

OS IMPACTOS DA DECLARAÇÃO DE TAXATIVIDADE DO ROL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO ECOSISTEMA DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Ana Luísa Araújo Machado¹

Resumo

O trabalho analisou os impactos da possível declaração de taxatividade do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e, a partir de uma leitura consequencialista, concluir pela natureza taxativa ou exemplificativa do rol. Buscou-se, inicialmente, explicar o surgimento, regulação, cenário econômico-financeiro e judicialização da saúde suplementar. Na sequência, foi apresentado qual o posicionamento da Corte Especial a respeito da natureza do rol, considerando o histórico do entendimento e o nascimento da divergência. Posteriormente, foram trazidos quais os argumentos abordados pelas Turmas para fundamentação dos seus posicionamentos divergentes sobre o tema. Finalmente, com base nas conclusões desta pesquisa, objetivou-se definir qual o melhor entendimento no que toca à natureza do rol, considerando como régua a manutenção da sustentabilidade da saúde suplementar e a redução da judicialização desse setor.

Palavras-chaves: Saúde suplementar. Judicialização. Entendimento do STJ. Natureza do rol.

THE IMPACTS OF THE DECLARATION OF TAXATION OF THE NATIONAL HEALTH AGENCY'S ROLL BY THE HIGHER COURT OF JUSTICE ON THE SUPPLEMENTARY HEALTH ECOSYSTEM

Abstract

The present work aimed to analyze the impacts of the possible declaration of the list of the National Supplementary Health Agency by the Special Court and, based on this consequential analysis, conclude by the exhaustive or exemplary nature of the list. Initially, we sought to explain the emergence, regulation, economic-financial scenario and judicialization of supplementary health. Next, the position of the Special Court regarding the nature of the list

¹ Advogada. Graduada em Direito pelo IDP. Graduanda em Gestão de Políticas Públicas pela UnB. E-mail: analuisamachadoa@gmail.com.

was presented, considering the history of understanding and the birth of the divergence. Next, the arguments addressed by the Classes to substantiate their divergent positions on the subject were brought up. Finally, based on the conclusions of this research, the objective was to define the best understanding regarding the nature of the list, considering as a ruler the maintenance of the sustainability of supplementary health and the reduction of judicialization in this sector.

Keywords: *Supplementary health. Judicialization. Understanding of the STJ. Nature of role.*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 não conferiu exclusividade ao Poder Público no que se refere ao fornecimento de serviços de saúde. Sendo assim, além da prestação desses serviços pelo Estado, existe um mercado composto por operadoras e planos de saúde que também prestam serviços à saúde. No entanto, elas não detêm liberdade absoluta de atuação, sendo submetidas à fiscalização e regulamentação realizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) por determinação da lei 9.656/98.

A agência em referência, ligada ao Ministério da Saúde, é a responsável por elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, atualizado a cada dois anos, que, atualmente, é considerado pela jurisprudência dominante como exemplificativo, ou seja, é apenas uma referência mínima à prestação de serviços pela saúde suplementar. Em outras palavras, significa dizer que, ainda que o procedimento ou medicamento não esteja previsto na lista, ele deve ser fornecido pelo plano de saúde aos seus beneficiários.

No entanto, é possível perceber o surgimento, desde 2019, de uma divergência jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Essa divergência se estabeleceu entre julgados da 3ª e da 4ª Turmas e se mantém de modo reiterado até os dias atuais. A 3ª Turma, historicamente, se posiciona de modo a declarar o rol meramente exemplificativo e a 4ª Turma, desde o ano em evidência, passou a entender que o rol é taxativo. A 2ª seção do referido tribunal, responsável por uniformizar os entendimentos da Corte, ainda não afetou o caso como repetitivo, o que pode ser feito a qualquer momento.

Tendo a situação fático jurídica sido esclarecida, cumpre elucidar que este estudo se propõe a avaliar, a partir da perspectiva da análise econômica do direito, quais são os impactos da possível declaração de taxatividade do rol da ANS pelo STJ, em especial, para a judicialização desse setor. A partir dessa análise de consequências, pretende-se estabelecer um

posicionamento favorável ou não à taxatividade, considerando como régua a manutenção da sustentabilidade da saúde suplementar e a redução da judicialização do referido setor.

Segundo dados da ANS de janeiro de 2021, 24,5% da população brasileira está coberta por plano privado de saúde², porcentagem esta expressiva, que fomenta a ideia de que a saúde suplementar é relevante, pois é responsável, paralelamente ao Estado, pela prestação de saúde a uma parcela significativa da população.

É possível notar a relevância do estudo do tema a partir da porcentagem apresentada acima, por se tratar do direito de acesso à saúde, direito este caro ao ordenamento brasileiro, e que há divergência de entendimento na Corte Especial a respeito da taxatividade rol da ANS. Ademais, o entendimento em torno da taxatividade ou não do rol é relevante para todo o ecossistema da saúde suplementar, em especial, porque esta é uma das causas de maior judicialização desse setor no Brasil, haja vista dizer respeito aos tratamentos que o plano deve ou não cobrir.

A pesquisa que embasa a realização deste trabalho consiste na leitura aprofundada da jurisprudência da Corte Especial e os argumentos trazidos por ela e, além disso, toda literatura produzida por diversos ramos do conhecimento que contribuem para apontar qual o melhor entendimento a respeito do rol da ANS a partir da consideração de quais são os possíveis impactos ao setor da saúde suplementar a declaração de taxatividade ou não do referido rol.

1. Saúde Suplementar

1.1 Surgimento e regulação

A saúde, no Brasil, pode ser prestada de três formas distintas e não excludentes, são elas: a) saúde pública, que é universal, regionalizada, hierarquizada, descentralizada, de atendimento integral e com gestão participativa, orientada pelas diretrizes estabelecidas pelo SUS; b) saúde complementar, que assegura ao Poder Público a possibilidade de prestar serviços de saúde por intermédio de uma pessoa jurídica de direito privado, mas que atue de acordo com as diretrizes do sistema público e, finalmente, c) a saúde suplementar, que consiste nos serviços

² BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Gerais**. Brasília: ANS. Geral. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em: 3 de maio de 2021.

de saúde prestados diretamente por profissionais da iniciativa privada ou por intermédio de operadoras de planos privados de assistência à saúde³.

Contudo, esse desenho institucional de acesso à saúde nem sempre foi assim. O atendimento médico-hospitalar começou a se organizar nos anos 20. Neste momento, surgiram as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs). Estas eram entidades geridas pelos trabalhadores de determinadas empresas e ofereciam aos associados aposentadoria, remédios e assistência médica. Tempos depois as CAPs se transformaram no Instituto de Aposentadorias e Pensões (IAPS), que além das contribuições dos empregados e das empresas, eram financiados pelo governo⁴.

As operadoras de saúde surgiram no Brasil nos anos de 1950 diante de um cenário de descontentamento com o atendimento ofertado pelo IAPS. Neste período, as empresas públicas passaram a usar recursos próprios e dos empregados para financiar a assistência à saúde, fazendo nascer a saúde suplementar, que, até então, não era alvo de qualquer forma de regulação pelo Estado.

Em 1988, a Carta Magna então promulgada passou a garantir saúde pública para todos os cidadãos por meio do SUS e admitiu a possibilidade de prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada, desde que, regulada pelo Estado, dada a relevância deste direito. Apesar da previsão constitucional, não se elaborou de modo imediato nenhuma legislação que garantisse a regulação do setor, gerando como consequência significativo volume de queixas perante os órgãos de defesa do consumidor que demonstravam conflitos entre usuários e planos de saúde, principalmente no que se refere aos reajustes das mensalidades, exclusão de procedimentos e abusividade do contrato.

Apenas durante a década de 90, em razão do fenômeno da agencificação surgido no Brasil, que propôs um redesenho das funções do Estado, criou-se um cenário favorável à regulação do setor da saúde suplementar, que já vinha sendo demandado pelos usuários, entidades médicas, órgãos de defesa do consumidor e até mesmo por instâncias governamentais.

³ PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos**. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁴ DISTRITO FEDERAL. Senado Federal. **Antes do SUS, saúde era pra poucos**. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saude/contexto/antes-do-sus-saude-era-para-poucos>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Diante desse contexto, nasce o marco regulatório do mercado de planos privados de saúde com a promulgação da lei 9.656 que entrou em vigência no ano de 1998 e iniciou uma nova era, consolidando as disposições que já se encontravam na Constituição Federal, no que se refere à regulação pelo Poder Público, especialmente pela ANS, agência criada dois anos depois pela lei 9.961/2000 para fiscalização e regulamentação da saúde suplementar.

A ANS, segundo Daniel de Macedo Alves Pereira, consiste em:

“Autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde que possui autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, além de autonomia nas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes. É responsável pela regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Tem por finalidade institucional a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, cooperando para o desenvolvimento das ações de saúde”.⁵

Dessa maneira, desde o ano 2000 o mercado da saúde privada passou a ser regulado pela agência em referência porque percebeu-se que havia a necessidade de garantir o direito à saúde da população sem interferências de interesses privados específicos. A utilização da regulação como instrumento de gestão pode se tornar um potente equalizador social do sistema de saúde para reduzir a desigualdade relacional entre os entes público e privado - além da desigualdade entre o segurado e a seguradora. Além disso, a regulação é capaz de atenuar a relação de necessidade, demanda e oferta, tornando-a coerente, compatível e sem grandes distorções⁶.

Para o melhor desempenho da sua função, a ANS foi dividida internamente em 5 áreas, são elas: Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras (Diope), Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos (Dipro), Diretoria de Fiscalização, Diretoria de Desenvolvimento Setorial (Dides) e Diretoria de Gestão (Diges). Dentre todas essas citadas, merece destaque a Dipro, Diretoria que é responsável pela revisão do Rol de Procedimentos que se dá de modo

⁵ PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. op., cit., p. 65.

⁶ VILARINS, G. C. M. et al. **A regulação em saúde: aspectos conceituais e operacionais**. Saúde em Debate. Rio de Janeiro, v. 36, n. 95, p. 640-647, out./dez. 2012.

periódico a cada 2 anos com a objetivo de manter os medicamentos e serviços prestados pelas operadoras de saúde sempre atualizados. O referido rol, segundo a ANS:

(...) “Garante e torna público o direito assistencial dos beneficiários dos planos de saúde, válida para planos de saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, contemplando os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e eventos em saúde, em cumprimento ao disposto na Lei 9.656/98.

(...)

Na saúde suplementar, a incorporação de novas tecnologias em saúde, bem como a definição de regras para sua utilização, regulamentada pela Resolução Normativa nº 439/2018, é definida pela ANS por meio dos sucessivos ciclos de atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que ocorrem a cada dois anos. O ciclo de atualização do Rol se inicia com ato de deliberação da Diretoria Colegiada da ANS, que define um cronograma, fixando prazo para apresentação das propostas de atualização, mediante o preenchimento do formulário eletrônico FormRol.”⁷

Sendo assim, para o procedimento de atualização do Rol, é definido um calendário com prazo para apresentação de sugestões de atualização através do preenchimento do formulário acima citado. Pessoas físicas e jurídicas podem encaminhar propostas para o Fórum que contará com o Comitê Permanente de Regulação da Atenção à Saúde – COSAÚDE, de caráter consultivo, para estabelecer um diálogo permanente entre as operadoras de saúde e a sociedade⁸.

Após todo este procedimento, é deliberado pela Agência quais são os procedimentos que deverão ser incluídos no rol e que, por consequência, passarão a ser de obrigatória cobertura pelas operadoras de saúde. Portanto, é desta maneira que ocorre o controle realizado pela agência em relação aos procedimentos de fornecimento obrigatório aos usuários dos planos de saúde.

1.2 Cenário econômico-financeiro dos planos de saúde

⁷ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Espaço do consumidor**. Brasília: ANS. Geral. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/737-rol-de-procedimentos>> Acesso em: 12 abril de 2021.

⁸ Ibid.

É necessário que se elucide qual o atual cenário econômico-financeiro em que o setor da saúde suplementar está submetido para que, adiante, seja mais bem compreendido o contexto da alta judicialização desse setor e a conseqüente relação deste fato com a taxatividade ou não do rol da ANS.

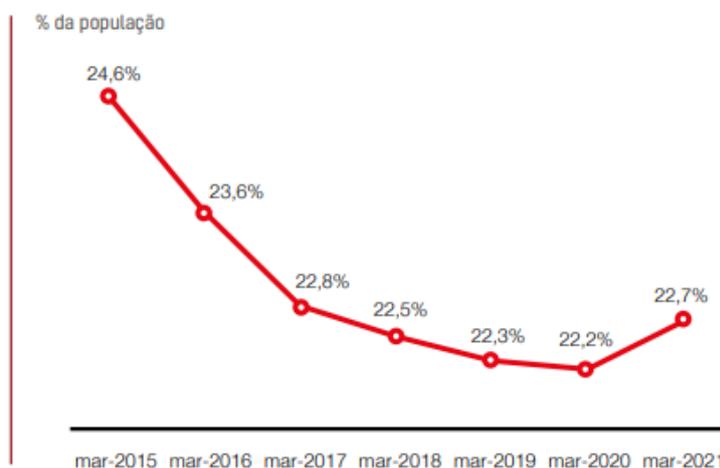
Segundo dados da Pesquisa Cenário Saúde, o primeiro Trimestre de 2021 foi assim caracterizado:

“O 1º trimestre de 2021 foi marcado pela retomada do crescimento do mercado de planos médico-hospitalares após um período de cinco anos de queda ou crescimento inexpressivo. O número de beneficiários cresceu 1,8% em comparação com o 1º trimestre do ano anterior, atingindo 48,0 milhões de pessoas cobertas. Apenas entre janeiro e março de 2021 foram registrados 326,5 mil novos beneficiários.”⁹

A partir das informações da pesquisa, é possível compreender que o mercado da saúde suplementar nos últimos cinco anos apresentou quedas sucessivas que evidenciaram os efeitos da crise econômica para o setor, tendo o seu crescimento retomado a partir do surgimento da pandemia da COVID-19 no ano de 2020. Veja-se o seguinte gráfico:

Gráfico 3 - Taxa de cobertura de Planos Médico-Hospitalares

Fonte: Elaborado por ABRAMGE/SINAMGE/SINOG com base em informações da ANS e IBGE.



A pesquisa indica que essa melhora de cenário ocorreu porque as pessoas passaram a demandar mais segurança no que se refere à saúde, sentimento causado pelo medo instaurado em razão da epidemia mundial.

⁹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PLANOS DE SAÚDE (São Paulo). Abramge. **Cenário Saúde**. 2. ed. São Paulo, 2021. 6 v. Disponível em: <https://abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/biblioteca-abramge/biblioteca-cenario-saude/1231-cenario-saude-volume-6-n-2-de-2021>. Acesso em: 12 ago. 2021.

Segundo dados da ANS na pesquisa que identificava qual o perfil das reclamações recebidas pela agência de acordo com o tema, 68,02% das reclamações recebidas diziam respeito a cobertura, 22,27% tratavam sobre contratos e regulamentos, 8,97% eram sobre mensalidades e reajustes e 0,73% correspondiam a outros assuntos¹⁰.

Nota-se, a partir dos resultados da pesquisa, o que o assunto “cobertura” lidera o ranking de reclamações à agência, assunto este que mantém relação direta com os medicamentos e procedimentos previstos no rol da ANS e, por consequência, de modo esperado, também está entre os assuntos mais recorrentes nas demandas judiciais contra os planos de saúde, conforme será demonstrado a seguir.

Tendo esses dados sido demonstrados, de modo breve, para a elucidação do contexto atual econômico-financeiro e até mesmo jurídico que engloba a saúde suplementar, se faz necessário registrar, neste momento, a relevância da manutenção da sustentabilidade do ecossistema da saúde suplementar, haja vista o seu protagonismo junto com o SUS na oferta de saúde à população como um todo.

Nesse sentido, Renato Luís Dresch ressalta a relevância do mercado da saúde suplementar para a garantia de acesso à saúde, a partir de disposição prevista na Constituição Federal:

“O artigo 199, § 1º, da Constituição Federal reconhece que os serviços de saúde serão prestados diretamente pela administração pública ou pela saúde complementar, através de entidades privadas credenciadas. Ao lado disso, reconhecendo a incapacidade de atender a promessa de universalidade de acesso e atendimento integral, a Constituição Federal autoriza o livre acesso à saúde privada nos serviços de saúde, instituindo a saúde suplementar que está regulada pela Lei nº 9.656/98.”¹¹

Isto porque, o caráter híbrido de fornecimento de saúde à população autorizada pela Constituição Federal, que permite a participação de uma multiplicidade de atores, gerou na prática uma relação muito próxima entre o setor público e privado no Brasil. É possível perceber, conforme apontam Ramiro Sant’ana e Candice Jobim que “é no setor privado que o

¹⁰ DISTRITO FEDERAL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Consolidados da Saúde Suplementar**. Brasília, 2021. 54 p. Disponível em: http://ftp.dadosabertos.ans.gov.br/FTP/PDA/Dados_Consolidados_da_Sa%c3%bade_Suplementar/. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹¹ DRESCH, Renato Luís. **As medidas de otimização da judicialização: o Nat-jus e as Câmaras Técnicas**. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 124).

SUS contrata grande parte dos serviços de saúde ofertados à população”¹². Sendo assim, o mercado privado tem assumido importante função de suporte à seara pública no fornecimento de saúde¹³.

2. Judicialização da saúde suplementar

O sistema de assistência à saúde brasileiro é abrangente e complexo, abarcando dentro de si atores públicos e privados, assim como entidades reguladoras e diversos dispositivos legais, dada a importância do direito de acesso à saúde. Além da sua abrangência e multiplicidade enquanto sistema, a saúde é um tema que gera frequentes conflitos judiciais.

A chamada judicialização da saúde consiste em um fenômeno de alta complexidade, assim como o próprio sistema de assistência à saúde híbrido garantido pela Constituição Federal. Este fenômeno tem ocupado cada vez mais espaço no debate jurídico e político nacional e internacional, refletindo uma tendência no Brasil e no mundo.¹⁴

Sara Randazzo afirma em *“Leveling the playing field? litigant success rates in health-care policy cases in the u.s. courts of appeals”*¹⁵ que as políticas de saúde apresentam uma oportunidade para os menos favorecidos em relação aos mais favorecidos nos EUA, gerando, por consequência, suas chances de permanecer em litígios:

“Though previous research on party capability demonstrates that the ‘haves’ win more often in litigation than the “have-nots,” this conclusion contradicts the conventional wisdom among the general populace that views the judiciary as the institution most likely to protect individual rights. This raises the question whether an area of the law exists where the courts tend to favor the have-nots over the haves. Using data from the Courts of Appeals Database, our results demonstrate that health-care policy cases present an opportunity for the have-nots to offset advantages typically possessed by the haves, thereby increasing their chances to prevail in litigation. Whether one

¹² JOBIM, Candice; SANT’ANA, Ramiro. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. In: BOAS, Marco Villas (org.). **Judicialização de Planos de Saúde: Conceitos, Disputas e Consequências**. Brasília: Esmat, 2020. Cap. 7. p. 153-178. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/portal/images/esmat/publicacoes/iess_copedem/LIVRO_COLETANEA_ARTIGOS_COPEDEM_2021.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021.

¹³ COLOMBO, F.; TAPAY, N. **Private Health Insurance in OECD Countries: The Benefits and Costs for Individuals and Health Systems**. OECD Health WorkingPaper, OECD Publishing, Paris, n. 15., 2004, p. 14.

¹⁴ YAMIN, A. E.. **Promoting equity in health: What role for courts?** Health & Human Rights, v. 16, n. 2, 2014, p. 01

¹⁵ “Nivelando o campo de jogo? Taxas de sucesso de litigantes em casos de política de saúde nos EUA. Tribunais de apelação”

examines average success rates for appellants, the "net advantage" for litigants, or a more sophisticated statistical model, the data indicate that individuals (i.e., the have-nots) typically enjoy larger success rates than either state and local government or the federal government"¹⁶.

Na esfera pública, a judicialização repercute inquestionavelmente na formulação de políticas públicas pelo Estado que são custeadas por recursos escassos e limitados. Isso porque, conforme defende Virgílio Afonso da Silva em "Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights"¹⁷, há uma crença generalizada entre os operadores do direito brasileiros de que o cidadão estará mais protegido se os juízes puderem interferir e dar a palavra final quando se trata de questões relativas à políticas públicas:

"There is a widespread belief among Brazilian legal scholars, lawyers and judges that citizens are always better protected if judges can always interfere and have the last word when it comes to public policies issues. The argument is very simple: since the Brazilian constitution guarantees social rights, if someone does not have full access to a social benefit (education, health etc.), this means that the government and legislators have not done their job properly; only judges can correct this state of affairs, granting individuals access to benefits they did not receive directly from the government, such as medicine or medical treatments etc. Most important: in doing this, judges would be an instrument of social and distributive justice."¹⁸

¹⁶ RANDAZZO, Sara. **LEVELING THE PLAYING FIELD? LITIGANT SUCCESS RATES IN HEALTH-CARE POLICY CASES IN THE U.S. COURTS OF APPEALS.** THE JUSTICE SYSTEM JOURNAL. Estados Unidos: Harvard Law School Library, v. 30, 18 jun. 2017.

"Embora pesquisas anteriores sobre a capacidade do partido demonstrem que os "ricos" vencem com mais frequência em litígios do que os "pobres", essa conclusão contradiz a sabedoria convencional entre a população em geral, que vê o judiciário como a instituição com maior probabilidade de proteger os direitos individuais. Isso levanta a questão de saber se existe uma área do direito em que os tribunais tendem a favorecer os despossuídos em detrimento dos ricos. Usando dados do Banco de Dados de Tribunais de Apelação, nossos resultados demonstram que os casos de apólices de saúde apresentam uma oportunidade para os despossuídos compensarem as vantagens normalmente possuídas pelos ricos, aumentando assim suas chances de prevalecer no litígio. Independentemente de se examinar as taxas médias de sucesso para os recorrentes, a "vantagem líquida" para os litigantes ou um modelo estatístico mais sofisticado, os dados indicam que os indivíduos (ou seja, os despossuídos) normalmente desfrutam de taxas de sucesso maiores do que o governo estadual e local ou o governo federal".

¹⁷ "Tirando dos pobres para dar aos ricos: a aplicação individualista dos direitos sociais"

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights.** 19 f. Curso de Direito, Ciências Jurídicas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

"Há uma crença generalizada entre juristas, advogados e juízes brasileiros de que os cidadãos estão sempre mais protegidos se os juízes sempre puderem interferir e dar a última palavra quando se trata de questões de políticas públicas. O argumento é muito simples: como a constituição brasileira garante

Este capítulo do trabalho, entretanto, se propõe a discorrer a respeito desse fenômeno e seus impactos no universo da saúde suplementar, no qual a judicialização tem crescido mais intensamente, segundo afirmam Candice Jobim e Ramiro Sant’ana no artigo “Judicialização da Saúde”.¹⁹

A esfera privada, assim como a pública, tem as suas relações contratuais entre operadoras e beneficiários de modo igualmente impactado, isto porque muitas das demandas pleiteiam por procedimentos não previstos em contrato, gerando repercussão nos custos dos planos e na segurança jurídica. Além da interferência na assistência à saúde como um todo, a judicialização tornou-se relevante também para o próprio Poder Judiciário que tem de lidar com centenas de milhares de processos que dizem respeito a assuntos relacionados à saúde.

O estudo “Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução” formulado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) em 2019 a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) considerou o período compreendido entre os anos de 2008 e 2017 e constatou, a partir do que se verifica ano a ano, que houve um crescimento de 130% no número de demandas de primeira instância relativas ao direito à saúde:

“A LAI permitiu a identificação de 498.715 processos de primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais³, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais⁴, no período entre 2008 e 2017. Considerando o ano de distribuição dos processos, verifica-se que há um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas anuais de primeira instância (Justiça Estadual) relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017. Para o mesmo período, os relatórios “Justiça em Números” do CNJ apontam um crescimento de 50% no número total de processos em primeira instância. O crescimento das demandas sobre saúde foi, portanto, muito superior ao crescimento das demandas em geral do Judiciário, reforçando a relevância do tema.”²⁰

direitos sociais, se alguém não tem pleno acesso a um benefício social (educação, saúde etc.), isso significa que o governo e os legisladores não têm feito seu trabalho de maneira adequada; somente os juízes podem corrigir esse estado de coisas, garantindo aos indivíduos acesso a benefícios que não receberam diretamente do governo, como remédios ou tratamentos médicos etc. O mais importante: fazendo isso, os juízes seriam um instrumento de justiça social e distributiva”

¹⁹ JOBIM, Candice; SANT’ANA, Ramiro. op., cit., p. 156.

²⁰ Instituto de Ensino e Pesquisa - INSPER (Brasil). Conselho Nacional de Justiça. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: PERFIL DAS DEMANDAS, CAUSAS E PROPOSTAS DE SOLUÇÃO**. Brasília, 2019. p. 15.

Ainda segundo o mesmo estudo, os assuntos mais discutidos nos processos são: “Plano de Saúde”, “Seguro” e “Saúde”, seguidos de “Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos”. É possível perceber, em particular, uma presença significativa dos assuntos “plano de saúde” e “seguro”, evidenciando a importância da litigância judicial no ecossistema da saúde suplementar.²¹

Clênio Schulze em seus levantamentos anuais apurou que no ano de 2015 foram 293.449 ações²², em 2016 foram 427.267²³, em 2017 foram 564.090²⁴ e, finalmente, em 2018 foram 677.897²⁵. Observa-se, portanto, um crescimento exorbitante de 231% em 4 anos.

Dentre os assuntos mais recorrentes nas demandas judiciais estão as questões ligadas a extensão, limites e negativas de cobertura assistencial²⁶, temas que estão intrinsecamente ligados ao rol da ANS, que, segundo a atual jurisprudência, funciona como uma referência exemplificativa de quais os procedimentos devidos pelas seguradoras de saúde.

Mário Scheffer e Daniela Trettel afirmam que “As súmulas sobre urgência e emergência e sobre o rol de coberturas obrigatórias da agência são os maiores exemplos disso, posto que grande parte das discussões judiciais se concentra em tais temas”²⁷.

As decisões proferidas pelos magistrados e tribunais em resposta a essas demandas vão no sentido de conceder o que é requerido pelo beneficiário, refletindo o entendimento que prevalece na jurisprudência dominante da Corte especial, que é de que o rol da ANS é exemplificativo, conforme será demonstrado a seguir.

3. Entendimento do STJ quanto à natureza do rol da ANS

²¹ Ibid.

²² SCHULZE, Clenio Jair. **NOVOS NÚMEROS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. 2016. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²³ SCHULZE, Clenio Jair. **NOVOS NÚMEROS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-dasaude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²⁴ SCHULZE, Clenio Jair. **NOVOS NÚMEROS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opiniao-numeros-judicializacao-saude2018>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²⁵ SCHULZE, Clenio Jair. **NOVOS NÚMEROS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. 2019. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-dasaude-no-brasil>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²⁶ JOBIM, Candice; SANT’ANA, Ramiro. op., cit., p. 169.

²⁷ TRETTEL, Daniela Batalha; SCHEFFER, Mário César. op., cit., p. 425-445.

3.1 Histórico

Historicamente e de modo majoritário, a Corte Especial se posiciona no sentido de entender que o rol da ANS é meramente exemplificativo, ou seja, consiste em uma referência mínima básica à prestação de serviços pela saúde suplementar. Isso implica dizer que, ainda que o procedimento ou medicamento não esteja previsto no rol, a operadora tem a obrigatoriedade de fornecer.

Após pesquisa feita na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme será melhor detalhado no capítulo seguinte, foi possível identificar que 116 acórdãos versam sobre a discussão em torno da taxatividade ou não do rol da ANS. O primeiro acórdão a afirmar que o rol é exemplificativo, e formar a jurisprudência dominante nesse sentido, foi de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, integrante da 4ª Turma do referido Tribunal, no julgamento do Agravo em Recurso Especial 750.941/MG no dia 01.09.2015.

A partir de então, as decisões da Corte Especial nas duas turmas passaram a ser no mesmo sentido: o rol da ANS é meramente exemplificativo. A fundamentação utilizada pelos ministros do STJ para embasar tal entendimento consistem basicamente na ideia de que o beneficiário do plano de saúde, enquanto consumidor, ocupa posição de completa vulnerabilidade e possui uma legítima expectativa de ser atendido em qualquer demanda de saúde por não prever quais procedimentos irá precisar e não poder assumir os riscos da atividade econômica, já que esta é uma função do fornecedor. Ademais, argumenta-se que a partir do momento que o consumidor não é atendido pelo plano de saúde, procura o SUS, gerando maior sobrecarga no sistema público.

3.2 Metodologia da pesquisa

Conforme prometido anteriormente, imperioso se faz o esclarecimento de como se deu a metodologia deste estudo. Para a concretização deste trabalho, foi realizada pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça com o objetivo de se avaliar em que momento se deu a divergência de entendimento entre as Turmas do referido Tribunal, se ela se mantém até a atualidade e quais são os argumentos abordados por cada uma das Turmas para defender seus respectivos posicionamentos.

A identificação dos acórdãos relacionados com o tema foi possível a partir do uso dos operadores fornecidos pela ferramenta de busca do site do STJ. A partir disso, foi elaborada a seguinte fórmula de pesquisa “rol e ANS e (exemplificativo ou taxativo)”. Dessa forma, em

todos os acórdãos em que existe a discussão a respeito da taxatividade ou natureza exemplificativa do rol da ANS, apareceram como resultado da pesquisa.

Conforme dito anteriormente, foram encontrados 116 acórdãos à época da pesquisa, que ocorreu em maio deste ano. Não foi delimitado um intervalo de tempo para a pesquisa dos acórdãos, sendo assim, todos os que foram encontrados são de toda a história do STJ.

Dentre todos os acórdãos analisados, apenas 14 se mostraram a favor da taxatividade do rol, sendo 13 advindas da 4ª Turma. Todos os outros que julgaram o rol exemplificativo provieram da 3ª Turma. Pode-se concluir, a partir deste estudo, que existe divergência de entendimento entre as Turmas do Tribunal, conforme será abordado no capítulo seguinte.

Para a análise dos argumentos que fundamentam os entendimentos contrários das Turmas, foram considerados especialmente dois acórdãos como representativos da controvérsia, o REsp. 1.733.013/PR oriundo da 4ª Turma e o REsp. 1.876.630/SP proveniente da 3ª Turma.

O REsp 1.733.013/PR foi escolhido porque inaugurou a controvérsia e trouxe a participação de diversos amicus curiae, enriquecendo a decisão com diversos pontos de vistas diferentes de várias instituições ligadas ao tema. Por sua vez, o REsp 1.876.630/SP foi selecionado porque foi um dos acórdãos mais recentes da 3ª Turma que resume e reitera todos os argumentos já defendidos por ela ao longo da história de toda a discussão relacionada ao assunto.

3.3 Divergência na Corte Especial

A divergência jurisprudencial entre as Turmas merece ser objeto de estudo porque desde quando foi inaugurada, ocorre de modo sistemático e reiterado, haja vista a ausência de consenso entre os ministros da Corte Especial, demonstrando a problemática que envolve o tema analisado.

Desde dezembro de 2019 no julgamento do Recurso Especial 1.733.013/PR de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, a 4ª Turma passou a se posicionar de modo diverso e reiterado da 3ª Turma, aplicando a tese de taxatividade do rol da ANS por unanimidade, que é, inclusive, defendida pela própria agência reguladora no art. 2º da Resolução Normativa nº 465 de 24 de fevereiro de 2021:

“Art. 2º Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde.”²⁸

A 2ª seção do STJ, responsável por uniformizar o entendimento do Tribunal, diante da divergência jurisprudencial evidenciada acima, ainda não afetou o caso como recurso repetitivo para a definição da tese, o que pode ser feito a qualquer momento. Nota-se a relevância do estudo do tema, haja vista tratar do direito de acesso à saúde, direito este caro ao ordenamento brasileiro, e que há divergência de entendimento na Corte Especial a respeito da taxatividade rol da ANS.

Para o julgamento do REsp 1.733.013/PR figuraram como *amicus curiae* no julgamento a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), o Conselho Federal de Medicina (CFM), o Conselho Federal de Farmácia (CFF), O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor, o Instituto Brasileiro de Atuária - IBA, a Associação Brasileira de Planos de Saúde (Abramge), a Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde), a Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde (ADUSEPS), o Conselho Nacional de Saúde (CNS) e a Comissão Especial de Saúde Suplementar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ressalta-se que a grande quantidade de *amicus curiae* ocorreu nesse caso em específico porque a 4ª Turma tinha o interesse de enriquecer o debate e fundamentar de modo maciço o novo posicionamento dessa parcela do Tribunal.

Dentre todos os *amicus curiae* expostos acima, se manifestaram a favor da natureza exemplificativa do rol o IDEC, o CNS e a ADUSEP. O IDEC e a ADUSEP argumentam, principalmente, que é impossível cobrar do consumidor a previsão dos procedimentos que pode

²⁸ BRASIL. Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021. Distrito Federal, DF, 1 abr. 2021.

vir a precisar e criticam o período de 2 anos para a atualização do rol porque alegam não acompanhar as evoluções tecnológicas.

Por sua vez, o CNS defende que considerar o rol como taxativo, “ou seja, apenas o que está previsto na lista que deverá ser oferecido”²⁹, gera o risco do SUS ficar sobrecarregado, aumentando inclusive a judicialização da saúde pública. A respeito do posicionamento deste Conselho faz-se necessário esclarecer que a natureza taxativa do rol não impede que os planos de saúde ofertem para além do que está previsto na lista, assim como afirma a Comissão Especial de Saúde Suplementar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil quando defende a taxatividade:

“Ademais, na resposta ao ofício enviado, o CNJ destacou o Enunciado nº 21, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde, em que resta claro que a cobertura mínima obrigatória nos contratos firmados ou adaptados à Lei 9.656/98 é aquela disposta no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, sendo que o contrato celebrado entre as partes pode prever cobertura adicional.”³⁰

Todos os outros *amicus curiae* defenderam a taxatividade do rol sob argumentos que foram utilizados pelo Min. Salomão, relator do REsp, que serão elucidados no capítulo a seguir.

4. Argumentos abordados pelas Turmas do STJ

Tanto para a manutenção do entendimento de que o rol é exemplificativo quanto para a declaração de sua taxatividade, existem questões basilares que rodeiam a discussão e que aparecem com frequência como fundamento nas decisões proferidas pela 3ª e 4ª Turmas do STJ. Sendo assim, os argumentos mais recorrentes receberão especial destaque nesta pesquisa para que, a partir do cotejo e ponderação de todos eles, se aponte qual o entendimento jurídico mais adequado para a resolução da problemática instaurada na Corte Especial.

²⁹ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. CNS, *amicus curiae*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

³⁰ Op. Cit. Comissão Especial de Saúde Suplementar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, *amicus curiae*.

Para tanto, conforme explicado anteriormente, foram considerados como objeto de estudo desta pesquisa, em especial, o REsp. 1.733.013/PR oriundo da 4ª Turma e o REsp. 1.876.630/SP proveniente da 3ª Turma como representativos da controvérsia.

Antes de se adentrar efetivamente nos argumentos abordados pelas Turmas, se faz imperioso destacar que é sabido pelas Turmas do STJ que há a necessidade de uniformização do entendimento da Corte, haja vista a segurança jurídica ser afetada pela jurisprudência divergente relacionada à matéria, que se propaga para além da terceira instância e reverbera para as decisões de segundo e primeiro grau. O Ministro Luis Felipe Salomão assinala no REsp. nº 753.159/MT e reitera no REsp nº 1.733.013/PR, do qual é relator, que:

“Dispersão jurisprudencial deve ser preocupação de todos e, exatamente por isso, tenho afirmado que, se a divergência de índole doutrinária é saudável e constitui importante combustível ao aprimoramento da ciência jurídica, todavia o dissídio jurisprudencial é absolutamente indesejável.”³¹

Portanto, existe uma preocupação quanto a divergência de posicionamento dentro da Corte e que deverá ser solucionada pela 2ª Seção do Tribunal em breve. Para tanto, é imprescindível que se faça um estudo aprofundado das razões envolvidas para que se produza uma decisão bem fundamentada.

4.1 Atribuição da ANS

Conforme dito anteriormente neste trabalho, a ANS tem por finalidade institucional a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde por meio da regulação do setor e da cooperação no desenvolvimento das ações de saúde.

Dessa forma, foi concedida à ANS a atribuição legal de considerar os interesses de todos os envolvidos na relação contratual para que se estabeleça um equilíbrio relacional. Essa ponderação de interesses se reflete no resultado do Rol elaborado pela agência.

Faz parte dos argumentos adotados pela 4ª Turma a relevância da ANS, como agência especializada nos assuntos da saúde suplementar e o quanto o Poder Judiciário interfere

³¹ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

no trabalho atribuído e desempenhado pela ANS a partir do momento em que decide que determinado procedimento ou medicamento, ainda que não previsto no rol elaborado pela agência, deve ser fornecido. Sendo assim, o relator do REsp. nº 1.733.013/PR afirma que:

“não cabe ao Judiciário se substituir ao legislador, violando a tripartição de poderes e suprimindo a atribuição legal da ANS ou mesmo efetuando juízos morais e éticos, não competindo ao magistrado a imposição dos próprios valores de modo a submeter o jurisdicionado a amplo subjetivismo”³²

Depreende-se desse raciocínio que o Judiciário pode estar, a partir dessa postura, a desconsiderar a existência de uma agência reguladora criada exatamente para desempenhar esta função e, portanto, especializada para tanto.

Ademais, é sabido que existe subjetividade médica na indicação de um determinado procedimento ou medicamento ao paciente. No entanto, esta subjetividade não pode guiar a elaboração do rol elaborado pela agência, considerando que esta segue diretrizes técnicas relevantes de alta complexidade, como a utilização dos princípios de Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS) e observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências (SBE), assim como se observa no direito comparado. Veja-se um trecho do voto do Min. Salomão no REsp 1.733.013/PR:

“Outrossim, não se pode descuidar da realidade das coisas, posto que mesmo o correto e regular exercício profissional da Medicina, dentro das normas deontológicas da profissão, usualmente possibilita ao profissional uma certa margem de subjetividade, que, por vezes, envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas não podem nortear a elaboração do rol, como, por exemplo: a) predileção por determinado procedimento ou mesmo maior domínio técnico/especialização a envolver a prática; b) familiaridade maior com o manejo de determinado exame, sendo, por exemplo, notório que a interpretação de cada tipo usualmente abrange complexidade e requer preparação específica do profissional da área.”³³

Isto porque compete à agência reguladora fazer um estudo aprofundado sobre quais dos diversos procedimentos e/ou medicamentos existentes merecem estar no rol, a partir de critérios criados conforme dito anteriormente.

³² Op. cit.

³³ Op. cit.

Por outro lado, a corrente que defende a natureza exemplificativa do rol, representada pela 3ª Turma nesta oportunidade, argumenta o que é defendido pela Ministra Nancy Andrighi, relatora do REsp 1.876.630/SP, sobre a atuação da ANS:

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

8. O que se infere da leitura da Lei 9.656/1998 é que o plano-referência impõe a cobertura de tratamento de todas as doenças listadas na CID, observada a amplitude prevista para o segmento contratado pelo consumidor e excepcionadas apenas as hipóteses previstas nos incisos do art. 10, de modo que qualquer norma infralegal que a restrinja mostra-se abusiva e, portanto, ilegal, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada.”³⁴

Em outras palavras, para esta corrente, o “plano-referência” ao qual faz menção o art. 10 da lei 9.656/98 impõe a cobertura de todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), excepcionados apenas os tratamentos e procedimentos previstos nos incisos do próprio art. 10 da referida lei. Sendo assim, o rol elaborado pela ANS, por ser norma infralegal, não pode criar limites que restrinjam a lista de procedimentos indicados pela lei por colocar o consumidor em desvantagem acentuada.

Ainda nesse sentido, argumenta-se que “o poder normativo atribuído às agências reguladoras deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência”³⁵, razão pela qual os atos normativos redigidos pela ANS além de ter o dever de estar compatíveis e submetidos à lei 9.656/98 e a lei 9.961/00, devem estar compatíveis com a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

³⁴ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.876.630/SP. Relatora: Nancy Andrighi – Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001255040&dt_publicacao=11/03/2021. Acesso em: 15.09.2021.

³⁵ Supremo Tribunal Federal. ADI 2.095/RS. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, julgado em 11/10/2019, DJe de 26/11/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751470444>. Acesso em: 30.09.2021.

Não obstante o art. 35-G da lei 9.656/98 que impõe a aplicação subsidiária do direito do consumidor aos contratos celebrados entre beneficiários e operadoras, a doutrina especializada defende a aplicação complementar à lei especial, pois o CDC é norma principiológica e de raiz constitucional.

Portanto, para a 3ª Turma, a referência dos procedimentos e medicamentos não deve ser o rol criado pela ANS, assim como defende a 4ª Turma, deve ser o da lista estabelecida pela Lei 9.656/98 que considera todas as doenças previstas na CID.

4.2 Equilíbrio econômico-financeiro

A tese que defende a taxatividade do rol argumenta que se coloca em risco o equilíbrio econômico-financeiro do ecossistema da saúde suplementar quando se entende que ele é exemplificativo. Isto porque esse entendimento leva ao aumento exponencial das possibilidades de cobertura de procedimentos não previstos, gerando imprevisibilidade do que se deve cobrir, o que, por consequência, impossibilitaria a inclusão do risco no cálculo atuarial e a aferição adequada do impacto econômico diante do cenário de incerteza, que não pode ser confundida com risco.

A atividade seguradora está fundamentada em risco, não em incerteza. Se esta atividade fosse baseada neste último elemento, teria como alicerce apenas um julgamento subjetivo, sem considerar cálculos matemáticos e estatísticos. Por sua vez, o risco pode ser investigado, analisado e mensurado ao ponto de ser previsto em todas as situações até a sua exaustão.³⁶

Ademais, a base do financiamento da saúde suplementar é o mutualismo, isso implica dizer que o setor é financiado a partir da contribuição de todos os usuários por meio do pagamento das mensalidades, tornando possível a assistência médica para aqueles que, eventualmente, podem estar em exposição. Dessa forma, se viabiliza o risco sem comprometer, de modo desmedido, o equilíbrio contratual.³⁷

³⁶ POLIDO, Walter A. Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: Direito do Consumidor. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 13 e 17.

³⁷ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. ANS, amicus curiae. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

Sendo assim, pode-se compreender que a formação do preço do plano de saúde depende de uma criteriosa estimativa a respeito da frequência de ocorrências no setor e todas as despesas relacionadas à própria prestação de serviços de saúde para que se projete uma receita e a fixação de um valor de mensalidade que mantenha o equilíbrio atuarial. Nota-se, inclusive, que a acessibilidade aos planos de saúde também é afetada, conforme será dito nos capítulos seguintes.

O Ministro Marco Aurélio Mello salienta, em âmbito doutrinário, que em situações que desbordam das coberturas contratuais, entender que as operadoras tem o dever de fornecer qualquer serviço que o cliente necessite, acaba por levar à ruptura do equilíbrio econômico financeiro dos referidos contratos, pois, muito embora favoreça o indivíduo que teve sua demanda judicial deferida, prejudica o universo de beneficiários do plano caso a seguradora não possua condições financeiras de arcar com todos os custos não previstos.³⁸

Portanto, alega-se que existe risco não desprezível de desequilíbrio econômico-financeiro-atuarial em razão da imprevisibilidade que a manutenção da flexibilização do rol traz consigo, gerando impactos nos preços dos planos e, por consequência, prejudicando os consumidores, excluindo grupos do atendimento e sobrecarregando o sistema público de saúde.

Em contrapartida, a favor da tese que considera o rol exemplificativo aduz-se que a ANS considera os riscos assumidos pelos planos de saúde, mas desconsidera que a taxatividade do rol transferiria o risco aos consumidores que não tem condições de antevê-la e que acreditam estar protegidos em razão da existência do contrato.

Ademais, a Ministra Nancy Andrighi no REsp 1.876.630/SP argumenta em relação ao equilíbrio econômico-financeiro, de forma indissociável ao argumento da precificação e acessibilidade que será abordado no capítulo seguinte, que:

“Igualmente não impressiona a afirmação quanto à impossibilidade de precificação adequada, pois, a par dos cálculos atuariais que permitem que as operadoras busquem o equilíbrio entre receitas e despesas, a ANS autoriza os reajustes visando à atualização da mensalidade, com o objetivo de evitar o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos e, por conseguinte, de manter a satisfatória prestação do serviço contratado. Assim, são previstos o reajuste anual, para compensar a variação

³⁸ MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança jurídica e Equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira; SILVA, Marcos Paulo Novais; LEITE, Francine (Orgs.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15.

de custos médico-hospitalares e/ou a sinistralidade, além do reajuste por variação de faixa etária do beneficiário.”³⁹

A partir deste argumento, é possível concluir que o chamado “desequilíbrio econômico-financeiro” alegado e rechaçado pela 4ª Turma, seria compensado por meio da autorização dada pela ANS para implementação do reajuste anual cobrado pelas operadoras, segundo a 3ª Turma.

4.3 Precificação e acessibilidade

Como consequência do desequilíbrio econômico-financeiro apontado pelo capítulo anterior, argumenta-se pela corrente a favor da taxatividade que os preços das mensalidades dos planos de saúde são afetados e, por conseguinte, se tornam cada vez menos acessíveis para parte da população.

A ANS, enquanto *amicus curiae* no julgamento do REsp 1.733.013/PR, afirma:

“Ao se admitir o caráter meramente exemplificativo do rol de cobertura definido pela ANS, descortina-se quadro de absoluta incerteza sobre os riscos que, de fato, estão sendo assumidos pela operadora de plano de saúde, do que decorre invariavelmente a impossibilidade de precificação adequada e, logo, de oferta de produto. De todo modo, não se pode ignorar que a flexibilização do rol de cobertura definido pela ANS traz consigo razoável risco de elevação exponencial do preço dos produtos, tornando as mensalidades mais caras.”⁴⁰

Em outras palavras, é possível compreender que se não existe uma cobertura mínima, torna-se impossível mensurar os custos associados a tal cobertura e, portanto, inviabiliza o estabelecimento de parâmetros claros de precificação individual ou coletiva para os beneficiários. Portanto, o rol propicia a previsibilidade econômica necessária à precificação dos planos de saúde.

³⁹ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.876.630/SP. Relatora: Nancy Andrighi – Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001255040&dt_publicacao=11/03/2021. Acesso em: 15.09.2021.

⁴⁰ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. ANS, *amicus curiae*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

José Luiz Toro da Silva afirma em “Os limites ao poder de regular os planos privados de assistência à saúde”:

“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”⁴¹

A partir das elucidações feitas acima, é possível compreender como o desequilíbrio econômico-financeiro gerado pela ausência de cobertura mínima gera impactos na precificação e acessibilidade dos planos de saúde, segundo fundamentos apresentados pela 4ª Turma.

Em relação a este tópico, a 3ª Turma afirma o que foi abordado no capítulo anterior a respeito da permissão fornecida pela ANS às operadoras de planos de saúde para a implementação do reajuste anual e, assim, manter a devida correção da precificação.

4.4 Direito consumerista

Para o entendimento de que o rol é taxativo, a 4ª Turma explica que o direito consumerista deve ser interpretado de acordo com disposto no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor que orienta quais são os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo e prevê que as disposições do referido Código devem estar voltadas teleologicamente e finalisticamente para a concretização da harmonia e do equilíbrio na relação entre consumidores e fornecedores.

Alega-se que ignorar o desequilíbrio econômico-financeiro gerado pela ausência de um rol mínimo gera na prática prejuízo aos interesses coletivos dos consumidores, que terão mais dificuldade de acesso aos planos em razão da tendência de aumento dos preços.

⁴¹ SILVA, José Luiz Toro da. Os limites ao poder de regular os planos privados de assistência à saúde. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 168.

Ressalta-se, inclusive, que a corrente favorável a taxatividade do rol entende que o rol da ANS impõe procedimentos mínimos obrigatórios, no entanto, caso o consumidor deseje contratar planos com cobertura superiores que incluem tratamentos e medicamentos que vão além da cobertura mínima, isso faz parte da sua liberdade de escolha.

O Min. Salomão destaca em seu voto no REsp 1.733.013/PR:

“Diante desse cenário, por um lado, não se pode deixar de observar que o rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, em preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo representaria, na verdade, negar a própria existência do "rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população. Lamentavelmente, salvo os planos de saúde coletivo empresariais, subvencionados pelo próprio empregador, em regra, os planos de saúde, hoje em dia, são acessíveis apenas às classes média alta e alta da população.”⁴²

Eros Roberto Grau esclarece como devem ser compreendidos os objetivos e os princípios adotados pelo CDC, especialmente em seu art. 4º:

[...] “eu diria que o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor é uma norma-objeto, porque define os fins da política nacional das relações de consumo, quer dizer, ela define resultados a serem alcançados. Todas as normas de conduta e todas as normas de organização, que são as demais normas que compõem o Código do Consumidor, instrumentam a realização desses objetivos, com base nos princípios enunciados no próprio art. 4º. Para que existem, por que existem essas normas? Para instrumentar a realização dos fins definidos no art. 4º. Assim, todas as normas de organização e conduta contidas no Código do Consumidor, devem ser interpretadas teleologicamente, finalisticamente, não por opção do intérprete, mas porque essa é uma imposição do próprio Código.”⁴³

⁴² DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais, v. I), pp. 165-166.

Por outro lado, a 3ª Turma defende que não é razoável que se exija do consumidor, no momento em que ele contrata um plano de saúde, o conhecimento de todos os procedimentos que estão e que não estão previstos no contrato firmado com a operadora, inclusive porque a linguagem do rol do ANS é técnica científica, completamente inteligível para o leigo, especialmente para o consumidor por ocupar uma posição de vulnerabilidade.

Além disso, argumenta-se que um regulamento não pode restringir o direito de acesso à saúde do consumidor, tendo em vista que se trata de um direito resultante de um contrato que obedece aos termos estabelecidos em lei, no caso a 9.656/98.

4.5 Direito obrigacional

Os contratos de seguro e planos de assistência à saúde possuem como uma de suas maiores dificuldades a manutenção do equilíbrio das prestações no tempo. Assim, exige-se uma adequada divisão de ônus e benefícios, assim como os estudos sobre contratos relacionais vem fazendo, dos sujeitos do contrato como parte de um mesmo contexto de interesses, objetivos e padrões. Isto impacta tanto na adequada transferência dos riscos quanto na identificação de deveres do fornecedor para garantir a sustentabilidade da relação contratual.⁴⁴

A alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), especialmente os arts. 20 a 30, evidenciam a cobrança em relação aos operadores do direito em interpretar as normas jurídicas por meio de um viés consequencialista, que considere os impactos das suas decisões no universo jurídico e, sobretudo, no mundo fático, antes de proferir as suas decisões.⁴⁵

É por esse motivo que a tese defensora da taxatividade do rol argumenta que o fato dos contratos de saúde suplementar se sujeitarem ao Código de Defesa do Consumidor não implica na conclusão de que a cobertura deve extrapolar os limites do acordo, sob o risco de

⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Orgs.). Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018, p. 299-310

⁴⁵ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro da saúde suplementar, tese esta liderada e elucidada pelo Desembargador Renato Luís Dresch.⁴⁶

Ainda no mesmo sentido e acrescentando mais elementos, Rodrigo Toscano de Brito defende em sua tese de doutorado que a ideia de equilíbrio é a base ética das obrigações, rememorando Miguel Reale. Sendo assim, para o autor, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato consiste na base ética de todo o direito obrigacional:

“Sabendo que as obrigações se realizam primordialmente por meio dos contratos, fácil é notar que a idéia de equivalência, de equilíbrio, é a base ética das obrigações, como aliás deve-se frisar, a partir das lições de Miguel Reale.

(...)

Aliás, Miguel Reale, em seu tradicional trabalho sobre a visão geral do Código Civil, é incisivo sobre o assunto, ao dizer: "O Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exige a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as consequências da cláusula rebus sic stantibus. Nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o direito obrigacional".

(...)

pode o magistrado, em dada discussão contratual, perquirir sobre o que é justo e procurar o equilíbrio da contratação que esteja, eventualmente, arrebatada por um desequilíbrio, beneficiando uma das partes e prejudicando a outra.

(...)

É de igual forma importante dizer que os princípios sociais da equivalência material, da função social e da boa-fé objetiva não podem ser vistos de modo estanque, como se cada um partisse para o fronte em campanha solitária.”⁴⁷

Sendo assim, a 4ª Turma ressalta no REsp 1.733.013/PR a importância da manutenção do equilíbrio, enquanto base ética do direito obrigacional, nas relações contratuais.

5. Definição quanto a natureza do rol

⁴⁶ DRESCH, Renato Luís. As medidas de otimização da judicialização: o Nat-jus e as Câmaras Técnicas. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 122-126

⁴⁷ BRITO, Rodrigo Toscano de. Equivalência material dos contratos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6-16.

Tendo sido esclarecidos os principais argumentos abordados pelas Turmas do STJ para classificar o rol da ANS como exemplificativo ou taxativo, neste momento torna-se necessário o arremate ao qual esta pesquisa se propôs a cumprir que consiste no posicionamento sobre qual o melhor entendimento a respeito do rol diante de toda a pesquisa realizada, considerando como régua a manutenção da sustentabilidade da saúde suplementar e o objetivo de diminuição da judicialização desse setor.

A respeito da discussão sobre o papel da ANS, a 3ª Turma defende que a lei 9.656/98 estabeleceu como plano-referência, ou seja, como rol mínimo e de obrigatório fornecimento pelas operadoras de saúde, as doenças previstas na CID, excepcionados os procedimentos previstos nos incisos do art. 10 da referida lei. Veja-se:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12; (Redação dada pela Lei nº 12.880, de 2013) (Vigência)

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

VIII - procedimentos odontológicos, salvo o conjunto de serviços voltados à prevenção e manutenção básica da saúde dentária, assim compreendidos a pesquisa, o tratamento e a remoção de focos de infecção dentária, profilaxia de cárie dentária, cirurgia e traumatologia bucomaxilar; (Vide Medida Provisória nº 1.685-5, de 1998) (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.⁴⁸

No entanto, a recente Medida Provisória (MP) 1.067 de 2 de setembro de 2021, que alterou a lei 9.656/98 para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar, acrescentou parágrafos ao art. 10 e incluiu o art. 10-D na lei em questão.

A MP citada deixa evidente a intenção do legislador de conceder mais poder para a agência reguladora, em especial pelo disposto nos parágrafos 4º e 5º, incluídos no art. 10:

§ 4º A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes, de procedimentos de alta complexidade e das dispostas nas alíneas “c” do inciso I e “g” do inciso II do caput do art. 12, será estabelecida em norma editada pela ANS.

§ 5º As metodologias utilizadas na avaliação de que trata o § 3º do art. 10-D, incluídos os indicadores e os parâmetros de custo-efetividade utilizados em combinação com outros critérios, serão estabelecidas em norma editada pela ANS, assessorada pela Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar.⁴⁹

Nota-se, por conseguinte, que existe notória intenção do legislador de fomentar a atribuição fornecida à ANS enquanto agência competente para determinar, por meio de seu regulamento, quais são os procedimentos e medicamentos que devem fazer parte da cobertura obrigatória mínima ofertada pelas operadoras de saúde.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Brasília, DF.

⁴⁹ BRASIL. Medida Provisória nº 1.067, de 10 de setembro de 2021. Brasília, DF.

A partir dessa recente MP, é possível perceber que a tendência legislativa é de considerar que o rol elaborado pela ANS deve ser a referência mínima considerada pelos planos de saúde. Dessa forma, nota-se um alinhamento maior do entendimento da 4ª Turma com a intenção do legislador ao passo que o entendimento da 3ª Turma torna-se mais disforme em relação à tendência.

Há de se ressaltar que a ANS, enquanto agência especializada em questões relativas à saúde suplementar, adota instrumentos de alta complexidade, que são inclusive utilizados recorrentemente em países como a Austrália, Canadá, Reino Unido, Estados Unidos e Argentina, para elaborar o rol, considerando os interesses tanto do beneficiário quanto da operadora⁵⁰.

Sendo assim, quando o Poder Judiciário suprime a atribuição legal fornecida à ANS, substituindo o legislador e violando a tripartição de poderes, submete o jurisdicionado ao subjetivismo⁵¹, causa distorções em todo o ecossistema da saúde suplementar e enseja a judicialização nas demandas relacionadas à saúde.

Quanto à discussão relativa ao equilíbrio econômico-financeiro, foi discutido e comprovado nos argumentos trazidos no capítulo referente a esse tópico que quando não se há uma referência mínima obrigatória sobre quais são os medicamentos e serviços devidos pelo plano de saúde, se gera a possibilidade de fornecimento de todos os procedimentos existentes, causando incertezas e, por consequência, o desequilíbrio econômico-financeiro do ecossistema da saúde suplementar.

Argumenta-se, por outro lado, que o desequilíbrio é corrigido pela autorização que a ANS fornece para a implementação do reajuste anual, que, em tese, compensaria toda a incerteza absorvida pelas operadoras de saúde. No entanto, deve-se ressaltar que a agência

⁵⁰ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor, amicus curiae. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

⁵¹ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

reguladora autoriza os reajustes nos planos individuais e familiares e acompanha os reajustes nos planos coletivos.

Tanto na autorização, que demanda interferência mais ativa da ANS, quanto no acompanhamento, que demanda maior vigilância, a agência se mantém atenta para impedir práticas comerciais abusivas. Isto porque o motivo de existência da ANS não é o de proteger os interesses das operadoras de saúde preocupando-se apenas com a correção dos impactos em suas finanças. O papel da agência, no entanto, é o de defender o interesse público que inclui, por óbvio, o interesse do consumidor.

O debate em torno da precificação e acessibilidade dos planos de saúde decorre da discussão relativa ao desequilíbrio econômico-financeiro. O caráter meramente exemplificativo do rol causa incerteza em relação aos riscos assumidos pelos planos de saúde, fato que impacta inevitavelmente na precificação desses.

A partir do momento que se desconhece quais seriam os procedimentos e medicamentos possivelmente devidos pelas operadoras, a incerteza se evidencia e, assim, os preços tendem a aumentar. A consequência de preços mais altos de planos de saúde é a inacessibilidade cada vez maior a eles, tornando-o um produto restrito às classes mais altas da população.

No que concerne à discussão em torno do direito do consumidor, alega-se pela 4ª Turma que o CDC deve ser interpretado de acordo com as orientações do art. 4ª do referido Código porque ele prevê quais são os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, dispondo que elas devem estar voltadas teleologicamente e finalisticamente para a materialização da harmonia e do equilíbrio na relação entre consumidores e fornecedores. Ademais, aduz-se que a natureza exemplificativa do rol prejudica os próprios consumidores que teriam mais dificuldades de arcar com custos elevados.

Sob a perspectiva da 3ª Turma, não é razoável que se exija do consumidor que ele tenha ciência de todos os procedimentos cobertos e não cobertos pelos planos de saúde previstos no rol da ANS porque este tem linguagem técnico científica, inacessível para o leigo, especialmente em posição de vulnerabilidade. Nesse sentido, ainda, a Ministra Nancy Andrighi destaca que um regulamento de agência reguladora não pode restringir o direito do consumidor regulado em lei.

Foi possível compreender a partir desta pesquisa que o direito consumerista inquestionavelmente deve proteger o consumidor que ocupa posição de vulnerabilidade. No entanto, não é desejável que se cause um desarranjo no equilíbrio-financeiro do ecossistema da saúde suplementar em decorrência de incertezas, inclusive porque o próprio consumidor é afetado financeiramente, por isso a necessidade de uma interpretação teleológica voltada para a harmonia da relação entre os contratantes.

Ademais, de fato o rol da ANS possui linguagem técnico científica de difícil interpretação para o consumidor. Contudo, cabe à operadora de saúde facilitar a compreensão no momento da celebração do contrato, fornecendo clareza a respeito dos procedimentos e medicamentos cobertos.

Outrossim, com a vigência da MP 1.067/21 demonstrada anteriormente neste trabalho, foi possível perceber que o legislador deseja fomentar a autonomia e poder da agência reguladora, indicando que o rol elaborado por ela deve ser referência para os planos de saúde, em razão da sua especialidade e expertise para tanto, contrariando o argumento da 3ª Turma de que o regulamento da ANS não deve receber tanta importância.

Finalmente e ainda no mesmo sentido, o Ministro Luis Felipe Salomão acrescenta em seu voto que a LINDB, especialmente os arts. 20 a 30, trouxe a demanda para os operadores do direito de interpretar as normas jurídicas por meio de um viés consequencialista, que considere os impactos das suas decisões no universo jurídico e, sobretudo, no mundo fático, antes de proferir as suas decisões.

Por isso deve-se interpretar o CDC considerando o equilíbrio da relação contratual, já que a finalidade da existência do contrato é a manutenção dos interesses das partes envolvidas. Inclusive, o autor Rodrigo Toscano de Brito acredita que a ideia de equilíbrio é a base ética das obrigações, rememorando Miguel Reale, conforme dito anteriormente. Portanto, para ele, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato consiste na base ética de todo o direito obrigacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Carta Magna de 1988 atribuiu ao poder público o dever de garantir saúde pública à população. No entanto, este não detém exclusividade na prestação de serviços de saúde, cabendo também à iniciativa privada o fornecimento desses serviços. O mercado da saúde

suplementar é regulado pela ANS, que tem como finalidade institucional garantir a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde por meio da regulação das operadoras, incluindo a relação entre consumidores e prestadores, com o objetivo de contribuir com o desenvolvimento das ações de saúde.

A ANS recebeu a atribuição legal de elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em saúde, atualizado a cada dois anos, que historicamente é considerado pela jurisprudência dominante como exemplificativo. No entanto, desde dezembro de 2019 surgiu na Corte Especial divergência sobre a natureza do rol da ANS, sendo a 4ª Turma favorável à taxatividade e a 3ª Turma defensora da natureza exemplificativa.

Diante da divergência jurisprudencial reiterada e, portanto, relevante, tornou-se necessário o estudo a respeito desse tema, haja vista a saúde suplementar desempenhar papel considerável na prestação de saúde à população brasileira e o nível de judicialização desse setor ser cada vez mais alto, conforme dados elucidados ao longo desta pesquisa.

A partir do estudo dos argumentos trazidos pelas Turmas do STJ e de conhecimentos produzidos por outras ciências sociais indispensáveis e indissociáveis para a tomada de decisões pelo Judiciário, esta pesquisa concluiu pela taxatividade do rol da ANS, sendo este posicionamento o ideal, considerando como régua a manutenção da sustentabilidade do ecossistema da saúde suplementar e o objetivo de diminuição da judicialização desse setor.

Até o momento, não há uniformização de entendimento na Corte Especial a respeito da natureza do rol. No entanto, espera-se que tão logo esta controvérsia seja julgada pela Corte Especial, que seja decidida pela taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar para a manutenção da sustentabilidade de todo o ecossistema e para a diminuição de judicialização deste mercado.

REFERÊNCIAS:

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PLANOS DE SAÚDE (São Paulo). Abramge. **Cenário Saúde**. 2. ed. São Paulo, 2021. 6 v. Disponível em: <https://abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/biblioteca-abramge/biblioteca-cenario-saude/1231-cenario-saude-volume-6-n-2-de-2021>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Gerais**. Brasília: ANS. Geral. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em: 3 de maio de 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Espaço do consumidor**. Brasília: ANS. Geral. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/737-rol-de-procedimentos>> Acesso em: 12 abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Brasília, DF.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.067, de 10 de setembro de 2021. Brasília, DF.

BRASIL. Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021. Distrito Federal, DF, 1 abr. 2021.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6-16.

COLOMBO, F.; TAPAY, N. **Private Health Insurance in OECD Countries: The Benefits and Costs for Individuals and Health Systems**. OECD Health WorkingPaper, OECD Publishing, Paris, n. 15,. 2004, p. 14.

DISTRITO FEDERAL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Consolidados da Saúde Suplementar**. Brasília, 2021. 54 p. Disponível em: [http://ftp.dadosabertos.ans.gov.br/FTP/PDA/Dados Consolidados da Sa%c3%bade Suplem_entar/](http://ftp.dadosabertos.ans.gov.br/FTP/PDA/Dados_Consolidados_da_Sa%c3%bade_Suplem_entar/). Acesso em: 12 ago. 2021.

DISTRITO FEDERAL. Senado Federal. **Antes do SUS, saúde era pra poucos**. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saude/contexto/antes-do-sus-saude-era-para-poucos>. Acesso em: 14 jul. 2021.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.876.630/SP. Relatora: Nancy Andrighi – Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001255040&dt_publicacao=11/03/2021. Acesso em: 15.09.2021.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.095/RS. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, julgado em 11/10/2019, DJe de 26/11/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751470444>. Acesso em: 30.09.2021.

DRESCH, Renato Luís. **As medidas de otimização da judicialização: o Nat-jus e as Câmaras Técnicas**. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 124.

JOBIM, Candice; SANT´ANA, Ramiro. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. In: BOAS, Marco Villas (org.). **Judicialização de Planos de Saúde: Conceitos, Disputas e Consequências**. Brasília: Esmat, 2020. Cap. 7. p. 153-178. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/portal/images/esmat/publicacoes/iess_copedem/LIVRO_COLETANA_ARTIGOS_COPEDEM_2021.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor**. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais, v. I), pp. 165-166.

Instituto de Ensino e Pesquisa - INSPER (Brasil). Conselho Nacional de Justiça. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: PERFIL DAS DEMANDAS, CAUSAS E PROPOSTAS DE SOLUÇÃO**. Brasília, 2019. p. 15.

MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança jurídica e Equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira; SILVA, Marcos Paulo Novais; LEITE, Francine (Orgs.). **Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15.

MIRAGEM, Bruno. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Orgs.). **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 299-310.

PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos**. São Paulo: Saraiva, 2020.

POLIDO, Walter A. **Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: Direito do Consumidor**. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 13 e 17.

RANDAZZO, Sara. **LEVELING THE PLAYING FIELD? LITIGANT SUCCESS RATES IN HEALTH-CARE POLICY CASES IN THE U.S. COURTS OF APPEALS**. THE JUSTICE SYSTEM JOURNAL. Estados Unidos: Harvard Law School Library, v. 30, 18 jun. 2017.

YAMIN, A. E.. **Promoting equity in health: What role for courts?** Health & Human Rights, v. 16, n. 2, 2014, p. 01.

SCHULZE, Clenio Jair. **NOVOS NÚMEROS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. Disponível em: emporiododireito.com.br

SILVA, José Luiz Toro da. **Os limites ao poder de regular os planos privados de assistência à saúde**. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 168.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights**. 19 f. Curso de Direito, Ciências Jurídicas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

VILARINS, G. C. M. et al. **A regulação em saúde: aspectos conceituais e operacionais**. Saúde em Debate. Rio de Janeiro, v. 36, n. 95, p. 640-647, out./dez. 2012.