

RESUMO EXPANDIDO

AS INCERTEZAS E AS INSEGURANÇAS JURÍDICAS NO CAMINHO DA CONSTRUÇÃO DO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

José Honório de Rezende*

Há dois modelos jurídicos, previstos em nosso ordenamento, a disciplinar o sistema de saúde no Brasil: o sistema de saúde público e o sistema de saúde privado, também chamado de Suplementar. Esses modelos estão previstos nos artigos 196 a 200 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRF/88 (Brasil, 1988). A saúde privada, conforme artigo 199, § 1º, da CRF/1988, é complementar ao sistema público de saúde e se organiza a partir de convênios e de contratos de direito público.

A saúde suplementar é orientada por três marcos, previstos na CRF/1988, art. 199, § 1º. A assistência à saúde será: i – livre; ii – complementar ao sistema único; iii – constituída a partir de contrato ou de convênio. A saúde suplementar foi regulamentada pela Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 (Brasil, 1998), que, segundo o art. 10, *caput*, institui o plano-referência de assistência à saúde e as exceções. Para fins de regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantam a assistência à saúde suplementar, pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 (Brasil, 2000), foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que, dentre as suas competências específicas, coube-lhe a de elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades.

A discussão que se estabeleceu, a partir daí, foi se o rol deveria ser entendido como exemplificativo ou taxativo. Antes, a própria ANS, referia-se ao rol como sendo exemplificativo. Porém, após a Resolução nº 465, de 24 de fevereiro de 2021 (Brasil, 2021), passou a definir, em seu art. 2º, que o rol era taxativo.

* Juiz de Direito Auxiliar da 1ª Vara da Infância Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais. Bacharel em direito pela UFMG. E-mail: jose.resende@tjmg.jus.br.

No Poder Judiciário, observando as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pode-se dizer que há, ou houve, quatro correntes sobre o tema: i – que o rol é taxativo; ii – que o rol é exemplificativo; iii – que o rol é taxativo mitigado; iv – que o rol é exemplificativo condicionando.

A temática jurisprudencial em matéria de saúde, seja pública, seja suplementar, ganhou nova dimensão a partir do Código de Processo Civil (CPC), de 2015 (Brasil, 2015), quando o Brasil procurou inovar o sistema jurídico vigente com a introdução de um modelo vinculante de precedentes judiciais, conforme definido nos artigos 926 a 928 do CPC. Não se trata, todavia, de modelo inédito. A CRF/1988, pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (Brasil, 2004), criou modelo de decisões do STF com força vinculante *erga omnes*. São as súmulas vinculantes previstas no art. 103-A da CRF/88.

Por expressa disposição legal, o art. 927 do CPC, passou-se a ser obrigatória a observação de precedentes fixados pelas cortes superiores. Os precedentes passaram a constituir fonte do direito. A ideia, por natural, é conferir, entre outros valores, estabilidade, segurança jurídica, uniformidade, igualdade, previsibilidade, eficiência e celeridade aos julgamentos. Entre a realidade e os ideais de edificação de um novo modelo jurídico para tomada de decisões judiciais, em diversos momentos, o que se identifica é um caminho que gera dúvidas e perplexidades. A cultura de observação dos precedentes judiciais está em fase inicial de construção.

Não é o escopo deste breve trabalho detalhar os fundamentos jurídicos que sustentaram as correntes que defendem ser o rol taxativo mitigado ou ser exemplificativo condicionado. Porém, pretende-se apresentar as linhas gerais desses entendimentos e comparar as condições de mitigação, tanto as definidas pelo julgado do STJ, quanto as estabelecidas pela nova legislação. Ao final, busca-se demonstrar dois pontos principais. Primeiro que, apesar da tentativa de instituir um sistema de precedentes sólido, a sucessiva edição de instrumentos legislativos sobre o tema torna instável o cenário jurídico. Segundo, e mais especificamente, que, após a Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022 (Brasil, 2022a), não é consistente afirmar que o rol passou a ser exemplificativo condicionado, como tem feito o STJ em julgados recentes. Mesmo com a nova lei, não houve superação da posição anterior do STJ, segundo a qual o rol é taxativo em regra, ou taxativo mitigado.

No plano jurisprudencial, a orientação fixada, por anos, pelo STJ, fora de que o rol, por ser referência básica, seria meramente exemplificativo. Porém, após algum tempo, a Quarta Turma inaugurou a dissidência, entendendo que o rol seria taxativo. Em agosto de 2022, o entendimento jurisprudencial foi unificado: o rol passou a ser taxativo mitigado, conforme decisão em EREsps n^{os} 1.886.929/SP (Brasil, 2022b) e 1.889.704/SP (Brasil, 2022c). Logo após a essa decisão, sobreveio inovação legislativa, pela Lei n^o 14.454, de 21 de setembro de 2022 (Brasil, 2022a). Com isso, o STJ, em nova análise da matéria, passou a decidir que o rol, de “taxativo superável” passou a ser “exemplificativo condicionado”, conforme pode ser visto na decisão AgInt no AREsp n^o 2.128.830/GO (Brasil, 2023).

A seguir, de modo a demonstrar o tortuoso caminho na construção dos precedentes judiciais a partir da jurisprudência do STJ, serão examinados, de forma breve, os fundamentos jurídicos que levaram à construção das quatro correntes no mencionado Tribunal, a respeito da natureza do rol dos procedimentos em saúde suplementar, a saber: i – exemplificativo; ii – taxativo; iii – taxativo mitigado e iv – exemplificativo condicionado.

As três primeiras correntes, rol exemplificativo, taxativo e taxativo mitigado, foram objeto de amplos debates durante o julgamento do ERESP n^o 1.886.929/SP (Brasil, 2022b).

O Ministro Luís Felipe Salomão, em decisão proferida em sede de embargos de divergência, sustentou, inicialmente, ser taxativo o rol. Vários são os argumentos do ministro nesse sentido. Entre eles, destaco o que decorre da ideia de que a necessidade de um rol mínimo visa à proteção do consumidor para fins de contratação do plano de saúde. Em qualquer modalidade de contratação de plano de saúde, as operadoras sempre devem ofertar um plano que abarque um mínimo de coberturas. Daí, todavia, não decorre que haja um rol mínimo com força exemplificativa, mas um rol mínimo de coberturas obrigatórias. Entender de modo contrário afetaria princípios contratuais essenciais, como o da mutualidade, e levaria à padronização de todos os contratos de saúde, tornando inviável a própria existência do sistema de saúde suplementar pelo rompimento do equilíbrio contratual financeiro.

A propósito, o Enunciado n^o 21 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ já abarcava esse entendimento, de que o rol da ANS constitui referência mínima para cobertura, com a ressalva das coberturas adicionais contratadas (Brasil, 2019). É

dizer, o rol constitui referência mínima para definição de coberturas contratadas obrigatórias, não para definir que essa referência mínima seja apenas exemplificativa de coberturas que tenham sido contratadas. Entendimento diverso significaria a inutilidade do próprio rol e da função legal da ANS no sistema de saúde suplementar. Destacou o Ministro Salomão que, em nenhum país do mundo, há lista aberta de cobertura de procedimentos e de eventos obrigatórios pelos planos privados ou públicos.

Porém, ainda no julgamento desse mesmo ERESP, o Ministro Salomão modificou seu entendimento para alinhar-se à proposta interpretativa do Ministro Ricardo Villas Bôas Cuerva. Em seu voto, o Ministro Cueva acentuou que, apesar de o rol ser taxativo, tal taxatividade não pode ser considerada absoluta porque a atividade administrativa regulatória está sujeita ao controle do Poder Judiciário para conter abusos, arbitrariedades e ilegalidades. Concluiu que o controle judicial dos atos administrativos de agências reguladoras pode se dar quando configurada deficiência estrutural e sistêmica da autarquia.

O Ministro Cueva propõe então um novo modelo para fins de flexibilizar a taxatividade em circunstâncias excepcionais. Esses novos parâmetros promovem a transição de interpretação de rol taxativo para rol taxativo mitigado. Confira-se:

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;
- (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 (Brasil, 2023).

A divergência no acórdão do RESP nº 1.886.929/SP (Brasil, 2002b) foi aberta pela Ministra Nancy Andrighi. Ela afirmou, em suma, que o rol de procedimentos e

eventos em saúde da ANS, enquanto referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656/1998 (Brasil, 1998), tem natureza exemplificativa, porque só dessa forma se concretiza a política de saúde idealizada pelo constituinte. Realiza-se, a partir das desigualdades havidas entre as partes contratantes, a função social do contrato de assistência privada à saúde, bem como se mantém a harmonia e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, de modo a satisfazer, substancialmente, o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo.

Aderiu também a esse entendimento o Ministro Moura Ribeiro. Concluiu que, tendo a Lei nº 9.656/1998 (Brasil, 1998), no seu art. 10, instituído um contrato padrão de assistência à saúde, que compreende o tratamento de todas as doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde (OMS), a Unimed Campinas, e também qualquer outra operadora, não poderá excluir da cobertura nenhuma das doenças previstas na classificação internacional da OMS, estando ou não no rol de procedimentos e eventos em saúde.

Assim, em decisão final, restou fixado que a taxatividade do rol pode ser afastada quando presentes as seguintes condições:

[...] 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 (Brasil, 2022b).

Um mês após a publicação do acórdão em análise, foi publicada a Lei de nº 14.454, de 21 de setembro de 2022 (Brasil, 2022a), cujo reflexo nas decisões do STJ integra a última parte desta resenha. As inovações ocorreram nos § 4º, § 12 e § 13 do art. 10 da Lei nº 9.656/1998 (Brasil, 1998). Vejamos o texto na sua íntegra:

Art. 10. [...]

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

procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado a cada incorporação. [...]

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

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

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

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais (Brasil, 1998).

Percebe-se que não houve alterações da competência regulamentar, tampouco das atribuições da ANS. A inovação foi a obrigação de coberturas de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol da ANS, atendidas determinadas condições. Quando se comparam as condições fixadas pela nova legislação com as condições fixadas no julgado do STJ, especialmente quando analisadas as condições sugeridas pelo Ministro Cuervas, pode-se afirmar que, em essência, não houve alteração substancial.

A nova legislação não reproduziu a condição fixada no julgado do STJ de que o procedimento ou tratamento não tenha sido indeferido pela ANS. Isso poderia implicar a dúvida de que, caso tenha havido, ainda assim seria possível a prescrição. Essa dúvida, contudo, não se sustenta. É que, para a validação de tratamento ou procedimento pela ANS, entre os fatores de segurança que são aferidos, está a comprovação da eficácia. Entendo, assim, que, se não houver a aprovação pela ANS, não há como superar a condição legal fixada. O inciso II do § 13 apresenta mais duas condições. A primeira constitui acréscimo ao § 10 da Lei. A modificação foi a de que antes havia prazo de 60 (sessenta) dias, agora não há mais prazo. Pelo inciso II do § 13, caso tenha havido recomendações pela incorporação pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no Sistema Único de Saúde (Conitec), a cobertura pelo plano de saúde é obrigatória. Esse texto modificou o prazo de obrigação da cobertura. Conforme definido pela Lei nº 14.307, de 3 de março de 2022 (Brasil, 2022d), que modificou o § 10 da Lei nº 9.656/1998, o prazo fixado é de 60 (sessenta) dias, agora, contudo, é de imediato. Esse dispositivo foi

assim tacitamente revogado. A alteração inovadora e substancial foi a fixação de cobertura obrigatória para tratamento e procedimentos quando haja avaliação de um órgão de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais. Essa última inclusão, contudo, parece de alta complexidade e de duvidosa constitucionalidade. É que, com essa possibilidade, o país abre mão de controlar a segurança de tratamentos e de procedimentos aos quais a população estará submetida. Abre mão do poder de regulamentar, conforme previsto no art. 197, e do poder de controlar e fiscalizar os procedimentos em matéria de saúde, conforme o art. 200, I, ambos da CRF/88 (Brasil, 1988).

Após a nova lei, os primeiros julgados do STJ indicam, contudo, revisão do entendimento, de rol taxativo mitigado para exemplificativo condicionado. É o caso, por exemplo, do AgInt em ARESP nº 2.128.830/GO, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cuerva, no qual se concluiu que o rol passava a ser “exemplificativo condicionado”. Desse julgado, faço o seguinte destaque:

[...] diante da retroatividade mínima, nos tratamentos de caráter continuado, deverão ser observados, a partir da sua vigência, os critérios trazidos pela Lei nº 14.454/2022, que alterou a natureza do rol da ANS, de taxativo superável para exemplificativo condicionado, de modo que, conforme o artigo 10, § 13,) (Brasil, 2023).

Essa, contudo, é uma decisão inicial e que desafiará novas reflexões. Parece uma divergência apenas semântica, porque taxativo mitigado e exemplificativo condicionado chegam ao mesmo resultado prático, mas ressaltam premissas diferentes – taxatividade ou exemplificatividade.

Retomando os debates no STJ que fixaram a posição da “taxatividade mitigada”, no voto da Ministra Isabel Gallotti, depara-se com uma passagem que parece essencial em toda essa discussão: se o rol é exemplificativo, não precisa de rol, porque é essa a ideia dessa construção. O rol é mínimo para fins de celebração contratual, como garantia aos usuários, mas se tornou mínimo noutra sentida, para concluir que é aberto e absoluto. Não há país do mundo que faça isso, alertou o Ministro Salomão. Sem alguma previsibilidade, sem alguma base de precificação, o modelo de saúde suplementar será para poucos e perderá a sua função de complementar a saúde pública, essa, sim, universal e igualitária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021*. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados [...]. Brasília, DF: Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em:

https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&form_at=raw&id=NDaZMw==. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado nº 21*. Enunciados da I, II e III jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, seção 1, Brasília, DF, ano 141, n. 252, 31 de dezembro de 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, seção 1, Brasília, DF, ano 136, n. 105, 4 de junho de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, seção 1, Brasília, DF, n. 20, 29 de janeiro de 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 51, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.307, de 3 de março de 2022*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar. Diário Oficial da União, Brasília, v. 160, n. 43, 4 mar. 2022d, p. 1-2. Seção 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14307.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, seção 1, Brasília, DF, n. 181, 22 de setembro de 2022a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no agravo em recurso especial. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Tratamento. Método PediaSuit [...]. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.128.830/GO*. Agravante: E.V.F.F. Agravado: Unimed Goiânia Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 28 set. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201474945&dt_publicacao=20/09/2023. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência. Planos e seguros de saúde. Divergência entre as turmas de direito privado acerca da taxatividade ou não do rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela ANS. Atribuição da autarquia, inequivocamente estabelecida na sua própria lei de criação [...]. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP*. Embargante: Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico. Embargado: Gustavo Guerazo Lorenzetti. Relator: Luis Felipe Salomão, Brasília, 8 jun. 2022b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=160376796®istro_numero=202001916776&peticao_numero=&publicacao_data=20220803&formato=PDF. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência. Planos e seguros de saúde. Divergência entre as turmas de direito privado acerca da taxatividade ou não do rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela ANS. Atribuição da autarquia, inequivocamente estabelecida na sua própria lei de criação [...]. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.889.704/SP*. Embargante: Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico. Embargado: R.D.F. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 8 jun. 2022c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=160387383®istro_numero=202002070605&peticao_numero=&publicacao_data=20220803&formato=PDF. Acesso em: 26 fev. 2024.