



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DIREITO À SAÚDE: A NATUREZA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS
DA ANS E SUAS IMPLICAÇÕES NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Déborah de Freitas Andrade Barros

Rio de Janeiro
2022

DÉBORAH DE FREITAS ANDRADE BARROS

DIREITO À SAÚDE: A NATUREZA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS
DA ANS E SUAS IMPLICAÇÕES NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Orientador:

Prof. Marcelo Pereira de Almeida

Coorientadora:

Prof^ª. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2022

DÉBORAH DE FREITAS ANDRADE BARROS

DIREITO À SAÚDE: A NATUREZA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS
DA ANS E SUAS IMPLICAÇÕES NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Monografia apresentada como exigência para conclusão de curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ___ de ___ de 2022. Grau atribuído:

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Prof. Rafael Mario Iorio Filho – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Orientador: Prof. Marcelo Pereira de Almeida – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA AUTORA.

A Francisco, Maristela e Edison, se não tivesse amor, nada seria.

AGRADECIMENTOS

Ao meu amado Pai a minha eterna gratidão por tornar possível o impossível.

Aos meus pais, Maristela, por ser fonte inesgotável de apoio, amor e força, e Edison, por me mostrar que sou mais forte do que imagino, por sempre fazer o melhor que pode e por todo seu amor. Essa pequena grande vitória é nossa, por vocês e para vocês!

Ao meu avô Francisco, por todo amor e todo orgulho que demonstra em me ter como neta. Todo o tempo do mundo ao seu lado ainda sim seria insuficiente, que esse seja o início de uma trajetória que lhe encha de orgulho.

A toda a minha família, em especial a Mônica, Fátima, Renata e Ruan, por toda torcida e carinho.

A Ana Carolina, por todo amor, amizade e orações. A vida sem a sua presença não teria metade da graça, alegria e luz que tem. Você e nossa amizade têm morada eterna em meu coração.

A Luana, por todo apoio e orações. Palavras não são suficientes para demonstrar minha gratidão por sua amizade, carinho e papel que você ocupa em minha vida. Da faculdade de direito para sempre!

A Maysa, por sua amizade, toda torcida e orações e, principalmente, por cada risada que partilhamos juntas!

A Larissa, pela amizade mais antiga que tenho, por todo apoio e por todas as lembranças felizes que me veem a mente a simples menção de seu nome.

Aos queridos amigos que a Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro me presenteou, em especial Andressa, Vivian, Paola, André, Gabi, Carol, Karen, Larissa, Bruno e Raiane. Minha eterna gratidão por todo carinho, risadas e momentos alegres durante essa jornada. Esses 3 anos não teriam sido tão agradáveis sem a presença de cada uma de vocês.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro por 3 anos incríveis de muita luta, lágrimas, amadurecimento e aprendizado.

Ao professor orientador Marcelo Pereira de Almeida, por toda dedicação, indicações, incentivo e ajuda durante a produção desta monografia.

A professora Mônica Cavalieri, pela paciência, atenção, palavras de apoio e incentivo durante a elaboração desta pesquisa.

A Ana Laura, pelas incontáveis vezes em que reafirmou minha capacidade, por mais que eu duvidasse.

A toda célula, por suas orações valiosas!

Ao meu amado Jesus, pela presença em toda essa jornada. “Até aqui o Senhor nos ajudou”.

“Felizes os que têm fome e sede de justiça, pois serão saciados.”

Mateus 5:6

SÍNTESE

A incerteza acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS é fonte de diversos debates jurisprudenciais e acadêmicos, gerando inúmeras consequências no plano prático e acadêmico. Entre elas, cabe mencionar o amplo debate existente na seara do Superior Tribunal de Justiça, além das inúmeras ações que tomam o Poder Judiciário, levando a um crescimento da chamada judicialização da saúde. O presente trabalho aponta que somente uma tese é capaz de pôr fim ao debate, ao mesmo tempo que garante eficácia e respeito a direitos fundamentais, princípios constitucionais e concretiza de forma eficaz o direito fundamental à saúde. Para tanto, analisar-se-á de forma crítica 6 decisões do STJ que tratam dessa matéria, além do regramento constitucional, normas protetoras do consumidor, limites para o poder normativo das agências reguladoras e o que significa concretizar e garantir eficácia ao direito à saúde na área da saúde suplementar, além do próprio significado de saúde para a atualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito à saúde. Saúde suplementar. Rol de procedimentos e eventos da ANS.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 1. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS DA ANS: CONTROVÉRSIA ACERCA DE SUA NATUREZA..... | 12 |
| 1.1. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR: SURGIMENTO, NATUREZA E FUNÇÃO CONFORME O REGRAMENTO CONSTITUCIONAL | 12 |
| 1.2. FUNÇÃO REGULAMENTAR E PODER NORMATIVO: ANÁLISE E RELAÇÃO COM O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE..... | 19 |
| 1.3. DEBATE ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS: NATUREZA TAXATIVA <i>VERSUS</i> NATUREZA EXEMPLIFICATIVA E A INSEGURANÇA JURÍDICA RESULTANTE..... | 27 |
| 1.4. NATUREZA TAXATIVA: O ENTENDIMENTO DO STJ NO JULGAMENTO DOS ERESPS 1.886.929 E 1.889.704 | 49 |
| 2. SAÚDE SUPLEMENTAR E RELAÇÃO DE CONSUMO: IMPLICAÇÕES DO DEBATE SOBRE OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO..... | 55 |
| 2.1. AS CONSEQUÊNCIAS DA DIVERGÊNCIA SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELAS EMPRESAS DE MEDICINA PRÉ-PAGAS | 55 |
| 2.2. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A BUSCA DO CONSUMIDOR PELA TUTELA JURISDICIONAL EM RAZÃO DA NEGATIVA DE COBERTURA PAUTADA NA NATUREZA TAXATIVA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS | 76 |
| 3. ANÁLISE DO POSICIONAMENTO MAIS FAVORÁVEL A CONCRETIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE | 90 |
| 3.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO À SAÚDE, SUA IMPORTÂNCIA DIANTE DO CENÁRIO ATUAL | 90 |
| 3.2. ANÁLISE DA NATUREZA TAXATIVA E IMPLICAÇÕES AO DIREITO À SAÚDE | 97 |
| 3.3. ANÁLISE DA NATUREZA EXEMPLIFICATIVA E IMPLICAÇÕES AO DIREITO À SAÚDE | 109 |
| CONCLUSÃO..... | 116 |
| REFERÊNCIAS | 118 |

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa consiste em refletir, analisar e enfrentar a problemática que gira em torno da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS e suas consequências no campo pragmático, em especial sobre os contratos de consumo firmados entre consumidor e operadoras de planos de saúde e, de sobremaneira, sobre a concretização e efetivação do direito fundamental à saúde.

É possível considerar que no Estado Democrático de Direito não há como falar em dignidade da pessoa humana e vida digna sem ter em vista o direito à saúde, sendo certo que tal direito consiste em um pilar fundamental deste Estado porquanto vinculado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida. Assim, o Estado ao prever em sua Magna Carta o direito fundamental à saúde traz para si a responsabilidade de garantir de forma efetiva e com qualidade tal direito ao cidadão.

Outrossim, tendo em vista as diversas transformações sofridas pelo mundo, sociais e econômicas, tem-se um cenário em que este Estado, garantidor do direito à saúde, viu-se impossibilitado de cumprir com tal mandamento constitucional, em razão dos investimentos necessários a fim de possibilitar essa atuação. É nesse contexto então que a iniciativa privada observa uma área de atuação viável que permitiria diversos ganhos econômicos, diante desta ausência estatal. Com isso, tem-se uma contradição aparente, já que o mesmo Estado que garante saúde pública e gratuita, também não impede que a iniciativa privada atue nessa seara.

A saúde suplementar surge neste contexto de ineficiência estatal e necessidade do cidadão por uma saúde efetiva e de qualidade. A soma desses fatores fez com que aqueles que fossem detentores de poder aquisitivo firmassem com agentes privados, operadoras de planos de saúde, contratos que objetivassem suprir esta carência, estabelecendo-se assim uma relação contratual de consumo entre as partes.

Deve-se ter em mente que o direito à saúde consiste em direito fundamental que é intimamente ligado ao princípio maior da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, fazendo com que fosse necessária uma regulamentação por parte do Estado sobre essa atividade privada. É no âmbito dessa dinâmica que se tem a atuação da Agência Nacional de Saúde, ANS, que produz um regramento específico a ser observado pelos agentes atuantes desse setor.

Uma dessas regras a ser observada é justamente o rol de procedimentos e eventos da ANS, que traz um rol mínimo a ser obedecido no âmbito da saúde suplementar pelos agentes que nela atuam. Todavia, há grande discussão no campo jurisprudencial acerca da natureza desse rol, se deve ser considerado taxativo ou exemplificativo, sendo que tal embate existe

inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, fator que contribui para o aumento da insegurança jurídica sobre este tema.

De certo as implicações dessa divergência atingem diretamente ao consumidor, pois afetam a prestação do serviço por parte das operadoras de planos de saúde. É claro que neste cenário se abrem duas possibilidades: considerar o rol taxativo e negar cobertura para determinados procedimentos que não estão previstos no rol da ANS, apesar de necessários ao consumidor diante da sua situação fática e prescritos por seu médico, ou considerar exemplificativo e impedir que tal negativa ocorra, encarecendo assim a prestação desse serviço.

Ademais, analisar essa controvérsia torna claro que seus desdobramentos não impactam somente o consumidor e a prestação de serviço oferecido pelas operadoras de planos de saúde, pois toda a discussão tem como pano de fundo o direito à saúde, a maneira que ele é concretizado e efetivado no âmbito da saúde suplementar. Assim, de sobremaneira esta controvérsia jurisprudencial afeta além do direito do consumidor, seu direito fundamental à saúde, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

É diante dessa divergência que se desenvolve o tema da pesquisa.

Sendo assim, pode-se observar que a questão em análise é de grande importância, uma vez que já foi objeto de questionamento no âmbito do STJ, tratando-se de matéria controvertida que gera insegurança jurídica e afeta diretamente o direito à saúde. A possibilidade de se questionar a natureza deste rol impulsiona diretamente o consumidor a buscar a tutela jurisdicional, fazendo com que haja um aumento no número de ações tornando a prestação jurisdicional deficiente, fato que não ocorreria caso o tema fosse pacificado.

Busca-se, então, discutir e analisar qual a verdadeira natureza desse rol, de forma a não lesionar a concretização e efetivação do direito à saúde no âmbito da saúde suplementar e as relações de consumo existentes entre os agentes dessa seara e consumidores.

No primeiro capítulo, pretende-se analisar o poder normativo da ANS conforme o regramento constitucional e com relação ao direito à saúde, bem como, os contornos e fundamentos do debate acerca da natureza de seu rol de procedimentos e eventos.

No segundo capítulo, pretende-se comprovar que essa divergência afeta diretamente as relações de consumo existentes no âmbito da saúde suplementar e a forma como esse serviço é prestado ao consumidor.

Com isso, no terceiro capítulo pretende-se analisar e defender qual posicionamento é mais favorável a concretização e efetivação do direito à saúde, baseando-se nos pontos mais relevantes presentes na tese que defende ser taxativo o rol e na tese que defende que ele seja exemplificativo.

A presente pesquisa será desenvolvida por meio do método hipotético-dedutivo, já que serão elaboradas proposições hipotéticas viáveis e adequadas para análise do objeto da pesquisa, para que ao final sejam comprovadas ou descartadas argumentativamente.

Para isso, o objeto desta pesquisa jurídica será abordado por meio da metodologia qualitativa, uma vez que o pesquisador irá se valer de bibliografia pertinente ao tema proposto com o objetivo de sustentar sua tese.

1. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS DA ANS: CONTROVÉRSIA ACERCA DE SUA NATUREZA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consiste no documento fundante desta ordem democrática e traz em seu escopo diversos fundamentos para o Estado Democrático brasileiro, desde regramentos que se destinam a organização do Estado brasileiro até direitos e garantias fundamentais. Entre as suas disposições está o direito à saúde, direito fundamental consagrado no artigo 6º da CRFB/88¹ como direito social que consiste em um dever do Estado para com o cidadão. Contudo, a prestação desse serviço não é considerada exclusiva do Estado, tendo em vista que o artigo 199 da CRFB/88² consagra a possibilidade de a iniciativa privada realizar a exploração desse mesmo serviço.

Sendo assim, nasce também para o Estado a necessidade de estabelecer um regramento e regulamentar tal atividade por parte da iniciativa privada para que haja um bom funcionamento, visando atender as necessidades da população. É nesse contexto que se deve analisar o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar, observando sua natureza, funções e surgimento, analisando em especial seu rol de procedimentos e eventos.

Assim, na primeira seção deste primeiro capítulo o que se busca é a justamente o exame desses tópicos, tendo em vista o regramento constitucional, para então na segunda seção ponderar a função regulamentar tendo em vista o direito fundamental à saúde. Na terceira seção o que se busca é discorrer acerca do debate existente na jurisprudência pátria sobre a natureza do rol de procedimentos e eventos dessa agência, se analisando os fundamentos e contornos dessa controvérsia. Por fim, a quarta seção deste capítulo é voltada para análise de recentes decisões jurisprudenciais que tratam do tema desta pesquisa e as consequências que daí advém.

1.1. Agência Nacional de Saúde Suplementar: surgimento, natureza e função conforme o regramento constitucional

Primeiramente, para entender o contexto do surgimento da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ANS, faz-se necessário realizar uma digressão para abordar a temática relacionada ao direito à saúde e sua existência como direito fundamental, tendo em vista que

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

² Ibid.

um tema está necessariamente interconectado e interligado com o outro. Assim, em um primeiro momento, cabe explorar o assunto referente aos direitos fundamentais.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos³, o conceito de direitos fundamentais pode ser entendido como um conjunto que inclui desde regras e normas, abarcando princípios, prerrogativas e deveres que são instituídos com o objetivo de possibilitar e garantir uma convivência pacífica, digna, livre e igualitária independentemente de fatores como raça, credo ou status social, sendo eles inerentes à soberania popular.

O surgimento, por assim dizer, desses direitos se relaciona com uma de suas características: direitos fundamentais são revelados, reconhecidos e aperfeiçoados ao longo da história, pois são indissociavelmente ligados às mudanças e transformações sociais, políticas, culturais e econômicas pelas quais perpassam as sociedades. Contudo, isso não significa que o reconhecimento de uma dimensão implique no abandono por completo da anterior. Há de se ressaltar que entre os direitos fundamentais há uma relação de complementariedade, cumulando-se uma dimensão com a anterior, sem que essa se perca.

Diante disso, deve-se considerar que o termo mais adequado para se referir aos direitos fundamentais, considerando o contexto histórico em que se inserem e sua revelação, é de dimensões dos direitos fundamentais e não gerações. O termo geração pode levar justamente a ideia equivocada de abdicação e repúdio de algo que veio antes, a morte do anterior pelo decurso do tempo e fortalecimento do que veio depois, prevalecendo este sobre aquele. É nesse sentido o entendimento de Sarlet⁴:

com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina

Em razão desses argumentos é que nesta pesquisa irá prevalecer o uso do termo dimensão dos direitos fundamentais em detrimento de gerações, para que assim não se comprometa o alcance e sentido daquilo que se quer passar. Dito isso, passa-se então a análise das dimensões dos direitos fundamentais.

³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 525.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, [e-book].

Em um momento anterior aquele em que se concretiza a dita primeira dimensão dos direitos fundamentais, há de se considerar que determinadas ideias e raciocínios contribuíram para a evolução do pensamento de maneira a consolidar os direitos de primeira dimensão. Com isso, pode-se falar em uma fase pré-histórica dos direitos fundamentais que considera a filosofia clássica e o pensamento cristão, de forma a influenciar o jusnaturalismo e o entendimento de que todo homem é titular de determinados direitos pelo simples fato de existir.

A título de exemplificação, pode-se citar como um dos pilares de influência existentes nessa fase pré-histórica o contratualista John Locke, uma vez que reconheceu que determinados direitos dos cidadãos seriam oponíveis aos detentores do poder, teriam assim como característica uma eficácia oponível. Outro exemplo é a *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado pelo Rei João Sem Terra da Inglaterra em 1215 que traria um modelo daquilo que no futuro inspiraria direitos fundamentais como devido processo legal e direito de propriedade, devendo ser reconhecidas todas as suas limitações, uma vez que o que era ali previsto não era garantido a toda a população e sim a determinados nobres ingleses.

Perpassado esse ponto, não se poderia deixar de destacar dois documentos de extrema importância para a consolidação dos direitos fundamentais: a Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa, de 1789. Ambas retratam a transição desse momento pré-histórico para o reconhecimento de direitos naturais a todo e qualquer ser humano, independentemente de sua classe social. Corroborando este entendimento está a lição de Martin Kriele⁵ que afirma: “enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos.”.

Com isso, passa-se a análise da primeira dimensão de direitos fundamentais, consistente em direitos políticos e civis. Decorrentes do pensamento liberal burguês do século XVIII, esta dimensão se caracteriza por ter direitos que traduzem uma prestação negativa do Estado, ou seja, um não agir, atuar por parte do Estado para que assim se garanta as liberdades individuais. Seu objetivo consistia justamente em limitar a atuação estatal, definir restrições, sendo assim direitos de resistência, oposição do indivíduo em face ao poder estatal, podendo citar como exemplo o direito à liberdade, propriedade, igualdade formal e garantias processuais como devido processo legal, *habeas corpus* e direito de petição. Essa particularidade dos direitos de primeira dimensão advém justamente do período histórico no qual eles se revelam, pois surgem no contexto da revolução francesa de 1789 cujo intuito era permitir que houvesse

⁵ KRIELE apud *ibid.*

um campo na vida do indivíduo em que prevaleceria a liberdade, impedindo a intromissão do Estado, criando-se assim um Estado liberal.

Já a segunda dimensão de direitos fundamentais é resultado de um contexto complexo e que envolve diversos fatores, sendo um deles a Revolução Industrial. Dela advém inúmeras consequências, como surgimento das indústrias e produção mecanizada, havendo, porém, resultados negativos e prejudiciais também. Percebeu-se que garantir a liberdade individual e a igualdade formal não era suficiente, pois a soma da desigualdade econômica que existia entre os membros da sociedade e da liberdade de poder atuar sem que houvesse limites gerou como resultado péssimas condições de trabalho, além de graves problemas sociais.

Diante deste cenário, restou claro que uma prestação negativa do Estado não bastava, era necessária uma atuação por parte do Poder Público para que se garantisse a justiça social. Além desse contexto, também contribuíram para a definição dos direitos de segunda dimensão as duas grandes guerras enfrentadas pelo mundo, fazendo com que tais direitos fossem consagrados em diversas constituições e pactos internacionais.

Assim, os direitos de segunda dimensão se caracterizam prioritariamente por uma atuação positiva do Estado, ou seja, são direitos de prestação positiva em que se faz necessário um agir por parte do Estado para sua concretização e efetivação. Incluem-se aqui os direitos sociais como saúde, trabalho, educação e salário-mínimo. O objetivo dessa segunda dimensão é justamente assegurar ao indivíduo seu bem-estar e igualdade no sentido material por meio de prestações sociais por parte do Estado, que deve agir de forma positiva a fim de garantir e concretizar direitos. Aqui se consolida o chamado Estado do bem-estar ou Estado social de direito que se caracteriza por ser um Estado interventor na ordem econômica e social para garantir os direitos de segunda dimensão.

É nessa dimensão de direitos fundamentais que se insere o direito à saúde, devendo entender que se estende a ele todas as considerações e características feitas com relação aos direitos de segunda dimensão. Tendo isso em vista, não se pode deixar de considerar a crítica sofrida por esses direitos, haja vista que são muito dependentes da função legislativa e administrativa do Estado para sua implementação, o que implica em contar com as boas intenções daqueles que são detentores do poder.

É bem verdade que além das dimensões acima mencionadas, são objeto de estudo diversas outras, cabendo mencionar que até o momento há referência até a sexta dimensão dos direitos fundamentais. Contudo, como o objeto de análise desta pesquisa se destina em específico ao direito à saúde, em especial na seara da saúde suplementar, não será feita a análise das demais dimensões em razão do enfoque deste trabalho.

A consolidação do Estado do bem-estar social aliado ao viés prestacional dos direitos de segunda dimensão demonstra a relevância econômica de tais direitos, já que seu objeto consiste em justamente uma prestação por parte do Estado e esses direitos, segundo Sarlet⁶ “[...] encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.”. É nítida a correlação entre essa dimensão e a existência de um custo financeiro para o Estado, pois para a implementação desses direitos, faz-se necessária a alocação de recursos.

É então necessário que haja uma disponibilidade orçamentária para que se cumpra com essa prestação, mas, além disso, é necessário também que haja uma concretização legislativa para a efetivação desses direitos. As chamadas normas constitucionais de cunho programático são exatamente normas que estabelecem finalidades e impõe tarefas ao Estado e que demandam uma intervenção por parte do legislador para que gerem todos os seus efeitos. Com isso, pode-se perceber que há uma certa dificuldade com relação a concretização de tais direitos que se traduz em necessidade de recursos financeiros por parte do Estado e implementação de políticas públicas.

Além desses dois fatores, deve-se considerar também que os serviços públicos prestados pelo Estado eram de baixa qualidade, pois não havia receptividade às necessidades de seus usuários. Assim, visando otimizar e buscar uma maior eficiência do Estado é que ocorreu uma reformulação e redefinição do papel e do tamanho do Estado social, abrindo espaço para um Estado regulador. É nesta virada que se vislumbra a atribuição de serviços que antes eram prestados pelo Estado, com exclusividade ou não, aos agentes da iniciativa privada. Nas palavras de Henrique Ribeiro Cardoso⁷, o Estado “sai de cena como exclusivamente prestador e surge como agente normativo e regulador da atividade econômica.”.

No contexto mundial, essa visão da reformulação do papel do Estado, a redução de sua área de atuação, além da revisão de quais serviços ele deveria prestar teve como grande expoente a figura de Margaret Thatcher na Inglaterra e, em certa medida, Ronald Reagan nos Estados Unidos. As medidas adotadas por Thatcher tinham como objetivo justamente redefinir quais as áreas de atuação estatal e seus serviços e a melhor maneira de alcançar estes objetivos, desinchando por assim dizer a figura do Estado.

⁶ Ibid.

⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 53.

No Brasil, a inspiração para o modelo regulatório é o modelo norte-americano, ocorrendo em meados da década de 90 a reformulação do papel do Estado que abriu caminho para o Estado regulador. Esta alteração se caracteriza justamente pela redução da intervenção direta nas relações econômicas, bem como na prestação de serviços públicos e pelo aumento da intervenção na modalidade indireta, por meio da regulação. De acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁸ “na atualidade, o Estado Regulador tem por objetivo garantir a efetividade dos direitos fundamentais, com a correção das falhas de mercado, a implementação, quando possível, da concorrência e a proteção dos consumidores.”.

Paralelo a isso, o cenário anterior do mercado de planos de saúde existente no Brasil não exigia que houvesse um regramento específico que tratasse desse segmento por justamente se entender não ser necessária a intervenção do Estado nesse setor, em razão da ausência de desigualdade entre os contratantes, sendo também inexistentes consequências extremamente prejudiciais aos beneficiários que justificassem tal intervenção. Contudo, tal cenário, assim como a sociedade, não permaneceu o mesmo, conforme irá se observar adiante.

Em meados da década de 80, com a evolução social e com o surgimento de planos de saúde individuais e seu crescimento, o cenário antes delimitado e tido como equilibrado sofreu alterações drásticas que justificavam um novo posicionamento do Estado frente ao que se estava construindo. Nesse mesmo contexto, a adesão à assistência médica supletiva por parte de funcionários públicos da administração direta, autarquias e fundações contribuiu para mudança significativa do quadro anteriormente existente.

Os anos 90 também foram decisivos na mudança da atuação do Estado para com esse setor da economia. Ingressaram neste mercado entidades que ofereciam planos populares em preços mais em conta, mas que não garantiam qualidade técnica na prestação do serviço de saúde, nem cobertura mínima para procedimentos mais complexos. Outro fator importante foi a adoção do Plano Real em 1994, que facilitou a comercialização desregrada de planos de saúde, aliado a fatores como ausência de regramento específico e assimetria de informações.

Assim, se delimitou um cenário de inexistência de normas específicas para esse mercado que permitiu o funcionamento dos agentes que nele atuavam sem qualquer controle, tendo como resultado a prática de abusos por parte das operadoras de planos de saúde, salvaguardada na justificativa da autonomia privada. Conforme preconiza Maria Stella Gregori⁹

⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 567.

⁹ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 43.

“o desequilíbrio contratual era regra, com preponderância dos interesses de fornecedores sobre consumidores.”.

Diante de todo esse contexto fático, percebeu-se que era necessária a edição de uma regulação específica para o setor a fim de minimizar os problemas existentes. Foi então que, em 1998, houve a promulgação da Lei nº 9.656/98¹⁰ que tinha como um de seus objetivos coibir os abusos praticados pelos agentes que atuavam na área de saúde suplementar.

Aliado a isso, no final de 1999, por meio da Lei nº 9.961/2000¹¹ foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar, ANS, com o intuito de regular e fiscalizar o setor de saúde suplementar, além de se tratar de órgão vinculado ao Ministério da Saúde. De acordo com Maria Stella Gregori¹², a criação da ANS consistiu em um importante marco para o mercado de saúde suplementar, pois com isso o Estado sinalizava dois pontos. O primeiro deles era que atividade exercida pelas operadoras de planos de saúde se submetia aos princípios constitucionais da ordem econômica, livre iniciativa e competição, por serem considerados instrumentos agregadores de eficiência desse mercado. Por outro lado, sinalizava também que tal atividade deveria ser desenvolvida conforme as decisões e regulamentações editadas pelo órgão estatal que era responsável por autorizar, regulamentar e fiscalizar o exercício desta atividade, viabilizando uma competição saudável que beneficiasse a sociedade como um todo.

Cabe destacar que os dois primeiros anos de regulação deste setor não foram realizados por tal agência, como pode-se observar sua criação se deu somente na virada entre os anos de 1999 e 2000 e após a edição da lei que regulamentava os planos de saúde. Antes de sua instituição, a regulamentação ficou a cargo de três órgãos, a saber: SUSEP, superintendência de seguros privados, SAS, secretaria de assistência à saúde, e DESAS, departamento de saúde suplementar. A primeira exercia função de regulação econômica do setor, ou seja, estabelecia o regramento que os agentes atuantes no setor deveriam observar, além do regramento atinente a constituição e manutenção de provisões financeiras. Já as outras duas, detinham a função de instituir a regulação técnico-social que visava determinar parâmetros de qualidade que deveriam ser observados pelos agentes.

Como agência reguladora, a ANS é uma autarquia com regime jurídico especial que detém autonomia em relação ao Poder Central, sendo ela pessoa jurídica de direito público que integra a administração indireta e é responsável pela regulamentação do mercado de saúde

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 9.656*, de 3 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 9.961*, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹² GREGORI, op. cit., 2019a, p. 48.

suplementar. Seu fundamento constitucional está precipuamente no artigo 174, artigo 197 combinado com o artigo 199, todos da CRFB/88¹³, que trazem a previsão do Estado ser agente normativo e regulador da atividade econômica, bem como, a possibilidade da iniciativa privada prestar o serviço de saúde em regime suplementar, mesmo que esse serviço seja considerado direito fundamental.

Diante de todos esses aspectos, pode-se observar que a criação da ANS se deu com o objetivo de regulamentar um mercado que existia e operava a margem da intervenção do Estado. O objetivo maior desta agência é justamente a regulamentação do setor de saúde suplementar, visando a promoção da defesa e higidez deste mercado sendo que sua criação foi resultado da necessidade de especialização da atividade reguladora do Estado, em razão da alta complexidade da matéria, aliando-se a regulação social com a econômica.

1.2. Função regulamentar e poder normativo: análise e relação com o direito fundamental à saúde

Superado o cenário de surgimento da ANS e feitas as devidas considerações, faz-se necessário para o desenvolvimento do raciocínio a análise de uma das mais importantes funções da autarquia: a de elaborar resoluções. Para tanto, também deve ser feita uma análise do exercício da competência normativa por parte do Poder Executivo e de outras autoridades da administração direta e indireta.

Antes da análise acerca dessa temática, faz-se necessária a menção acerca da Lei nº 14.307¹⁴ de 3 de março de 2022 e que trouxe alterações a Lei nº 9.656¹⁵, em especial ao artigo 10 dessa lei. Destaca-se a alteração na redação do §4º do referido artigo, mudança essa que privilegia a competência regulamentar da ANS para dispor sobre a amplitude de cobertura no âmbito da saúde suplementar. Contudo, uma análise mais detalhada acerca dessa mudança foge aos limites desta pesquisa, em especial por se tratar de lei recentemente promulgada.

Dentro da tradicional separação das funções do poder e seu sistema de freios e contrapesos, a CRFB/88¹⁶ atribui a competência legislativa, entendida como a capacidade de elaborar normas jurídicas que sejam gerais, abstratas, impessoais e que inovem no ordenamento

¹³ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁴BRASIL. *Lei nº 14.307*, de 3 de março de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14307.htm>. Acesso em: 14. mar. 2022.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

jurídico para assim reger a vida em sociedade, principalmente ao Poder Legislativo. Conforme afirma Leila Cuéllar¹⁷:

é legítimo o exercício da competência para editar normas gerais e abstratas porque a outorga de tal poder advém diretamente da população (aqueles que perceberão os efeitos das normas). Ou seja, os membros do Poder Legislativo são eleitos, consensualmente, para criar normas jurídicas (dentre outras funções)

Contudo, também é permitido, em caráter secundário, o exercício da atuação normativa por parte do Poder Executivo, entendida como sua função atípica e tendo como exemplo a redação dos artigos 84, inciso IV, e artigo 87, §único, inciso II, ambos do referido diploma legal. Inserido neste quadro, está também a possibilidade desse poder emitir normas primárias, considerando o previsto no artigo 62 da CRFB/88¹⁸. Dentro deste contexto, percebe que a norma constitucional possibilita a atuação normativa a outros agentes que não o Poder Legislativo, seja em caráter autônomo ou de colaboração.

Além dessas possibilidades, sendo parte delas atribuídas ao chefe do Poder Executivo, a outros entes da administração também é possível atribuir o poder normativo possibilitando a emissão de normas que podem, inclusive, vincular particulares que detêm relação com a administração pública. Nas palavras de Henrique Ribeiro Cardoso¹⁹:

espécies de normas decorrentes do poder normativo, vinculando os particulares, são as resoluções expedidas por diversas autoridades administrativas, nos respectivos campos de atuação. Tais normas, ressalte-se, estão em patamar inferior à lei, não podendo contrastá-la. São normas secundárias, emitidas sob o fundamento de uma determinada lei, minuciando-a

Com isso, percebe-se que a possibilidade de editar normas primárias, gerais e abstratas é atribuição maior do Poder Legislativo, tendo somente duas exceções bem delimitadas: medidas provisórias e leis delegadas. Aos outros agentes, no caso específico a agência reguladora, não se atribui tal possibilidade. O que ocorre nesse caso é a atribuição de poder normativo, visando a edição de atos normativos que viabilizem o exercício da atividade regulatória. Afinal de contas, como afirma Leila Cuéllar²⁰ “é preciso salientar que a própria noção de agência reguladora está implícita a ideia de poder regulador, exercido por meio de atribuição normativa”.

¹⁷ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 109.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹ CARDOSO, op. cit., p. 156.

²⁰ CUÉLLAR, op. cit., p. 107.

O objetivo que se quer alcançar com isso é justamente despolitizar o setor regulado por aquela agência, ou seja, se atribui ao corpo técnico da autarquia a função de normatizar a atividade por ela regulada, retirando do campo político tal atividade. Para tanto, o legislador confere a esses agentes autonomia que possibilita a edição de atos administrativos normativos para que tais atos detenham conteúdo técnico, sendo pautado em decisões técnicas e respeitando determinados parâmetros.

Conforme afirma Rafael Carvalho Rezende Oliveira²¹, esse poder normativo das agências tem como base e fundamento a técnica da deslegalização, em que o legislador retira certas matérias do domínio da lei e transfere ao domínio do regulamento. Contudo, tal técnica não realiza uma transferência definitiva, de modo que no futuro se impeça que o legislador trate de tal matéria, ao contrário, entendendo ser necessário o legislador poderá tratar por meio da lei aquilo que uma vez foi transferido ao domínio do regulamento.

Nesse ponto, cinge-se controvérsia acerca da natureza deste poder normativo das agências. Uma primeira corrente defende tratar-se de poder normativo com natureza de direito regulatório, ou seja, haveria um fundamento constitucional para emissão de normas primárias por parte das agências reguladoras, estando elas em patamar de igualdade com as espécies do artigo 59 da CRFB/88²². Uma segunda corrente entende tratar-se de um poder normativo com natureza de regulamento, ou seja, algo semelhante ao decreto presidencial, já que o poder regulamentar não seria privativo do Presidente da República. Ambas as correntes não são pacíficas no que tange a possibilidade de inovação no ordenamento jurídico.

A terceira corrente entende que o poder normativo das agências detém natureza de ato administrativo geral e abstrato, estando ele abaixo do regulamento e em patamar de igualdade com resoluções, portarias e instruções. Nesta corrente é pacífico o entendimento de que não há possibilidade de inovação no ordenamento jurídico, também não podendo tais atos contrariar leis ou regulamentos do poder executivo.

A despeito de tal controvérsia, o fato é que o poder normativo exercido pelas agências reguladoras não pode em nenhuma hipótese ser exercido de forma geral, ignorando certos parâmetros ou conteúdos limitadores. Conforme afirma Leila Cuéllar²³ “o exercício do poder regulamentar no direito brasileiro jamais seria ilimitado, sendo impostas restrições ao seu exercício”. O ordenamento constitucional e legal deve ser estritamente observado quando da edição de suas normas, conforme se irá demonstrar.

²¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 113.

²² BRASIL, op. cit., nota 1.

²³ CUÉLLAR, op. cit., p. 124.

Tratando-se em específico da ANS, no que tange ao objeto desta pesquisa, a função regulamentar principal que se visa analisar é justamente a de elaborar o rol de procedimentos e eventos de saúde que deve ser observado pelas operadoras. A base legal para esta atuação encontra-se precipuamente no artigo 4º, inciso III, da Lei nº 9.961/2000²⁴ e artigo 10, §4º, da Lei nº 9.656/98²⁵.

Conforme mencionado anteriormente, ao transferir o tratamento de determinada matéria para agência reguladora de um mercado específico, como saúde suplementar, o legislador privilegia o uso de conhecimento técnico que não lhe é inerente para regulamentar determinada matéria. Nas palavras de Leonardo Vizeu Figueiredo²⁶, “a setorização normativa do ordenamento jurídico torna-se uma necessidade e uma constante nos dias atuais, observando-se que cada vez mais o direito tende a se especializar, a fim de melhor atender as exigências da sociedade”.

Essa competência exercida pelas agências encontra-se definida na lei que a institui, estando aí também previsto os limites para esta atuação, sendo esse o primeiro parâmetro que deve ser observado pela autarquia quando de sua atuação. Atuando dentro desses limites, no caso da ANS, a agência irá viabilizar a prestação de um serviço de acordo com parâmetros técnicos, sem que inove no ordenamento jurídico por meio de ato administrativo, já que atua dentro dos limites fixados pela lei e dela retira seu fundamento.

Com isso, percebe-se que os atos emanados pelas agências devem estar em perfeita harmonia com a legislação que trate do mesmo assunto. Impossível seria conceber de outra forma, pois a lei é ato hierarquicamente superior ao elaborado pela autarquia. Não se pode esquecer que ela, lei, é resultado de um processo legislativo que envolve a participação dos representantes do povo que são democraticamente eleitos. Em última instância, envolve a vontade popular emanada por meio deles. Então, resta claro o motivo pelo qual há de se privilegiar a lei em detrimento do ato administrativo.

A única inovação viável para esse tipo de ato é a inovação técnica, em que se estabelece parâmetros e se cria normas técnicas que não estão previstas em lei, em razão do motivo já mencionado: não ser possível exigir do legislador conhecimento amplo e especializado sobre determinadas matérias. Tal inovação também deve respeitar o espírito da lei, por assim dizer, ou seja, o intuito e objetivo perseguido pelo legislador. Contudo, os atos

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 11.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 10.

²⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 73.

elaborados por agências não devem tão somente observar os limites estabelecidos pela lei que lhe atribui tal competência.

Mais que isso, tais atos devem respeitar toda norma e princípio de direito que lhe seja superior, sendo impossível a modificação ou revogação de qualquer norma ou princípio constitucional, ou ainda, contrariedade a lei, amplamente considerada. Mesmo que sejam considerados autônomos, preconiza Leila Cuéllar²⁷ que tais atos ainda sim são atos administrativos que se subordinam à lei e à Constituição, devendo atender de maneira formal e substancial o seu conteúdo. Com isso, a possibilidade de gerar direitos, deveres e obrigações se encontra restrita ao contorno estabelecido pela lei, o que pode se dar de forma implícita ou explícita.

A respeito desse ponto, cabe um breve destaque ao entendimento preconizado pelo Supremo Tribunal Federal, em especial quando do julgamento da ADI nº 2.095/RS²⁸, e pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, trazido pelo REsp nº 1876630 / SP²⁹. Tais julgados serão posteriormente analisados em tópico próprio, visando abordar a divergência que existia na jurisprudência acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos elaborado pela ANS.

Por ora, deve-se mencionar que o STF e a terceira turma do STJ defendem justamente a existência desses limites ao exercício regulamentar das agências. Na hipótese da mencionada ADI, o que se afirma é exatamente esse entendimento de que as agências reguladoras, ao exercerem seu poder normativo, devem estar em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência.

De acordo com o entendimento perfilhado nesta ADI, resta claro que o objetivo maior ao se atribuir poder normativo às agências reguladoras é de implementar finalidades, diretrizes e princípios que estão expressos tanto na legislação quanto no texto constitucional, e não de criar ou extinguir direitos e obrigações de particulares. Assim, conforme o previsto na ADI nº 2.095/RS³⁰:

o poder normativo atribuído às agências reguladoras vocaciona-se a 'traduzir por critérios técnicos, os comandos previstos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional acerca do subsistema regulado.' A norma regulatória deve se

²⁷ CUÉLLAR, op. cit., p. 124.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.095/RS*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur415645/false>>. Acesso em: 6 mai. 2021.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1876630 / SP*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2027111&num_registro=202001255040&data=20210311&formato=PDF>. Acesso em: 6 mai. 2021.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 26.

compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando seu conteúdo, e não substituí-lo ao inovar na criação de direitos e obrigações. Seu domínio próprio é o de preenchimento dos espaços normativos deixados em aberto pela legislação, e não o da criação de novos espaços

Desta forma, mais do que a observância ao que determina a lei que confere a competência regulamentar a agência, observando também os limites ali fixados, no momento de elaboração de toda norma regulamentar a visão do agente deve ser ampla. Não só essa lei, mas também a própria CRFB/88³¹ e o ordenamento jurídico como um todo, levando em conta todos os seus princípios e normas, devem ser considerados ao elaborar a norma técnica, devendo ela estar em consonância com o universo jurídico do qual faz parte.

Além disso, a ADI³² reforça o entendimento de que o poder normativo das agências é subordinado a lei, não lhe sendo possível inovar no ordenamento jurídico. Do contrário, “admitir alto grau de discricionariedade do agente regulador ou baixa vinculação da regulação aos limites impostos pela lei contraria a sua própria finalidade institucional, passando, as agências reguladoras, de agentes estabilizadores a fatores de instabilidade jurídica”.

Complementando essa noção e robustecendo essa tese é que se encontra o posicionamento da terceira turma do STJ, que pode ser observado no REsp nº 1876630 / SP³³ de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Estabelece-se o entendimento de que atos regulamentares da ANS, além de estarem em conformidade com toda legislação referente a esse setor e com a CRFB/88, também devem observar os princípios e regras trazidos pelo CDC³⁴, mais uma vez se afirmando que não lhes cabe inovar no ordenamento jurídico.

Assim, qualquer disposição que seja contrária a legislação consumerista não pode ser considerada como válida, já que esta norma é considerada um outro limite ao exercício do poder regulamentar exercido pelas agências. Apesar do que diz o artigo 35 G da Lei nº 9.656/98³⁵, que prevê a aplicação subsidiária da norma consumerista aos contratos celebrados entre usuário e operadora de planos de saúde, aponta a doutrina especializada que tal aplicação deve ser complementar, em diálogo das fontes.

Assim, relação que se estabelece entre esses dois regramentos é de complemento, aplicação simultânea das duas regras ao mesmo tempo sobre um único caso, em um diálogo, e não uma aplicação em um primeiro momento de uma para depois se aplicar a outra.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

³² BRASIL, op. cit., nota 26.

³³ BRASIL, op. cit., nota 27.

³⁴ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 10.

Corroborando para com essa tese tem-se a noção que a legislação consumerista se trata de norma principiológica, com fundamento e base constitucional. Por conta disso, toda legislação especial que trate de determinado assunto, mas que mesmo assim envolva relação de consumo, tendo em um dos polos consumidor e em outro fornecedor de produto ou serviço, deve observar o que prevê a legislação consumerista.

Não é possível excluir da análise do caso concreto a vulnerabilidade que assola o consumidor que contrata com operadora de plano de saúde. Esta vulnerabilidade existe e deve ser sobrepesada inclusive pelo agente regulador quando da edição de sua norma reguladora. Fechar os olhos a essa verdade é ignorar por completo a vontade do constituinte ao elencar no artigo 5º, inciso XXXII, da CRFB/88³⁶ a proteção do consumidor como dever do Estado.

Conforme afirma José Reinaldo da Lima Lopes, mencionado pela relatora no REsp nº 1876630 / SP³⁷, “o consumidor de plano de saúde (ou seguro saúde) continua a ter o direito a ver reconhecida a sua vulnerabilidade (art. 4º, I) tanto na esfera da regulamentação administrativa quanto na esfera judicial”. Com isso, reafirma-se o entendimento de que o poder regulamentar atribuído a ANS pelo legislador observa os limites da lei, devendo também estar de acordo com a norma constitucional e legislação consumerista.

Não se pode esquecer que o regulamento expedido pela agência também é ato administrativo, o que justifica a exigência de fundamentação, apresentação de motivação pública, de fato e de direito, que sejam contemporâneas a sua edição, sendo essa exigência outro limite a sua atuação.

Conforme anteriormente mencionado, o surgimento das agências reguladoras, em especial da ANS, se deu em um cenário de reformulação do papel do Estado, sua atuação e tamanho, com uma diminuição de seu campo de desempenho, visando o alcance de maior eficiência. Com isso, as agências surgem tendo como objetivo regular determinadas atividades e mercados para que assim seja possível garantir o alcance da eficácia e dos objetivos pretendidos pelo Estado, além do alcance dos objetivos individuais de cada agente atuante no setor.

No caso particular da ANS, não se deve perder de vista que o mercado regulado por essa agência trata de um serviço que consiste também em direito fundamental. O já citado artigo 6º da CRFB/88³⁸ traz justamente a previsão de que esse direito consiste em direito social, sendo

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁷ LOPES apud BRASIL, op. cit., nota 27.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

certo que não há como se falar em vida digna sem saúde. O artigo 196 da CRFB/88³⁹ por sua vez afirma que tal direito é um dever do Estado, sendo que a prestação desse serviço também é passível de ser realizada pela iniciativa privada, o próprio texto constitucional afirma isso no artigo 199⁴⁰.

Por esta razão, é de extrema importância que essa possibilidade não venha desacompanhada de um regramento que viabilizasse ao mesmo tempo o alcance dos objetivos específicos dos agentes atuantes no setor, primordialmente o lucro, e também o alcance dos objetivos traçados pelo Estado, além da perseguida eficácia relatada quando da sua reformulação.

A regulamentação desse setor objetiva permitir a aferição de lucro ao mesmo tempo que garante ao cidadão consumidor que contrata com as operadoras que o serviço prestado estará de acordo com certos parâmetros, inclusive técnicos que visam garantir maior segurança para aqueles que dele necessitam. A regulação, ao final, viabiliza o alcance e a concretização ao direito à saúde.

Para cumprir com essas metas é que se atribui certa autonomia às agências, o que inclui também lhe conferir poder normativo para edição de seus regulamentos. Diferente do Poder Legislativo, feita a ressalva da impossibilidade de exigência de conhecimentos técnicos, as agências têm como objetivo suprir essa deficiência, pois conforme afirma Leila Cuéllar⁴¹ “as agências reguladoras brasileiras estão sendo instituídas com as características de órgãos técnicos, especializados, imparciais (dotados de independência política, inclusive), para que possam ter uma atuação eficaz e cumpram os fins para os quais foram idealizadas”.

Isso tudo permite uma maior agilidade em sua atuação, diferente do que ocorre com o Poder Legislativo, pois, em razão da alta demanda, a demora em elaborar normas para determinados setores seria impeditivo para o bom funcionamento daquele mercado. Além disso, a imparcialidade traduzida na estabilidade conferida aos dirigentes das agências, permitiriam, em tese, tomadas de decisões puramente técnicas.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a atribuição de poder normativo às agências reguladoras, acompanhado de certa autonomia, viabiliza o exercício da função regulamentar que deverá se pautar em parâmetros técnicos, permitindo um bom funcionamento do mercado regulado. O alcance de objetivos tão diversos, como o lucro e prestação de um serviço que tenha como resultado final saúde de qualidade para o indivíduo, deve ser

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ CUÉLLAR, op. cit., p. 131.

possibilitado por meio do regulamento produzido pela agência, observando os limites mencionados nesta seção.

1.3. Debate acerca da natureza jurídica do rol de procedimentos e eventos: natureza taxativa *versus* natureza exemplificativa e a insegurança jurídica resultante

Conforme exposto anteriormente, a função regulamentar exercida pela ANS tem como objetivo produzir um regramento que deve ser observado pelos agentes que atuam na seara da saúde suplementar. Entre suas atribuições está justamente a edição de uma lista contendo procedimentos e eventos que deverão ser custeados pelas operadoras de planos de saúde. O fundamento legal para esta competência está previsto no inciso III do artigo 4º da Lei nº 9.961/2000⁴², bem como no artigo 10, §4º, da Lei nº 9.656/98⁴³. Cabe destacar que o referido artigo 4º traz a previsão de que este rol consistirá em referência básica para as operadoras de planos de saúde.

Atualmente, a Resolução Normativa nº 465 de 24 de fevereiro de 2021⁴⁴ traz em seu anexo I a lista de procedimentos e eventos de cobertura obrigatória a serem observados pelos agentes atuantes do setor. Contudo, existe controvérsia acerca de qual a natureza deste rol: se deve ser considerado exemplificativo, cabendo a cobertura de procedimentos e eventos que nele não estão previstos, ou taxativo, se restringindo a cobertura ao previsto pelo rol.

Merece destaque o previsto no artigo 2º⁴⁵ da referida resolução que traz em sua redação uma tentativa de sanar a controvérsia existente na jurisprudência acerca da natureza deste rol ao prever que ele é taxativo, mas viabilizando a possibilidade de as operadoras de planos de saúde oferecerem cobertura maior do que a obrigatória. Contudo, não se deve entender que a questão se encontra pacificada em razão desta previsão, sendo tal ponto analisado posteriormente.

No âmbito jurisprudencial, em especial no Superior Tribunal de Justiça, encontram-se decisões para as duas correntes, alguns entendendo pela taxatividade do rol e outros entendendo se tratar de um rol meramente exemplificativo. As justificativas são as mais diversas para defender cada posição, sendo que esta divergência se observa de forma clara nos últimos

⁴² BRASIL, op. cit., nota 11.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 10.

⁴⁴ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução normativa nº 465*, de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDAzMw==>>. Acesso em: 19 abr. 2021

⁴⁵ Ibid.

julgamentos da terceira e quarta turma do STJ que tratam deste assunto. Para análise deste debate serão examinados julgados do referido tribunal e as respectivas justificativas em que se baseiam essas decisões.

Nesse diapasão, antes de ser feito tal estudo, é imprescindível mencionar que, durante a produção desta pesquisa, foi julgado em conjunto das duas turmas nos embargos de divergência em recurso especial nº 1886929⁴⁶ e EREsp nº 1889704⁴⁷, sendo essas decisões analisadas em momento posterior e em tópico próprio. Também cabe recordar a recente edição da Lei nº 14. 307⁴⁸ de 3 de março de 2022 que reafirmou a competência da ANS para tratar sobre a amplitude de cobertura com relação a planos de saúde da área da saúde suplementar.

Em primeiro lugar, cabe o exame de três julgados da quarta turma do STJ, sendo todos da relatoria do Senhor Ministro Luis Felipe Salomão. O primeiro deles, com data de julgamento de 15 de março de 2021, é o AgInt no AREsp nº 1688684 / SP⁴⁹. Neste caso concreto, a discussão tratava sobre a cobertura pelo plano de saúde do tratamento método ABA, *applied behavior analysis*, e tinha como pano de fundo justamente a análise acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS.

Desse julgado pode-se extrair o posicionamento que privilegia justamente a função regulamentar da ANS, considerando o referido rol como taxativo, beneficiando assim as operadoras de planos de saúde em detrimento dos consumidores, naquele caso específico um menor autista que necessitava do tratamento prescrito por seu médico em uma tentativa de ajudar o desenvolvimento de sua fala.

A decisão nesse caso traz como um de seus fundamentos a manutenção do equilíbrio econômico dos contratos firmados entre consumidores e os agentes atuantes na área de saúde suplementar, que como menciona o relator⁵⁰ em seu voto, é base ética de todo direito obrigacional. Considerando o rol de procedimentos como taxativo, se extinguiria a divergência, pois desta forma as operadoras de planos de saúde não poderiam ser obrigadas a fornecer cobertura aos tratamentos e procedimentos que não estivessem previstos pelo rol.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1886929/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=COL&sequencial=156083468&formato=PDF&formato=undefined>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1889704/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=COL&sequencial=156086956&formato=PDF&formato=undefined>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 1688684 / SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=118492879®istro_numero=202000827810&peticao_numero=202000710024&publicacao_data=20210323&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁵⁰ Ibid.

Ao afirmar que o rol deve ser assim considerado, preservar-se-ia o equilíbrio dos contratos firmados nessa seara, tendo em vista que a cobertura de tratamentos não previstos pelo rol gera um custo que deve ser repassado aos consumidores por meio do aumento dos valores das mensalidades. Além disso, as decisões judiciais que impõe a cobertura de eventos não previstos pelo rol estariam ignorando as disposições legais que atribuem a ANS justamente o dever de elaborá-lo, não tendo, portanto, amparo legal. Acrescido a isso, optar pela natureza exemplificativa também é negar a existência de um rol mínimo, ignorando por completo a vontade do legislador que determina justamente a necessidade da existência desse mínimo.

Nesse sentido, o voto do relator Ministro Luis Felipe Salomão⁵¹:

como esclarecido pelas substanciosas manifestações dos amici curiae ANS, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e Instituto Brasileiro de Atuária, o rol propicia a previsibilidade econômica necessária à precificação de planos e seguros de saúde. É que o menoscabo de "tais aspectos bem como a própria imposição pelos juízos de coberturas que não têm amparo na legislação vigente geram, muitas vezes, externalidades positivas para os consumidores e negativas para as operadoras de planos privados de assistência à saúde, resultando em distorções nos custos dos planos e, principalmente, nos seus cálculos e estudos atuariais, impondo o oferecimento ao mercado de planos mais caros, que acabam restringindo o acesso de muitos consumidores a este mercado"

O que se preserva nesse caso é a segurança econômica das operadoras de planos de saúde. O julgado ressalta o fato de que, apesar de se tratar de prestação de um serviço que envolve um direito fundamental, também há na equação uma pessoa jurídica prestadora de serviço que visa o lucro e que tem que arcar com suas despesas operacionais e administrativas, além de fornecer cobertura aos eventos segurados. O recurso proveniente do pagamento das mensalidades por parte dos consumidores é que fornece subsídios para que se arque com tais despesas e ainda se obtenha lucro. Com isso, fornecer cobertura a um evento que não foi previsto anteriormente iria prejudicar o equilíbrio econômico necessário as pessoas jurídicas de direito privado que atuam nessa área.

A ruptura desse equilíbrio do contrato neste caso não traria prejuízos somente às operadoras de planos de saúde. Outros consumidores, que não aquele que obteve decisão judicial a seu favor determinando a cobertura de evento não previsto no rol, também seriam prejudicados com essa quebra, diante da possibilidade de a operadora não ter condições de arcar com seus custos.

Ressalta-se também que os contratos firmados que envolvem saúde complementar têm como base riscos e não incertezas. A diferença entre esses dois é que os riscos já estariam

⁵¹ SILVA apud ibid.

previstos nas apólices de seguro, evidentemente, enquanto as incertezas fugiriam a qualquer previsibilidade por parte da operadora de planos de saúde. Os riscos são passíveis de mensuração por parte do agente, as incertezas não.

Outra consequência que advém desse raciocínio é a exclusão de parcela da população ao acesso à saúde suplementar. Destaca o relator⁵² que a existência do rol mínimo de cobertura assegura ao indivíduo acesso aos planos de saúde em preços razoáveis, o que ampliaria o espectro de consumidores, contemplando assim uma maior parcela da população. Com isso, a disponibilidade aos planos de saúde deixaria de ser somente para camadas com maior poder aquisitivo, sendo garantido à população de baixa renda ingresso nesse mercado de consumo.

A relevância da existência de um rol mínimo é tamanha que permite inferir a garantia de diversidade de planos, pois haveria possibilidade de se contratar diferentes tipos de cobertura de acordo com a necessidade do consumidor, assegurando-se a livre concorrência no mercado. De efeito contrário, inexistindo uma garantia mínima do que deve ser coberto, haveria uma padronização de planos de saúde, já que tudo seria sempre coberto, fulminando assim a concorrência necessária ao mercado capitalista.

Outro ponto que merece destaque no AgInt no AREsp nº 1688684 / SP⁵³ é a relação existente entre esta temática da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor⁵⁴. É bem verdade que já é pacífico o entendimento de que se aplica esse código aos contratos de plano de saúde, conforme previsto na Súmula nº 608 do STJ⁵⁵. Contudo, ressalta tal jurisprudência que este fato não permite uma interpretação ampla de cobertura por parte dos agentes atuantes na saúde suplementar.

Nesta hipótese, a interpretação da lei consumerista deve sempre levar em conta o disposto no artigo 4º⁵⁶ do referido diploma legal que traz diversos princípios a serem considerados pelo intérprete da lei, entre eles merece destaque a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, previstos no inciso III. Desse modo, fica vedado excesso por parte de um lado quanto do outro, devendo ser regra o equilíbrio na relação.

É bem verdade que o regramento previsto nesse diploma legal traz um conjunto de regulamentos específicos a relação de consumo, mas gerais no que condiz a relação contratual

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 32.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 608*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_608_2018_segunda_secao.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2021.

⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 32.

específica, neste caso, sobre contratos de plano de saúde, de acordo com esse julgado. Assim, não se pode perder de vista que as regras específicas previstas na legislação para esse tipo peculiar de relação ainda são aplicáveis aos casos concretos que versem desta temática. Assevera o relator⁵⁷ que as obrigações de que tratam tais contratos não são somente de fazer ou não fazer, mas envolvem tema mais complexo que é a relação contratual existente entre o consumidor e a operadora de plano de saúde.

Por fim, ainda cabe destacar dois pontos importantes abordados por este acórdão. O primeiro deles envolve justamente a atuação do Poder Judiciário, por meio de seus magistrados, nas causas que envolvem judicialização do direito à saúde, no caso específico desta pesquisa a saúde suplementar.

Como bem se sabe, o Poder Judiciário exerce importante papel dentro da sociedade atual, tendo em vista que parte dos atritos que surgem na vida em grupo são resolvidos no âmbito dessa esfera do poder. Contudo, tal atuação não pode de nenhuma maneira ser desmedida ou deixar de se basear em um conteúdo legal, de forma que as decisões proferidas por um magistrado não devem ser pura e simplesmente baseadas em sua noção particular do que é certo ou errado, justo ou injusto.

A judicialização da saúde consiste em tema complexo e que será abordado em outro tópico. O AgInt no AREsp nº 1688684 / SP⁵⁸ ressalta a importância dessa justa medida na atuação dos magistrados. Conforme já mencionado, as decisões que considerariam o rol de procedimentos e eventos da ANS como exemplificativo eliminariam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de saúde suplementar, além de onerarem um grupo de consumidores em detrimento do benefício gerado a somente um deles.

Além disso, a decisão que optasse por prestigiar a natureza exemplificativa seria contrária expressamente à vontade do legislador, que atribuiu a autarquia a competência de elaborar este rol mínimo. Ignorando o que é previsto no artigo 4º, inciso III, da Lei nº 9.961/2000⁵⁹ e no §4º do artigo 10 da Lei nº 9.656/98⁶⁰, além de ser uma decisão contra *legem*, o julgador estaria violando a tripartição do poder, pois faria as vezes do legislador, eliminando a competência da ANS. Ao magistrado, quando for possível intervir nas relações contratuais, caberia somente o papel de decretar a nulidade do contrato ou resolvê-lo, não sendo possível modificar seu conteúdo.

⁵⁷ BRASIL, op. cit., nota 44.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 11.

⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 10.

O que se busca por essas considerações feitas pelo relator⁶¹ é justamente trazer uma reflexão acerca da atuação do magistrado e das consequências que dela advêm, especialmente quando tais decisões não se baseiam na lei ou em evidências científicas, mas sim no sentimentalismo ou no que seria considerado justo e correto por parte do julgador. Conforme o desembargador Renato Luís Dresch⁶², membro do Comitê Executivo Nacional de Saúde do CNJ, o Poder Judiciário deve:

a) agir com cautela para evitar decisões desastrosas, com a autorização de acesso a medicamentos, produtos e serviços sem base em evidência científica ou por falta de cobertura contratual, porque isso causa abalo indevido na sustentação econômica das operadoras de saúde, e também devido ao fato de que o aumento da sinistralidade norteia o aumento das mensalidades do ano seguinte, penalizando indevidamente os demais consumidores, além de causar uma desestruturação administrativa; b) coibir o argumento do máximo de acesso a medicamentos, produtos ou procedimentos de saúde em relação aos quais não haja evidência científica ou que estejam fora dos padrões de cobertura contratual, sob o risco de comprometimento financeiro com a quebra das regras de atualidade dos planos de saúde

Para que se privilegie cada vez mais decisões baseadas em conhecimentos técnicos, em especial quando se tratar de procedimento ou evento que não esteja previsto no rol elaborado pela ANS, no AgInt no AREsp nº 1688684 / SP⁶³ é feita menção a Resolução nº 238/2016 do CNJ⁶⁴. A referida Resolução traz a previsão da criação de um comitê estadual de saúde no âmbito da jurisdição dos Tribunais de Justiça, justamente para que haja um apoio técnico especializado aos magistrados, para que assim possam proferir suas decisões baseados em conhecimento técnico.

Ademais, também é feita menção aos enunciados nº 21 e 23 das jornadas de direito da saúde do CNJ⁶⁵ que fazem duas recomendações: a primeira, é que se considere como taxativo o rol elaborado pela ANS e, a segunda, é que nos casos que tratem de cobertura contratual vinculado ao rol seja feita consulta a agência para que ela preste os esclarecimentos necessários sobre o caso em questão. Assim, todo esse arcabouço aponta para a construção de decisões baseadas em conhecimentos técnicos, que privilegiem a competência instituída a ANS e que

⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 44.

⁶² DRESCH apud Ibid.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 238*, de 6 de setembro de 2016. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>>. Acesso em: 1 mai. 2021.

⁶⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciados nº 21 e nº 23 das jornadas de direito da saúde*. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>>. Acesso em: 1 mai. 2021.

acabem por contribuir com o equilíbrio econômico das operadoras atuantes no setor da saúde suplementar.

Com isso, cabe ressaltar o último ponto relevante trazido pelo acórdão que fundamenta esta decisão: a competência da ANS para elaboração do rol de procedimentos e eventos e os critérios usados nessa elaboração. Além dos já mencionados artigos que fundamentam a competência da agência, deve ser mencionado também o artigo 2º da resolução normativa nº439/2018⁶⁶, vigente a época do julgamento e posteriormente revogada, que trazia o regramento para o processo de elaboração do rol. Conforme se esclarece no AgInt no AREsp nº1688684 / SP⁶⁷, esse procedimento se submetia a:

diretrizes técnicas relevantes de inegável e peculiar complexidade, como: I – a utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS; II – a observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências – SBE; e III – a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

Diante disso, percebe-se que a elaboração do rol levava em considerações critérios técnicos e complexos, sendo ele atualizado a cada 2 anos em uma tentativa de acompanhar as evoluções tecnológicas que ocorrem na área da saúde. Cabe destacar que atualmente a atualização do rol de procedimentos e eventos da ANS ocorre de forma semestral, sendo tal procedimento agora tratado pela resolução normativa nº 470/2021⁶⁸. De ambas as formas, conclui-se então que privilegiar o rol de certa medida é também privilegiar um conhecimento especializado na área da saúde.

Outro caso que segue essa mesma linha de raciocínio explorada acima é o AgInt no AREsp nº 1619479 / SP⁶⁹, com data de julgamento de 29 de março de 2021 e também de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. O caso também envolve menor portador de autismo que necessita do tratamento método ABA, *applied behavior analysis*, que não consta na lista de procedimentos e eventos da ANS.

⁶⁶ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução normativa nº 439*, de 3 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzY1Nw==#alteracoes>>. Acesso em: 1 mai. 2021.

⁶⁷ BRASIL, op. cit., nota 44.

⁶⁸ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução normativa nº 470*, de 9 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDA2Mw==>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 1619479 / SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=122906594®istro_numero=201903438790&peticao_numero=202000582284&publicacao_data=20210405&formato=PDF>. Acesso em: 1 mai. 2021.

Mais uma vez, a quarta turma do STJ opta pelo entendimento de se considerar taxativo o rol produzido pela ANS, protegendo assim o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e privilegiando o conhecimento técnico que se vale a agência para elaboração de seu rol. Com isso, evitam-se as consequências anteriormente mencionadas: aumento da precificação dos produtos ofertados pelas operadoras de planos de saúde, o que restringira o acesso a uma parcela da população a esse mercado, repasse dos custos com tratamentos deferidos pelo Poder Judiciário aos outros consumidores, em detrimento daqueles que ingressaram com ações para obter cobertura, e usurpação da função administrativa da autarquia pelo Poder Judiciário, ao definir quais itens merecem ser considerados como de cobertura obrigatória sem considerar a competência da ANS e o que por ela é estabelecido, baseado em um conhecimento técnico e específico.

Talvez, possa-se considerar essa última consequência como a mais desastrosa de todo o cenário desta controvérsia, pois de fato é dela que decorrem todas as outras anteriormente mencionadas. Nas palavras do relator⁷⁰:

conforme o abalizado escólio administrativista, o fenômeno da excessiva judicialização da saúde exige redobrada cautela e autocontenção por parte de toda a magistratura, para não ser levada a proferir decisões limitando-se ao temerário exame insulado dos casos concretos, "que, somados, correspondem à definição de políticas públicas, feita sem qualquer planejamento (que o Judiciário, pela justiça do caso concreto, não tem condições de fazer) e sem atentar para as deficiências orçamentárias que somente se ampliam em decorrência de sua atuação, desprovida que é da visão de conjunto", com sérios riscos para o Estado Democrático de Direito e para a segurança jurídica

O último julgado da quarta turma que se deve fazer menção é o REsp nº 1733013 / PR⁷¹, com data de julgamento de 10 de dezembro de 2019 e, como anteriormente mencionado, também de relatoria do senhor Ministro Luis Felipe Salomão, sendo essa decisão emblemática, pois alterou a jurisprudência do STJ acerca deste tema que antes era pacificada no sentido de se considerar exemplificativo o rol da ANS. O objeto desse caso concreto consistia na análise da natureza do rol de procedimentos e eventos da mencionada autarquia, se exemplificativo ou taxativo, em razão do procedimento que a autora da ação necessitava, cifoplastia, que não constava na lista da agência. Naquela oportunidade, a ré, operadora de plano de saúde, ofereceu

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1733013 / PR*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=103994352&num_registro=201800740615&data=20200220&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 1 mai. 2021.

um procedimento alternativo que constava no rol da agência: vertebroplastia, que foi descartado pela autora por ser considerado defasado e por existirem riscos de dano a sua saúde.

Conforme pode-se extrair da leitura do acórdão, as justificativas que embasam a decisão que considera como taxativo o rol são basicamente as mesmas mencionadas acima. O que chama a atenção deste caso concreto são dois pontos, sendo o primeiro deles a participação de diversas entidades na qualidade de *amicus curiae* que trouxeram a causa argumentos valiosos e que enriquecem a presente discussão. Dentre as diversas contribuições trazidas pelas entidades, algumas merecem destaque, em especial a da própria ANS, que obviamente atuou na defesa da taxatividade de seu rol, e do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor, que adota o mesmo posicionamento da autarquia, e do IDEC, da ADUSEPS e do CNS, que defenderam a natureza exemplificativa do rol.

Como mencionado, a fala da ANS foi pela defesa da taxatividade do rol por ela elaborado. Em sua contribuição para aquele caso concreto a autarquia⁷² ressaltou a opção do legislador em lhe atribuir a tarefa de elaboração do rol, além de destacar que o sistema de saúde suplementar tem o mutualismo como sua base financeira. Esclarece que o mutualismo é justamente um mecanismo de compartilhamento do ônus que decorre do custo de um serviço prestado ao usuário, todos os beneficiários contribuem com o financiamento da saúde suplementar por meio do pagamento de suas mensalidades. Como consequência, o risco é diluído sem comprometer de forma desmedida o equilíbrio contratual.

Nas palavras da autarquia⁷³:

se é assim, não é preciso muito esforço para constatar que a formação do preço do produto ofertado depende de uma criteriosa estimativa a respeito da frequência de ocorrências no setor, bem como de todas as demais despesas relacionadas à prestação do serviço de saúde, e, noutro prisma, de uma projeção de receita que permita a fixação de um valor em patamar adequado a representar equilíbrio atuarial. Quanto maior a estimativa de frequência de sinistro maior deve ser a projeção [...] o que, em escala, pode inclusive comprometer o próprio mercado de saúde suplementar

Com isso, percebe-se que há uma correlação direta entre a natureza do rol e a precificação dos produtos oferecidos pelas operadoras de planos de saúde. Segundo a agência⁷⁴, considerar o rol exemplificativo implica em uma incerteza absoluta sobre os riscos que os agentes atuantes do setor estão assumindo, o que impossibilitaria a precificação adequada do produto. Assim, haveria um risco de elevação dos preços em razão da flexibilização do rol.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

Além disso, a autarquia⁷⁵ traz a informação que torna mais claro os custos arcados pelas operadoras com a cobertura de procedimentos e eventos de seus usuários: 90% da receita arrecadada pelos agentes atuantes do setor é absorvida com esse pagamento, isso segundo dados DIOPS/ANS/MS de 23/08/2019. Outra informação que deve ser considerada importante é a forma como o procedimento de atualização da lista ocorria, tratando-se de procedimento complexo que se baseava em análises técnicas pujantes e que conta com a participação de diferentes entidades como órgãos de defesa do consumidor, prestadores de serviço de saúde, operadores de planos de assistência à saúde, órgãos de governos, conselhos profissionais de saúde e sociedades médicas e odontológicas, indústria e o corpo técnico da própria ANS.

Considerando esse fator, a metodologia usada a época do julgado evidenciava um espaço aberto a uma participação plural, o que revelava uma forma de governança compartilhada que permitia a interferência na tomada da decisão, mesmo que ao final seja garantida a prerrogativa decisória da ANS. Tal procedimento buscava uma maior adesão à decisão final que represente também uma maior legitimidade.

Ademais, é ressaltado que a indicação de determinado procedimento por parte de um médico em um determinado caso concreto não faz com que aquele procedimento seja revestido de consenso científico que o torne apto a ingressar no rol de procedimentos elaborados pela autarquia e, portanto, torná-lo obrigatório⁷⁶. Deve-se ter em mente que a inclusão do procedimento gera um impacto para os beneficiários do plano de saúde.

Já o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor⁷⁷, apesar de opinar pela taxatividade do rol, traz à tona uma importante consideração: a avaliação de tecnologias em saúde – ATS que é usada para incorporação, alteração de uso ou retirada da tecnologia do sistema de saúde. Tal técnica é usada em diversos países além do Brasil, como Reino Unido, Austrália, Canadá e Estados Unidos da América e envolve em um segundo momento uma análise econômica que inclui custos, preços e valores pagos. Com isso, há análise de custo-efetividade, a de custo-minimização, custo-utilidade e custo-benefício, que são métodos questionáveis pelo viés ético já que envolvem valorar a vida humana em termos monetários.

Considerando esses pontos destacados pelas entidades, pode-se ter uma maior luz a respeito do processo de elaboração do rol e sua atualização, bem como a técnica usada pela autarquia e o debate que envolve diversos entes da sociedade. Tais considerações são

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

importantes para que se pese de maneira mais comedida a discussão analisada na presente pesquisa. Ressalta-se que tais falas se baseiam no procedimento de elaboração do rol vigente a época dos julgados.

Por fim, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor⁷⁸ alerta para o risco que o desequilíbrio financeiro do contrato potencialmente gerado por se considerar o rol exemplificativo traria ao sistema único de saúde. O aumento de preços poderia gerar uma exclusão do acesso a saúde suplementar de determinados grupos que conseqüentemente iriam para o sistema público de saúde, que já se encontra sobrecarregado, agravando assim sua situação.

Já o IDEC, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor⁷⁹, traz uma outra visão sobre o contrato firmado entre operadora e consumidor usuário: seria um contrato de trato sucessivo cujo objeto consiste na garantia do tratamento a saúde, por parte da operadora, ressalta ainda que a discussão envolve um tema sensível em razão do objeto. Diante disso, os agentes que atuam nesse setor, por ser justamente um setor de elevado interesse público, devem também observar os ditames constitucionais acerca deste tema, além do regramento específico que se refere a saúde suplementar, tendo sempre como base os princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor⁸⁰.

O instituto alerta para a clara vulnerabilidade que existe na relação pela assimetria entre consumidor beneficiário e operadora de plano de saúde. O objetivo final do usuário ao contratar com a operadora é obter a mais ampla garantia de que, em caso de necessidade, ele será atendido. Afirma o IDEC⁸¹ que “o consumidor detém a expectativa de que será prontamente atendido quando necessitar de atendimento à saúde, independentemente da espécie de procedimento necessário a seu restabelecimento.”.

Assim, quando da negativa por parte da operadora, o que deve ser analisado é o contrato, normalmente de adesão, firmado entre as partes. Se não houver expressa exclusão de cobertura de determinada doença, a recusa com base da ausência de previsão do rol seria uma conduta abusiva e arbitrária, o que violaria diretamente o CDC⁸².

Além disso, a interpretação das resoluções produzidas pela ANS, em especial a que traz seu rol de procedimentos e eventos, deve ser feita de maneira harmônica com outros dispositivos que tratam do assunto, devendo-se considerar também a legislação consumerista.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ BRASIL, op. cit., nota 32.

⁸¹ BRASIL, op. cit., nota 65.

⁸² BRASIL, op. cit., nota 32.

A Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde, ADUSEPS traz uma visão interessante ao debate em razão do contato direto com o usuário do serviço ofertado pelos agentes da saúde suplementar. A ausência de informações detalhadas acerca dos planos contratados e suas limitações é algo recorrente segundo a associação⁸³, já o comprometimento da renda dos brasileiros com pagamento da mensalidade de planos de saúde também é algo que se torna mais concreto com a fala da ADUSEPS: um comprometimento que varia de 50% a 80% dos salários, em especial dos idosos e doentes que arcam com mensalidades mais caras e têm uma renda menor se levada em conta a situação de aposentadoria.

A leitura do rol de forma taxativa traria uma outra implicação negativa a esse cenário: a limitação do tratamento, excluindo o acesso a soluções de medicina moderna em razão da ausência de previsão no rol elaborado pela ANS. Outra consideração feita pela associação envolve justamente o auxílio prestado aos magistrados para prolação de suas decisões, conforme alega a ADUSEPS⁸⁴:

os NATs não são aparelhados a fornecer subsídio na prolação de decisão judicial racionalmente fundamentada, para solução da maioria das controvérsias acerca de procedimentos, materiais ou medicamentos não previstos no rol da ANS, uma vez que os seus formatos configurados nos tribunais brasileiros são tendenciosos aos planos e sistemas de saúde

Além das diversas considerações que devem ser feitas no tocante ao tema em análise, o favorecimento de uma narrativa em detrimento da outra também deve ser considerado, em razão de diversas influências externas que podem comprometer uma análise imparcial do tema em questão.

Outro argumento que também merece destaque é justamente a interpretação do que consiste em referência básica. Para a associação⁸⁵, trazer uma referência básica do que os planos devem cobrir é justamente uma referência mínima e obrigatória, que não permite concluir ser algo taxativo, engessado e principalmente limitador de direitos. Com isso, o rol estabelece o mínimo obrigatório e não uma lista exaustiva como defendem as operadoras e a própria ANS.

Por último, o Conselho Nacional de Saúde⁸⁶, CNS, traz um argumento em oposição ao que foi anteriormente dito pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor: o comprometimento do já sobrecarregado sistema único

⁸³ BRASIL, op. cit., nota 65.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid.

de saúde, SUS. Negar o procedimento por ausência de previsão em rol da ANS, sendo ele já ofertado pelo SUS, faz com que o sistema público seja responsável por esse atendimento, onerando ainda mais um sistema que já é deficiente.

Considerar o rol taxativo fará com que haja um aumento desse cenário, ou seja, uma demanda maior será feita a um sistema que já se encontra sobrecarregado, pois o SUS será instado a realizar um atendimento no lugar da operadora de plano de saúde, cuja mensalidade continuará a ser paga pelo usuário, mesmo que não receba nesse determinado caso a contraprestação contratada. Conforme o conselho⁸⁷, “isso com certeza aumentará a carga de atendimento, e tem potencial para aumentar também a carga judicial hoje já elevada contra o sistema público, já que retira do SUS o montante a ser investido no sistema.”.

A conclusão que se extrai dessa afirmativa é que, além de se considerar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados entre operadoras e consumidores, também deve ser considerado o equilíbrio entre o sistema público de saúde e a saúde suplementar. De qualquer maneira, adotando-se uma ou outra natureza, haverá certamente um impacto no sistema público de saúde, o que se deve buscar é justamente aquele posicionamento que menos prejudique um sistema que já se encontra em falência, além de considerar aquele que atenda da melhor forma o direito à saúde do usuário.

O segundo ponto que merece destaque neste caso concreto, conforme afirmado antes, é o fato da operadora de plano de saúde ré ofertou a autora um procedimento diverso daquele prescrito por seu médico, mas que atenderia ao mesmo fim e que estava previsto no rol de procedimentos e eventos da ANS. Com isso, também é possível concluir que nesta hipótese não haveria prejuízo para a autora, pois de forma alguma estaria descoberta de um procedimento que lhe era necessário para concretização e efetivação de seu direito à saúde. A análise de efetividade do procedimento oferecido pela operadora para aquela determinada situação, bem como a análise de ser ou não obsoleto tal procedimento, conforme alegado pela autora, não cabe na presente pesquisa, pois se restringe as particularidades daquele caso concreto e foge ao seu objeto.

Em contraponto a tese defendida nesses 3 julgados da quarta turma, irão ser analisados 3 julgados da terceira turma que, por sua vez, defende que se considere o rol como meramente exemplificativo e os argumentos que embasam essas decisões. O primeiro deles é o já

⁸⁷ Ibid.

mencionado REsp nº 1876630 / SP⁸⁸, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi e com data de julgamento de 02 de março de 2021.

Este caso concreto tinha como questão central a possibilidade de cobertura ou não de procedimento de redução de mamas em razão de fortes dores sofridas pela autora na região dos ombros e região dorsal, como pano de fundo tratava justamente da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS. Para a defesa da tese ali perfilhada, serão analisados diversos argumentos.

O primeiro deles envolve a competência da ANS prevista, em especial, no artigo 10, §4º, da Lei nº 9.656/98⁸⁹. Esse parágrafo faz referência a competência da autarquia de normatizar a amplitude da cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, CID, da Organização Mundial de Saúde.

Segundo a relatora⁹⁰, o que a referida lei propõe é que a cobertura do plano-referência, previsto no *caput* do artigo acima mencionado, inclui todas as doenças listadas na CID da Organização Mundial de Saúde, devendo-se observar a amplitude contratada pelo consumidor e as exceções trazidas pelo próprio artigo 10 da lei⁹¹. Sendo assim, seria inviável considerar o rol elaborado pela ANS como taxativo, pois estar-se-ia restringindo cobertura assegurada pela lei por meio de norma infralegal.

Não seria possível a ANS estabelecer exceções de cobertura por meio de suas resoluções e, muito menos, reduzir a amplitude da cobertura de procedimentos e eventos necessários ao tratamento de doenças previstas na CID. As limitações ressalvadas pela lei são justamente aquelas referentes à segmentação contratada pelo consumidor.

Nas palavras da relatora⁹² “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”.

É inegável a vontade do legislador ao atribuir a competência da ANS de elaborar o rol, contudo, tal competência não pode ser exercida de maneira ampla e sem limites. Como anteriormente mencionado na segunda seção desta pesquisa, é certo que deve haver respeito a

⁸⁸ BRASIL, op. cit., nota 27.

⁸⁹ BRASIL, op. cit., nota 10.

⁹⁰ BRASIL, op. cit., nota 27.

⁹¹ BRASIL, op. cit., nota 10.

⁹² BRASIL, op. cit., nota 27.

normas e princípios superiores aos regulamentos editados pela agência, como CDC⁹³ e CRFB/88⁹⁴, além da impossibilidade de inovar o ordenamento jurídico. Conforme adverte Leila Cuéllar⁹⁵, a tais atos é “vedado modificar, suspender, derogar ou revogar as normas e princípios constitucionais ou contrariar a lei, entendida em sentido amplo”.

Corroborando com essa decisão está a anteriormente citada ADI nº 2.095/RS⁹⁶ de relatoria da Ministra Cármen Lúcia e julgada em 11 de outubro de 2019, que também faz referência aos limites do exercício do poder normativo das agências reguladoras. Em razão da importância dessa contribuição para o presente tema é que cabe ser feita mais uma vez menção ao entendimento perfilhado nessa ADI.

Com essa decisão⁹⁷ é possível perceber a real existência de limites ao poder normativo das agências, pois esse poder “deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência”. Também é feita menção a impossibilidade de inovação no ordenamento jurídico por meio desse poder normativo das agências, já que “a norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações.”.

As resoluções editadas pela ANS têm como objetivo maior complementar espaços normativos deixados em aberto pela lei, não cabendo a ANS inovar tais espaços. Percebe-se que o papel maior da agência é a complementação daquilo que já foi disposto pelo legislador. Se ao Poder Judiciário é vedado exercer o papel do legislador inovando no ordenamento jurídico, tal função também não poderia ser atribuída a uma autarquia que faz parte da administração pública, lhe sendo igualmente vedada o exercício de tal função por mais que lhe seja atribuído poder normativo, tendo em vista que esse poder é exercido obedecendo diversos limites, sejam eles constitucionais, legais ou principiológicos.

Diante deste limite e por essas razões é que não cabe considerar que a controvérsia abordada na presente pesquisa se encontra pacificada com a edição da resolução normativa nº 465 de 24 de fevereiro de 2021⁹⁸. Não poderia de forma alguma uma resolução da ANS prever expressamente a taxatividade de seu rol quando nem mesmo o legislador que lhe atribuiu a competência de elaborar esse rol o fez. A inovação no ordenamento jurídico é clara nesse caso

⁹³ BRASIL, op. cit., nota 32.

⁹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁹⁵ CUÉLLAR, op. cit., p. 124.

⁹⁶ BRASIL, op. cit., nota 26.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ BRASIL, op. cit., nota 42.

e viola os limites constitucionais e principiológicos existentes no exercício de seu poder normativo.

Não se deve esquecer que, conforme mencionado na ADI nº 2.095/RS⁹⁹:

hierarquicamente subordinado à lei, o poder normativo atribuído às agências reguladoras não lhes faculta inovar *ab ovo* na ordem jurídica, mormente para “impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas

Assim, a despeito do que foi mencionado anteriormente, além de limitador do poder normativo das agências, o CDC¹⁰⁰ também é importante instrumento integrador para a resolução do conflito ora mencionado. Cabe recordar que a própria Lei nº 9.656/98¹⁰¹ faz menção a sua aplicação em seu artigo 35-G, sendo defendido pela doutrina especializada que sua aplicação seja complementar, levando em conta o diálogo das fontes, e não subsidiária conforme prevê o referido diploma legal, conforme anteriormente exposto.

Com isso, não é de todo absoluto o entendimento perfilhado nos julgados da quarta turma do STJ que defendem a aplicação das leis especiais que regem a saúde suplementar em detrimento da legislação consumerista, em razão do simples fato de se tratar de leis específicas. Há entre as duas legislações uma relação de integração, complementariedade, e não subsidiariedade, ou seja, aplicação de uma em primeiro plano para depois se aplicar a outra.

Não se pode perder de vista que tais contratos, mesmo que tenham regramento específico previsto em legislação especial, ainda sim envolvem contratos de adesão e relação de consumo. Com isso, mesmo que não houvesse menção específica feita pela lei especial, ainda sim dever-se-ia aplicar a legislação consumerista pois, além de se tratar de relação de consumo, tal lei se trata de lei principiológica e com fundamento constitucional.

Nesse sentido, a mencionada ADI¹⁰² dispõe que:

os consumidores de planos privados de assistência à saúde têm, em primeiro lugar, o direito de ver reconhecidos todos os direitos e princípios assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor, tanto na esfera da regulamentação administrativa, quanto na esfera judicial

Disso conclui-se que a interpretação de todo regramento especial de que trata da saúde suplementar deve ser feita pela lente do que diz a legislação consumerista, sendo reconhecidos

⁹⁹ BRASIL, op. cit., nota 26.

¹⁰⁰ BRASIL, op. cit., nota 32.

¹⁰¹ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁰² BRASIL, op. cit., nota 26.

seus postulados, respeitando suas regras e observando seus princípios. Mais que isso, conforme afirma Marcelo Sodre¹⁰³, as leis de defesa do consumidor são consideradas leis principiológicas, pois fixam princípios, e, por esta razão, têm superioridade em relação as demais leis especiais.

Assim, mais uma vez, reforça-se a ideia de que o exercício do poder normativo atribuído pelo legislador a ANS deve ser exercido dentro de certos parâmetros, sendo impossível que a agência crie limites que não encontram respaldo na legislação específica elaborada pelo legislador. A imposição de limites fora aqueles já previstos no ordenamento jurídico não é função do órgão regulador, mesmo que haja atribuição do exercício de função regulamentar. Nas palavras da relatora¹⁰⁴:

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

A imposição de limites restringindo a cobertura de tratamento das doenças listadas na CID, fora os já previstos no mencionado artigo 10 da Lei nº 9.656/98¹⁰⁵ e aqueles fora da segmentação contratada pelo próprio consumidor, inexoravelmente deve ser considerada como abusiva diante de todo regramento trazido pela legislação consumerista. Diante disso, mais uma vez ressalta-se que entre as normas regentes da relação discutida nesta pesquisa há uma relação de integração, sendo impossível concluir-se do contrário em razão dos argumentos acima expostos.

Outro argumento que cabe mencionar é justamente a incerteza dos riscos assumidos pelas operadoras de planos de saúde quando se considera a lista exemplificativa. No mencionado REsp nº 1733013 / PR¹⁰⁶ tal afirmativa foi usada para justificar a impossibilidade de se considerar o rol como exemplificativo, pois diante dessa incerteza se tornaria inviável a correta precificação dos produtos oferecidos pelas operadoras, que poderia inviabilizar o lucro dos agentes atuantes no setor, levando ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato que ao final inviabilizaria a saúde suplementar a diferentes camadas da sociedade.

¹⁰³ SODRE apud ibid.

¹⁰⁴ BRASIL, op. cit., nota 27.

¹⁰⁵ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁰⁶ BRASIL, op. cit., nota 65.

Como contraposição a tese perfilhada naquele recuso especial, o REsp nº 1876630 / SP¹⁰⁷ traz um argumento que demonstra como essa discussão é complexa e que a solução deste conflito não deve vir desacompanhada de uma ponderação pautada em ditames constitucionais e no real objetivo de um Estado Democrático de Direito. Ora, sendo a incerteza anteriormente mencionada prejudicial aos agentes atuantes na saúde suplementar, considerar o rol como taxativo repassaria essa incerteza justamente a parte mais fraca da relação de consumo: o consumidor.

Defender o engessamento da lista elaborada pela ANS para que assim não se inviabilize o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, repassaria o risco para aquele que tem menos condições técnicas de avaliar essa incerteza e menos ainda condições financeiras de arcar com o custo daí resultante. A proteção da operadora de plano de saúde leva conseqüentemente a desproteção do consumidor, já que, nesse caso, ambos são dois lados de uma mesma moeda.

Além disso, ressalta-se o fato de que é inviável exigir do consumidor que, no momento da contratação com a operadora, analise todos os procedimentos e eventos previstos no rol elaborado pela ANS para que assim pondere sobre quais alternativas são possíveis para eventuais doenças que possam acomete-lo. Seria impossível concretizar tal ideia, ainda mais quando o consumidor não detém conhecimento técnico suficiente para se quer entender para quais doenças os tratamentos previstos pela autarquia servem. Nas palavras da relatora¹⁰⁸: “o rol elaborado pela ANS apresenta linguagem técnico-científica, absolutamente ininteligível para o leigo.”.

Não se poderia de forma alguma no presente caso deixar uma parte da relação desprotegida a pretexto da proteção de outra, ainda mais se tratando de fornecedor em relação de consumo, que detém conhecimentos técnicos e científicos muito mais abrangentes que o consumidor, que tem por objetivo simplesmente contratar um plano de saúde para obter cobertura de atendimento e tratamento no momento de sua doença.

O que também não se pode deixar ocorrer é a renúncia antecipada ao tratamento que eventualmente o consumidor necessite em razão de um regulamento da autarquia, especialmente quando se tratar de doença prevista na CID. Essa renúncia seria consequência direta de se considerar o rol elaborado pela ANS como taxativo, pois assumir-se-ia que tudo o

¹⁰⁷ BRASIL, op. cit., nota 27.

¹⁰⁸ Ibid.

que não estivesse ali previsto não seria passível de cobertura. Importante frisar que o direito ao tratamento é decorrente justamente da natureza do contrato de assistência à saúde.

Nesta seara, afirma a ministra relatora¹⁰⁹ que o ato de prescrever determinado tratamento para doença que ataca o consumidor, dentre as opções possíveis, não é algo que se encontra na esfera de negociabilidade das partes. A prescrição por parte do médico é um ato vinculado ao exercício regular da atividade do profissional de medicina, sendo ele praticado conforme as condições inerentes a cada paciente e de responsabilidade do médico que o acompanha, diagnostica e examina. A saúde e vida não pode ser negociada de uma forma que implique em prejuízos excessivos para a parte mais fraca da relação, de forma que não se deve considerar o lucro acima da vida.

Quanto a questão da correta precificação, chama a atenção que já existem mecanismos que permitem a busca pelo equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Os reajustes de mensalidades, seja anual ou por variação de faixa etária, têm como objetivo evitar o desequilíbrio, bem como manter a prestação do serviço contratado de forma satisfatória.

Ademais, outro ponto combatido no referido recurso especial é o esvaziamento do plano-referência criado pelo legislador. Na defesa pela taxatividade do rol de procedimentos e eventos da ANS foi feito o argumento de que, caso se optasse pela natureza exemplificativa, fulminar-se-ia a existência deste plano-referência. Pois bem, com uma outra visão sobre o tema, o REsp nº 1876630/SP¹¹⁰ traz o entendimento oposto ao antes mencionado, ou seja, o esvaziamento do plano-referência ocorreria tão somente com a taxatividade do referido rol.

Na verdade, optando-se pela taxatividade do rol seria inviabilizada por completo o motivo, a razão de ser do plano-referência, a saber: garantir o tratamento a todas as doenças listadas na CID, observando-se os limites da segmentação contratada e as restrições trazidas pela legislação especial. Seria completamente ineficiente e incoerente garantir a cobertura de todas as enfermidades trazidas na CID se não fosse garantida a cobertura para os procedimentos referentes aos seus tratamentos.

Por fim, o recurso especial por vez analisado também traz um contraponto interessante e anteriormente mencionado por um dos *amicus curiae* quando da defesa da natureza taxativa: o inevitável comprometimento do sistema único de saúde. Chama a atenção que, conforme será exposto adiante, independente da corrente que se adote haverá em algum nível o

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

comprometimento da saúde pública, seja por se adotar a natureza taxativa, seja pela natureza exemplificativa.

Este ponto se relaciona diretamente com o preço do produto, já que, por mais que se considere taxativo o rol e com isso se mantenham preços acessíveis, aquilo que não for objeto de cobertura por parte do plano de saúde deverá ser arcado pelo consumidor, que por muitas vezes não detém condição financeira para tanto, indo buscar no SUS uma solução para esse problema. Deixar de fornecer cobertura para gerar um valor mais acessível não impede que se busque o sistema de saúde público quando não houver cobertura para o procedimento de que o usuário necessita, onerando o sistema único de saúde com pacientes que não teriam necessidade de ir a ele buscar seu tratamento, já que contrataram com operadoras de planos de saúde.

A ministra relatora¹¹¹ traz um dado que depõe contra esse argumento pela taxatividade do rol. Independente desta discussão, os planos de saúde já são inacessíveis a mais de 70% da população brasileira, conforme pesquisa realizada pelo IBGE em 2019¹¹², isso em razão do alto custo da assistência privada. Percebe-se que, com base nesta pesquisa de 2019, o sistema único de saúde já era responsável por fornecer tratamento para 71,5% dos brasileiros, sendo que somente 28,5% da população teriam algum plano de saúde, médico ou odontológico.

Assim, percebe-se que considerar o rol taxativo impulsionaria com que alguns dos indivíduos que fazem parte dos 28,5% se acrescessem aos 71,5% que já se valem do SUS. Com isso, haveria piora da situação em que se encontra o sistema público, pois se já existem dificuldades com aqueles que têm no SUS única opção de tratamento, não é crível que haja uma melhora do serviço com o aumento da população que dele se vale.

Não é possível reduzir o debate acerca da natureza do rol a argumentos simplistas e que desconsiderem as diversas variantes e consequências que a adoção de determinado posicionamento possa gerar. Resta claro que ao adotar determinado entendimento se estaria gerando alguma consequência ao sistema público de saúde, contudo, deve-se buscar aquele que menos prejudique um sistema que já se encontrava debilitado antes da pandemia que assola o mundo, bem como aquele que potencialize ao máximo o direito fundamental de todos os consumidores que contribuem com esse setor: a saúde.

A partir de todo o acima exposto deve-se concluir que optar pela taxatividade é também optar pelo aumento da vulnerabilidade do consumidor, sobre quem todo o risco das

¹¹¹ Ibid.

¹¹² BRASIL. IBGE. *Pesquisa Nacional de Saúde 2019*. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101748.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

incertezas recairá, sendo ele o único que irá arcar com as consequências dessa opção. Logo, nas palavras da relatora¹¹³, é forçoso concluir que:

na ponderação entre os interesses em conflito, o fiel da balança deve pender para a proteção da parte vulnerável, que é o consumidor beneficiário do plano de saúde, porque gozam as operadoras, ante a posição de superioridade – técnica, jurídica, fática e informacional – que ocupam nesse mercado, de melhores condições para analisar e contabilizar os riscos envolvidos, a fim de atender a finalidade do contrato, sem comprometer o seu equilíbrio econômico-financeiro

Esta análise demonstra que ambas as teses detêm argumentos sólidos para sua defesa e que, sob nenhuma hipótese, deve-se simplificar a discussão para que haja uma rápida resolução, sem a correta consideração das consequências que daí resultam. Além disso, cada argumento apresentado tem seu contraponto, o que prova que sob nenhuma hipótese deve-se ponderar que somente um lado está certo ou é melhor que o outro, pois sequelas irão surgir independente do posicionamento que se adote.

Corroborando com esse entendimento, cabe a menção ao AgInt no REsp nº 1885472/SP¹¹⁴, também de relatoria da Ministra Nancy Andrighi e com data de julgamento de 19 de abril de 2021. Esse julgado contribui com a tese de que, para uma melhor proteção do consumidor, deve-se considerar o rol de procedimentos e eventos da ANS como exemplificativo.

Reafirmando o entendimento de que o poder normativo conferido a ANS deve ser exercido de acordo com os preceitos constitucionais e normativos-principiológicos do CDC¹¹⁵, o mencionado acórdão ainda faz referência a uma divergência existente dentro da quarta turma do STJ, de onde foi exarada decisão que alterou a então pacificada jurisprudência desta Corte. Nas palavras da relatora¹¹⁶:

nem mesmo na Quarta Turma, o entendimento divergente é unânime, haja vista julgados recentes daquele órgão fracionário no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças a que dará cobertura, mas não o melhor tratamento indicado. Nesse sentido: AgInt no REsp 1888232/SP, 4ª Turma, DJe 18/12/2020; AgInt nos EDcl no AREsp 1629946/ES, 4ª Turma, DJe 01/10/2020; e AgInt no AREsp 1661348/MT, 4ª Turma, DJe 15/09/2020

¹¹³ BRASIL, op. cit., nota 27.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1885472 / SP*. Relator Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=123627674®istro_numero=202001801621&peticao_numero=202100149436&publicacao_data=20210422&formato=PDF>. Acesso em: 10 mai. 2021.

¹¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 32.

¹¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 110.

Portanto, trata-se de assunto que detém grande divergência na jurisprudência, não sendo possível nem mesmo afirmar que há polaridade entre as turmas do STJ que tratam desse tema.

Também cabe menção ao AgInt no REsp nº 1885275/SP¹¹⁷, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze e com data de julgamento de 30 de novembro de 2020. Confirmando os já mencionados argumentos expostos anteriormente, este agravo interno no recurso especial também traz um argumento que endossa o caráter exemplificativo do rol e que é defendido pelos tribunais estaduais.

Uma das exceções à cobertura ofertada pelas operadoras de planos de saúde é justamente a segmentação contratada pelo consumidor. Se aprofundando nesse ponto, existe o entendimento de que a operadora só poderia estabelecer quais doenças terão cobertura de acordo com o contratado e não quais tratamentos serão cobertos. Havendo cobertura para doença, necessariamente se deve cobrir o tratamento prescrito pelo médico do enfermo. Nas palavras do relator¹¹⁸:

ademais, o Tribunal estadual aplicou o entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior, no sentido de que "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. Desse modo, entende-se ser abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento, medicamento ou procedimento imprescindível, prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário" (AgInt no REsp 1453763/ES, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 1º/6/2020, DJe 15/6/2020)

Sendo assim, restam expostos os principais argumentos de que tratam a discussão analisada na presente pesquisa e suas referentes considerações. De um lado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a competência estabelecida pelo legislador a ANS, do outro a vulnerabilidade do consumidor e os limites impostos pela CRFB/98¹¹⁹ e CDC¹²⁰, dentre tantos outros argumentos supramencionados. Caberá então posteriormente a análise de qual natureza beneficia em última instância o direito perseguido por aqueles que contratam com os agentes atuantes no setor da saúde suplementar, o direito fundamental a saúde.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1885275 / SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=117277854®istro_numero=202001797679&peticao_numero=202000695093&publicacao_data=20201204&formato=PDF>. Acesso em: 10 mai. 2021.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹²⁰ BRASIL, op. cit., nota 32.

1.4. Natureza taxativa: o entendimento do STJ no julgamento dos EREsp 1.886.929 e 1.889.704

Feita a análise do cenário jurisprudencial que se delimitava até o ano de 2022, no presente tópico deverá ser feito o estudo acerca do julgamento proferido pelo STJ nos EREsp 1.886.929¹²¹ e 1.889.704¹²², finalizado no dia 8 de junho de 2022. Tal decisão teria o condão de, em tese, pacificar a jurisprudência acerca da temática analisada, definindo ao final qual deveria ser a natureza aplicável ao rol de procedimentos e eventos da ANS.

Em primeiro lugar, destaca-se que o julgamento dos referidos embargos de divergência não foi unânime, ficando vencidos na defesa pela natureza exemplificativa do referido rol os ministros Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro. Por sua vez, votaram de acordo com o ministro relator Luis Felipe Salomão os ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze.

Neste cenário, foi estabelecido que, em regra, a natureza do rol deverá ser taxativa de forma que a operadora de plano de saúde não é obrigada a custear tratamento que não esteja ali previsto caso o referido rol traga procedimento eficaz, efetivo e seguro para a cura do paciente. Além disso, foi delimitado que é plenamente possível a contratação de cobertura ampliada ou negociação de aditivo contratual para que haja cobertura de tratamento que ali não esteja previsto.

Por fim, chama a atenção o último item definido nesse julgado, que viabiliza justamente a cobertura de procedimento extra rol, desde que observados determinados parâmetros, a saber¹²³:

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

¹²¹ BRASIL, op. cit., nota 44.

¹²² BRASIL, op. cit., nota 45.

¹²³ Ibid.

Esta abertura talvez possa ser considerada a mais problemática em todo o julgado, tanto do EResp 1.886.929 quanto o EREsp 1.889.704, já que ambos compartilham a mesma tese, sendo tal ponto abordado mais detalhadamente a partir de agora.

Percebe-se que diante da ausência de procedimento eficaz, efetivo e seguro para a cura do paciente capaz de substituir o indicado pelo médico ao paciente, ou ainda, esgotados os tratamentos trazidos pela ANS em seu rol, abre-se a possibilidade para uma cobertura excepcional, ou seja, admite-se que a operadora de plano de saúde seja obrigada a custear tratamento fora daqueles delimitados pela autarquia. A decisão destaca claramente que essa hipótese não é regra, só havendo de se falar em cobertura excepcional diante dos casos delimitados pelo próprio STJ.

Nesse ponto, cinge-se controvérsia, já que o objetivo do julgamento de dois embargos de divergência entre ambas as turmas do referido tribunal era precisamente pacificar uma desarmonia presente em sua própria jurisprudência, extinguindo assim debate sobre o tema. Contudo, a delimitação da exceção na forma em que se deu em nada contribui para esse objetivo.

Pode-se afirmar que o primeiro item problemático trazido por tais julgados é a necessidade de comprovação da eficácia do tratamento com base na medicina fundamentada em evidências. De acordo com Vanice Valle, o uso dessa expressão denota o entendimento de que há no campo da medicina uma resposta que seja única e precisa para situações que no campo dos fatos se caracterizam como particulares. Nas palavras da professora¹²⁴:

desse conceito já se extrai que, também no campo médico, não bastará o recurso às almejadas "evidências" — a resposta correta de tratamento envolverá uma combinação de fatores subjetivos, típicos do paciente e da expertise do profissional envolvido. É por isso que a resposta quanto à real necessidade de um tratamento ainda não incluído no rol da ANS não se poderá encontrar no conjunto de indicadores que a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça veio de enunciar no tema

Diante disso, percebe-se que não é viável exigir no campo da análise jurídica uma eficácia e efetividade lastreada em evidências médicas que no próprio campo médico exigem a combinação de diversos fatores subjetivos. Determinar uma possibilidade de cobertura por meio de uma decisão judicial diante do estudo desse item em nada contribui para o fim da discussão, já que tal análise deverá ser feita caso a caso levando em consideração as

¹²⁴ VALLE, Vanice. *Rol taxativo de cobertura de saúde suplementar*: um exercício de retórica. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-16/interesse-publico-rol-taxativo-saude-suplementar>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

características particulares do paciente, doença e tratamento por ele reclamado, se mantendo o cenário atual em que há judicialização da saúde suplementar para debate de casos particulares.

Dito de forma mais clara, eficácia baseada em evidência médica não pode ser considerado um critério objetivo, já que dentro do próprio campo médico, não há objetividade acerca desse critério, o que há é uma combinação de fatores pessoais aliados a expertise do profissional de saúde. Ou seja, não poderia ser algo avaliado de forma genérica sem considerar as particularidades do paciente no caso concreto.

Além disso, outro ponto da decisão que merece ser analisado e que pode ser considerado como problemático é o uso de palavras com grande abertura semântica, tais como recomendações, quando possível e comprovação de eficácia. Tais termos podem ser ineficientes quando da solução do caso concreto, mais ainda, podem inclusive justificar a propositura de demandas acerca do presente tema, já que tem abertura suficiente para que naquela hipótese o usuário afirme que se enquadra em uma das exceções previstas.

O uso de tais termos em nada contribui para o alcance da segurança jurídica, do contrário, o que se observa nas decisões proferidas pelo STJ nos EResp nº 1.886.929¹²⁵ e EREsp nº 1.889.704¹²⁶ nos moldes em que foram proferidas é uma ausência de pacificação de um tema que há muito necessita de uma resposta clara e capaz de solucionar os problemas do cotidiano dos usuários de planos de saúde.

Considerar o rol taxativo com uma abertura para decisões em sentido contrário, ou seja, uma taxatividade mitigada, aniquila exatamente a taxatividade proposta pelo julgador. Sendo um rol taxativo, não haveria como se ter hipóteses que sejam exceção a essa regra, pois, se existem tais hipóteses, o rol não poderia ser considerado como taxativo.

No campo prático, uma taxatividade mitigada não terá o condão de afastar ou pelo menos reduzir o número de demandas que versem sobre cobertura extraordinária de tratamentos não previstos pelo rol da ANS. Diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, caso o consumidor usuário se sinta lesionado e entenda que seu caso se adeque na exceção trazida pelo STJ, será plenamente possível e viável o ajuizamento de uma demanda para discutir tal tema.

Nesse sentido, nas palavras de Vanice Valle¹²⁷:

um primeiro comentário a se fazer em relação à decisão — que busca, como se diz no vulgo, "dar uma no cravo e outra na ferradura" — é que ela certamente não contribuirá para a diminuição do contencioso na matéria. Afinal, se a corte antecipadamente proclama que haverá exceções, é natural que cada interessado busque se enquadrar

¹²⁵ BRASIL, op. cit., nota 44.

¹²⁶ BRASIL, op. cit., nota 45.

¹²⁷ Ibid.

nessa brecha — especialmente considerados os valores envolvidos no conflito. O que parece resultar de pronto da decisão é que os planos de saúde privados se sentirão mais à vontade na recusa, o que pode resultar tão somente em antecipar a judicialização — mas nunca em diminuí-la

De fato, mesmo após pouco tempo após a adoção da taxatividade mitigada pelo STJ em tais termos, pode-se observar justamente que a judicialização da saúde suplementar com relação a esse tema continua a ocorrer. Cita-se como exemplo as decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais de São Paulo e Rio de Janeiro.

Em que pese a decisão proferida pelo STJ quando do julgamento dos dois embargos de divergência ora analisados, o Tribunal Estadual de São Paulo¹²⁸, em julgamento de caso que tratava do debate acerca da cobertura ou não de procedimento em razão da natureza do rol elaborado pela ANS, optou por determinar a cobertura de tratamento que nele não estava previsto. Esta decisão se baseia em alguns argumentos, cabendo destacar pelo menos dois deles.

Em primeiro lugar, destacou a 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo que a decisão proferida pelo STJ no julgamento dos embargos de divergência supramencionados não teria aplicabilidade ao caso, tendo em vista que ainda não teria sido disponibilizado o acórdão e que a decisão vencedora não teria caráter vinculante. Nesse cenário, enquanto for viável a discussão sobre a existência de exceções ao caráter taxativo do rol e enquanto não houver uma decisão que vincule todo o judiciário nacional, o número de demandas ajuizadas e que versem sobre esse tema em nada será reduzido.

Em segundo lugar, destaca esse Tribunal¹²⁹ que:

o objetivo contratual da assistência médica comunica-se necessariamente, com a obrigação de restabelecer ou procurar restabelecer, através dos meios técnicos possíveis, a saúde dos pacientes. Assim, em princípio, se a doença tem cobertura contratual, os tratamentos também estarão e devem acompanhar a evolução das técnicas da medicina

Com tal entendimento, este tribunal demonstra a incompatibilidade entre a natureza taxativa do rol e o objetivo e finalidade de um contrato firmado entre as partes no cenário da presente pesquisa. Tal entendimento será posteriormente debatido em tópicos seguintes desta pesquisa.

¹²⁸ VIAPIANA, Tábata. *Apesar do STJ, TJ-SP diz que rol da ANS é exemplificativo e mantém tratamento*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-jun-27/apesar-decisao-stj-tj-sp-rol-ans-exemplificativo>>. Acesso em: 07 ago. 2022.

¹²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2069959-58.2022.8.26.0000*. Relator: Desembargador Edson Luiz de Queiroz. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/rol-exemplificativo.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2022.

Além disso, em recente decisão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹³⁰ determinou que uma operadora de plano de saúde fornecesse o custeio e fornecimento de determinado medicamento que não consta no rol da ANS, por entender que naquele caso concreto a situação se amoldava a exceção trazida pelo STJ quando do julgamento dos embargos de divergência sobre essa matéria. Além disso, entendeu-se que haveria aplicação da Súmula nº 340 do TJRJ¹³¹, que considera abusiva a cláusula que exclui o custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento da doença coberta pelo plano, ainda que seja admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor.

Diante disso, pode-se perceber que a questão está longe de ser pacificada, apesar dos esforços do Superior Tribunal de Justiça. Mais uma vez destaca-se, optar pela taxatividade mitigada do rol não contribui para redução do número de processos judiciais sobre essa temática, já que mesmo se falando em taxatividade do rol, ainda se abre possibilidade para o ajuizamento de demandas visando um enquadramento na exceção trazida pelo próprio STJ.

Além de duas decisões nesse sentido, cabe fazer menção a audiência pública que será realizada pelo STF¹³² para debater acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS, a ser realizada nos dias 26 e 27 de setembro de 2022. Tal audiência ocorre em razão de cinco ações diferentes que visam debater as Leis nº 9.961/2000¹³³ e 9.656/1998¹³⁴, além da Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS¹³⁵.

Por fim, cabe fazer menção ao projeto de lei que durante a produção desta pesquisa foi sancionado pelo Presidente da República e que traz expressa previsão de cobertura para procedimentos e tratamentos que não estejam previstos no rol da ANS¹³⁶. Trata-se da Lei nº 14.454¹³⁷ de 21 de setembro de 2022 que traz alterações a Lei nº 9.656/1998, estabelecendo

¹³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº: 0016577-82.2022.8.19.0000*. Relator: Desembargadora: Marcia Ferreira Alvarenga. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tj-rj-manda-plano-custear-remedio.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

¹³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 340*. Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=188063&desc=ti&servidor=1&iBanner=&iIdioma=0>. Acesso em: 11 ago. 2022.

¹³² CONJUR. *Ministro Barroso convoca audiência pública para debater rol taxativo da ANS*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-03/barroso-convoca-audiencia-publica-debater-rol-taxativo-ans>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

¹³³ BRASIL, op. cit., nota 11.

¹³⁴ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹³⁵ BRASIL, op. cit., nota 44.

¹³⁶ Cabe informar que a tramitação e consequente sanção da referida lei ocorreu durante a conclusão desta pesquisa, em 21 de setembro de 2022, razão pela qual tal lei não foi analisada de forma aprofundada.

¹³⁷ BRASIL. *Lei nº 14.454*, de 21 de setembro de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.htm>. Acesso em: 22 set. 2022.

hipótese de cobertura para tais procedimentos, além de requisitos necessários para que haja cobertura. Diante de tantos fatos, percebe-se que o tema não se encontra pacificado com as recentes decisões proferidas pelo STJ, sendo um prelúdio da existência de outros debates acerca desse assunto, demonstrando que o entendimento exarado pelo referido tribunal não se encontra de acordo com o anseio popular.

Feita esta ponderação, caberá nos capítulos que se seguem avaliar se tal natureza do rol é capaz de, em certa medida, viabilizar e concretizar o direito fundamental à saúde, obedecer ao mandamento constitucional de proteção ao consumidor e cumprir com a finalidade do contrato firmado entre operadora de plano de saúde e usuário. É certo que, pelo menos em um primeiro momento, trazer segurança jurídica ao tema da presente pesquisa não pode ser considerado como um fim atingido com plenitude por tais decisões.

2. SAÚDE SUPLEMENTAR E RELAÇÃO DE CONSUMO: IMPLICAÇÕES DO DEBATE SOBRE OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Sendo certo que a discussão acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos produzido pela ANS se destaca para fora do âmbito doutrinário, pode-se perceber que existem repercussões práticas que decorrem desta divergência e em muito contribuem para estudo do tema. Da forma como foi delimitada, existem argumentos que embasam a defesa de ambas as teses anteriormente apresentadas, sendo claro que a adoção de qualquer posicionamento resulta também em consequências práticas.

Assim, feitas as devidas considerações e análises acerca do surgimento, função regulamentar e natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS, passa-se ao estudo dos efeitos que esta temática gera na relação existente entre agentes atuantes no setor da saúde suplementar e consumidores que com eles contratam e na forma como esse serviço é prestado. Além disso, cabe também avaliar e considerar quais as consequências que resultam desses efeitos e suas implicações, sendo tais temas abordados neste segundo capítulo.

Para tanto, esses assuntos serão tratados em duas seções distintas. A primeira seção será pautada na observação e na análise das consequências desta divergência sobre a forma como o serviço é prestado aos usuários e como isso afeta a relação que se dá entre esses indivíduos. Já na segunda seção caberá o exame acerca da judicialização da saúde e a busca do consumidor pela tutela jurisdicional, que é impulsionada justamente pela negativa de cobertura por parte das operadoras de planos de saúde sob a justificativa da taxatividade do rol produzido pela ANS.

2.1. As consequências da divergência sobre a prestação de serviços pelas empresas de medicina pré-pagas

Em um momento posterior ao estudo dos limites e fundamentos da controvérsia existente no âmbito jurisprudencial acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS, faz-se necessária uma abordagem dos impactos que resultam dessa divergência. O primeiro aspecto que deve ser analisado é a consequência que a indefinição concreta acerca da natureza do rol produz sobre a relação que existe entre aquele que contrata com a operadora de planos de saúde e a própria operadora, ou ainda, quais repercussões podem resultar da adoção da natureza taxativa, além das possíveis afetações que isso gera sobre prestação de serviço.

Quanto a este tema, é necessário que se faça uma digressão analisando justamente qual a natureza da relação que se dá entre as partes contratantes. A já mencionada Súmula nº 608 do STJ¹³⁸ elucida a questão, pois prevê que aos contratos firmados no âmbito da saúde suplementar se aplica o Código de Defesa do Consumidor¹³⁹, feita ressalva com relação às entidades de autogestão.

Com isso, percebe-se que todo o regramento trazido por essa norma é aplicável à essas relações que se configuram como relações de consumo, assim como todas as suas normas de proteção ao consumidor e princípios que auxiliam essa proteção. Sendo uma norma de vital importância para o objeto desta pesquisa, cabe também fazer uma breve menção acerca desta lei.

Instituído pela Lei nº 8.078/90¹⁴⁰ e como resultado da determinação do artigo 48 das Disposições Finais e Transitórias da CRFB/88¹⁴¹, o CDC é uma norma típica que visa a proteção de vulneráveis. Além disso, conforme preconizam Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁴², é uma norma que surge no contexto da pós-modernidade e que se adapta a essa realidade, em que há uma reflexão acerca das mazelas da sociedade e revisão de conceitos estabelecidos na modernidade, para assim, ressignificar construções antigas. Desta forma, percebe-se que a legislação consumerista em seu escopo traz consigo a revisão e reflexão acerca de postulados antigos do direito privado, como por exemplo, o contrato.

Em momento anterior a sua edição, a resolução de conflitos no âmbito do consumo ficou a cargo da aplicação das normas trazidas pelo código civil vigente a época, o que é de se imaginar como inadequado diante das diferenças que existem entre as relações privadas e as de consumo. O fato é que, para entender melhor a necessidade de uma proteção especializada ao consumidor, também se faz necessário entender a evolução social que justifica essa proteção.

Assim, dando um passo para trás, é imperioso analisar também as condições sociais que se delimitavam em um período anterior. Após a revolução industrial, com o crescimento populacional de grandes metrópoles, a necessidade de aumento de produção para que assim houvesse um aumento de oferta de produtos fez com que se repensasse um modelo de produção capaz de suprir tal demanda. Daí resulta a chamada produção em série, ou homogeneização da produção.

¹³⁸ BRASIL, op. cit., nota 50.

¹³⁹ BRASIL, op. cit., nota 32.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁴² TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 21.

Este modelo foi bem-sucedido, podendo se observar seu crescimento ao longo do século XX, em especial a partir da Segunda Guerra Mundial em razão dos avanços tecnológicos e do incremento das telecomunicações. Rizzatto Nunes¹⁴³ destaca uma característica interessante desse modelo: o planejamento unilateral da produção por parte de seu fabricante. Planeja-se um único produto, tendo com isso um custo inicial, e em momento posterior se reproduz esse produto em série aos milhares ou milhões. Com isso, o custo final do produto não é elevado, o que torna a sua precificação final acessível a um grande número de pessoas.

É esse o modelo de produção da sociedade capitalista. Aliada a essa forma de planejar a produção, surgiu a necessidade de se padronizar um tipo de contrato, criar um contrato e reproduzi-lo quantas vezes forem necessárias, ou melhor, reproduzi-lo conforme a quantidade de consumidores que adquirissem aquele produto ou serviço. Esse contrato de massa consiste em justamente no contrato de adesão, tratado pela primeira vez pelo diploma consumerista.

Tal contrato tem essa nomenclatura em razão de sua característica mais evidente, ao consumidor se desejar obter aquele determinado produto ou serviço só cabe aderir, não lhe sendo aberta possibilidade de discutir qualquer cláusula que seja. O consumidor cabe somente aceitar aquilo que foi estabelecido pelo fornecedor de produto ou serviço e pagar o preço definido por esse agente também.

Diante disso, percebe-se a grande inadequação que havia ao se aplicar a legislação civil às relações de consumo. Em uma relação privada pressupõe-se que as partes dialogam, discutem e delimitam o que será acordado, estando em igualdade de condições. Isso nunca aconteceu em uma relação de consumo, seja pela adesão presente nos contratos firmados nesse âmbito, seja pela extrema vulnerabilidade em que se encontra o consumidor, como será analisado posteriormente.

Chama a atenção que o constituinte originário estava atento ao modelo capitalista de produção e da forma como se davam as relações de consumo. Isso porque percebe-se que, ao mesmo tempo em que elenca fundamentos capitalistas como fundamentos da República Federativa do Brasil, também se adotam outras bases como dignidade da pessoa humana, além de valores sociais como trabalho e livre iniciativa.

Feita essa breve menção histórica, deve-se destacar que a norma consumerista também é tida como uma norma principiológica pela doutrina especializada. Em razão da previsão do artigo 5º, inciso XXXII, da CRFB/88¹⁴⁴, a proteção do consumidor consiste em um imperativo

¹⁴³ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 31.

¹⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

constitucional, o que torna a legislação que promove essa defesa uma lei de interesse social, além de norma de ordem pública, geral e principiológica. Sendo detentora dessas características, esse regramento legal tem prevalência sobre outras normas, sejam gerais ou especiais, e que lhe sejam anteriores.

Isso significa dizer que o regramento consumerista será preponderante a toda norma que lhe seja contrária, diante de suas características específicas. Mais que isso, as normas que sejam especiais e setorializadas, como as leis que tratam de saúde suplementar, devem regular seus nichos específicos, suas matérias, obedecendo e observando o regramento e os princípios previstos pelo CDC.

Para elucidar este aspecto, vale referenciar mais uma vez a lição de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção¹⁴⁵, ao mencionar que “diante de tais premissas, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor tem eficácia supralegal, ou seja, está em um ponto hierárquico intermediário entre a Constituição Federal de 1988 e as leis ordinárias”. Percebe-se com isso a grande importância que destaca essa legislação das demais.

Dito isso, importante destacar os princípios trazidos pela própria legislação consumerista e pela CRFB/88, tendo em vista que são aplicáveis a toda relação existente entre operadora de plano de saúde e consumidor que com ela contrata. Deve se ter em vista que, conforme afirma Rizzatto Nunes¹⁴⁶:

como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regada por outra norma jurídica infraconstitucional

Nesta toada, inaugurando todo o regramento trazido pelo CDC, seu artigo 1º¹⁴⁷ prevê que essa legislação estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, nos termos dos já mencionados artigo 5º, inciso XXXII, da CRFB/88, e artigo 48 da das Disposições Finais e Transitórias da CRFB/88, além do inciso V do artigo 170 da CRFB/88¹⁴⁸. Cabe destacar que este último estabelece que a proteção do consumidor consiste também em um dos fundamentos da ordem econômica brasileira.

Com isso, tem-se o primeiro princípio trazido pela legislação consumerista: o princípio do protecionismo do consumidor. Diante disso, existem certas consequências que decorrem

¹⁴⁵ TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 27.

¹⁴⁶ NUNES, op. cit., p. 78.

¹⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 32.

¹⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

diretamente deste postulado. Uma delas é justamente o fato que não se pode afastar a aplicação das normas consumeristas de uma relação de consumo, nem quando as partes convencionam nesse sentido, devendo ser considerada nula e abusiva tal cláusula, conforme o previsto no artigo 51, inciso XV, do CDC¹⁴⁹. Além disso, toda a proteção trazida pela legislação consumerista pode ser conhecida de ofício pelo magistrado ao analisar o caso concreto.

Outro princípio de igual importância a ser mencionado é justamente o princípio da vulnerabilidade do consumidor, previsto no inciso I do artigo 4º do CDC¹⁵⁰. Por meio desse princípio o legislador conferiu a condição de vulnerável ao consumidor em toda e qualquer relação de consumo, não podendo afastar essa condição em nenhuma hipótese. Tal vulnerabilidade foi justamente o que levou a elaboração da norma consumerista, pois diante de tal circunstância, latente a necessidade de proteção do consumidor.

Segundo afirmam Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁵¹, “de acordo com a realidade da sociedade de consumo, não há como afastar tal posição desfavorável, principalmente se forem levadas em conta as revoluções pelas quais passaram as relações jurídicas e comerciais nas últimas décadas”. Em última instância, efetivando a proteção da parte vulnerável da relação de consumo, se está também garantindo a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio maior previsto no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88¹⁵².

Conforme mencionado anteriormente, a necessidade dessa proteção também se embasa nessa condição de vulnerabilidade que o consumidor detém, pois é impossível lhe exigir conhecimento técnico necessário para analisar todo e qualquer produto e serviço colocado à disposição no mercado. Em especial, com relação ao tema objeto desta pesquisa, nunca se deve esquecer que não é razoável exigir do consumidor conhecimento amplo sobre todos os procedimentos e eventos que estão previstos no rol elaborado pela ANS e que por sua vez seriam ou não cobertos pelo plano contratado.

A anteriormente mencionada massificação dos contratos de consumo, decorrente da evolução do modelo de produção e da sociedade, resultou em uma grande discrepância entre as partes que contratam em uma relação de consumo. Como consequência deste cenário há a presunção de vulnerabilidade da parte mais fraca, sendo ela uma condição jurídica que é absoluta, ou seja, não admite prova em contrário em nenhuma circunstância.

¹⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 32.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 47.

¹⁵² BRASIL, op. cit., nota 1.

Diante disso, cabe destacar que vulnerabilidade não é sinônimo de hipossuficiência. Como consumidor, ou seja, destinatário final de produtos ou serviços, todo o indivíduo é considerado como vulnerável. Já a hipossuficiência é reconhecida a partir da análise das circunstâncias do caso concreto, consiste em uma discrepância acentuada na situação fática. Tal disparidade pode ser econômica, financeira ou até mesmo técnica, nesse caso se caracterizando por um desconhecimento do produto ou serviço adquirido. A hipossuficiência também é considerada como um princípio importante para a proteção do consumidor, já que permite a inversão do ônus da prova, conforme preconizado pelo inciso VIII do artigo 6º do CDC¹⁵³.

Outro princípio de grande destaque é o princípio da boa-fé objetiva, previsto no artigo 4º, inciso III, da legislação consumerista¹⁵⁴. De acordo com esse princípio e segundo Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁵⁵, “nas relações negociais consumeristas deve estar presente o justo equilíbrio, em uma correta harmonia entre as partes, em todos os momentos relacionados com a prestação e o fornecimento”.

Diferente da boa-fé subjetiva, que se insere no campo interno do indivíduo, a boa-fé objetiva extrapola esse limite interno e atravessa para o campo externo do indivíduo, no âmbito de suas ações. Consiste em uma regra de conduta, é a exigência de um comportamento de lealdade entre as partes da relação em todas as fases do negócio jurídico, segundo Enunciado nº 26 do CJF¹⁵⁶. Além disso, esse princípio agrega a noção de equilíbrio negocial que deverá estar presente em todas as fases do negócio jurídico.

Tamanha é a importância desse princípio que o CDC em diversos momentos o traz em suas regras, sendo que elas traduzem exatamente aquilo que se entende por boa-fé objetiva. Como exemplo podem ser mencionados os artigos 9º, 31 e 39 que preveem o dever de informação, necessidade de informações precisas nos meios de oferta e conceito de abuso de direito, respectivamente.

A boa-fé objetiva também fica clara no artigo 48 do referido diploma legal, já que trata da responsabilidade pré-contratual e pós-contratual. Segundo este dispositivo, toda declaração de vontade trazida em escritos particulares, recibos e pré-contratos vinculam o fornecedor de produto ou serviço. Com isso, resta demonstrada a necessidade de observância deste princípio em todas as etapas do negócio jurídico.

¹⁵³ BRASIL, op. cit., nota 32.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 51.

¹⁵⁶ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 26 da I jornada de direito civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/672>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

O princípio da confiança ou transparência, trazido pelo artigo 4º, *caput*, e artigo 6º, inciso III, do CDC¹⁵⁷ é um importante vetor a ser analisado. A partir deste ponto é que pode se perceber a dupla face da informação: ao mesmo tempo que o consumidor vulnerável tem o direito de ser informado, o fornecedor de produtos ou serviços tem o dever de informar. Segundo o artigo 6º, inciso III, do diploma consumerista, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos ou serviços é um direito básico do consumidor.

Já o mencionado artigo 4º do mesmo diploma legal traz consigo a transparência nas relações de consumo como um objetivo da política nacional de relações de consumo. Isso significa que deve haver informação clara e precisa acerca dos produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo, além da necessidade de lealdade e respeito nas relações entre fornecedores e consumidores. Pode-se dizer que a transparência e confiança são um desdobramento da incidência da boa-fé nas relações de consumo.

Além do que já foi mencionado acerca da evolução dos meios de produção, da forma de consumir e do crescimento populacional, uma das mais importantes consequências desse cenário é a mudança da forma como se analisa e considera um contrato. Se levado em conta o cenário das relações privadas, em se tratando especificamente de contratos, poderá se perceber a prevalência da autonomia da vontade e sua consequente força obrigatória, *pacta sunt servanda*. Em se considerando as relações de consumo e todo o regramento trazido pela legislação consumerista, pode-se observar um enfoque diverso.

O princípio da função social dos contratos é um princípio implícito no CDC, mas que é relevante diante da relativização dessa noção que vigora nas relações privadas. Nas palavras de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁵⁸, “o objetivo principal da função social dos contratos é tentar equilibrar uma situação que sempre foi díspar, em que o consumidor sempre foi vítima das abusividades da outra parte da relação de consumo”.

Pode-se afirmar que se trata de um princípio contratual de ordem pública, previsto expressamente no §único do artigo 2.035 do Código Civil¹⁵⁹ e que preconiza que a interpretação dos contratos, deve ser feita necessariamente conforme e de acordo com a sociedade e o contexto no qual ele se encontra. Além disso, ressalva o artigo 421 do referido diploma legal que a liberdade de contratar é exercida em observância ao limite da função social dos contratos,

¹⁵⁷ BRASIL, op. cit., nota 32.

¹⁵⁸ TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 61.

¹⁵⁹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 1 jun. 2021.

ou seja, a autonomia da vontade é exercida obedecendo ao limite entendido como finalidade coletiva dos contratos.

Diante dessa limitação presente nas relações privadas, não poderia ser diferente quando as relações se dessem em um âmbito de consumo, em que a vulnerabilidade de uma das partes é evidente e em um cenário em que claramente se pretende a proteção dessa parte mais fraca.

A função social dos contratos sob a ótica consumerista tem uma dupla eficácia. Em um primeiro momento, há uma eficácia interna, ou seja, entre as partes que contratam para o fornecimento de produtos ou serviços. Além disso, há de se falar em uma eficácia externa, que vai além das partes que contratam. Chama a atenção que este princípio se relaciona diretamente com a manutenção do equilíbrio contratual, muito ventilada em tópico anterior quando da análise da discussão jurisprudencial acerca da natureza do rol produzido pela ANS, e com a equidade contratual, que permite a revisão do negócio jurídico. Segundo os autores Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁶⁰, “deve-se entender que o papel da função social do contrato está intimamente ligado ao ponto de equilíbrio que o negócio jurídico celebrado deve atingir e manter”.

Por fim, cabe menção a dois outros princípios, a saber: princípio da equivalência contratual, previsto no artigo 6º, inciso III, do CDC¹⁶¹, e princípio da reparação integral dos danos, previsto no artigo 6º, inciso VI, do referido diploma legal. O primeiro prescreve, em linhas gerais, que deve ser garantida a igualdade de condições, seja no momento de contratar ou no aperfeiçoamento da relação jurídica, devendo os consumidores serem tratados de maneira igual. O segundo princípio preceitua que deve haver uma efetiva prevenção e reparação aos danos suportados pelos consumidores. Tal reparação efetiva vale tanto para danos coletivos quanto individuais, sejam eles danos morais ou materiais.

Ressalta-se que todo conjunto de princípios apresentados se aplicam e regem a relação jurídica existente entre usuário e a própria operadora de plano de saúde, no âmbito da saúde suplementar. O previsto pela Súmula nº 608 do STJ¹⁶², que determina a aplicação das regras consumeristas nessa relação, não é sem razão, pois nesse contexto se delimita realmente uma relação de consumo, tendo em vista as características que se apresentam e que se enquadram no previsto pela legislação consumerista, conforme irá se expor.

¹⁶⁰ TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 65.

¹⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 32.

¹⁶² BRASIL, op. cit., nota 50.

A estrutura de uma relação jurídica de consumo apresenta determinados elementos que a qualificam como tal. O primeiro deles é justamente a existência de uma relação jurídica entre sujeitos, no âmbito consumerista os sujeitos que se apresentam são o fornecedor de produtos ou serviços e o consumidor. Entre eles há uma proporcionalidade das prestações, sinalagma, já que ambas são ao mesmo tempo credor e devedor um do outro.

O conceito de fornecedor de produtos ou serviços está previsto no artigo 3º do CDC¹⁶³ e determina que fornecedor é todo aquele que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou a comercialização de produtos ou prestação de serviços. Isso vale tanto para pessoas físicas quanto pessoas jurídicas, até mesmo para entes despersonalizados.

A atividade consiste em elemento importante para caracterização de um fornecedor, pois como bem atenta Rizzatto Nunes¹⁶⁴:

é importante centrar a atenção no conceito de atividade, porque, de um lado, ele designará se num dos polos da relação jurídica está o fornecedor, com o que se poderá definir se há ou não relação de consumo (para tanto, terá de existir no outro polo o consumidor). E isto porque será possível que a relação de venda de um produto, ainda que feita por um comerciante, não implique estar-se diante de uma relação de consumo regulada pelo CDC

Além disso, a condição de fornecedor de produtos ou serviços independe do tipo de pessoa que exerce a atividade, podendo se enquadrar nesse conceito a pessoa jurídica pública ou privada, nacional ou estrangeira e até mesmo entes despersonalizados, como já mencionado.

Ademais, para essa caracterização também deve se considerar o fornecimento de qualquer serviço, como bem preceitua o §2º do artigo 3º do referido diploma legal. Ou seja, vale qualquer atividade que seja prestada no mercado de consumo. Com relação ao contexto da saúde suplementar, pode-se classificar o serviço prestado pelas operadoras de planos de saúde como um serviço durável, contínuo.

Na outra ponta da relação encontra-se o consumidor. O artigo 2º do CDC¹⁶⁵, tanto no *caput* quanto em seu §único, preconiza a sua definição. Consumidor pode ser a pessoa física ou jurídica, que adquire um produto ou serviço e o usa ou consome como seu destinatário final. Assim, aquele que se apresenta como intermediário, ou seja, adquire um produto ou serviço e o emprega em seu meio de produção ou atua como intermediário do ciclo de produção, será excluído do conceito que se tem de consumidor.

¹⁶³ BRASIL, op. cit., nota 32.

¹⁶⁴ NUNES, op. cit., p. 94.

¹⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 32.

A despeito de outras discussões, como da possibilidade de se considerar como consumidor aquele que adquire produto ou serviço como destinatário final, mas o usa como produto ou serviço típico de produção, ou ainda o conceito de consumidor por equiparação, as definições acima mencionadas já bastam para elucidar o motivo da redação da Súmula nº 608 do STJ¹⁶⁶.

Conforme se percebe da estrutura social que se forma, as operadoras de planos de saúde comercializam, colocam a disposição no mercado de consumo, um determinado serviço, em linha gerais o oferecimento de cobertura para procedimentos ou consultas relativas à saúde. Do outro lado, tem-se um indivíduo que contrata com a operadora visando justamente ser destinatário final da prestação desse serviço, ou seja, ter a cobertura ofertada quando necessite por alguma questão que envolva sua saúde.

Analisando esse cenário fático, ainda que seja hipotético, não se pode vislumbrar outra coisa que não seja uma relação de consumo. Ora, estão presentes os personagens necessários e os atributos necessários para que se caracterize essa relação e se aplique as normas consumeristas, outra não poderia ser a conclusão diante da atuação dessas partes quando da realização do negócio jurídico.

Além disso, o previsto pelo inciso I do artigo 1º da Lei nº 9.656/98¹⁶⁷ contribui para esse entendimento ao definir o plano privado de assistência à saúde. Em linhas gerais, consiste em nada mais que a prestação de serviço ou cobertura de custos assistenciais, cujo preço pode ser estabelecido de forma prévia ou posterior, e cuja finalidade seja garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde. Nas palavras de Josiane Araújo Gomes¹⁶⁸:

o contrato de assistência privada à saúde consiste em negócio jurídico de prestação de serviços, por prazo indeterminado, de nítida natureza securitária – haja vista que somente são exigidos pelos beneficiários, caso venham a necessitar de algum exame/tratamento médico, ou seja, dependem de evento aleatório – por meio do qual, em face do pagamento de prestação mensal pelo cliente/beneficiário, a operadora se obriga a garantir o tratamento da saúde daquele, sempre que necessário

Dentro desse conceito de contrato de assistência de plano de saúde, cabe a diferenciação dos diferentes tipos de contrato existentes em relação ao tipo de cobertura assistencial contratada. Acerca dessa temática, o artigo 16 da Lei nº 9.656/98¹⁶⁹ determina que

¹⁶⁶ BRASIL, op. cit., nota 50.

¹⁶⁷ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁶⁸ GOMES, Josiane Araújo. *Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde*. 2. ed. rev. e ampl. Leme: Mizuno, 2020, p. 104.

¹⁶⁹ BRASIL, op. cit., nota 10.

no corpo do contrato deve haver previsão de forma clara dos eventos que são cobertos e dos que são excluídos. Contudo, conforme anteriormente mencionado, tal previsão não implica em autorização para que as operadoras de planos de saúde definam quais doenças e quais tratamentos pretendem cobrir. A própria lei traz em seus artigos 10 e 12 a previsão de que o padrão de cobertura, necessariamente, observa a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, CID, da Organização Mundial de Saúde, OMS.

Com isso, observa-se que a exclusão de cobertura de determinados procedimentos em razão de ausência de previsão no rol de procedimentos e eventos da ANS não consiste em justificativa aceitável, muito menos baseada em preceitos legais diante do que foi mencionado acima. O que pauta a cobertura por parte das operadoras de planos de saúde é justamente a previsão no CID que é elaborado pela OMS e não a previsão elaborada pela ANS em seu mencionado rol.

Dito isso, a própria Lei nº 9.656/98¹⁷⁰ divide os contratos de plano de saúde em duas espécies, levando em consideração o segmento de cobertura: plano de referência e planos segmentados. O primeiro está previsto no artigo 10 da referida lei e o segundo no artigo 12 do referido diploma legal.

Acerca do plano de referência, tal modalidade pode ser definida como uma espécie contratual em que há o oferecimento obrigatório por parte de todas as operadoras de planos de saúde, excluindo-se as de modalidade de autogestão e pessoas jurídicas que oferecem exclusivamente plano odontológico, previsão do §3º do referido artigo 10. Essa hipótese consiste no plano de saúde mais amplo, mais completo e principal, pois inclui a cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, incluindo tratamentos para as doenças listada na CID, previsão do *caput* do artigo 10, e cobertura integral em casos de emergência, urgência e planejamento familiar, artigo 35 C da referida lei. Cabe destacar acerca dessa modalidade contratual que os incisos do artigo 10 da Lei nº 9.656/98¹⁷¹ trazem exceções sobre a amplitude do plano referência.

Por sua vez, os planos segmentados consistem em ramificações do plano referência e se dividem em: plano ambulatorial, plano hospitalar, plano hospitalar com atendimento obstétrico e plano odontológico. O primeiro está previsto no inciso I, alíneas A, B e C, do artigo 12 da Lei nº 9.656/98¹⁷² e consiste em assegurar cobertura, como exigência mínima, de

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid.

consultas médicas em número ilimitado. Tais consultas são realizadas em clínicas básicas e especializadas, devendo ser reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina. Além disso, esta hipótese de plano inclui cobertura também para serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e outros procedimentos que forem solicitados pelo médico assistente, além de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, inclusive para medicamentos que visem o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes. Esta modalidade também se encontra prevista no artigo 18 da Resolução Normativa nº 465/2021¹⁷³.

O plano hospitalar se encontra previsto no artigo 12, inciso II, da Lei nº 9.656/98 e rol exemplificativo de situações cobertas por essa modalidade de plano encontra-se previsto no artigo 19 da Resolução Normativa 465/2021, devendo ser consideradas também as delimitações da Lei nº 9.656/98. A cobertura nessa hipótese inclui internação hospitalar, sendo proibida a limitação de prazo, valor máximo e quantidade. Tal internação pode se dar em clínica básica e especializada que também devem ser reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina.

A essa hipótese de plano pode ser acrescido o atendimento obstétrico. Nesse caso é obrigatória a cobertura assistencial ao recém-nascido, seja filho natural ou adotado do consumidor, durante os primeiros 30 dias após o parto, entre outras previsões. O inciso III do artigo 12 da Lei nº 9.656/98¹⁷⁴ traz a previsão desse tipo de plano, sendo também disciplinado pelo artigo 21 da Resolução Normativa nº 465/2021¹⁷⁵.

A última modalidade de plano é o plano odontológico, previsto no inciso IV do artigo 12 da Lei nº 9.656/98 e inclui cobertura para consultas e exames auxiliares ou complementares que são solicitados pelo odontólogo assistente, procedimentos preventivos, cirurgia orais menores, entre outras previsões. O artigo 22 da Resolução Normativa nº 465/2021 traz uma ressalva acerca de procedimentos buco-maxilo-faciais. Nesse caso, por ser necessária a internação hospitalar, a cobertura deverá se dar pelo plano hospitalar ou plano referência em vez do plano odontológico.

Feita essas considerações e acrescentando essa noção ao disposto anteriormente, dos elementos que caracterizam uma relação de consumo como tal, percebe-se acertada a redação da Súmula nº 608 do STJ¹⁷⁶. Diante disso, importante retornar um tema que já foi mencionado em capítulo anterior, que é a relação que se dá entre a legislação consumerista e a legislação específica que trata da área da saúde suplementar.

¹⁷³ BRASIL, op. cit., nota 44.

¹⁷⁴ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁷⁵ BRASIL, op. cit., nota 151.

¹⁷⁶ BRASIL, op. cit., nota 50.

De acordo com o anteriormente mencionado, a edição da norma consumerista atende a um comando emanado pelo constituinte originário ao determinar que caberia ao Estado promover a defesa do consumidor na forma da lei. Considerando somente este ponto, pode-se perceber a importância dada a essa norma e ao que ela representa, a proteção da parte vulnerável da relação de consumo.

Mais que isso, consiste em um subsistema autônomo dentro do ordenamento jurídico além de ter base em vários princípios constitucionais. Por este motivo, sua aplicação com relação a outras normas, ainda que especiais, se dá de forma complementar e supletiva. A legislação consumerista é uma lei principiológica, sendo a primeira até aquele momento no ordenamento jurídico pátrio. De acordo com Rizzatto Nunes¹⁷⁷:

o caráter principiológico específico do CDC é apenas e tão somente um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais vigentes desde 5 de outubro de 1988 como cláusulas pétreas, não podendo, pois, ser alterados. Com efeito, o que a lei consumerista faz é tornar explícitos, para as relações de consumo, os comandos constitucionais. Dentre estes destacam--se os Princípios Fundamentais da República, que norteiam todo o regime constitucional e os direitos e garantias fundamentais

É imperioso que se entenda que entre a legislação consumeristas e a legislação específica sobre saúde suplementar há um verdadeiro diálogo das fontes, uma relação complementar já que ambas convergem em suas disposições. Conforme explicitado o contrato de plano de saúde regulado pela Lei nº 9.656/98¹⁷⁸ consiste em nada mais que um contrato de consumo, o que torna necessária a aplicação das normas protetivas do CDC.

Por esta razão é impossível considerar acertado o que prevê o artigo 35 – G¹⁷⁹ da referida lei, além de não ser correto o entendimento expressado no já mencionado AgInt no AREsp nº 1688684 / SP. Quanto ao primeiro, a subsidiariedade da norma consumerista trazida pelo artigo enfrenta de maneira incorreta a relação e aplicação das duas normas, como mencionado em momento anterior. Cabe ao caso concreto a aplicação simultânea dos dois diplomas legais. Quanto ao segundo, é bem verdade que a Lei nº 9.656/98 traz um regramento específico para uma modalidade de relação de consumo, mas isso de fato não afasta a vulnerabilidade do consumidor, que demanda a aplicação de normas protetivas, muito menos autoriza que em nome disso se privilegie um entendimento que seja prejudicial ao consumidor.

A respeito dessa temática, elucidada Josiane Araújo Ramos¹⁸⁰:

¹⁷⁷ NUNES, op. cit., p. 78.

¹⁷⁸ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ GOMES, op. cit., p. 103.

tendo o constituinte optado pela proteção do consumidor, não cabe ao legislador infraconstitucional limitar sua incidência à mera subsidiariedade. Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor é *Código* (todo construído sistemático), de *Proteção* (ideia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do *Consumidor*. Logo, o que se verifica nos contratos firmados após a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98 é um verdadeiro diálogo das fontes, responsável por otimizar a proteção do usuário do plano de saúde, haja vista que o microsistema normativo dos contratos de saúde privada será complementado pelas regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor, sempre em seu benefício, por ser o sujeito vulnerável da relação

Sendo assim, todos os princípios acima enumerados e toda a sistemática trazida pela legislação consumerista são aplicáveis a relação que é objeto de análise da presente pesquisa. Por conta disso, em um primeiro momento pode-se afirmar que as decisões que privilegiam a taxatividade do rol de procedimentos e eventos da ANS não seriam de fato decisões corretas e que estariam de acordo com o ordenamento jurídico nacional, sendo contrárias as disposições do CDC, conforme se irá demonstrar.

O fato é que, a imprecisão acerca de qual natureza adotar traz desdobramentos concretos para os indivíduos que compõe a relação de consumo na área da saúde suplementar, sendo esse tal ponto que se irá abordar mais especificamente agora.

Sobre este tema, não se deve perder de vista o objetivo primordial de um contrato de plano de saúde e seu conteúdo. O que se busca nesta hipótese é disponibilizar aos consumidores que contratam com operadoras de planos de saúde o acesso aos métodos que visam preservar ou recuperar a saúde do paciente. Nesse sentido, Josiane Araújo Gomes¹⁸¹ descreve:

conforme já demonstrado, o contrato de plano de saúde corresponde ao negócio jurídico firmado entre operadora e usuário, em que este contrata o fornecimento, contínuo e por prazo indeterminado, de produtos e serviços, ou o custeio de tais atividades assistenciais, relativos ao atendimento médico, hospitalar e odontológico dos beneficiários, mediante o cumprimento de contraprestação entregue à operadora

Como o objeto contratual nessa hipótese detém natureza essencial para que haja a manutenção da vida, bem como se alcance a dignidade humana, os contratos firmados no âmbito da saúde suplementar podem ser classificados como contratos existenciais. Com esta classificação, permite-se que tal contrato seja um instrumento que viabiliza a proteção de direitos fundamentais, em específico o direito à saúde.

¹⁸¹ Ibid., p. 127.

Sendo assim, deve ser feita uma ponderação acerca dos interesses existentes nesta relação contratual. Em um polo há a presença de interesse patrimonial da operadora de plano de saúde, contudo, no outro polo há a presença do interesse existencial do consumidor que com ela contratou. A proteção de um interesse patrimonial nunca deve ser superior a proteção do interesse existencial, a proteção do primeiro somente se justifica enquanto ele assegurar a concretização do segundo.

Na prática a proteção do interesse existencialista que tem como fundo o direito fundamental à saúde resta prejudicado, pelo simples fato de que contratos firmados no âmbito da saúde suplementar são contratos de adesão. Ou seja, a elaboração do contrato e suas cláusulas é feita de forma prévia e unilateral pela operadora de plano de saúde, proporcionando a priorização de seus interesses econômicos em detrimento do interesse existencial do consumidor. Neste cenário, o usuário consumidor fica atado, vinculado a discricionariedade da operadora, já que a ele como parte contratante só cabe aderir ao contrato ofertado.

Considerando todos esses fatores, há de se concluir que existe uma grande facilidade para que as operadoras de planos de saúde abusem de todo esse poder visando unicamente aumentar seu lucro, por meio de práticas abusivas. Por conta disso, há uma necessidade de se controlar o conteúdo de tais contratos, razão pela qual o legislador estipulou no artigo 16 da Lei nº 9.656/98¹⁸² os requisitos mínimos para elaboração das cláusulas contratuais.

Mediante isso e levando-se em conta que o interesse existencial, por estar diretamente atrelado ao direito à saúde, deve ser considerado um parâmetro norteador para toda contratação, sob pena de sua extinção. A existência de padronização legislativa do conteúdo do contrato impede que certas limitações retirem ou obstem o fornecimento de serviços que são inerentes à cobertura que foi contratada, que fariam com que o negócio se tornasse irrelevante ao consumidor.

Tendo em vista esse objetivo primordial dos contratos de plano de saúde, a primeira consequência que se pode perceber acerca da indefinição da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS é justamente a insegurança jurídica que resulta daí. Ora, se o mesmo tribunal decide de forma distinta acerca da mesma matéria, como ocorria no presente caso, é claro que haverá insegurança jurídica acerca desta matéria.

Mais que isso, apesar do julgamento dos embargos de divergência ter em tese pacificado a questão no âmbito do STJ, a insegurança jurídica continua a existir tendo em vista que tribunais estaduais ainda podem decidir de forma contrária ao estabelecido pelo STJ,

¹⁸² BRASIL, op. cit., nota 10.

conforme destacado no capítulo anterior. Mais que isso, a decisão dos embargos de divergência não foi unânime, existindo ainda divergência no interior dessa corte, o que demonstra uma resistência a adoção da natureza taxativa do rol, podendo ainda se debater e questionar se tal resposta é realmente a mais eficaz ao presente caso.

Além disso, afetação quanto a prestação do serviço é clara nesse caso, pois a operadora de plano de saúde encontra respaldo jurisprudencial em certa medida que justifique a sua negativa de cobertura de procedimentos que não se encontram previstos no rol da ANS.

Acerca desta temática, cabe destacar o que prevê a norma processual civil, em especial o previsto no artigo 926 do CPC¹⁸³. A redação deste artigo determina que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência, devendo também mantê-la estável, íntegra e coerente. Obviamente que a revisão de entendimentos firmados no âmbito jurídico é plenamente viável e desejável em determinadas situações, tendo em vista que a própria sociedade evolui e clama por mudanças em entendimentos em determinadas ocasiões objetivando uma melhoria na vida comum ou na busca do alcance do que se considera justiça naquele contexto social. Como exemplo de todo esse contexto pode-se mencionar a mudança do entendimento que viabilizou o reconhecimento da união estável em relações homoafetivas e todas as consequências que daí resultaram.

Apesar disso, o cenário que se desenha no contexto da presente pesquisa não se amolda a esse caso, tendo em vista que o que se tem nessa hipótese são verdadeiras decisões conflitantes que foram elaboradas no âmbito do Poder Judiciário.

Dentro desse contexto e de acordo com as características da situação que se delimita, cabe analisar o princípio da segurança jurídica. Trata-se de um princípio constitucional que prevê o respeito ao ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido, visando com isso assegurar estabilidade, previsibilidade e confiança. Com isso, o que se objetiva ao final é justamente a proteção das relações jurídicas.

De acordo com Maria Stella Gregori¹⁸⁴, um dos sentidos desse princípio é garantir aos cidadãos os direitos que são constitucionalmente previstos. Além disso, o princípio da segurança jurídica se relaciona de forma direta com o princípio da proteção da confiança, pois o primeiro detém um aspecto subjetivo que consiste justamente na confiança legítima, ou seja, boa-fé do cidadão que espera e acredita que os atos que são praticados pelo Poder Público

¹⁸³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 25 ago. 2021.

¹⁸⁴ GREGORI, Maria Stella. Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde. *Revista dos Tribunais*, v. 1004, p. 123 – 143, jun. 2019.

considerados como lícitos serão respeitados e conservados, tanto pela Administração Pública quanto por terceiros. Tal concepção surgiu no direito alemão que acabou por influenciar o sistema jurídico pátrio, havendo menção expressa a esses 2 princípios no §4º do artigo 927 do CPC¹⁸⁵.

Acerca da correlação desses 2 princípios cabe menção a lição de Fredie Didier Jr.¹⁸⁶:

o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança são, pois, facetas que se complementam semanticamente: a segurança é a faceta geral da confiança; a confiança, a faceta particular da segurança. Trata-se de relação recíproca estrutural entre os conceitos, que se faz, ainda mais, evidente ao se considerar que o conceito contemporâneo de interesse público não pode estar dissociado do de interesse privado

Neste diapasão, a importância do princípio da proteção da confiança é tamanha que ele pode ser considerado como um dos princípios estruturantes do direito processual civil. Cabe lembrar que toda a sistemática existente nesta área do direito permite que se exerça poder normativo que por sua vez leva a produção de normas jurídicas, que são individualizadas quando consideradas no âmbito de um processo civil. Tal norma serve para regular o caso concreto que foi levado a análise do Poder Judiciário e ainda mais, há a produção de uma norma jurídica geral, pois haverá um modelo que será base para resolução de outros casos futuros semelhantes ao primeiro.

Sobre esse ponto, mais uma vez cabe citar a lição de Fredie Didier Jr.¹⁸⁷ que menciona que “o processo jurisdicional é um produtor de ato normativo, o qual pode, como qualquer ato normativo, servir de base da confiança a ser protegida”. Além disso, considerando que as decisões judiciais têm uma característica peculiar que é a estabilidade adquirida mediante a coisa julgada, que impede uma nova discussão sobre aquele determinado caso, ela também é produzida em contraditório, ou seja, as partes têm o poder de influenciar a decisão final. Isso tudo faz com que essa norma jurídica seja revestida de uma grande confiança.

Tudo isso é afetado quando, mesmo havendo uma decisão em conjunto de duas turmas no mesmo tribunal, a decisão não é unânime. A ausência de uma concordância geral abre brecha para que no futuro tal questão seja novamente discutida, mais ainda, a decisão proferida nos termos em que foi no âmbito do julgamento dos embargos de divergência permite que a temática continue a ser debatida diante de possível exceção em determinado caso concreto.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 171.

¹⁸⁷ Ibid., p. 175.

A questão da uniformização da jurisprudência se relaciona diretamente com a proteção da confiança e segurança jurídica, pois conforme afirma Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁸⁸:

o fato é que o STJ dispõe de instrumentos de uniformização de sua jurisprudência dominante, que têm por objetivo garantir a segurança jurídica, a proteção à confiança e a igualdade de tratamento para situações fundamentadas em idêntica questão de direito. Esses instrumentos abrangem, fundamentalmente, as súmulas (sem caráter vinculante), as teses julgadas com fundamento no art. 543-C do CPC de 1973 ou no art. 1.036 do novo CPC, e as teses jurídicas de valor vinculante em todo o território nacional, previstas no art. 987, § 2º, do novo CPC

Além disso, em se tratando de afetação na área do direito processual civil, a ausência de um entendimento pacificado, conclusivo e de observância obrigatória acerca desta matéria pode vilipendiar outro princípio presente no direito processual civil, a saber a duração razoável do processo. Tal postulado impõe que a decisões judiciais devem se dar em prazo razoável, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88¹⁸⁹.

Ora, enquanto houvesse decisões que apontassem pela impossibilidade de cobertura de procedimento ou evento em razão da ausência de previsão no rol da ANS, entendo ser esse rol taxativo, e de outro lado, decisões que apontassem pela obrigatoriedade da cobertura justamente por ser um rol meramente exemplificativo, permitir-se-ia que a discussão processual evoluísse até chegar à instância do STJ. Somente nesse momento é que haveria uma decisão judicial final dando por encerrada a discussão acerca deste tema. Tal hipótese não ocorria de forma célere, já que não é qualquer problemática que pode chegar a instância do Superior Tribunal de Justiça, fato que confronta diretamente qualquer duração processual que possa se considerar como razoável.

Fora desse aspecto processual, dando enfoque ao âmbito da relação de consumo, outras consequências práticas podem advir dessa discussão jurisprudencial acerca da natureza do rol da ANS.

Além de decisões dispares para casos concretos com a mesma problemática, a negativa tendo em vista ausência de previsão no rol elaborado pela ANS impede que o paciente e consumidor obtenha o tratamento do qual necessita, mesmo que esteja adimplente com o pagamento da contraprestação. Tal fato é resultado de uma conclusão lógica e pode ser observado nos precedentes mencionados nesta pesquisa no primeiro capítulo. Destaca-se que

¹⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. *Revista do Advogado*, São Paulo, nº 141, p. 160-166, abr. 2019.

¹⁸⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

esse cenário irá se repetir outras vezes diante da decisão proferida pelo STJ no julgamento dos embargos de divergência.

Desta hipótese o próximo desdobramento poderia ser o atendimento da necessidade do consumidor por parte do SUS. A justificativa para esta solução seria o entendimento de que o sistema existente na área da saúde se baseia numa relação de complementariedade entre o sistema público e o sistema suplementar, sendo a razão pela qual se usa a nomenclatura saúde suplementar.

Nesta toada, o fato de se abrir a iniciativa privada a possibilidade de atuar no setor da saúde, tendo em vista se tratar de um sistema misto, complementar conforme mencionado acima, não autoriza que o Poder Público repasse a iniciativa privada uma universalidade que lhe é própria, segundo os que defendem essa linha de raciocínio e solução. Não seria possível atribuir aos agentes que atuam na área da saúde suplementar mais deveres do que o próprio Estado detém.

Assim, segundo afirma Felipe Carnellosi Furlaneto¹⁹⁰:

desta feita, é possível afirmar que, quando um procedimento médico-hospitalar solicitado ultrapassa os limites contratuais, não sendo abrangido pela iniciativa privada, constitui-se o dever do Estado de prestar a assistência à saúde, por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, respeitadas as hipóteses excepcionais em que há aplicação do princípio da reserva do possível

Com isso, percebe-se que mediante a disparidade de decisões sobre esta temática pode levar a duas soluções que afetam diretamente o consumidor beneficiário do plano de saúde: ou ele conseguirá ter acesso ao tratamento ou procedimento que necessita em virtude de decisão judicial que lhe é favorável, considerando também os casos de tutela antecipada, ou ainda, não conseguirá ter acesso ao que necessita e poderá ter que levar sua causa ao Sistema Único de Saúde, podendo também ter que arcar com os custos de seu tratamento caso prefira não ir ao sistema público. A afetação do serviço é clara, em uma hipótese o consumidor contrata um serviço, arca com sua contraprestação, porém, não obtém aquilo que contratou.

Ultrapassado este ponto, cabe ressaltar que esta discussão, além de todos os pontos anteriormente mencionados, também atinge diametralmente os princípios supramencionados do direito do consumidor. Diante da importância que o CDC detém no ordenamento jurídico nacional, entender a dinâmica da afetação de seus princípios se mostra necessário para elucidar qual seria a melhor solução para esta discussão.

¹⁹⁰ FURLANETO, Felipe Carnellosi. Direito à saúde e a iniciativa privada: o dever estatal e a limitação dos contratos de planos de saúde. *Revista de Direito Privado*, v. 42, p. 185-243, abr. – jun. 2010.

A primeira análise que pode ser feita é com relação ao princípio da boa-fé objetiva. Considerando que tal princípio é basilar para validade e eficácia contratual, além de integrante da concepção social do direito contratual, a indefinição acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS, ou ainda, a adoção da natureza taxativa de tal rol, afeta diretamente o que preleciona tal princípio e abre portas para uma conduta que o vilipendia, justamente por parte daqueles que lucram com tal sistema.

Além de ser uma cláusula geral em todos os contratos, o princípio da boa-fé objetiva impõe uma conduta de lealdade e colaboração entre as partes, para que assim se alcance os fins para os quais aquele contrato foi formado. Como já mencionado, esse princípio agrega a noção de equilíbrio contratual que, necessariamente, deverá estar presente em todas as fases contratuais.

Mais que isso, tal princípio detém de função integrativa, já que a boa-fé objetiva é fonte de deveres anexos. Considerando que há possibilidade de não ser obrigatória a cobertura de determinado procedimento que não esteja na lista da ANS, justamente em razão dessa ausência, por parte das operadoras de plano de saúde, há de se concluir pela violação de pelo menos dois deveres anexos trazidos pela boa-fé objetiva.

O primeiro deles é o dever de cooperação entre as partes que impõe as partes o dever de agir com lealdade e de maneira positiva para que se alcance a finalidade contratual. Ora, a finalidade precípua de um contrato de plano de saúde é justamente garantir ao beneficiário consumidor que contrata com a operadora o tratamento de saúde que ele necessita, desde que haja pagamento de um prêmio mensal.

Considerar que a cobertura pode ser inviabilizada diante de uma questão jurisprudencial que opta pela natureza taxativa do rol, posição que favorece e acoberta essa atitude por meio das operadoras de plano de saúde, atinge diretamente esse dever anexo. A ausência de cobertura do tratamento de saúde impede que tal contrato alcance sua finalidade, havendo, assim, o descumprimento do dever de cooperação.

Ademais, a boa-fé objetiva também traz como dever anexo o dever de cuidado. Importante destacar que tal dever impõe que ambas as partes de um contrato devem prezar pela preservação da outra parte contra danos patrimoniais e, inclusive, contra danos pessoais que abarcam danos morais ou físicos. Permitir que não haja cobertura em razão de entendimento jurisprudencial que favorece esta atitude aniquila este dever anexo, tendo em vista que possibilita danos à saúde do beneficiário consumidor, já que não terá o procedimento de que tanto necessita, podendo em certos casos ter que contar com o sistema público que muitas vezes

é falho, além de poder lhe causar um dano de ordem moral, tendo em vista todo o estresse e pressão causados por tal situação, que ultrapassam o mero aborrecimento.

O segundo princípio que cabe menção sobre esse espectro de análise é justamente o princípio da função social dos contratos. O que se busca com ele é tentar trazer equilíbrio para uma relação que sempre foi dispare, tendo em vista a enorme diferença entre consumidor e fornecedor, seja em questão de conhecimento técnico ou financeiro.

Diante disso, este princípio se relaciona diretamente com o princípio do equilíbrio econômico do contrato, que também deve ser considerado, uma vez que assegura, segundo Josiane Araújo de Gomes¹⁹¹, “a justiça contratual, isto é, a relação de paridade nas relações comutativas, de sorte que as prestações estipuladas em favor de uma parte não leve a outra ao cumprimento de uma obrigação excessivamente onerosa, desproporcional a vantagem auferida pela primeira”.

A partir da união entre esses dois princípios é que há a possibilidade de relativização do *pacta sunt servanda*. O que se visa é manter um balanceamento e uma paridade entre as partes. Tal concepção notadamente não pode ser aferida em um cenário em que se permite que o consumidor beneficiário de um plano de saúde não obtenha cobertura que necessita, em razão dos motivos já expostos. O ônus para essa parte será diametralmente desproporcional com a vantagem que a outra obtém do contrato. Em outras palavras, o que se privilegia com a permissão de uma ausência de cobertura é justamente o aferimento de lucro, o interesse econômico do contrato, em prejuízo do direito à vida e à saúde.

Tal comportamento é claramente inviável se considerado o Estado Democrático de Direito no qual a sociedade se enquadra. Há de se recordar que a dignidade da pessoa humana e valores sociais também são fundamentos da República Federativa brasileira, assim como os fundamentos capitalistas. Mais que isso, a relação contratual que se tem nos tempos atuais não pode ser analisada pelo mesmo viés que antigamente, como leciona Josiane Araújo Gomes¹⁹²:

credor e devedor não são mais posições antagônicas, como eram na teoria clássica, pois, sendo complexa a relação obrigacional, ambos estão sujeitos a direitos potestativos, ônus jurídicos e expectativas jurídicas, não se resumindo no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação

Sendo assim, percebe-se que toda a discussão em que se baseia esta pesquisa, além de ter uma afetação doutrinária, também impacta diretamente a relação de consumo existente entre

¹⁹¹ GOMES, op. cit., p. 160.

¹⁹² Ibid., p. 156.

as partes contratantes. A inexistência de cobertura possibilitada por uma ausência de definição acerca de qual a natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS gera desde danos físicos e morais aos consumidores, danos patrimoniais àqueles que terão que arcar com o procedimento negado pela operadora de plano de saúde ou muito ainda, uma busca pelo sistema de saúde pública que já se encontra sobrecarregado, além de lesionar e gerar inobservância de diversos princípios do direito do consumidor, além de princípios processuais.

Toda essa problemática também afeta diretamente outra dimensão social, a saber: a prestação da tutela jurisdicional. O ponto central de todas as consequências observadas neste item é justamente que, havendo negativa de cobertura por parte do fornecedor e existindo a possibilidade de se enquadrar como exceção à regra definida pelo STJ, é fato certo que o consumidor irá buscar a tutela jurisdicional para solucionar seu problema, tendo em vista que muitas vezes o tempo é fator crucial, sendo que essa temática será observada na seção que se segue.

2.2. Judicialização da saúde: a busca do consumidor pela tutela jurisdicional em razão da negativa de cobertura pautada na natureza taxativa do rol de procedimentos e eventos

Diante de todo debate acima mencionado e considerando as regras que se impõe no tratamento da relação objeto desta pesquisa, a negativa de cobertura de procedimento ou evento ao qual o consumidor necessite em razão da natureza no rol da ANS acarreta a busca pela tutela jurisdicional. Ora, o consumidor se sentindo lesado em seu direito e buscando obter o procedimento do qual entende ter direito e, em certos casos com urgência diante de um risco de vida, vai justamente ao Poder Judiciário buscar o que percebe lhe ser devido.

Além de todo os descumprimentos mencionados no item anterior, levando em conta os deveres anexos a boa-fé objetiva e outros postulados trazidos pela proteção do consumidor, a busca por uma solução em vias judiciais tem como consequência também a judicialização do direito fundamental a saúde. A análise deste fenômeno perpassa antes de mais nada pelo exame da judicialização da saúde em seu viés público, pois há de se lembrar que o direito à saúde consiste em um direito fundamental previsto na CRFB/88¹⁹³, devendo ser abordada tal temática neste momento.

¹⁹³ BRASIL, op. cit., nota 1.

Para entender a judicialização da saúde se faz necessário, em um primeiro momento, entender no que consiste a judicialização e quais são suas causas, devendo se entender também as peculiaridades do caso brasileiro. Segundo Luis Roberto Barroso¹⁹⁴:

judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade

Assim, o fenômeno da judicialização envolve justamente transferir o poder de decisão sobre assuntos políticos e sociais pertencentes aos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Entre suas causas encontra-se o processo de redemocratização pelo qual o Brasil passou e que trouxe impactos sobre o Poder Judiciário, já que os membros da magistratura recuperaram suas garantias, o que tornou possível que tal faceta do Poder realmente ascendesse como poder político. Com isso, o Poder Judiciário tornou-se capaz de fazer valer as diversas leis e a Constituição, sendo também procurado pelos cidadãos que tencionavam a proteção de seus direitos e sua efetivação.

Outra causa que cabe ser mencionada é justamente a constitucionalização abrangente, ou seja, temas que antes eram delegados ao plano do processo político por meio da legislação ordinária, passaram a ser tratados diretamente no texto constitucional. Segundo Luis Roberto Barroso¹⁹⁵, “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”. Tal fato possibilita que uma questão que é prevista como norma constitucional, como direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente saudável, possa se tornar uma pretensão jurídica a ser exigível por meio de demanda judicial. A consequência disso é que a análise e debate sobre políticas públicas se dará no âmbito do Poder Judiciário, em vez das instâncias convencionais.

Por fim, outra causa para o fenômeno da judicialização consiste no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, considerado como um dos mais abrangentes do mundo jurídico. Tal sistema resulta na combinação de dois outros sistemas: europeu e americano, sendo por esse motivo classificado como híbrido ou eclético. Dentro desse sistema é possível que um juiz ou tribunal desconsidere a aplicação de determinada lei, que detém presunção de

¹⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁹⁵ Ibid.

legitimidade por ter sido elaborada dentro de um processo legislativo previsto pela CRFB/88¹⁹⁶ e por representantes eleitos pelo povo, por considerá-la inconstitucional, ou seja, contrária a norma da CRFB/88, sendo esse o modelo americano. Ao mesmo tempo e dentro desse mesmo cenário, determinadas matérias que abordem inconstitucionalidade podem ser submetidas a análise de forma direta e em tese ao Supremo Tribunal Federal, controle que se dá por meio de ação direta pertencente ao modelo europeu.

Raquel Marinho Chrizostimo Portella e Zenith Rosa Silvino¹⁹⁷ destacam que tal fenômeno não é exclusivo de um cenário brasileiro e sim pertencente a um cenário mundial, em que há justamente uma transferência do poder político aos tribunais que cada vez mais decidem questões relacionadas a diversos temas como políticas públicas na área da saúde ou educação, por exemplo.

Nesta toada, cabe destacar que a judicialização consiste em um cenário que decorre do modelo constitucional adotado e que difere do ativismo judicial, esse, por sua vez, consiste em uma tomada de decisão, uma escolha de interpretar a norma constitucional de uma forma abrangente, tanto do sentido quanto do alcance de suas normas. De toda forma, é inegável que diante do cenário que se delimitou, a importância do papel do Poder Judiciário teve um crescente aumento, que foi resultado da ampliação de sua participação em problemáticas que envolvem questões políticas consideradas de extrema importância para a sociedade. Como consequência dessa dinâmica, os papéis de cada um dos poderes obtiveram uma nova configuração.

Assim, se forma a chamada judicialização da política, uma dinâmica em que o Poder Judiciário é instado a se pronunciar, debater e garantir eficácia a questões e assuntos relativos aos direitos assegurados pela norma constitucional, levando, em última instância, a decidir sobre assuntos políticos. Conforme destacam Raquel Marinho Chrizostimo Portella e Zenith Rosa Silvino¹⁹⁸, “na intenção de garantir à comunidade os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, a política se judicializa”.

Nesse diapasão, quando um indivíduo busca a tutela jurisdicional com o intuito de obter uma solução a uma questão relativa à saúde, seja no âmbito público ou de saúde suplementar, e que não é atendida por outras esferas de poder, é que se tem a judicialização da saúde. A busca pela saúde está umbilicalmente ligada a melhoria da qualidade de vida, não há

¹⁹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹⁷ PORTELLA, Raquel Marinho Chrizostimo; SILVINO, Zenith Rosa. *Judicialização: análise normativa e judicial sobre saúde suplementar*. Curitiba: Appris, 2021, p. 122.

¹⁹⁸ Ibid., p. 123.

como se falar em direito à vida e dignidade da pessoa humana se tais conceitos forem desassociados do direito à saúde, cabe recordar que este último é um direito fundamental e que por si só já goza de proteção jurídica.

Essa atuação do Poder Judiciário que garante direitos fundamentais ignorados por outras esferas do poder se enquadra justamente no papel representativo que o Supremo Tribunal Federal detém, em especial no caso de omissões legislativas que afetam diretamente os direitos previstos pela norma constitucional. Conforme afirmam Mônica Clarissa Henning Leal e Rosana Helena Maas¹⁹⁹:

nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal representa a sociedade, pois, na incumbência de garantir e de concretizar os direitos fundamentais, acaba assim agindo. Diante dessa perspectiva, monta-se a face de um “Tribunal Social”, cunhada na expressão de Häberle (2004, p. 13), quando se refere ao Tribunal Constitucional alemão como um Tribunal Político

Cabe destacar que tal atuação também se encontra respaldada no regramento constitucional, tendo em vista que o artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88²⁰⁰ determina que nenhuma causa, seja lesão ou ameaça de lesão a direitos, pode ser excluída da apreciação jurisdicional por meio de lei. Havendo violação de direitos fundamentais por meio de políticas públicas, resta óbvio que a participação judicial se encontra justificada, não havendo outra saída em razão dos princípios da inafastabilidade e indelegabilidade. Submetida uma causa a apreciação judicial, não restará outra opção que não seja a sua apreciação.

De fato, é isso que ocorre com as demandas que versam sobre saúde. Este debate envolve diferentes fatores, entre eles a relação entre a tríade direito, política e Poder Judiciário. As causas podem ser as mais diversas, entre elas a falta de investimentos em saúde, avanço da medicina, postura ativa e concretizadora de direitos fundamentais por parte do jurisdicionado e no caso da presente pesquisa: divergência acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS, além da necessidade de análise do caso concreto e de suas particularidades.

Como foi anteriormente mencionado, em um primeiro momento cabe o exame da judicialização da saúde em sua esfera pública. Neste contexto encontra-se a colisão entre os postulados do mínimo existencial e a reserva do possível, dignidade da pessoa humana frente à separação dos Poderes e microjustiça *versus* macrojustiça.

¹⁹⁹ LEAL, Mônica Clarissa Henning; MAAS, Rosana Helena. *Judicialização da saúde e controle jurisdicional de políticas públicas: entre informação e participação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, [e-book].

²⁰⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

A possibilidade de se exigir alguma prestação relativa à saúde foi possível frente a redação da CRFB/88²⁰¹, resultado de um contexto de redemocratização do país. Contudo, estruturação básica do sistema de saúde remonta ao ano de 1930, com a criação do Ministério da Educação e Saúde Básica, havendo ações de prevenção e combate a doenças, bem como execuções de ações curativas. Apesar disso, a saúde pública não se caracterizava por ser universal nesse período, havia restrições de forma que em um primeiro momento era necessário contribuir para institutos de previdência para que se tivesse acesso a ações curativas e em um segundo momento, era necessário integrar o mercado formal de trabalho, fato que não ocorria naquela época para maioria das pessoas.

Assim, percebe-se que a saúde como saúde de alcance universal e como direito fundamental só pode ser caracterizada assim a partir da redação da CRFB/88²⁰². Além disso, segundo o regramento constitucional, a competência para legislar acerca deste assunto é concorrente entre União, Estados e o Distrito Federal, cabendo aos Municípios exercer a função complementar, sendo a competência para sua execução comum entre eles. Tal estrutura reflete que entre os entes há uma obrigação de cunho solidário e uma divisão de responsabilidades.

Importante destacar que em 1990 foi editada a Lei nº 8.080/90²⁰³ que trouxe a estrutura e modelo operacional do Sistema Único de Saúde, SUS. A partir desse momento, o acesso ao atendimento médico-hospitalar se configurou da forma como existe na atualidade: universal e sem exigência prévia de qualquer cunho.

A judicialização da saúde pública no cenário nacional e a conseqüente interferência do Poder Judiciário nesta seara somente se deu a partir dos anos 90. Por mais que houvesse um sistema estruturado com divisão de competências e responsabilidades, a existência de ínfimos investimentos aliados a ausência de controle desses investimentos e repasses impedia que os indivíduos obtivessem o efetivo acesso a saúde pública de qualidade.

Nos primórdios da judicialização da saúde pública, o que se pretendia com demandas acerca desta temática era o acesso a medicamentos. Em um primeiro momento o entendimento dos tribunais sobre esta temática era de que as normas constitucionais que estabeleciam o direito à saúde como um direito fundamental eram normas meramente programáticas, sem nenhuma avaliação ou julgamento sobre uma dimensão objetiva ou mínimo existencial.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid.

²⁰³ BRASIL. *Lei nº 8.080/90*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 06 set. 2021.

A mudança desse entendimento veio com as demandas ajuizadas por portadores do vírus da imunodeficiência humana, HIV. Conforme afirma Ronei Danielli²⁰⁴:

na década de 1990, as demandas individuais e, na sequência, coletivas, buscando o fornecimento de medicações imprescindíveis ao tratamento da síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS), inundaram o Poder Judiciário, forçando a reflexão acerca da exigibilidade do direito à saúde e sua extensão

O *leading case* acerca desta temática foi o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS²⁰⁵. Neste julgado foi firmado o entendimento de que consistia em dever de o Estado fornecer medicamento aos pacientes portadores do vírus da imunodeficiência humana, HIV. Além disso, também foi firmado o entendimento de que o direito à saúde detinha um caráter fundamental, sendo uma prerrogativa jurídica indisponível e assegurada à generalidade de pessoas pela CRFB/88²⁰⁶.

O raciocínio de que o direito à saúde era indissociável do direito à vida impulsionou o entendimento de que era admissível a aplicabilidade imediata e direta de normas constitucionais que positivavam tal direito. Com isso, ao longo do tempo o entendimento de que o direito à saúde era uma prestação do Estado foi abrangido de tal forma que diversos outros pedidos, não somente medicamentos, foram demandados ao Poder Judiciário, tais como tratamentos de alto custo, tratamentos no exterior, prestação de fraldas, entre outros.

Dentro desse cenário é que em 2009 ocorreu uma audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal que buscava critérios e informações para pautar sua atuação. Segundo Mônica Clarissa Henning Leal e Rosana Helena Maas²⁰⁷:

a audiência pública da saúde foi convocada por ser considerada estratégica e fundamental para o julgamento de uma série de ações em tramitação no Supremo Tribunal Federal, todas questionando o dever do Estado na criação de vagas em Unidades de Terapia Intensiva e em hospitais, no fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos, especialmente nos casos em que um único tratamento implica montantes elevados, além de situações em que o tratamento necessário não está previsto nos Protocolos do SUS

²⁰⁴ DANIELLI, Ronei. *A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, [e-book].

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 13 set. 2021.

²⁰⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰⁷ LEAL; MAAS, op. cit.

Não se deve esquecer que no âmbito da judicialização da saúde pública a limitação do orçamento público e alocação de recursos são dois fatores que fazem parte do debate deste tema. Por muitas vezes decisões que concedem tratamentos ou medicamentos quando se trata de saúde pública sofrem fortes críticas por não ser o Poder Judiciário que lida com a gestão pública dos orçamentos. Ou seja, em certa medida se desloca um recurso destinado a um fim para atender a outro, podendo se concretizar uma microjustiça em prol de uma macrojustiça.

Raquel Marinho Chrizostimo Portella e Zenith Rosa Silvino²⁰⁸ chamam atenção com relação a esse ponto:

assim, verifica-se que o direito está interligado com a economia, pois deve-se pensar na realização plena dos direitos fundamentais em conjunto com a forma como serão custeados, o que é considerado como reserva do possível. Violado o mínimo existencial, é plausível a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, o que se revela com a judicialização dos direitos, ainda que não exista lei ou atuação administrativa

Por mais que em certa medida a atuação do Poder Judiciário tenha pontos positivos, tendo em vista que no final das contas haverá a concretização de direitos fundamentais, existe também um lado negativo desta atuação. Alterar o que já tinha sido planejado no orçamento público gera um dano reflexo em algum outro ponto que necessite de recursos públicos, como a educação ou até mesmo a própria área da saúde. No final das contas, quando se trata de judicialização da saúde pública não há decisão que seja totalmente satisfatória, que não gere nenhum dano em algum ponto.

Ao se tratar da judicialização da saúde na esfera privada o mesmo problema torna a acontecer, com preceitos diferentes já que em se tratando de operadoras de planos de saúde não há que se falar em orçamento público. Contudo, a questão financeira também é considerada e debatida nesta seara, tendo em vista que aqueles que operam na área de saúde suplementar não o fazem por caridade, há um objetivo certo, o qual seja, gerar lucro e ainda sim arcar com os custos de sua operação. A problemática existente pode ser considerada a mesma, mas com uma roupagem diferente.

Neste cenário, as partes em uma relação processual que trata da judicialização da saúde suplementar também mudam. Se na judicialização da saúde pública em um dos polos processuais estaria o indivíduo que pleiteia obter com a decisão algo relacionado a saúde pública e, no outro polo, um dos entes da federação, nas demandas que tratam de saúde suplementar o polo que é demandado muda. As operadoras de plano de saúde é que ocupam

²⁰⁸ PORTELLA; SILVINO, op. cit., p. 127.

um dos polos, enquanto o outro é ocupado não por qualquer indivíduo, mas pelo usuário que com ela contratou.

Como já mencionado na primeira seção deste capítulo, essa relação configura como sendo de consumo, tendo em vista as características de cada parte e do objeto contratual que dá início a essa relação. Desta feita, conforme afirmado pela Súmula nº 608 do STJ²⁰⁹, a esse tipo de relação se aplica todo o regramento previsto nas normas do consumidor.

Enquanto a judicialização da saúde pública perpassou pela possibilidade de se exigir ou não do Estado o direito à saúde, considerando uma norma programática e a aplicabilidade imediata e direta de normas constitucionais que positivavam o direito a saúde, não se pode negar que no âmbito da judicialização da saúde privada em certa medida essa análise do direito fundamental à saúde também ocorre. Contudo, conforme anteriormente mencionado, a roupagem é distinta.

A judicialização da saúde suplementar envolve, além do direito à saúde, toda a normativa trazida pela lei consumerista, a consideração de que se trata de um contrato firmado por partes com um objeto definido e, em certa medida, os limites da cobertura contratual, objeto desta pesquisa quando considerada a natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS.

Interessante destacar que, conforme mencionado por Candice Lovecat Galvão Jobim e Ramiro Nóbrega Sant'Ana²¹⁰, há um crescimento recente e célere de demandas que são ajuizadas contra operadoras de planos de saúde. Mencionando os levantamentos realizados por Clênio Shulze²¹¹, pode se constatar um crescimento de 231% em 4 anos de demandas nesse sentido. Observa-se que:

no ano de 2015 foram “293.449” ações descritas como “Planos de saúde 52(direito do consumidor)”, que perfaz o item descritivo mais comum para demandas relativas à saúde suplementar. Quanto ao mesmo item, no ano de 2016, “427.267”; em 2017, “564.090” e em 2018, “677.897”

Com isso, pode-se observar que cada vez mais o Poder Judiciário é instado a solucionar as demandas propostas por consumidores contra as operadoras de planos de saúde para dirimir questões acerca da saúde suplementar. É bem verdade que diversos podem ser os assuntos tratados por essas demandas, mas a necessidade de decisões que caminhem no mesmo sentido e que privilegiem todo o regramento constitucional e as normas do direito do consumidor é clara.

²⁰⁹ BRASIL, op. cit., nota 50.

²¹⁰ BOAS, Marco Villas (Org.); CECHIN, José (Org.). *Judicialização da saúde*. Palmas: Esmat, 2020, [e-book].

²¹¹ SHULZE apud Ibid.

Para tornar um pouco mais palpável a questão da judicialização da saúde suplementar e os objetivos que os consumidores buscam ao ajuizar suas demandas, cabe mencionar também a pesquisa realizada por Raquel Marinho Chrizostimo Portella e Zenith Rosa Silvino²¹² que analisou 3.016 casos julgados pela 26ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no período de 2015 a 2017.

De acordo com os resultados da pesquisa, pode-se afirmar que em 98% dos casos as demandas eram ajuizadas por pessoas físicas, sendo somente 2% dos casos foram ajuizados por pessoas jurídicas. Em específico, considerando as demandas em que consumidores pleiteiam algum tipo de serviço o número total de casos foi de 925, 100%, sendo que o número de casos envolvendo cirurgias era de 321, 34,7%. Se forem consideradas demandas em que os consumidores pleitearam produto e serviço o número de casos foi de 203, 100%, sendo que desse número, 136 casos, ou seja, 67%, objetivava cirurgia, material necessário, tratamento e medicamento.

Resta claro então que a participação do Poder Judiciário no que tange à concretização do direito à saúde não se restringe somente à saúde pública, há uma crescente participação nesse sentido também para a área da saúde suplementar. Esta participação é resultado direto das arbitrariedades praticadas pelos agentes que atuam na área da saúde suplementar com condutas consideradas abusivas e que prejudicam os consumidores, tendo em vista que não cumprem os contratos firmados, restringindo a prestação do serviço.

O ponto problemático desta dinâmica, tendo como enfoque o objeto desta pesquisa, reside justamente no fato de o próprio Poder Judiciário não ter um entendimento pacificado acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS. A ausência de uma natureza definida afeta diretamente a forma como o serviço é prestado, pois, como já foi destacado anteriormente, esta indefinição abre margem para negativa de cobertura por parte das operadoras dos procedimentos que elas entendem não serem devidos ao consumidor, buscando dessa forma obter uma economia de seus recursos.

Tal conduta faz com que o consumidor busque tutela jurisdicional visando obter o tratamento que ele entende ser devido, também baseado nessa ausência de pacificação do entendimento já que parte da jurisprudência defende que o rol seja exemplificativo, resultando assim na chamada judicialização da saúde. Mais que isso, enquanto não houver uma definição concreta desse conceito, seja na esfera do Poder Judiciário ou por meio de alguma alteração legislativa que preveja expressamente a natureza taxativa ou exemplificativa do rol, esse

²¹² PORTELLA; SILVINO, op. cit., p. 129.

sistema se retroalimenta, pois enquanto as operadoras puderem negar cobertura com base nessa justificativa, os consumidores também continuarão a propor suas demandas, o que implicará na necessidade de um pronunciamento judicial sobre essa temática, que pode ser tanto em um sentido, pela taxatividade, quanto em outro, pela natureza exemplificativa.

Acerca desse ponto, relacionando a judicialização da saúde e o sistema de precedentes nacional, Rodrigo Fux²¹³ chama atenção sobre um importante aspecto durante sua palestra na 3ª reunião do fórum permanente de saúde pública e acesso à justiça da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. A ausência de uma jurisprudência estável sobre determinada matéria gera dúvida, essa dúvida impulsiona o ajuizamento de demandas visando justamente sanar esse questionamento. Nesse ponto, destaca-se a importância dos precedentes como indutores de comportamento, estímulo e desestímulo de condutas, de forma que, havendo um precedente estável sobre determinado assunto, o consumidor e seu advogado já sabem de antemão o que esperar e, de forma clara, quais seriam seus direitos. Contudo, a sua ausência também induz a um comportamento, qual seja, o ajuizamento de demandas. Assim, conforme acima mencionado, inexistência de um entendimento pacífico sobre a natureza do rol de procedimentos da ANS gera uma dúvida, natureza taxativa ou exemplificativa, e a solução para essa dúvida vem na forma do ajuizamento de uma demanda visando uma resposta.

Destaca-se que tal cenário continuará a existir mesmo depois do julgamento dos embargos de divergência pelo STJ. Como já foi anteriormente mencionado, existindo ainda uma divergência interna dentro do próprio tribunal, ainda haverá possibilidade de se reascender tal debate. Mais ainda, enquanto for viável que tribunais estaduais possam ter entendimento divergente, como no caso mencionado no capítulo anterior com relação ao Tribunal Estadual de São Paulo, a questão está longe de ser elucidada.

Dentro deste debate é certo que a análise de temas que não podem ser reduzidos de maneira simplista, pois além da relação contratual firmada pelas partes há o objeto desse contrato, que em linhas gerais pode ser resumido como o direito à saúde do usuário consumidor. Em razão disso, a interpretação desses contratos deve ser feita de uma forma particular e específica. A autonomia privada neste caso específico é limitada em razão da incidência imediata e direta do direito à saúde, ou seja, um direito fundamental assegurando pela CRFB/88²¹⁴.

²¹³ ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 3ª reunião do fórum permanente de saúde pública e acesso à justiça. *Temas de saúde suplementar*. Rio de Janeiro: Emerj, 2021.

²¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

Além disso, como anteriormente mencionado, a problemática também envolve a limitação da cobertura dos contratos referentes a prestação do serviço por parte das operadoras. Há de se recordar que a Lei nº 9.656/98²¹⁵ em seu artigo 10 traz a previsão de cobertura para todas as doenças constantes na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, CID, conforme foi dito. Tal cobertura se refere ao plano de referência, que inclui todas as segmentações de planos de saúde.

Quanto aos planos segmentados, apesar da segmentação, também se impõe a observação da CID, porque conforme esclarece Josiane Araújo Gomes²¹⁶:

a segmentação da cobertura não exclui a obrigatoriedade de abrangência de todas as doenças catalogadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), mas sim apenas limita o rol de modalidades de procedimentos que serão disponibilizados/custeados pela operadora – por exemplo, a contratação de um plano com atendimento exclusivamente ambulatorial não cobre o custeio de internação hospitalar

Com isso, percebe-se que a atitude das operadoras que enseja diversas demandas dos consumidores buscando a tutela de seus direitos contraria expressamente a previsão legal, assim como a decisão do STJ sobre a natureza do rol, pois o limite de cobertura em nada se refere ao de procedimentos e eventos da ANS. A menção que se faz é justamente à classificação criada pela Organização Mundial da Saúde, OMS, isso tanto para os planos referência quanto para planos segmentados.

Acerca deste ponto deve-se fazer consideração aos procedimentos de cobertura não obrigatória segundo o referido artigo 10. O §1º do referido artigo traz previsão de que a ANS detém competência para regular as hipóteses de procedimentos cuja cobertura não é obrigatória, por meio de suas resoluções. Neste ponto a norma legal é clara quando atribui a agência esta hipótese regulamentar.

Sobre esse aspecto, contudo, deve-se atentar para possibilidade de se questionar tal competência, já que, como se debate na presente pesquisa, tal hipótese pode afrontar diretamente a finalidade do contrato e seu objeto, além de impedir uma proteção concreta do consumidor. Segundo Aurisvaldo Sampaio²¹⁷:

o problema consiste em interpretarem-se as referidas normas como se houvessem outorgado à ANS poderes para definir, num elenco exaustivo, os procedimentos e eventos em saúde cuja cobertura é obrigatória, ficando excluídos dessa obrigatoriedade aqueles que não ingressarem na listagem. Aliás, a própria Agência

²¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 10.

²¹⁶ GOMES, op. cit. p. 211.

²¹⁷ SAMPAIO apud ibid., p. 212.

assim interpreta os dispositivos legais que lhe atribuem a incumbência de definir o mencionado rol, para gáudio das operadoras. A situação tem ocasionado inúmeros litígios, uma vez que as operadoras recusam-se peremptoriamente a cobrir os procedimentos e eventos não relacionados pela ANS

Ora, é claro e evidente que se tal discussão é viável para procedimentos que não são considerados nem como cobertura obrigatória, o debate desta temática acerca daqueles que são considerados como obrigatórios justifica toda demanda proposta pelos consumidores em busca de seus direitos. Deve-se observar em última instância a previsão legal de cobertura abrangente, não sendo possível que uma norma administrativa, que detém condição hierárquica inferior, limitar algo que a legislação não limitou.

Ademais, os consumidores que buscam a tutela jurisdicional, além de formularem pedidos referentes aos procedimentos que necessitam e que lhe foram negados, podem pleitear também indenização por danos morais que entendam ter sofrido. Sobre esse ponto, conforme afirmam Raquel Marinho Chrizostimo Portella e Zenith Rosa Silvino²¹⁸:

frisa-se que, além de danos patrimoniais, os usuários sofrem danos morais, que são aqueles derivados de desordem moral, ligada à dignidade das pessoas, que ocorrem com frequência, principalmente por se tratar de itens ligados à área da saúde, que deveriam ser oferecidos com eficiência e qualidade à população. Esse ressarcimento dos danos morais e patrimoniais é plenamente garantido pelo Código de Defesa do Consumidor

Não obstante o pedido relacionado ao procedimento médico de que necessita, toda essa tratativa entre o usuário e a operadora de plano de saúde e a consequente negativa de cobertura justifica, aos olhos do consumidor, o pedido de indenização por danos morais sofridos. Afinal, como bem ressaltaram as autoras, em ações desse tipo o que se tutela é o direito à saúde que, além de direito fundamental, está necessariamente ligado ao direito à vida e que pode gerar como consequências abalos a moral e a psique do indivíduo.

Sobre a possibilidade da indenização por danos morais sofridos pelo consumidor, cabe ressaltar que conforme o inciso VI do artigo 6º do CDC²¹⁹, é plenamente possível a reparação de eventuais danos moras sofridos pelo consumidor. Nesse sentido, conforme entendem Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves²²⁰:

de uma mesma situação danosa terá o consumidor direito à reparação por danos morais, aqueles que atingem seus direitos da personalidade. Não se pode esquecer que a Súmula 37 do STJ admite a cumulação, em uma mesma ação, de pedido de reparação

²¹⁸ PORTELLA; SILVINO, op. cit., p. 160.

²¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 32.

²²⁰ TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 71.

de danos materiais e morais, decorrentes do mesmo fato, o que tem plena aplicação às relações de consumo

Como se percebe nada impede que o consumidor busque a tutela jurisdicional objetivando uma solução para dois problemas interligados: obter a cobertura que necessita e obter uma indenização por dano moral que decorre justamente dessa negativa. A lesão aos direitos da personalidade do consumidor consiste em outra consequência que advém da negativa das operadoras em fornecerem cobertura aos procedimentos que lhe são necessários, também sendo um resultado da indefinição da jurisprudência a respeito da natureza do rol da ANS.

Delimitado o debate e analisado os fundamentos e razões para a judicialização da saúde, resta claro que a pacificação do entendimento acerca da matéria desta pesquisa, além de trazer benefícios aos consumidores, pois iria-se coibir ações abusivas das operadoras em certa medida, também traria impacto positivo a atividade jurisdicional. A desjudicialização da saúde seria importante instrumento para melhoria da atuação do Poder Judiciário, sendo esse um desafio que recai sobre toda a sociedade, pela busca de formas alternativas para solução dos conflitos envolvendo esse tema.

Nesse sentido, para que a desjudicialização da saúde possa se tornar uma realidade, Maria Stella Gregori²²¹ afirma que “é importante que a regulação avance no sentido de ampliar o rol de procedimentos editados pela ANS, para a cobertura de todas as doenças previstas no CID 10, da Organização Médica da Saúde”. Tal medida urge ser efetivada para que assim possa-se desafogar o sistema judicial desse tipo de demanda, além de se garantir ao consumidor ampla proteção que a própria CRFB determina.

Importante lembrar que a judicialização não é somente um fenômeno brasileiro, ocorre em larga escala mundial, devendo sempre se ter em mente as particularidades e peculiaridades do sistema brasileiro. Diversos problemas se inserem na judicialização da saúde, seja ela pública ou privada, e que demandam diversas soluções, cada uma atendendo a particularidade de seus problemas origem.

Mais que isso, cada resposta ou solução encontrada para um problema que envolva a judicialização da saúde complementar deve em última instância garantir efetividade ao direito à saúde. Conforme afirmam Raquel Marinho Chrizostimo Portella e Zenith Rosa Silvino²²² “o direito social da saúde por meio da assistência complementar também deve ser garantido, visto

²²¹ GREGORI, op. cit., 2019b.

²²² PORTELLA; SILVINO, op. cit., p. 127.

que decorre da ausência da prestação do Estado e gestão da esfera privada deve assegurar aos usuários de planos de saúde a prestação dos produtos e serviços contratados”.

Assim, buscando a melhor solução para a controvérsia acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS, tendo em vista a relevância do tema e benéficos que iriam advir de uma definição concreta dessa temática, é que se passa para análise das duas correntes, natureza taxativa ou exemplificativa, com vistas ao direito à saúde como direito fundamental e considerando todo o arcabouço teórico trazido na presente pesquisa.

3. ANÁLISE DO POSICIONAMENTO MAIS FAVORÁVEL A CONCRETIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Com a análise das consequências e implicações da discussão acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS, em especial, considerando a temática da judicialização da saúde, faz-se necessário então analisar qual posicionamento é apto a concretizar e efetivar o direito à saúde. O debate não seria possível de outra forma, tendo em vista que o direito à saúde por si só consiste em direito fundamental, além de ser indissociável e intimamente interligado à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida. Sendo assim, em uma primeira sessão será feito um exame acerca dos direitos fundamentais com um enfoque exclusivo acerca do direito à saúde, sua conexão com a dignidade da pessoa humana e sua importância diante do cenário atual.

Em um segundo momento, será feita análise acerca da natureza taxativa do rol de procedimentos e eventos da ANS e suas implicações ao direito à saúde, retomando e abordando conceitos que baseiam a defesa dessa tese e os benefícios que daí decorrem. Já na terceira seção, o enfoque será na natureza exemplificativa do rol da ANS e quais implicações surgem para o direito à saúde, abordando-se todos os pontos que baseiam a defesa dessa tese, bem como, quais benefícios daí decorrem.

3.1. Direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana e direito à saúde, sua importância diante do cenário atual

Conforme já foi abordado no primeiro capítulo desta pesquisa, os direitos fundamentais exercem importante papel na relação entre indivíduo e Estado, bem como entre indivíduos, aplicando-se isso inclusive ao direito à saúde. O histórico dos direitos fundamentais já foi abordado em momento anterior, como dito, contudo, faz-se necessário neste ponto da presente pesquisa realizar uma abordagem em específico acerca do direito à saúde, seu significado como direito fundamental por excelência, sua correlação com outros fundamentos da república brasileira e a importância diante do cenário atual enfrentado pelo mundo, em que uma pandemia assola as mais diversas nações e traz as mais diversas consequências.

Nesse contexto, deve-se destacar e lembrar que a dignidade da pessoa humana tem um papel de extremo destaque e importância no ordenamento jurídico atual, assim como na sociedade como um todo, tendo em vista que tal postulado é justamente a condição que

fundamenta todo o sistema normativo trazido pela CRFB/88²²³, além de ser um paradigma de valoração que norteia tanto a interpretação da norma jurídica, quanto sua aplicação. É nesse cenário que o direito à saúde é alçado à condição de direito fundamental.

Conforme os ensinamentos de Josiane Araújo Gomes²²⁴, a saúde consiste em “um direito que deve ser assegurado a todas as pessoas, por ser de essencial importância para o alcance de uma existência digna, o que lhe atribui o caráter eminentemente fundamental perante a ordem jurídica de cada Estado”. Assim, nesse diapasão, faz-se necessário também entender de fato o significado de saúde para que se possa entender plenamente seu caráter de direito fundamental.

É certo que tal conceito passou por modificações durante o passar do tempo, tendo em vista a evolução social pela qual a sociedade passou e vem passando, havendo também uma evolução do pensamento científico e empírico, que gerou reflexos no que poderia ser considerado como saúde. É certo que na antiguidade clássica havia uma forte conexão entre medicina e filosofia, tendo em vista que a primeira tinha como objetivo o cuidado com o corpo e a segunda o cuidado com a alma, sendo certo que a saúde era um resultado da união entre corpo e alma sãos.

Nesse sentido, o enfoque dado era justamente uma preocupação com a manutenção da saúde, sem uma preocupação com a cura e prevenção de doenças. Garantir a saúde do indivíduo envolvia a adoção de métodos como dieta adequada que considerava não só a sua alimentação, mas também suas ações e emoções, seus relacionamentos sociais e o exercício de pensar. Por meio disso, havia um equilíbrio entre corpo e alma que se traduzia em saúde do ser humano.

Com o passar do tempo, a chegada da modernidade altera esse pensamento e com isso a noção de saúde passa a ter um novo significado. Há uma separação entre corpo e alma e uma fragmentação do corpo no estudo da medicina, que tem agora um enfoque diferente do anterior: a cura de doenças. Nesse diapasão, o conceito de saúde se enquadrava como uma ausência de doenças que pudessem acometer o corpo do indivíduo, ou seja, sua integridade física. A saúde então passa a ser compreendida por um aspecto eminentemente biológico e é neste cenário que o estudo da medicina evolui de tal maneira que possibilita, no final do século XIX, a descoberta de microrganismos, bem como de medicamentos capazes de combatê-los, os antibióticos e as vacinas, capazes de prevenir o agravamento de doenças.

²²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²²⁴ GOMES, op. cit., p. 53.

Resta claro que tal definição de saúde não subsiste a evolução tanto do tempo quanto do pensamento, tendo em vista que equiparar o conceito de saúde à ausência de doenças não produz medidas efetivas à prevenção de enfermidades, em nada contribui com esse aspecto, pois, muitas vezes, sua causa pode se correlacionar diretamente com fatores que são externos aos indivíduos, como fornecimento de água tratada ou saneamento básico. Tal conceito não se mostrou suficientemente efetivo para a concretização da saúde, que engloba aspectos psíquicos e sociais dos indivíduos, indo muito além de sua integridade física.

Considerando isso, e após a ocorrência das duas Guerras Mundiais, o conceito de saúde passa por uma nova ressignificação, passando a estar aliado aos objetivos da sociedade que saía de duas guerras e visava uma busca por qualidade de vida e redução de desigualdades sociais. Tal espectro pode ser inclusive observado no que consta o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos²²⁵.

Nesta toada, com o surgimento da Organização Mundial da Saúde, OMS, em 1946, a definição de saúde envolvendo mais do que simplesmente a ausência de doenças pode ser reafirmada de forma clara em sua constituição. De acordo com a Constituição da OMS de 1946²²⁶, saúde consiste em um estado de completo bem-estar seja físico, mental e social, não significando apenas uma ausência de enfermidade. Percebe-se de forma clara a superação de postulados anteriores, o que envolve entender o conceito de saúde em relação direta com aspectos exteriores ao indivíduo, como seu bem-estar social.

Segundo afirma Josiane Araújo Gomes²²⁷, introduzir conceitos como bem-estar e qualidade de vida como fatores necessários ao alcance de uma vida saudável, fez com que o conceito de saúde correspondesse ao direito a uma vida plena que resulta da conjugação de aspectos sociais, econômicos, políticos e culturais em que cada indivíduo está inserido. Com isso, tem-se a ideia de que a saúde envolve mais que simples ausência de doenças, bem como, envolve mais que uma atuação única do próprio indivíduo visando uma vida saudável.

Múltiplos são os fatores que envolvem o alcance de uma vida plena e saudável, fatores esses que também acabam por influenciar a vida do indivíduo. Tudo isso aponta para o cenário em que a garantia, efetivação e concretização do direito à saúde depende também de um atuar da sociedade e em especial do Estado, tendo em vista que o que se entende como saúde vai muito além de uma condição biológica do indivíduo, envolve, pois, fatores sociais também.

²²⁵ ONU. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 18 out. 2021.

²²⁶ OMS. *Constituição da organização mundial da saúde de 1946*. Disponível em: <<http://www.nepp-dh.ufrj.br/oms2.html>>. Acesso em: 18 out. 2021.

²²⁷ GOMES, op. cit., p. 51.

Destaca-se que o conceito trazido pela OMS é alvo de críticas por ser considerado amplo demais, o que tornaria difícil ou quase impossível sua concretização. Contudo, é importante considerar esse aspecto da definição trazida nos tempos atuais, uma vez que se relaciona com diversos fatores, incluindo sociais, levado em conta também a saúde mental dos indivíduos para se definir o que é saúde na atualidade.

Considerar como saúde somente a ausência de doenças não é útil para a sociedade moderna, muito menos para concretização desse direito fundamental. Deve-se lembrar íntima conexão com a dignidade da pessoa humana e com o direito à vida. Isto posto, é necessária uma abordagem da saúde como direito fundamental.

Acerca dos direitos fundamentais, conforme destaca George Marmelstein²²⁸, deve-se atentar que tais direitos têm tanto um conteúdo ético, aspecto material, quanto um conteúdo normativo, sendo esse seu aspecto formal. Nesse cenário, a dignidade da pessoa humana exerce um papel basilar para tais direitos, podendo ser considerada como sua base axiológica.

A definição do que se pode considerar como dignidade da pessoa humana consiste em difícil tarefa, incorrendo-se no risco de se ter uma definição redundante, que seja aberta ou insuficiente para exprimir todas as facetas e aspectos do que realmente é dignidade da pessoa humana. Ingo Sarlet²²⁹ desenvolveu um conceito que leva em consideração determinados aspectos. Havendo desrespeito pela vida e integridade física e moral do indivíduo, em um cenário em que não são asseguradas condições mínimas para que haja uma existência digna e que haja uma ausência de limitação de poder, ou seja, ausência de reconhecimento e onde não forem assegurados a liberdade, autonomia, igualdade de direitos e dignidade, além dos direitos fundamentais, nesse cenário, não há espaço para esse postulado.

Assim, a dignidade da pessoa humana envolve basicamente atributos como respeito ao próximo, tanto a sua autonomia da vontade quanto a sua integridade física e moral, a não coisificação do ser humano e a garantia de um mínimo existencial. Esse preceito consiste em atributo pertencente a todo e qualquer ser humano simplesmente pela sua condição de ser humano, independentemente de qualquer atributo cultural, social, étnico ou econômico. Levando-se isso em consideração, pode-se dizer que o conteúdo ético dos direitos fundamentais é intrínseco a uma ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder.

Quanto ao seu conteúdo normativo, ele revela que não é todo e qualquer direito que pode ser considerado como direito fundamental. São assim considerados aqueles direitos que o

²²⁸ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 16-18.

²²⁹ SARLET apud *ibid.*, p. 17.

poder constituinte entendeu serem necessários de uma proteção normativa especial, ou seja, foram positivados por meio de normas jurídicas. Segundo afirma George Marmelstein²³⁰ “para ser ainda mais preciso, pode-se dizer que, sob o aspecto jurídico normativo, somente podem ser considerados como direitos fundamentais aqueles valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país”.

Sobrepesando todos esses aspectos e o liame existente entre direitos fundamentais, dignidade humana e limitação do poder, pode-se afirmar que se considera como direitos fundamentais aqueles que são normas jurídicas que detém essa conexão com tais postulados e que foram positivados no ordenamento constitucional de um Estado Democrático de Direito. Além disso, em razão da importância axiológica desses direitos, eles também fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

É certo que com a promulgação da CRFB/88²³¹, além da ruptura com o sistema anterior, houve também uma mudança com relação ao tratamento dispensado a tais direitos. No texto constitucional atual há uma posição de destaque se levado em conta o corpo das constituições anteriores, sua posição topográfica é privilegiada, pois se fazem presentes logo nos artigos iniciais da norma constitucional. Mais que isso, também são considerados como cláusulas pétreas, ou seja, é vedada a sua abolição mesmo que por meio de emenda constitucional.

É neste cenário e com todos esses aspectos que se deve analisar o direito à saúde. Sua concepção como direito fundamental decorre justamente da sua ligação intrínseca com a dignidade da pessoa e com o direito à vida. Josiane Araújo Gomes²³² destaca que a saúde consiste em uma das feições da personalidade, sendo, portanto, um direito da personalidade, ou seja, um direito subjetivo que é atinente a própria condição humana, um direito fundamental.

Assim, pode-se afirmar que esse direito detém uma fundamentação formal, tendo em vista a já mencionada previsão constitucional nos artigos 6º e 196 da CRFB/88²³³, e uma fundamentação material. Essa fundamentação material provém da correlação existente entre a tríade saúde, vida e dignidade humana.

A respeito da dignidade, percebe-se a conexão existente entre os dois, em razão do seu conceito que envolve respeito a integridade física e moral do indivíduo, envolvendo também a

²³⁰ Ibid., p. 18.

²³¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²³² GOMES, op. cit., p. 53.

²³³ BRASIL, op. cit., nota 1.

integridade psíquica e intelectual, além do livre desenvolvimento de sua personalidade. De acordo com Josiane Araújo Gomes²³⁴:

sendo a saúde condição de bem-estar da pessoa nas suas diferentes funções – físicas, mentais, afetivas e sociais – a concretização do direito à saúde é medida que se impõe para que se atinja uma vida digna, ou seja, não há dignidade sem saúde, a qual é, portanto, valor fundamental reconhecido universalmente

Com relação ao direito à vida, sabe-se que vida é uma condição lógica para existência e exercício dos direitos da personalidade que envolve, em última instância, a salvaguarda, cuidado e cautela com atributos físicos, psíquicos, morais e espirituais do ser humano. Tal raciocínio além de revelar que a proteção a vida, conforme previsto pelo texto constitucional, envolve também a proteção em mesmo nível com relação à saúde, demonstra uma forte ligação entre o conceito de saúde trazido na presente pesquisa e o direito à vida.

Conforme referido anteriormente, o direito à saúde exige uma contraprestação, uma atuação por parte do Estado para que haja sua concretização, é um direito que pode ser considerado como prestacional em sentido estrito, um direito social. A atuação por parte da iniciativa privada com relação a esse direito também já foi mencionada, atuação essa que é autorizada pelo texto constitucional e detém caráter complementar ao agir do Estado.

Reforça-se que a participação privada nesse setor obedece aos ditames editados pelo Estado no que concerne a regulamentação, fiscalização e controle desse serviço. Isso ocorre justamente em razão da relevância e importância do direito à saúde.

Essa posição de relevância desse direito manifesta-se com maior destaque em meio ao cenário mundial que se apresenta no momento da produção desta pesquisa. Fato mundialmente anunciado, a pandemia gerada pela disseminação do novo Coronavírus, assim declarada pela OMS no ano de 2020, gerou diversas consequências em diversos âmbitos da sociedade atual. Além da busca por um tratamento eficaz e a produção de vacinas contra a COVID-19, o impacto social e econômico trazido pela pandemia pode ser percebido em diversas partes do mundo.

Um dos efeitos que a pandemia gerou indiretamente foi justamente o aumento da pobreza no Brasil. Conforme dados coletados em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas²³⁵, cerca de 17,7 milhões de pessoas retornaram a pobreza no período entre os meses de agosto de 2020 e fevereiro de 2021. Além disso, a doença já dizimou a vida de milhares de

²³⁴ GOMES, op. cit., p. 56.

²³⁵ BRASIL. CEE-FIOCRUZ. *A pandemia agravou a desigualdade de renda e a pobreza no Brasil*. Disponível em: <<https://cee.fiocruz.br/?q=a-pandemia-agravou-a-desigualdade-de-renda-e-a-pobreza-no-brasil>>. Acesso em: 26 out. 2021.

brasileiros, afetando diversas famílias em um cenário em que o número de mortos já ultrapassa os 600 mil, segundo dados do Painel Coronavírus²³⁶.

De fato, com relação a saúde suplementar isso não seria diferente, sendo essa área também afetada de diferentes maneiras em decorrência da pandemia. Entre esses efeitos, um deles diz respeito a taxa de ocupação de leitos relativos a COVID-19 com relação a outros procedimentos foi de 9% no mês de fevereiro de 2020 para 47% em abril do mesmo ano, conforme dados trazidos pela própria ANS²³⁷. Outro efeito que pode ser mencionado seria a edição de resoluções por parte da ANS para dispor acerca de cobertura de tratamentos e exames relacionados a COVID-19.

Certo também que em um cenário de uma pandemia mundial, em que a sociedade é assolada por uma doença que era desconhecida e sem tratamento, haveria de se falar sobre um impacto econômico no setor de saúde suplementar. Tal efeito, contudo, será abordado em momento posterior que será mais oportuno.

Por fim, destaca-se que, considerando o direito à saúde como um direito fundamental, alguns efeitos decorrem dessa constatação. Entre eles importante destacar o fato de que direitos considerados como fundamentais, assim como esse, tem uma dimensão negativa que impõe a incidência do princípio da vedação ao retrocesso. De acordo com tal princípio, é defeso ao legislador produzir qualquer medida que revogue direitos, aniquile o grau de concretização dado anteriormente às normas constitucionais. Em outras palavras, é inviável no ordenamento jurídico atual que haja uma revogação de um direito já regulamentado sem que haja a criação de outro mecanismo alternativo que seja capaz de compensar a aniquilação daquele direito.

Trata-se de um princípio implícito na CRFB/88²³⁸ e que decorre em especial da previsão do artigo 3º do texto constitucional. Nas palavras de George Marmelstein²³⁹:

a ideia por detrás do princípio da proibição de retrocesso é fazer que o Estado sempre atue no sentido de melhorar progressivamente as condições de vida da população. Qualquer medida estatal que tenha por finalidade suprimir garantias essenciais já implementadas para a plena realização da dignidade humana deve ser vista com desconfiança e somente pode ser aceita se outros mecanismos mais eficazes para alcançar o mesmo desiderato forem adotados

²³⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. *Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil*. Disponível em: < <https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 26 out. 2021.

²³⁷ BRASIL. ANS. *ANS monitora impactos da Covid-19 no setor de planos de saúde*. Disponível em: < <https://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5535-ansmonitora-impactos-da-covid-19-no-setor-de-planos-de-saude>>. Acesso em: 27 out. 2021.

²³⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

²³⁹ MARMELSTEIN, op. cit., p. 285.

Assim, sendo considerado um direito fundamental por excelência, tal postulado também tem aplicação sobre o direito à saúde. Em relação a saúde suplementar também não seria diferente, afinal, em que pese se tratar de um serviço prestado por pessoas jurídicas que visam ao lucro, o que se tem na realidade é a prestação de um serviço que envolve esse direito fundamental.

Tanto é assim que Josiane Araújo Gomes²⁴⁰ afirma que:

no âmbito da saúde privada, por exemplo, não pode o legislador revogar, injustificadamente, qualquer das normas protetivas dos interesses dos usuários de plano de saúde – parte vulnerável da relação contratual – sem que, em substituição, edite nova legislação com nível de proteção igual ou superior à anterior, sob pena de incorrer em atuação eminentemente inconstitucional

Essa linha de raciocínio será de extrema importância nas próximas seções, conforme se irá demonstrar. Com a análise da discussão jurisprudencial, o tipo de relação firmada entre consumidor e operadora de planos de saúde, os efeitos desse debate sobre essa relação e sobre a prestação de serviço, além da análise do direito à saúde como um direito fundamental, cabe agora ser feito um estudo acerca das naturezas e suas implicações sobre esse direito. Tal estudo deverá ter como base a concretização do direito à saúde, havendo de ser feita as devidas considerações.

3.2. Análise da natureza taxativa e implicações ao direito à saúde

Em primeiro lugar, é importante destacar que o debate acerca de qual seria a verdadeira natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS é de tamanha relevância que, enquanto ocorre a produção desta pesquisa, a segunda seção do STJ iniciou no dia 16 de setembro o julgamento de dois recursos visando definir qual tese deveria ser aplicada. Conforme já mencionado, nos recursos EREsp nº 1886929²⁴¹ e EREsp nº 1889704²⁴² foi definido que deve-se aplicar a tese da natureza taxativa do rol de procedimentos e eventos da ANS. Além disso, recorda-se da recente edição da Lei nº 14.307²⁴³ de 3 de março de 2022 que tratou de reafirmar a competência da ANS para tratar da amplitude de cobertura no âmbito da saúde suplementar.

²⁴⁰ GOMES, op. cit., p. 65.

²⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 44.

²⁴² BRASIL, op. cit., nota 45.

²⁴³ BRASIL, op. cit., nota 14.

Em segundo lugar, a análise da natureza taxativa do rol de procedimentos e eventos da ANS e as razões que justificam a defesa dessa tese foi debatida no capítulo 1 da presente pesquisa, devendo nessa seção serem retomados alguns conceitos e algumas narrativas. Contudo, deve se ter em vista que a opção por tal natureza somente se justifica se tal tese for positiva no sentido de garantir a concretização e efetivação do direito fundamental à saúde.

Nesse diapasão, faz-se necessário entender o que significa na prática a concretização de um direito fundamental. Na lição de George Marmelstein²⁴⁴, a concretização de uma norma constitucional envolve dar vida e aplicabilidade a norma, retirá-la do papel e trazê-la para o mundo real. O que se objetiva com a concretização é justamente gerar o efeito que aquela norma constitucional prevê, fazer com que ela se torne um elemento concreto no mundo fático, na sociedade.

Em razão disso é que se faz tão importante realizar uma análise acerca da natureza taxativa voltada justamente para a concretização do direito à saúde. Mais uma vez, destaca-se que apesar de se tratar do cenário da saúde suplementar, o que se tem como pano de fundo é justamente esse direito fundamental. Tão importante é a sua importância no cenário atual que a análise feita nessa pesquisa não poderia se dar de outra forma.

Quando da análise da taxatividade do rol de procedimentos e eventos da ANS, foram mencionados 3 julgados que defendiam essa tese, sendo eles o AgInt no AREsp nº 1688684 / SP²⁴⁵, AgInt no AREsp nº 1619479 / SP²⁴⁶ e o REsp nº 1733013 / PR²⁴⁷. Entre os argumentos trazidos nesses três julgados que defendem essa natureza do rol da ANS, o primeiro que se deve mencionar é a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato firmado entre a operadora de plano de saúde e consumidor.

Tal manutenção encontra albergada no inciso III do artigo 4º do CDC que prevê também a necessidade de haver um equilíbrio nas relações de consumo. O que se afirma é que, se o rol não fosse considerado taxativo, havendo possibilidade de cobertura de diversos procedimentos que os consumidores necessitassem e que não estivessem previstos no rol elaborado pela autarquia, haveria uma oneração excessiva para as operadoras que teriam que arcar com custos que seriam imprevisíveis a elas.

Além disso, tal prejuízo se estenderia também para outros consumidores, tendo em vista que o sistema da saúde suplementar tem como base financeira o mutualismo, ou seja, o

²⁴⁴ MARMELSTEIN, op. cit., p. 66.

²⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 44.

²⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 63.

²⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 65.

ônus do custo de um serviço prestado a um usuário é compartilhado entre todos os beneficiários por meio do pagamento de suas mensalidades. O aumento desse ônus seria então repassado para outros consumidores, o que poderia gerar um aumento do preço das mensalidades, tendo em vista que a operadora iria arcar cada vez mais com valores que a ela seriam imprevisíveis.

Tal argumentação até merece ser considerada em parte, justamente tendo em vista a proteção de outros consumidores que terão que arcar com o ônus da prestação em favor de um deles. Contudo, a afirmativa de que esse ônus imprevisível seria extremamente prejudicial as operadoras de planos de saúde não merece prosperar.

O primeiro ponto que combate essa afirmativa é justamente o crescimento que esse setor teve no período recente de pandemia. Enquanto diversos setores enfrentam dificuldades, o mesmo não pode ser dito do setor de saúde suplementar, conforme os dados trazidos por Daniel Tostes²⁴⁸ durante sua palestra na 3ª reunião do fórum permanente de saúde pública e acesso à justiça da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista o crescimento entre 1 milhão e 1 milhão e meio de pessoas que passaram a contratar com operadoras de planos de saúde. De acordo com dados trazidos, o mercado de consumo referente a esse setor chegou a mais de 48 milhões de brasileiros, totalizando 48.238.177 beneficiários.

Esse crescimento é justificável tendo em vista a pandemia enfrentada pelo mundo em razão do novo Coronavírus. Com isso, tendo um mercado de consumidores tão amplo e um crescimento recente, não seria justificável ou viável acreditar que o ônus decorrente da natureza exemplificativa fosse ser difícil de suportar por parte desse setor. Apesar disso, conforme reafirmado por Daniel Tostes durante sua exposição na palestra, o repasse de coberturas extraordinárias aos outros beneficiários é um fator de extrema importância que deve ser considerado. Um descontrole de cobertura realmente gera um impacto ao usuário, em razão do mutualismo ser a base do sistema de saúde suplementar, o efeito dessa cobertura extraordinária se daria justamente sobre o reajuste dos valores dos planos. Tostes ressaltou que o descontrole de preço está associado justamente ao descontrole de cobertura.

Outro dado interessante trazido pela palestra se refere a existência de operadoras de planos de saúde de pequeno porte e seu contingente no mercado atual. Conforme os dados apresentados²⁴⁹, mais de 70% das operadoras atuantes são de pequeno porte com até 20.000 beneficiários. O impacto dessa discussão sobre esse setor também não poderia ser ignorado,

²⁴⁸ EMERJ, op. cit., nota 187.

²⁴⁹ Ibid.

tendo em vista que nesses casos, a cobertura extraordinária de um determinado procedimento realmente poderia trazer algum prejuízo.

Prevalecendo a tese pela taxatividade do rol de procedimentos e eventos da ANS realmente iria se aniquilar o problema enfrentado pelas operadoras do setor com relação a coberturas entendidas como extraordinárias por ausência de previsão no rol. Contudo, com a solução desse problema, invariavelmente se cria um outro.

Optando por tal natureza, o consumidor que teria negativa de cobertura de um procedimento que lhe é necessário, caso ele não estivesse previsto no rol. Como resposta para atender sua demanda dois caminhos se mostram viáveis: a busca pela cobertura pelo SUS ou ele mesmo arcar com o custo de tal procedimento, o que muitas vezes pode se mostrar inviável. O ponto é, solucionando o problema do agente que atua no mercado e lucra com isso, invariavelmente se está repassando esse ônus ao consumidor vulnerável, ou seja, criando um problema para o usuário, já que é ele que deverá arcar ou com os custos de um procedimento que necessita, mesmo que tenha contratado com uma operadora, ou deverá aguardar pela cobertura pelo SUS.

Isso seria inviável se considerar todo o arcabouço trazido pela CRFB/88²⁵⁰ que privilegia a dignidade da pessoa humana e traz como postulado a necessidade de proteção do consumidor. O ônus atribuído ao consumidor seria muito pesado e isso geraria um grande desequilíbrio na relação de consumo existente, afetando assim da mesma forma o equilíbrio econômico do contrato. Ao se admitir uma segurança para as operadoras de planos de saúde, se gera um risco grande para o consumidor.

Assim, pode-se concluir que algum nível de desequilíbrio irá ocorrer, optando-se pela natureza taxativa ou não. A escolha então deverá recair sobre qual das partes tal desequilíbrio será menos prejudicial, para que assim possa se chegar a uma solução que gere o menor dos danos. Obviamente que, se analisadas as duas partes da relação de consumo existente, aquele que detém o maior poder econômico e teria maior facilidade de arcar com o ônus de uma cobertura extraordinária seria a operadora de planos de saúde. Não é razoável nem lógico concluir que o consumidor que não detém conhecimento técnico e não tem condições financeiras de arcar com procedimentos de valor elevado possa assumir tal ônus.

O que iria ocorrer na prática se o rol fosse considerado taxativo seria a possibilidade de se contratar com a operadora cobertura de procedimentos a parte, o que por obvio iria gerar um custo adicional ao consumidor. O problema com essa saída seria transferir um gravame ao

²⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

consumidor que ele não seria capaz de arcar de maneira prévia, explica-se, o consumidor não seria capaz de entender a finalidade dos procedimentos, muito menos seria capaz de conseguir prever quais deles ele teria necessidade no futuro, visto que ele é a parte vulnerável dessa relação.

Esse cenário iria gerar um desequilíbrio acentuado nessa relação, o que iria ferir a previsão do CDC de um equilíbrio nas relações de consumo, além de ser contrário aos postulados trazidos pelo texto constitucional. Em vez de se privilegiar a dignidade da pessoa humana, arcabouço de todo o ordenamento jurídico pátrio, o direito à vida e à saúde, o que iria se privilegiar com essa tese seria o lucro e a segurança financeira das operadoras de planos de saúde.

Com relação ao SUS, deve-se considerar também o impacto que a opção pela taxatividade do rol traria sobre o sistema público. Se o beneficiário não tiver condições financeiras de arcar com os custos do procedimento de que necessita, a busca pela cobertura do SUS será inevitável. Contudo, deve-se analisar se tal saída realmente seria útil para a concretização do direito à saúde.

É notório e de conhecimento público que o sistema de saúde pública no Brasil enfrenta diversos problemas, não sendo capaz muitas vezes de suprir as necessidades daqueles que somente podem recorrer a esse sistema. Conforme afirmado no primeiro capítulo dessa pesquisa, em 2019, dados do IBGE²⁵¹ demonstraram que 71,5% da população brasileira se valia unicamente do sistema público de saúde. Ao acrescentar a esse patamar todos os usuários de plano de saúde que terão negativa de cobertura, não seria possível concluir outra coisa que não um prejuízo para todos os outros que só tem esse sistema para atender às suas necessidades.

Repassar tal procedimento para um sistema que já se encontra prejudicado e incapaz de atender as demandas da sociedade, além de frustrar uma expectativa do beneficiário, tendo em vista que quando contrata com uma operadora de planos de saúde o que se espera é cobertura para o momento da necessidade, também faz com que a concretização do direito à saúde seja deficiente. Há em certo nível concretização desse direito fundamental, pelo menos em algum momento isso irá ocorrer no caso concreto, mas trazer esse custo ao consumidor para privilegiar o equilíbrio econômico da parte mais forte da relação não é algo que faz sentido dentro do ordenamento jurídico nacional.

²⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 108.

Deve-se lembrar dois pontos. O primeiro é que a CRFB/88 em seu artigo 1º, inciso III²⁵², prevê como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. De acordo com o que foi analisado na primeira seção desse capítulo, não há como falar em dignidade sem mencionar o direito à vida e à saúde. Pelo conceito de saúde da atualidade, a garantia de uma vida com dignidade não pode ser desassociada da saúde. Pode-se até afirmar que mesmo com a necessidade de se buscar o sistema público não se iria prejudicar a saúde do indivíduo, pelo menos a física, já que o abalo psicológico de não ter a cobertura que se esperava, podendo muitas vezes ter que esperar em uma fila para realização do procedimento, esse sim poderia ser discutível. Cabe lembrar que o conceito atual de saúde também considera a saúde mental do indivíduo e um abalo dessa magnitude pode ser considerado como prejudicial à saúde do usuário.

O segundo ponto é justamente a finalidade pela qual o sistema privado de saúde foi criado. Cabe lembrar que a relação entre o sistema público e sistema privado de saúde é uma relação de complementariedade, tendo em vista que a obrigação e o dever de fornecer acesso à saúde universal de qualidade é do Estado, mas abre-se a iniciativa privada uma opção de atuar nesse setor de forma complementar.

Nesse diapasão, se ao Poder Público é vedado repassar uma universalidade de cobertura a iniciativa privada, não poderia se admitir também que a iniciativa privada repassasse ao sistema público a cobertura de um procedimento para determinada doença que por lei ele é obrigado a dar cobertura. Deve-se lembrar que o contrato firmado pela operadora e pelo consumidor oferece cobertura para doenças, conforme artigo 10 da Lei nº 9.656²⁵³. Sendo a doença coberta pela modalidade de plano contratada, não deveria ser permitido o repasse do procedimento ao sistema público. A relação que se dá entre sistemas é de complementariedade, mas estando a doença coberta pelo plano, seria desnecessário onerar mais ainda o sistema público com um procedimento que deveria ser coberto pela operadora.

Mais ainda, se aberta a possibilidade de se considerar o rol taxativo pura e simplesmente, iria se admitir que a operadora oferecesse cobertura para a doença, conforme obrigatoriedade legal, mas não fosse obrigatório cobrir o procedimento para tratamento ou necessário para essa doença. Não seria possível afirmar que nesse cenário há uma concretização do direito à saúde, pois se cobre a doença, mas no momento de se tratar ou de se examinar mais a fundo tal doença, não há cobertura. Do contrário, o consumidor e beneficiário é deixado a

²⁵² BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁵³ BRASIL, op. cit., nota 10.

própria sorte para buscar tratamento ou procedimento público ou para enfrentar o desafio de arcar com ônus financeiro elevado. Assevera-se, mais uma vez, que essa é a parte mais vulnerável da relação, que deve ser protegida conforme ditames constitucionais e que no caso se trata de direito fundamental com determinadas características que o colocam em destaque. De fato, isso não é garantir proteção, muito menos respeitar a dignidade da pessoa humana, isso é priorizar o lucro e a segurança da parte mais forte da relação, em total descompasso com o disposto pela norma constitucional.

Por fim, a defesa pela taxatividade do rol elaborado pela ANS também envolve a previsão legal da competência dessa agência para elaborar tal lista. Acerca desse ponto, algumas considerações devem ser feitas sobre essa competência em relação a norma constitucional e a norma consumerista.

O primeiro ponto que se deve considerar é justamente a forma como o ordenamento jurídico nacional se estrutura. Como se sabe, o ordenamento jurídico pátrio se estrutura na forma de um sistema hierárquico de norma, a clássica formulação kelsiana em que a CRFB/88²⁵⁴ ocupa o topo de uma pirâmide estando acima de outros atos normativos, como leis e regulamentos, e ocupando lugar de destaque por ser justamente a norma fundante de todo o ordenamento.

Nesse sistema, cada norma detém um valor próprio e diferente das demais, além de ocupar uma posição própria dentro desse cenário, resultando assim em um todo harmônico entre si. A relação que se forma dentro desse sistema é uma relação de interdependência, já que uma norma para ser considerada válida deve buscar fundamento de validade em outra norma, que lhe seja superior, devendo essa norma que atribui validade a uma de hierarquia mais baixa, por assim dizer, buscar fundamento de validade em outra norma que lhe seja superior. Como resultado, no final das contas, todas as normas terão sua validade reconduzida a uma mesma norma fundamental, o que por sua vez resulta na formação de um sistema de normas. Tal acepção está presente na teoria da construção escalonada de normas jurídicas.

Dentro desse sistema, como já foi dito, certo é que a CRFB/88 ocupa lugar de destaque, estando no topo da pirâmide, fazendo com que toda norma que seja produzida após a sua promulgação esteja de acordo com o que ela prevê. Outros atos normativos para serem considerados válidos devem ser compatíveis com o texto constitucional.

²⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais também gozam desse privilégio, já que sua natureza é de norma constitucional. Diferente não poderia ser, pois na lição de George Marmelstein²⁵⁵:

eles correspondem aos valores mais básicos e mais importantes, escolhidos pelo povo (poder constituinte), que seriam dignos de uma proteção normativa privilegiada. Eles são (perdoem a tautologia) fundamentais porque são tão necessários para garantia da dignidade dos seres humanos que são inegociáveis no jogo político

Diante disso, percebe-se que a norma constitucional goza de uma supremacia formal e material dentro desse sistema, resultando em uma rigidez constitucional que também se estende aos direitos fundamentais, em razão de sua natureza de norma constitucional. Desta feita, pode-se afirmar que tais direitos detêm uma supremacia material e formal em relação a outros que não são assim considerados, mais que isso, eles estão acima das leis e demais atos que fazem parte da pirâmide do ordenamento jurídico, sendo também considerados como fundamento ético de todo o ordenamento.

Por essa razão, a previsão legal que atribui competência a ANS para elaborar um rol de procedimentos e eventos deve estar em sintonia com a norma constitucional e de acordo com o direito fundamental da saúde. Tal direito por si só, devido as suas características antes especificadas e em especial por ser considerado como uma norma constitucional em razão de seu status de direito fundamental, deve ser observado pela agência em toda e qualquer edição de ato. Deve-se lembrar que o que se analisa aqui é justamente a viabilidade de se considerar como taxativo um rol que exclui determinados procedimentos tendo em vista a concretização do direito fundamental à saúde.

Além disso, importante destacar que os direitos fundamentais têm uma dimensão dupla, sendo uma delas subjetiva e outra objetiva. A sua dimensão subjetiva garante que eles sejam fonte de direitos subjetivos que podem ser exigidos por seus titulares por meio do Poder Judiciário, ou seja, gera uma pretensão individual que pode ser exigida. Já a dimensão objetiva, e que merece destaque nesse ponto, prevê que são considerados como um sistema de valores, legitimam todo o ordenamento jurídico e impõe que toda interpretação jurídica que seja feita leve em conta a sua força axiológica. Esses direitos não têm uma força que fica no campo do simbolismo, eles detêm uma força jurídica de forma que geram aos seus titulares certas vantagens, gerando também obrigações para os destinatários da norma.

²⁵⁵ MARMELSTEIN, op. cit., p. 258.

A previsão legal que atribui a competência da elaboração do rol a ANS está no §4º do artigo 10 da Lei nº 9.656/98²⁵⁶. Contudo, para justificar que essa competência pode estabelecer a natureza desse rol, está se desconsiderando justamente o que prevê o caput do artigo 10, ou seja, lê-se o parágrafo sem considerar o que diz a cabeça do artigo. O disposto no *caput* do artigo 10 institui justamente que o plano-referência detém cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar das doenças listadas na CID elaborada pela Organização Mundial da Saúde.

Ora, se a lei estabelece que o plano-referência trará cobertura assistencial para doenças, não seria racionalmente viável excluir tratamentos para essas doenças por meio de uma norma regulamentar, elaborada por uma agência reguladora e não pelo Poder Legislativo. Como foi dito ao longo desta pesquisa, isso seria permitir que um ato regulamentar inovasse onde a lei não inovou, previsse mais do que a própria lei que lhe atribui tal competência previu. Por essa razão é que não se pode considerar válida a previsão trazida pelo artigo 2º da Resolução Normativa nº 465/2021²⁵⁷.

Para que haja proteção e concretização do direito fundamental à saúde, não faria sentido permitir a cobertura de determinadas doenças, mas não o tratamento de que ela necessita, isso não seria em última análise garantir saúde ao beneficiário que contratou o plano. Isso seria permitir um prejuízo ao consumidor vulnerável em prol da operadora de plano de saúde, já que haveria permissão para uma cobertura vazia e sem sentido. O usuário que busca segurança para um momento de fragilidade da doença se veria obrigado a arcar com a mensalidade tendo como contraprestação uma verdadeira loteria, caso determinado procedimento estivesse previsto no rol, ele lhe seria assegurado, do contrário não. A operadora teria seu lucro facilitado de sobremaneira em prol de um prejuízo gravíssimo do consumidor, tendo em vista as soluções que já foram mencionadas para esse problema.

Mais uma vez, ressalta-se, não faria o menor sentido atribuir cobertura para uma doença listada na CID sem que houvesse, por consequência lógica, a cobertura para o tratamento ou evento que essa doença necessita. Permitir a taxatividade irrestrita do rol de procedimentos e eventos é permitir por reflexo um verdadeiro sorteio ao consumidor, além de engessar algo que deve ser dinâmico no plano concreto, não há como ter uma visão prévia do que será necessário ou não em momento futuro ao da contratação do plano de saúde, além de se permitir uma limitação ao direito fundamental à saúde.

²⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 10.

²⁵⁷ BRASIL, op. cit., nota 42.

Outro ponto que deve ser considerado nessa análise é justamente a previsão da proteção do consumidor, prevista na norma constitucional e no CDC. Deve-se ressaltar que conforme debatido no capítulo dois desta pesquisa, a norma consumerista é considerada como norma principiológica pela doutrina especializada e em razão disso, ocupa dentro do sistema hierárquico uma posição de destaque em relação a outras normas.

Assim, a leitura da Lei nº 9.656/98, em especial seu §4º do artigo 10²⁵⁸, nunca poderá ser feita em descompasso com a lei consumerista, deve-se ter ela sempre em mente. Por óbvio, de acordo com todo o regramento protecionista dessa norma, não se poderia admitir uma taxatividade irrestrita do rol que geraria o cenário acima descrito. Além da violação do equilíbrio das relações consumeristas, violação essa que atinge a parte mais fraca da relação, há também a violação de deveres anexos a boa-fé objetiva e princípios consumeristas que visam a proteção do consumidor, conforme anteriormente afirmado no capítulo dois desta pesquisa.

O que se percebe é que, se considerado o rol como taxativo, permite-se a exclusão de tratamentos que nele não estejam previstos, apesar de, em determinados casos, serem necessários ao consumidor. Em um primeiro momento se analisou essa conduta como resultado de uma discussão jurisprudencial que abria possibilidade de uma ausência de cobertura, mesmo que momentânea. Considerando o rol como taxativo, a negativa de cobertura seria regra nessas hipóteses e, da mesma forma, seria violadora de princípios trazidos pela norma consumerista.

A primeira violação que se dá nesse cenário ocorre com relação aos deveres anexos da boa-fé objetiva, a saber: dever de cooperação e dever de cuidado. Pelo primeiro, se impõe que as partes devem agir com lealdade e de forma positiva para que se concretize o fim pelo qual o contrato foi firmado. Considerado a taxatividade e permitindo que não haja cobertura para determinados procedimentos, não se poderia falar em cumprimento da finalidade contratual, ora, o contrato nesse caso tem como finalidade garantir cobertura para tratamento ou evento em razão do pagamento da mensalidade, o que não ocorreria nessa hipótese.

O objetivo pelo qual o contrato foi firmado estaria fulminado, uma das partes, a operadora, estaria autorizada a deixar de oferecer cobertura para determinado procedimento com a adoção da tese da natureza taxativa do rol. No fim das contas, estar-se-ia permitindo que a finalidade contratual não fosse alcançada, pois a conduta de não oferecer cobertura seria amplamente aceita e tal conduta, por sua vez, consiste em obstáculo a realização do objetivo contratual.

²⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 10.

Já o segundo dever anexo, o dever de cuidado, predispõe que que ambas as partes de um contrato devem prezar pela preservação da outra parte contra danos patrimoniais e, inclusive, contra danos pessoais que abarcam danos morais ou físicos. Com a opção por essa natureza, abre-se a possibilidade de se gerar um dano físico e moral ao consumidor. Deve-se admitir que não seria impossível que em determinado caso de urgência, em que o consumidor necessitasse com rapidez da cobertura de um tratamento ou procedimento não incluído no rol, a ausência de cobertura em razão da taxatividade poderia gerar um dano irreparável ou ainda a morte do beneficiário.

No menor dos prejuízos, o abalo psíquico sofrido ao descobrir no momento de sua doença que não há cobertura para seu tratamento, também não seria difícil de se imaginar. Nesse caso, enfrentar uma enfermidade sem a possibilidade de ter assegurado o tratamento, mesmo que se esteja em dia com o pagamento das mensalidades, fugiria de um simples aborrecimento. Lidar com essa questão e ainda ter que achar uma forma de obter seu tratamento, seja pelo sistema público, seja arcando com seus próprios recursos, extrapolam de fato o mero aborrecimento. Além de lesão ao direito à saúde, estar-se-ia lesionando direito a personalidade, como acima mencionado, o que ensejaria indenização em razão de dano moral sofrido.

Conforme anteriormente foi dito, nesse cenário se viabiliza a relativização da *pacta sunt servanda* buscando manter um balanceamento e uma paridade entre as partes. Com a taxatividade isso tudo cairia por terra, afinal, não haveria equilíbrio numa relação de consumo em que o maior gravame é arcado justamente pela parte mais frágil da relação.

A adoção dessa tese estaria então em descompasso com essas duas vertentes, desconsiderando os direitos fundamentais, além de desconsiderar um postulado de extrema importância trazido pela própria norma constitucional: a proteção do consumidor, norma principiológica que deve ser observada por outras leis.

Além disso, o artigo 20 da LINDB²⁵⁹ determina que as decisões tomadas nas esferas administrativa e judicial devem considerar as consequências práticas dessa decisão, não se deve decidir sem considerar qual a consequência que irá advir dessa decisão. Isso ocorre tanto para decisões que considerem a natureza taxativa quanto para as que considerem a natureza exemplificativa, devendo se sobrepesar todas os efeitos que daí advém para que seja tomada a melhor escolha.

²⁵⁹ BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

Assim, impossível ignorar as decorrências que resultam da natureza taxativa para o consumidor, muito menos pode-se ignorar que parcela das operadoras de plano de saúde também serão afetadas se o rol de procedimentos da ANS for considerado como exemplificativo. Como foi dito, o que se busca nesse ponto é analisar a concretização do direito à saúde diante da taxatividade do rol de procedimentos e eventos.

Cabe destacar que existem vozes na doutrina que defendem a existência de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, uma aplicação dos valores contidos nesses direitos nas relações privadas. De acordo com a lição de George Marmelstein²⁶⁰ “com a eficácia horizontal e a dimensão objetiva (força irradiante), toda a legislação infraconstitucional, inclusive aquela que disciplina as relações privadas, deve ser interpretada sob a ótica dos direitos fundamentais”.

Diante disso e levando-se em conta tudo o que foi dito e analisado na presente pesquisa, não se poderia concluir que uma taxatividade irrestrita do rol de procedimentos e eventos da ANS seria apta a concretizar o direito fundamental à saúde. Além de violadora de diversos postulados trazidos pelo direito do consumidor, como a violação de deveres anexos, a adoção dessa tese acabaria atingindo a dignidade da pessoa humana ao gerar um desequilíbrio acentuado que traria prejuízos ao consumidor.

A taxatividade irrestrita como proposta gera um engessamento do rol de procedimentos e que limita direitos, quando as condições da sociedade moderna, além dos avanços tecnológicos, exigem que haja uma fluidez desse rol, apto a acompanhar tais avanços. Por mais que haja uma atualização do rol realizado pela agência, esse procedimento nunca será tão célere quanto considerar o rol como exemplificativo.

Nesse diapasão, não há como considerar o rol como taxativo sem avaliar que haverá em algum nível uma lesão ao direito à saúde. Impedir que o usuário tenha acesso a um método que é necessário para tratar uma doença ou que ajude a determinar qual tratamento é mais adequado ao caso de fato gera um dano, impede o restabelecimento de sua saúde, o que inviabiliza a concretização desse direito fundamental. Não há como compatibilizar a taxatividade sem uma lesão a esse direito e sem uma cobertura vazia nesse caso. Mais que isso, a natureza taxativa implicaria em uma renúncia ao direito fundamental à saúde, algo que é impossível e inadmissível.

Ademais, as mesmas dificuldades enfrentadas na adoção de tal tese se repetem com a taxatividade mitigada, natureza adotada pelo STJ quando do julgamento dos EREsps

²⁶⁰ MARMELSTEIN, op. cit., p. 354.

1.886.929²⁶¹ e 1.889.704²⁶². Acresce-se a problemática também o fato de que essa decisão em nada beneficia a desjudicialização da saúde suplementar, pois como anteriormente mencionado, abre margem para que o usuário, sentindo-se lesado e entendendo que seu caso se enquadra na ressalva feita pelo próprio tribunal, pleiteie mediante o Poder Judiciário a determinação para que a operadora ofereça cobertura para o procedimento que lhe é necessário.

Sendo assim, conclui-se que a taxatividade irrestrita do rol de procedimentos não pode ser adotada no presente cenário, todos os elementos trazidos na presente pesquisa devem ser sobreponderados e analisados, podendo-se concluir que nem mesmo a taxatividade mitigada surtiria efeito no sentido de solucionar a problemática de maneira satisfatória. Com isso, passa-se a análise da natureza exemplificativa do rol e suas implicações ao direito à saúde.

3.3. Análise da natureza exemplificativa e implicações ao direito à saúde

A análise da natureza exemplificativa e as razões que justificam a aplicação dessa tese foram debatidas no capítulo 1 da presente pesquisa, de forma que nesse momento deverão ser retomados certos conceitos e postulados trazidos anteriormente. Além disso, assim como na segunda seção desse capítulo, o estudo sobre essa tese deve ser feito com relação ao direito à saúde e devendo ser analisado se tal tese contribui de forma efetiva para a sua concretização.

Dito isso, cabe lembrar que ao se sopesar a tese que postula pela natureza exemplificativa do rol de procedimentos e eventos da ANS foram mencionados 3 julgados que traziam argumentos para embasar tal defesa, sendo eles o REsp nº 1876630 / SP²⁶³, AgInt no REsp nº 1885472 / SP²⁶⁴ e o AgInt no REsp nº 1885275 / SP²⁶⁵.

Também deve-se recordar que o estudo desses argumentos na presente seção deve ter em vista justamente a concretização do direito à saúde. Destaca-se mais uma vez que, de acordo com George Marmelstein²⁶⁶, a concretização da norma constitucional visa dar aplicabilidade a letra da norma, gerar o efeito por ela previsto de forma a se retirar do papel e trazer aquela norma ao mundo real, tornando-a um elemento concreto nesse cenário.

O ponto central para a defesa dessa natureza e que deve ser considerado em conjunto com o direito fundamental à saúde é justamente o objetivo de um contrato de assistência privada

²⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 44.

²⁶² BRASIL, op. cit., nota 45.

²⁶³ BRASIL, op. cit., nota 27.

²⁶⁴ BRASIL, op. cit., nota 110.

²⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 113.

²⁶⁶ MARMELSTEIN, op. cit., p. 66.

à saúde e para o que ele se presta. Conforme já mencionado, a definição desse contrato envolve um negócio jurídico de prestação de serviços que se dá por prazo indeterminado em que uma das partes, a operadora de planos de saúde, se obriga a garantir um tratamento ou procedimento que a outra parte, o consumidor beneficiário, necessita, mediante o pagamento de prestação mensal. Com esse conceito, percebe-se que esse contrato tem como finalidade garantir a cobertura de um evento aleatório, que só é exigido quando necessário, e que tem como contraprestação o pagamento de uma prestação mensal.

Nesse diapasão, segundo as lições de Josiane Araújo Gomes²⁶⁷, as operadoras não têm uma liberdade para dispor no contrato quais doenças são ou não cobertas, não há possibilidade de delimitar e definir quais enfermidades se encontram ou não cobertas pela modalidade de plano contrato. Explica-se, a lei que rege e dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde estabelece que o padrão de cobertura a ser observado deve incluir necessariamente as doenças listadas na CID elaborada pela OMS.

O raciocínio lógico que já foi dito e que decorre dessa previsão é de que nada adiantaria trazer previsão de cobertura para determinada moléstia e não oferecer cobertura ao tratamento ou procedimento que ela reclama. A finalidade do contrato firmado entre as partes é oferecer cobertura a um tratamento ou procedimento necessário a cura de uma moléstia ou até mesmo que possibilite um estudo acerca de qual tratamento será melhor para dar fim àquela enfermidade. A própria finalidade e objetivo, a razão pela qual o contrato foi criado impõe a impossibilidade de se considerar o rol da ANS como taxativo, tanto na forma irrestrita quanto na mitigada.

Não há como garantir o direito fundamental à saúde no âmbito das relações privadas que se formam nesse mercado sem que o rol de procedimentos e eventos da ANS seja considerado exemplificativo. Considerar que outra seja a natureza desse rol é ir contra a finalidade e objetivo do contrato firmando nesse cenário, mais que isso, é impedir que haja concretização do direito à saúde num mercado que há comercialização intimamente ligada a esse direito.

Conforme destaca o relator Ministro Marco Aurélio quando do julgamento da ADI nº 1.931/DF²⁶⁸, que declarou a constitucionalidade do artigo 10 da Lei nº 9.656/98²⁶⁹:

²⁶⁷ GOMES, op. cit., p.114.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.931*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1741189>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

²⁶⁹ BRASIL, op. cit., nota 11.

a promoção da saúde, mesmo na esfera privada, não se vincula às premissas do lucro, sob pena de ter-se, inclusive, ofensa à isonomia, consideradas as barreiras ao acesso aos planos de saúde por parte de pacientes portadores de moléstias graves. A atuação no lucrativo mercado de planos de saúde não pode ocorrer à revelia da importância desse serviço social, reconhecida no artigo 197 do Texto Maior

Conforme afirmado anteriormente, permitir que uma resolução editada por uma agência reguladora de mercado limitasse a cobertura de tratamentos para doenças que têm cobertura em razão do contrato firmado entre as partes e por disposição legal, seria admitir a renúncia antecipada a um direito garantido pelo contrato, fulminando assim o direito fundamental à saúde, em razão de um mero regulamento.

De lado oposto, ao se considerar a natureza do rol como exemplificativa, faria com que esse cenário caísse por terra. Sendo tal rol exemplificativo, entende-se que a cobertura para tratamentos das doenças previstas na CID não se limita ao que consta no rol, permitindo-se assim que haja cobertura para procedimento que não esteja ali previsto, mas que é necessário ao beneficiário. Nesse caso, não há como afirmar que não haveria concretização do direito à saúde na área da saúde suplementar, pois, no momento em que fosse necessário, o beneficiário consumidor teria a cobertura que necessita.

Com isso, a finalidade, o objetivo e a razão de ser do contrato de assistência privada à saúde são respeitados, além de na hipótese fática não se ter nenhum prejuízo à saúde do consumidor, não havendo espaço para um possível dano físico ou moral. Cabe lembrar que o conceito de saúde na atualidade também engloba a saúde mental do indivíduo, de modo que a ausência de cobertura em razão da taxatividade pode sim ser considerada como violadora do direito à saúde ao gerar um grave dano de ordem moral ao indivíduo, justamente em razão dessa ausência, situação que não pode ser avaliada como mero aborrecimento.

Garantir cobertura a um determinado procedimento imprescindível numa determinada hipótese fática, em razão da natureza exemplificativa, impede que nessa situação haja qualquer tipo de lesão ou prejuízo. Obter tal tratamento que ajude ou viabilize a recuperação da saúde do paciente beneficiário é de forma clara concretizar o direito à saúde na seara da saúde suplementar.

Além disso, com essa natureza, toda a discussão acerca da competência da ANS ter que ser exercida de acordo com postulados consumeristas e constitucionais cai por terra. Não se pode esquecer que a relação existente entre as partes é uma relação de consumo e que o contrato firmado nesse caso é um contrato de adesão, o que implica na aplicação de todo o

regramento consumerista. Como já foi anteriormente afirmado, o CDC²⁷⁰ consiste em norma principiológica e tem eficácia supralegal, estando localizada em um ponto intermediário entre a CRFB/88²⁷¹ e leis ordinárias, inclusive a legislação que atribui competência a autarquia, tendo uma superioridade em relação a ela.

Sobre esse ponto, cabe mencionar novamente a ADI nº 2.095/RS²⁷² que dispõe que:

os consumidores de planos privados de assistência à saúde têm, em primeiro lugar, o direito de ver reconhecidos todos os direitos e princípios assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor, tanto na esfera da regulamentação administrativa, quanto na esfera judicial

Nesse sentido, é claro que essa competência da autarquia de elaborar o rol deve observar certos limites e normas. Uma delas é a norma consumerista, mas, além disso, existem outros limites a esse poder normativo das agências. Um aspecto que deve ser lembrado quando do exercício desse poder é a impossibilidade de se inovar no ordenamento jurídico, já que a finalidade dessa competência é complementar uma espécie normativa primária, adaptando e especificando seu conteúdo. Ao exercer tal competência, não há como inovar e prever disposições que a espécie normativa primária não fez, o maior objetivo da agência ao exercer essa competência é complementar o que foi previsto pelo legislador.

Considerando o rol como exemplificativo, outros dois pontos merecem ser analisados. O primeiro deles é com relação a violação do dever anexo de cooperação, que decorre diretamente do princípio da boa-fé objetiva que rege as relações de consumo. Diferente do cenário que se delimita da taxatividade em que há uma violação a esse dever, com a natureza exemplificativa nenhuma das partes terá um comportamento que inviabilize o alcance da finalidade pela qual o contrato foi firmado. Do contrário, haverá alcance desse fim, já que no caso concreto se garante a cobertura do procedimento que o beneficiário necessita.

O segundo ponto que deve ser analisado é quanto a violação do dever anexo de cuidado, nesse cenário essa violação também deixará de ocorrer. Com relação ao beneficiário, não haverá de se falar em dano físico ou moral, pois invariavelmente terá acesso ao procedimento que lhe é necessário. Com relação a operadora de planos de saúde, em certo ponto não há como se falar em dano patrimonial. Isso porque, já tendo conhecimento acerca da natureza do rol elaborado pela ANS, as operadoras poderiam pesquisar mecanismos e meios para diluir tal gasto e evitar o prejuízo financeiro.

²⁷⁰ BRASIL, op. cit., nota 32.

²⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁷² BRASIL, op. cit., nota 26.

Poderia se admitir que em alguma medida haverá um dano patrimonial, em especial para as operadoras que são consideradas de pequeno porte, conforme afirmado por Daniel Tostes²⁷³ durante sua palestra na 3ª reunião do fórum permanente de saúde pública e acesso à justiça da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Tendo em vista esse ponto e levando em consideração a concretização do direito à saúde, em um primeiro momento poder-se-ia concluir que talvez a melhor saída para esse cenário fosse optar por uma taxatividade mitigada do rol, conforme afirmado pelo STJ quando do julgamento dos EREsp nº 1886929²⁷⁴ e EREsp nº 1889704²⁷⁵. Contudo, conforme anteriormente analisado, tal saída se mostraria infrutífera no final das contas, pois, segundo os termos da decisão exarada, uma taxatividade mitigada não concluiria de forma satisfatória a questão, tendo em vista que ainda sim seria possível que os usuários, sentido se lesados e entendendo que seu caso específico se amolda a exceção trazida pelo STJ, ainda sim poderiam judicializar a questão, não se alterando em nada o número de demandas que tratem desse assunto.

Além desses pontos, foi anteriormente debatido nesta pesquisa a incerteza que seria repassada às operadoras de planos de saúde se o rol fosse considerado exemplificativo, não haveria uma previsibilidade de seus gastos o que impediria uma correta precificação das modalidades de planos. Conforme analisado, ao se defender a taxatividade do rol afirmou-se que a incerteza inviabilizaria a saúde suplementar ao afetar diretamente o lucro dos agentes atuantes nesse setor, gerando um desequilíbrio financeiro do contrato. Contudo, com adoção dessa tese essa incerteza seria repassada ao beneficiário, parte mais vulnerável da relação como consumidor.

Ao analisar esse aspecto pelo viés da natureza exemplificativa, latente é a proteção do consumidor. Impede-se que ele tenha de lidar com todo o cenário narrado na segunda seção desse capítulo, não haveria de se falar em busca pelo sistema de saúde público, muito menos em arcar com os custos daquilo que necessita. Além de se impedir qualquer dano de ordem física ou moral, considerar o rol como exemplificativo também alivia um sistema público já deficiente, tendo em vista que as operadoras seriam obrigadas a fornecer cobertura nessa hipótese.

Com essa solução, todos esses problemas seriam resolvidos, não haveria danos físicos ou morais, não haveria oneração do sistema público de saúde, usuário ainda teria sua proteção

²⁷³ EMERJ, op. cit., nota 187.

²⁷⁴ BRASIL, op. cit., nota 44.

²⁷⁵ BRASIL, op. cit., nota 45.

garantida, além de não haver violação aos deveres anexos a boa-fé objetiva, garantindo-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato para a parte que mais importa: o consumidor.

Importante destacar que, com a garantia desse equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem-se a garantia também de outro princípio importante: a função social dos contratos. Em momentos anteriores desta pesquisa pode-se observar a íntima relação entre a garantia e manutenção do equilíbrio contratual e a função social dos contratos, já que seu objetivo está ligado ao alcance e manutenção do ponto de equilíbrio que o contrato deve atingir. A natureza exemplificativa perpassa por esses dois pontos importantes na seara do consumidor e se alinha ao que eles dispõem.

Por fim, o último ponto que merece ser analisado acerca de tal natureza tem relação com o chamado plano-referência e as disposições legais acerca de exceções de cobertura.

Em primeiro lugar, com relação ao plano-referência cabe recordar que existe uma finalidade específica para sua existência, de modo que a previsão dessa modalidade não é sem motivo. Conforme já afirmado, a razão de ser do plano-referência é garantir o tratamento para todas as doenças listadas pela CID, de acordo com os limites da segmentação contratada e as restrições trazidas pela própria legislação especial. Assim, a cobertura nessa hipótese observa duas vertentes: a segmentação contratada pelo beneficiário e as exceções trazidas pela própria Lei nº 9.656/98²⁷⁶ em seu artigo 10.

Diferente do que ocorre quando se considera a natureza taxativa do rol, a opção pela adoção da tese da natureza exemplificativa em nada altera a finalidade do plano-referência. A cobertura seria garantida independentemente de estar ou não o procedimento previsto no rol elaborado pela ANS. Caberia somente observar se tal procedimento estaria dentro de uma das exceções trazidas pela própria legislação ou pela segmentação contratada pelo próprio consumidor.

A previsão ou não do rol de procedimentos e eventos da ANS não iria trazer influência sobre esse cenário em que se considera sua natureza como exemplificativa. Os parâmetros legais trazidos para concluir pela cobertura ou não do procedimento não seriam invalidados pela adoção da natureza exemplificativa do rol. A razão de ser do plano-referência estaria preservada, mais que isso, não haveria restrição de cobertura assegurada por lei por meio de uma norma infralegal.

Com isso, percebe-se que a adoção dessa tese de fato traria um cenário em que não haveria de se falar em prejuízos para a parte mais vulnerável da relação. Não haveria de se falar

²⁷⁶ BRASIL, op. cit., nota 10.

em questionamentos acerca da compatibilidade dessa natureza com postulados legais acerca de exceções de cobertura ou finalidade do plano-referência, muito menos haveria espaço para debate da possibilidade de um regulamento inovar em espaço que uma lei não inovou.

A única consequência que merece destaque é com relação ao possível prejuízo financeiro que iria advir para as operadoras de planos de saúde, considerando também um possível encarecimento de planos individuais para se evitar um maior prejuízo. Tal elemento também deve ser sobrepesado ao decidir essa questão, tendo em vista que a análise deve ser ampla e deve gerar a menor das consequências. Todavia, examinando-se todos os elementos aqui listados e minuciosamente estudados, é forçoso concluir que a adoção da natureza exemplificativa ainda se mostra a melhor solução para esta celeuma.

Não se pode perder de vista que a CRFB/88²⁷⁷ traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, intrinsecamente conectada ao direito à vida que por sua vez tem profunda ligação com o direito à saúde. Além disso, ela impõe que a ordem econômica observe o princípio da defesa do consumidor, trazido por meio das normas do CDC²⁷⁸ que consiste em norma principiológica, ou seja, ocupa posição de destaque com relação as demais normas.

Levando em consideração esses postulados e todo o arcabouço trazido por essa pesquisa, não há como se concluir de maneira diferente. A natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS não pode gerar prejuízos a parte mais fraca da relação, afetando um direito fundamental e ignorando os limites de seu poder normativo. Considerar o rol como exemplificativo demonstra e concretiza a harmonia de todo um sistema de normas que não deve ser considerado em partes e sim conectado, coeso e entrelaçado.

Essa natureza ao fim e ao cabo fornece a proteção a qual o consumidor tem direito e viabiliza o respeito a função principal de um regulamento, qual seja, complementar e não inovar. Além disso, permite também a concretização do direito fundamental à saúde, o respeito a vida e a dignidade da pessoa humana. Adotar a natureza exemplificativa como a verdadeira natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS garante o destaque que o direito à saúde impõe, a proteção ao direito à vida e materializa aquilo que o texto constitucional dispõe: a dignidade da pessoa humana como um fundamento deste Estado Democrático.

²⁷⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁷⁸ BRASIL, op. cit., nota 32.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa analisou, como problemática essencial, a discussão acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS e seus impactos sobre a concretização do direito à saúde e seus efeitos sobre a prestação do serviço e sobre os consumidores desse mercado. O embate se materializava, em especial, pelo confronto da quarta turma do STJ, que adotava a tese da natureza taxativa do rol, e da terceira turma, que optava pela adoção da natureza exemplificativa do rol.

De um lado se encontra a proteção dos agentes atuantes do mercado, viabilizando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato para esses agentes e impedindo, em certa medida, o aumento dos valores pagos por todos os usuários a título de mensalidade. Do outro, encontra-se a manutenção do equilíbrio contratual aliada a proteção dos consumidores vulneráveis, o respeito à dignidade da pessoa humana e ao princípio da proteção do consumidor, a preservação da finalidade do contrato e a razão de ser dos planos-referência, a observância dos limites ao poder regulamentar das agências reguladoras e a prevalência do direito à vida e à saúde sobre lucro daqueles que atuam nesse mercado.

Como resultado da análise dos diversos fundamentos que embasam essa discussão e das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível concluir que a melhor tese a ser adotada no presente caso é pela natureza exemplificativa do rol de procedimentos e eventos da ANS.

Para tanto, fez-se o exame dos fundamentos que embasam ambas as teses, levando-se em consideração o significado de saúde na atualidade, a concretização desse direito e sua íntima relação com o direito à vida e dignidade da pessoa humana, além da imposição constitucional da proteção do consumidor, princípio a ser observado pela ordem econômica nacional.

Assim, o entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que não há como falar em efetividade do direito à saúde na área da saúde suplementar se o rol de procedimentos e eventos da ANS for considerado como taxativo. Não há como deixar de admitir que o consumidor usuário sofreria algum grau de lesão com a taxatividade do rol, uma vez que possibilitar a ausência de cobertura de um procedimento necessário para determinada doença seria em última instância impedir a recuperação da saúde desse consumidor.

Ao inviabilizar essa recuperação em razão da natureza taxativa, além de impedir a concretização do direito à saúde, estar-se-ia, dentre outras coisas, permitindo um desequilíbrio contratual em prejuízo do consumidor, aniquilando o objetivo final dos contratos firmados na saúde suplementar, permitindo que um mero regulamento inove quando a própria lei de

regência desse mercado não inovou, havendo também uma violação aos deveres anexos trazidos pelo princípio da boa-fé objetiva.

Em última análise, tais premissas não ocorreriam ao se considerar o rol como meramente exemplificativo. A natureza exemplificativa traz como regra viabilizar a cura ao garantir em toda hipótese cobertura para todos os procedimentos, independentemente de estarem ou não previstos no rol da ANS. Em razão disso, ao assegurar a possibilidade do alcance da recuperação, não há como falar em qualquer risco de lesão a ser sofrido pelo consumidor.

A concretização do direito à saúde é clara nesse caso, não há nenhum impedimento para isso, mais ainda, se ao adotar a natureza taxativa há violação de diversos postulados, com a natureza exemplificativa não há como se falar em qualquer transgressão. Não há de se falar em desequilíbrio contratual em prejuízo do consumidor, mas sim respeito à dignidade da pessoa humana, direito à saúde, finalidade dos contratos firmados no âmbito da saúde suplementar e da razão de ser dos planos-referências, além de se garantir que o poder normativo da ANS cumpra seu papel e observe seus limites.

É certo também que no cenário atual e se considerado o ordenamento jurídico pátrio, o magistrado ao elaborar sua decisão deve considerar os efeitos que tal decisão irá produzir no mundo fático. Por essa razão, não se pode ignorar que a opção pela natureza exemplificativa traria um certo prejuízo financeiro para parte dos agentes atuantes no mercado da saúde suplementar, em especial para as operadoras de pequeno porte. Também não é possível afastar de vista que haveria um certo encarecimento do preço das mensalidades pagas, já que o custo de cada procedimento que não é previsto pelo rol da ANS é repassado aos outros consumidores, sendo esse gasto diluído e incluído nessas mensalidades.

Dessa forma, ao priorizar uma solução que gere o menor dos danos, sendo de fato impossível adotar alguma resposta que não gere prejuízos algum, ainda sim, a opção pela natureza exemplificativa se mostra solução mais efetiva, quando sobrepesado os pontos e consequências geradas por essa natureza com relação aos pontos e consequências da adoção da natureza taxativa ou da taxatividade mitigada, tese defendida pelo STJ no último julgamento que trata desse assunto.

Portanto, esta pesquisa pretende sustentar que o entendimento acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos da ANS não pode ser considerado de forma leviana e ignorando os fundamentos que embasam a duas teses, nem as consequências que delas advêm. É certo que no mercado da saúde suplementar a concretização do direito fundamental à saúde é um imperativo que deve ser viabilizado, assim como a proteção do consumidor, mesmo se tratando de uma relação tida como privada.

Os mais diversos fatores devem ser avaliados, devendo tal exame ser guiado e pautado nesses dois postulados acima trazidos. Assim, resta evidente, pelas razões acima mencionadas, que a proposta da autora consiste na tese de que o rol de procedimentos e eventos da ANS deve ser considerado como exemplificativo.

Da forma como foi construída a República Federativa do Brasil e tendo este Estado Democrático de Direito os fundamentos que têm, de acordo com o texto constitucional, outra solução não pode ser admitida. O respeito à dignidade da pessoa humana, ao direito a vida e a necessidade de fazer com que o direito fundamental à saúde gere efeitos práticos no mundo fático, inclusive no âmbito privado da saúde suplementar, impõe que se adote uma das teses acima perfilhadas.

No cenário atual, em que o mundo enfrentou uma terrível pandemia em larga escala, que dizimou milhares de vidas, viabilizar e garantir tratamentos e procedimentos indispensáveis à saúde é medida que se mostra imperativa. De nenhuma maneira pode-se permitir que no ordenamento jurídico pátrio exista possibilidade de priorizar o lucro em prol da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à saúde, além da proteção do consumidor. Dar destaque a esses postulados que são tão caros a toda sociedade é o mínimo que se pode fazer em benefício de uma justiça social e da construção de uma sociedade mais igualitária e justa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2012. Artigo – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BOAS, Marco Villas (Org.); CECHIN, José (Org.). *Judicialização da saúde*. Palmas: Esmat, 2020, [e-book].

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 340*. Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=188063&desc=ti&servidor=1&iBanner=&iIdioma=0>. Acesso em: 11 ago. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0016577-82.2022.8.19.0000*. Relator: Desembargadora: Marcia Ferreira Alvarenga. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tj-rj-manda-plano-custear-remedio.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2069959-58.2022.8.26.0000*. Relator: Desembargador Edson Luiz de Queiroz. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/rol-exemplificativo.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2022.

_____. *Lei nº 9.656*, de 3 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. *Lei nº 14.307*, de 3 de março de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14307.htm>. Acesso em: 14. mar. 2022.

_____. *Lei nº 9.961*, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.095/RS*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur415645/false>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.931*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1741189>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 238*, de 6 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>>. Acesso em: 1 mai. 2021.

_____. *Lei nº 8.080/90*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 06 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1876630/SP*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2027111&num_registro=202001255040&data=20210311&formato=PDF>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *ERESP nº 1886929/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=COL&sequencial=156083468&formato=PDF&formato=undefined>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *ERESP nº 1889704/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado>>.

/?componente=COL&sequencial=156086956&formato=PDF&formato=undefined >. Acesso em: 30 jun. 2022.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução normativa nº 465*, de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDAMw==>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução normativa nº 470*, de 9 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textoLei&format=raw&id=NDAMw==>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 1688684/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=118492879®istro_numero=202000827810&peticao_numero=202000710024&publicacao_data=20210323&formato=PDF>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 608*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_608_2018_segunda_secao.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciados nº 21 e nº 23 das jornadas de direito de saúde*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução normativa nº 439*, de 3 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzY1Nw==#alteracoes>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 1619479/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=122906594®istro_numero=201903438790&peticao_numero=202000582284&publicacao_data=20210405&formato=PDF>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1733013/PR*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=103994352&num_registro=201800740615&data=20200220&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução normativa nº 358*, de 27 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MjgyNw==#:~:text=1%C2%B0%20Esta%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20estabelece,t%C3%ADtulo%20de%20ressarcimento%20ao%20SUS.>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1885472/SP*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=123627674®istro_numero=202001801621&peticao_numero=202100149436&publicacao_data=20210422&formato=PDF>. Acesso em: 17 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1885275 / SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=117277854®istro_numero=202001797679&peticao_numero=202000695093&publicacao_data=20201204&formato=PDF>. Acesso em: 17 fev. 2022.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 26 da I Jornada de direito civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/672>>. Acesso em: 17 fev. 2022.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 17 fev. 2022.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 17 fev. 2022.

_____. IBGE. *Pesquisa Nacional de Saúde 2019*. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101748.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2022.

_____. CEE-FIOCRUZ. *A pandemia agravou a desigualdade de renda e a pobreza no Brasil*. Disponível em: <<https://cee.fiocruz.br/?q=a-pandemia-agravou-a-desigualdade-de-renda-e-a-pobreza-no-brasil>>. Acesso em: 17 fev. 2022.

_____. Ministério da Saúde. *Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil*. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 17 fev. 2022.

_____. ANS. *ANS monitora impactos da Covid-19 no setor de planos de saúde*. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as>>

noticias/5535-ansmonitora-impactos-da-covid-19-no-setor-de-planos-de-saude>. Acesso em: 17 fev. 2022.

_____. *Lei nº 14.454*, de 21 de setembro de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.htm>. Acesso em: 22 set. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CONJUR. *Ministro Barroso convoca audiência pública para debater rol taxativo da ANS*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-03/barroso-convoca-audiencia-publica-debater-rol-taxativo-ans>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DANIELLI, Ronei. *A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, [e-book].

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. *Revista do Advogado*, São Paulo ano XXXIX, nº 141, p. 160-166, abr. 2019.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 3ª reunião do fórum permanente de saúde pública e acesso à justiça. *Temas de saúde suplementar*. Rio de Janeiro: Emerj, 2021.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FURLANETO, Felipe Carnelossi. Direito à saúde e a iniciativa privada: o dever estatal e a limitação dos contratos de planos de saúde. *Revista de Direito Privado*, vol. 42/2010, p. 185-243, abr.-jun. 2010.

GOMES, Josiane Araújo. *Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde*. 2. ed. rev. e ampl. Leme: Mizuno, 2020.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde. *Revista dos Tribunais*, v. 1004/2019, p. 123-143, jun. 2019.

LEAL, Mônica Clarissa Henning; MAAS, Rosana Helena. *Judicialização da saúde e controle jurisdicional de políticas públicas: entre informação e participação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, [e-book].

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

NUNES, Rizatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OMS. *Constituição da organização mundial da saúde de 1946*. Disponível em: <<http://www.nepp-dh.ufrj.br/oms2.html>>. Acesso em: 17 fev. 2022.

ONU. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_home_m.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2022.

PORTELLA, Raquel Marinho Chrizostimo; SILVINO, Zenith Rosa. *Judicialização: análise normativa e judicial sobre saúde suplementar*. Curitiba: Appris, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, [e-book].

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

VALLE, Vanice. *Rol taxativo de cobertura de saúde suplementar: um exercício de retórica*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-16/interesse-publico-rol-taxativo-saude-suplementar>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

VIAPIANA, Tábata. *Apesar do STJ, TJ-SP diz que rol da ANS é exemplificativo e mantém tratamento*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-27/apesar-decisao-stj-tj-sp-rol-ans-exemplificativo>>. Acesso em: 07 ago. 2022.