceutical benefits scheme – PBS; e Medical Services Advisory Committee – MSAC.

¹⁷ [§ 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.

Não obstante, no auge da pandemia de Covid-19¹⁸, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 14.006/2020 que estabeleceu “o prazo de 72 (setenta e duas) horas para que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) autorize a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde registrados por autoridade sanitária estrangeira e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países”.

A lei, em seu art. 3º, inciso VIII, autorizou a importação e distribuição desde que registrado por pelo menos uma das autoridades sanitárias internacionais e autorizados à distribuição comercial em seus países, listando a Food and Drug Administration (FDA), European Medicines Agency (EMA), Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA) e National Medical Products Administration (NMPA).

Entretanto, a Lei 14.454/2022 preferiu por não citar nenhuma instituição de renome internacional, deixando a cargo do beneficiário do plano de saúde e do operador do direito observarem se aquele tratamento ou medicamento pleiteado tem a recomendação de, pelo menos, um órgão de internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais, como condicionante.

Dessa forma, amplia a lei o alcance dos serviços de saúde na rede privada, sendo considerada por juristas e doutrinadores como marco para fim da taxatividade do Rol da ANS, tornando a natureza do Rol Exemplificativa em seu §13 da Lei 14.454/2022. Porém, por ser uma lei recente, ainda não é possível mensurar como será sua adesão no negócio jurídico entre as operadoras de saúde e os consumidores.

Essa preocupação foi notória no julgamento por parte do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que ocorreu em 09 de novembro de 2022. Foi julgado em conjunto as Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7088, 7183 e 7193 e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 986 e 990.

A maioria do plenário entendeu que, com a edição da Lei 14.454/2022, a natureza do rol de cobertura dos planos de saúde foi resolvida pelo Legislativo, determinando o arquivamento da ação por perda do objeto¹⁹.

¹⁸ O Ministério da Saúde (2021) afirma que a Covid-19 “é uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global”.

¹⁹EMENTA: Direito constitucional. Ações diretas de inconstitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. Amplitude das coberturas de planos de saúde. Competência da ANS. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar. Procedimento de atualização. Perda parcial do objeto. Improcedência dos pedidos remanescentes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7183**. Ministro Relator Roberto Barroso. 09 de novembro de 2022. Disponível em ><https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6425744>< acesso em 16 de novembro de 2022.

Conforme voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, as ações e arguições versam sobre a natureza do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS e sobre a regulação do procedimento de atualização do rol.

No voto do Ministro a superveniência da Lei nº 14.454/2022 forneceu solução legislativa à natureza do Rol e a exigibilidade de tratamentos não previstos neles, “provocando alteração substancial do complexo normativo cuja constitucionalidade é ali questionada” (BARROSO, 2022), afirmando a perda de parte do objeto das ações, explicando que a atualização do art. 10, §13º, “reconheceu a exigibilidade de tratamentos não previstos no rol, desde que preenchidas as condições especificadas nos seus incisos”.

Quanto à taxatividade disposta no art. 2º da Resolução Normativa 465/2021 da ANS, o Ministro Barroso afirmou que:

Da mesma forma, a edição do art. 10, § 13, da Lei nº 9.656/1998 prejudica o conhecimento das impugnações ao art. 2º da Resolução Normativa ANS nº 465/2021, cuja disposição se tornou incompatível com lei formal superveniente. A superação do conteúdo do ato normativo infralegal passa, então, a envolver um juízo de legalidade, sendo descabido o exercício, por esta Corte, do controle de sua constitucionalidade.

Sobre os motivos remanescentes quanto ao prazo de conclusão dos procedimentos administrativos de atualização do rol, a composição da Comissão de Atualização do Rol e dos critérios a serem considerados no relatório, o Ministro reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos argumentados.

O Ministro Roberto Barroso foi acompanhado pelos ministros Alexandre de Moraes, André Mendonça, Nunes Marques, Luiz Fux e Gilmar Mendes, formando maioria dos votos. Por outro lado divergiram do Relator os ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, merecendo destaque de análise o voto do Ministro Edson Fachin.

Na visão do Ministro Fachin a edição da Lei nº 14.454/2022 pelo Poder Legislativo não ocasionou a perda do objeto da ADI/ADPF, pois em sua visão persiste a vigência da Resolução 465/2021 da ANS, além de um estado de insegurança sobre a interpretação da natureza do rol.

Concordo com o voto do Ministro Fachin. O mesmo afirma que, mesmo após a edição da lei em análise, continuará sendo válido o art. 2º da Resolução 465/2021 da ANS, que prevê a taxatividade do Rol da ANS. Entretanto, conforme voto do Ministro Relator, ficou considerado que com a edição do art. 10, §13º da Lei nº 9.656/1998, adicionado pela Lei nº 14.454/2022, prejudica a interpretação do art. 2º da resolução da ANS em sentido contrário.

Todavia, conforme demonstrado pelo Ministro Edson Fachin, a nova lei editada pelo Legislativo não revoga diretamente o ato da ANS, não é direta ao determinar seu rol como exemplificativo, bem como “não orienta a atuação judicial, podendo persistir as condicionantes emergentes da nova posição do Superior Tribunal de Justiça”.

Assim, seria de suma importância o julgamento do STF para além de definir a perda do objeto, adentrando no mérito da ação e assentando por vez o entendimento quanto à natureza do rol. Podemos, então, considerar que “ganha relevância o fato de que tínhamos uma norma da ANS inconstitucional que, após inovação legislativa, passou a ser também ilegal” (FACHIN, 2022).

O Ministro Fachin ainda afirma de maneira brilhante que:

Disso decorre que não se deve interromper e tomar como esvaziada todas as ações nas quais se verificar alteração normativa, mormente se as novas regras não necessariamente revogam as normas impugnadas ou fazem cessar o estado de afronta a direitos. Com a devida vênia às razões adotadas pelo Ministro Relator, observo que decretar a perda de objeto destas ações equivale a estatuir que o controle de constitucionalidade se projeta apenas para o futuro, olvidando que possíveis situações de violação de direitos constitucionais estão sub judice e foram perpetradas à luz da Res. ANS nº. 465/2021.

Não podemos prever como se sairá a nova legislação no âmbito prático diário, se ela sozinha será capaz de cessar qualquer forma de violação por parte daqueles que se vinculam ao entendimento de que vige um rol taxativo de procedimentos da ANS, “os requisitos relativamente indeterminados da novel Lei nº. 14.454, de 2022, podem manter os consumidores contratantes de planos de saúde em uma zona de taxatividade de fato e não de direito”, conforme bem se preocupa o Ministro Fachin (2022).

Nesse ponto, é evidente que o silêncio do Supremo Tribunal Federal (STF) pode acarretar, cada vez mais, em uma judicialização da saúde suplementar. Conforme já dito, não é possível trabalhar com previsões sobre a eficácia da lei, o que poderá ser analisado em trabalhos futuros, mas fica claro que os hipossuficientes (consumidores) ficarão à sorte, não sabendo se as operadoras do plano de saúde se vincularão ao entendimento legislativo, precisando ingressar com ações judiciais para comprovar os requisitos do §13 do art. 10.

Conforme bem define Fachin (2022) “hoje temos uma Resolução ilegal e inconstitucional da ANS ainda vigente, um pronunciamento do STJ que a respalda e não foi contraposto pelo STF, e uma legislação recente que ainda não se sabe qual adesão terá no mundo dos fatos”.

Assim, a segurança jurídica, novamente, irá depender da interpretação do direito por parte dos tribunais. Apesar disso, fica claro que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde

da ANS é exemplificativo, a medicina se atualiza quase que diariamente, um exemplo disso é a própria Covid-19 e a corrida pela vacina, mostrando-se que a atualização do rol a cada seis meses, mesmo que rápido a vista da justiça, é insuficiente para acompanhar as atualizações do setor médico.

Outro ponto que devemos levar em consideração é que a saúde não se rege pelo propósito apenas do lucro, mesmo quando se trata de assistência suplementar privada, levando-se em consideração que, conforme decidido pelo STF no Recurso Especial de nº 271.286-8/RS, o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável ao direito à vida, não podendo o plano de saúde servir como barreira à dignidade da pessoa humana e ao princípio da isonomia, sendo qualquer decisão sobre a natureza taxativa do Rol um verdadeiro retrocesso, pois o argumento de que a redução de cobertura deixaria os planos de saúde mais barato é um sacrifício realizado em desfavor daqueles que mais precisam da cobertura.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cristalino que, no ordenamento jurídico pátrio, existem divergências jurisprudenciais, doutrinárias e legislativas quanto à natureza do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar, dividindo-se entre aqueles que acreditam em sua natureza taxativa ou exemplificativa.

Por essa razão, o trabalho buscou levantar a discussão pelo ponto de vista jurídico e social. Após a introdução do tema, buscou-se analisar a natureza do Rol pelo ponto de vista do legislativo, do judiciário e social, em análise de dados e textos disponibilizados.

Em seguida, no primeiro capítulo de desenvolvimento, buscou-se entender à saúde quanto um direito social, sendo inegável a proteção jurídica que os consumidores beneficiários de planos de saúde possuem. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 busca a efetivação do direito social à saúde, garantindo-o como direito à população e como dever ao Estado, além de prever a sua exploração econômica pela iniciativa privada. Além disso, é incontestável a aplicação da Lei 9.656/98, do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor, além de outras leis, nas relações entre os planos de saúde e os seus beneficiários. Ao final do capítulo, demonstrou-se a função da Agência Nacional de Saúde Suplementar e a criação da Resolução Normativa nº 465/2021, que atualizou o atual Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde.

Por sua vez, o segundo capítulo analisou a judicialização da Saúde Suplementar, em que ficou delimitado que o principal litígio levado ao judiciário envolve as operadoras de plano de saúde que negam a cobertura de procedimentos e eventos por parte das instituições, afirmando que o procedimento requerido não está no Rol da ANS, sendo, até o momento, em 2022 ajuizados mais de 56 mil processos.

Ato contínuo, no mesmo capítulo, passou-se por uma análise jurídica das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A Quarto Turma no julgamento do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, julgou pelo caráter taxativo do Rol de Procedimentos da ANS, tratando-se de uma verdadeira mudança de entendimento. Por outro lado, a Terceira Turma no julgamento do Recurso Especial nº 1.876.630/SP decidiu que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza exemplificativa, abrindo-se uma divergência dentro da Seção. Assim, conforme demonstrado no capítulo, a Segunda Seção nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP, unificou o entendimento da Corte Cidadã no sentido de que a natureza do Rol em análise é taxativa, porém mitigada.

Entretanto, conforme demonstrado no último capítulo, posterior a votação, começou a ocorrer um importante movimento de pessoas que utilizam planos de saúde, bem como organizações e especialistas, para possibilitar a continuidade de tratamento de saúde que seriam excluídos com o reconhecimento da taxatividade do Rol. Dessa forma, nasceu a Lei 14.454/2022 que inovou ao adicionar à Lei 9.956/98 em seu §13º, que caso o tratamento ou procedimento prescrito não esteja previsto no Rol da ANS, poderá ter sua cobertura autorizada desde que exista comprovação da eficácia ou existam recomendações do Conitec ou de órgão internacional, tornando a natureza do Rol exemplificativa.

Por fim, o capítulo analisou o julgamento em conjunto das Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7088, 7183 e 7193 e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 986 e 990 pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou o arquivamento da ação por perda do objeto. Entretanto, conforme demonstrado, a edição da Lei nº 14.454/2022 pelo Poder Legislativo não ocasionou a perda do objeto da ADI/ADPF.

Observa-se, então, que fica claro que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS é exemplificativo, sendo essa vertente a que mais se adequa à proteção constitucional e legislativa que o consumidor beneficiário do plano de saúde recebe.

Nesse cenário, conforme demonstrado no capítulo, atualmente temos uma Resolução Normativa da ANS que é vigente e ilegal, um pronunciamento do STJ afirmando que o Rol é taxativo mitigado, um julgamento do STF que em momento algum analisou o mérito da ação e, por fim, uma lei que não podemos prever a sua efetividade no país.

Dessa forma, ante os mais diversos entendimentos jurídicos sobre o tema, fica clara a insegurança jurídica sobre o tema, o que com o passar dos anos acarretará em cada vez mais judicialização da saúde, onde os beneficiários buscarão ter a efetividade do seu direito assegurado constitucionalmente.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Vera. **Em meio à pandemia, operadoras de planos de saúde têm lucros recordes.** Correio Braziliense. 19 de abril de 2021. Disponível em ><https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2021/04/4918994-em-meio-a-pandemia-operadoras-de-planos-de-saude-tem-lucros-recordes.html><. Acesso em 12 de novembro de 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa nº 465/2021.** Disponível em ><https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&for/mat=raw&id=NDaZMw==><. Acesso em 09 de novembro de 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN nº 439/2018** Disponível em: ><https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzY1Nw==><. Acesso em 09 de novembro de 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN nº 470/2021** Disponível em: ><https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textoLei&format=raw&id=NDA2Mw==><. Acesso em 09 de novembro de 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Sala de Situação.** 2022. Disponível em: >https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de-situacao.html< acesso em 01/11/2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas Processuais de Direito à Saúde.** Disponível em ><https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&s>

[heet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsele](#)< acesso em 15 de novembro de 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, Central Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei 13.848/2019**. Dispõe sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras. Disponível em >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm< acesso em 15 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei 14.006/2022**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para estabelecer o prazo de 72 (setenta e duas) horas para que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) autorize a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde registrados por autoridade sanitária estrangeira e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países; e dá outras providências. Disponível em >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14006.htm<, acesso em 16 de novembro de 2022.

BRASIL. **Lei 14.454/2022**. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Disponível em ><https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.454-de-21-de-setembro-de-2022-431275000>< acesso em 12 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656compilado.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2022

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Congresso Nacional. 2015.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é a Covid-19?**. Ministério da Saúde, Brasília, 2021. Disponível em: ><https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus><. Acesso em 20 de julho de 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas. **Manual de orientações para contratação de serviços de saúde**. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas. – Brasília : Ministério da Saúde, 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2033/2022**. Grupo de Trabalho Destinado Analisar a Cobertura Planos de Saúde Estabelecida pela ANS. GT ANS. Apresentação em 13/07/2022. Disponível em >https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2198203&filename=PL+2033/2022< acesso em 14 de novembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 1579684/SP**. Relator Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 03 de março de 2020. Disponível em: ><https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica:turma.2:acordao:aresp:2020-03-03;1579684-1943052><. Acesso em 01 de novembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Composição**. Disponível em >[Composição \(stj.jus.br\)](http://stj.jus.br)< Acesso em 10/11/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em REsp nº 1.886.929-SP**. Relator Min. Vice-Presidente do STJ. Direito Civil. Decisão proferida em 03 de agosto de 2022. Disponível em: ><https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201886929>< acesso em 15 de outubro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.681.181/RS**. Ministro Relator Herman Benjamin. 09 de outubro de 2017. Disponível em: ><https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequenci>

[al=1631290&num_registro=201701456311&data=20171009&formato=PDF](#)< acesso em 09 de novembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.876.330 - SP**. Ministra Relatora Nancy Andrigli. DJe 11/03/2021. Disponível em ><https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201876630>< Acesso em 12 de novembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.733.013-PR**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em >https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF< acesso em 10 de novembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 608**. Disponível em >https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-04-16_15-47_STJ-edita-quatro-novas-sumulas-e-cancela-uma-sobre-planos-de-saude.aspx<. Acesso em 01/11/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7183**. Ministro Relator Roberto Barroso. 09 de novembro de 2022. Disponível em ><https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6425744>< acesso em 16 de novembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada 175**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 17-3-2010. Disponível em: [STA-AgR 175 \(stf.jus.br\)](#). Acesso em: 15 de novembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AGRQ no RE nº 271.286-8/RS**. Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em ><https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>< acesso em 15/11/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. **STF arquiva ações sobre rol taxativo da ANS**. 11 de novembro de 2022. Disponível em ><https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=497353&ori=1><. Acesso em 16 de novembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 201.819-8/RJ**. Ministro Relator Gilmar Mendes. 11 de outubro de 2015. Disponível em: ><https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784><. Acesso em 01/11/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 793**. Disponível em: ><https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>< acesso em 01/11/2022.

BRITO, Patricia Ribeiro. **Judicialização da Saúde e Desarticulação Governamental: uma Análise a partir da Audiência Pública da Saúde**. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). **Judicialização da saúde : a visão do poder executivo**. – São Paulo : Saraiva, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde : a visão do poder executivo**. – São Paulo : Saraiva, 2017.

COUTO, Vinícius Rosa Pereira do. **Planos de saúde e cobertura de tratamentos não previstos pela Agência Nacional de Saúde: da pretensa taxatividade da Resolução Normativa nº 465/2021 à hermenêutica solidarista dos contratos existenciais**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Uberlândia.

FABRETTI, Fernanda Massad de Aguiar. **A Judicialização da Saúde Suplementar**. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). **Judicialização da saúde : a visão do poder executivo**. – São Paulo : Saraiva, 2017

JORGE, Ighor Rafael. **Novas Formas de Enfrentamento da Judicialização da Saúde: Audiência Pública n. 4 e as Medidas Adotadas nos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo**. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). **Judicialização da saúde : a visão do poder executivo**. – São Paulo : Saraiva, 2017.

KOZAN, J. F., & Magalhães, M. de A. . (2022). **Relações entre a judicialização de cobertura e a incorporação de tecnologia na saúde suplementar: o caso dos quimioterápicos**. *Revista De Direito Sanitário*, 22(1), e0003. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.rdisan.2022.176965>.

PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de saúde e a tutela judicial de direitos: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REZENDE, Francisco Matheus Cavalcante. **Procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS): rol taxativo ou exemplificativo?**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A Judicialização como Instrumento de Acesso à Saúde: proposta de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 455 f. Tese de Doutorado em Direito. Centro de Ensino Universitário de Brasília. Brasília, Distrito Federal, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.