

# Análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da taxatividade do rol de procedimentos da agência nacional de saúde

## *Comentário de Jurisprudência*

*Fernanda Pantaleão Dirscherl<sup>1</sup>*  
*Amanda Figueiredo de Andrade<sup>2</sup>*

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDNA NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDNA PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito na Universidade de León (Espanha). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito de Família e Sucessões, pela Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP/RS), em Direito Público: Constitucional, Tributário e Administrativo, pela Estácio de Sá (2018), em Direito Processual Civil, pela Unyleya (2019) e em Psicologia Jurídica, pela Universidade de Araraquara (UNIARA) (2019). Possui graduação em Biomedicina (2010) e Direito (2016) pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor substituto da Universidade Federal de Catalão (UFCat) para a Unidade Acadêmica de Engenharia, desde 2021. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6336-6315>

<sup>2</sup> Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Vale do Cricaré (UNIVC). Mestra em Tutela Jurídica e Políticas Públicas no Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-graduada em Direito Público aplicado pela Universidade São Judas Tadeu. Graduada em Direito (UFU). Ex-Bolsista de Iniciação Científica da FAPEMIG (Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais). Técnica em Eletrotécnica (IFES). Ex-aluna do *English Immersion Program* (Embaixada dos Estados Unidos no Brasil/Casa Thomas Jefferson). Advogada inscrita na OAB/MG. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5858-297X>

ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO. 1. A Lei n. 9.961/2000 criou a ANS, estabelecendo no art. 3º sua finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. Já o art. 4º, III, elucida que compete à ANS elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades. 2. Por inequívoca opção do legislador, extrai-se tanto do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 quanto do art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000 que é atribuição dessa agência elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Nessa toada, o Enunciado n. 21 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ propugna que se considere, nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n. 9.656/1998, o Rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas. 3. Por um lado, a Resolução Normativa ANS n. 439/2018, ora substituída pela Resolução Normativa ANS n. 470/2021, ambas dispoendo sobre o rito processual de atualização do Rol, estabelece que as propostas de sua atualização serão recebidas e analisadas mediante critérios técnicos relevantes de peculiar complexidade, que exigem alto nível de informações, quais sejam, utilização dos princípios da avaliação de tecnologias em saúde - ATS, princípios da saúde baseada em evidências - SBE, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor. Por outro lado, deixando claro que não há o dever de fornecer todas e quaisquer coberturas vindicadas pelos usuários dos planos de saúde, ao encontro das mencionadas resoluções normativas da ANS, a Medida Provisória n. 1.067, de 2 de setembro de 2021, incluiu o art. 10-D, § 3º, I, II e III, na Lei 9.656/1998 para estabelecer, no mesmo diapasão do regramento infralegal, a instituição da Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, à qual compete assessorar a ANS nas atribuições de que trata o § 4º do art. 10, devendo apresentar relatório que considerará: I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, do produto ou do procedimento analisado, reconhecidas pelo órgão competente para o registro ou a para a autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às coberturas já previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, quando couber; e III

- a análise de impacto financeiro da ampliação da cobertura no âmbito da saúde suplementar. 4. O Rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, a preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável economicamente da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo devendo, ademais, a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas - tem o condão de efetivamente padronizar todos os planos e seguros de saúde e restringir a livre concorrência, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, o que representaria, na verdade, suprimir a própria existência do "Rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população. 5. A par de o Rol da ANS ser harmônico com o CDC, a Segunda Seção já pacificou que "as normas do CDC aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova" (EAREsp n. 988.070/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 8/11/2018, DJe de 14/11/2018). Dessa maneira, ciente de que o Rol da ANS é solução concebida pelo próprio legislador para harmonização da relação contratual buscada nas relações consumeristas, também não caberia a aplicação insulada do CDC, alheia às normas específicas inerentes à relação contratual. 6. Não se pode perder de vista que se está a discutir direitos e obrigações da relação contratual que envolvem plano de saúde e usuário, e não o estabelecimento de obrigação de fazer ou de não fazer a terceiro, que nem mesmo integra a lide. A ANS, ao contrário do médico-assistente da parte litigante, analisa os procedimentos e eventos sob perspectiva coletiva, tendo em mira a universalização do serviço, de modo a viabilizar o atendimento do maior número possível de usuários. Mesmo o correto e regular exercício profissional da Medicina, dentro das normas deontológicas da profissão, usualmente possibilita ao profissional uma certa margem de subjetividade, que, por vezes, envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas não pode nortear a elaboração do Rol. 7. Conforme adverte a doutrina especializada, muito além de servir como arrimo para precificar os valores da cobertura básica e mínima obrigatória das contratações firmadas na vigência da lei de Planos de Saúde, o Rol de procedimentos, a cada nova edição, delineia também a relevante preocupação do Estado em não expor o consumidor e paciente a prescrições que não encontrem respaldo técnico estudado e assentado no mundo científico, evitando-se que virem reféns dos interesses - notadamente econômicos - da cadeia de fornecedores de produtos e serviços que englobam a assistência médico-hospitalar e odontológica suplementar. 8. Legítima é a confiança que está de acordo com o direito, despertada a partir de circunstâncias objetivas.

Com efeito, o entendimento de que o Rol - ato estatal, com expressa previsão legal e imperatividade inerente, que vincula fornecedores e consumidores - deve ser considerado meramente exemplificativo em vista da vulnerabilidade do consumidor, isto é, lista aberta sem nenhum paralelo no mundo, ignora que é ato de direito administrativo, e não do fornecedor de serviços, assim como nega vigência a diversos dispositivos legais, ocasionando antisseleção, favorecimento da concentração de mercado e esvaziamento da competência atribuída à ANS pelo Poder Legislativo para adoção de medidas regulatórias voltadas a equilibrar o setor de saúde suplementar de forma ampla e sistêmica, com prejuízo para toda a coletividade envolvida. Afeta igualmente a eficácia do direito constitucional à saúde (art. 196 da CF), pois a interferência no equilíbrio atuarial dos planos de saúde privados contribui de forma significativa para o encarecimento dos produtos oferecidos no mercado e para o incremento do reajuste da mensalidade no ano seguinte, dificultando o acesso de consumidores aos planos e seguros, bem como sua manutenção neles, retirando-lhes a confiabilidade assegurada pelo Rol de procedimentos, no que tange à segurança dos procedimentos ali elencados, e ao Sistema Único de Saúde (SUS), que, com esse entendimento jurisprudencial, reflexamente teria sua demanda aumentada. 9. Em recentes precedentes específicos envolvendo a supressão das atribuições legais da ANS, as duas Turmas de Direito Público decidiram que, "segundo entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, até prova cabal em contrário, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras", "sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo" (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.834.266/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 25/3/2021). Ademais, assentaram que não é papel do Judiciário promover a substituição técnica por outra concepção defendida pelo julgador, sendo "incabível substituição da discricionariedade técnica pela discricionariedade judicial" (AgInt no REsp n. 1.823.636/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 16/9/2021). Diante desse cenário e buscando uma posição equilibrada e ponderada, conforme o entendimento atual da Quarta Turma, a cobertura de tratamentos, exames ou procedimentos não previstos no Rol da ANS somente pode ser admitida, de forma pontual, quando demonstrada a efetiva necessidade, por meio de prova técnica produzida nos autos, não bastando apenas a prescrição do médico ou odontólogo que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os contidos no Rol de cobertura mínima. Deveras, como assentado pela Corte Especial na esfera de recurso repetitivo, REsp n. 1.124.552/RS, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do

exame probatório do caso concreto. Ressaltou-se nesse precedente que: a) não é possível a ilegítima invasão do magistrado em seara técnica à qual não é afeito; b) sem dirimir a questão técnica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendido da prova dos autos; c) nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais. 11. Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS. 12. No caso concreto, a ação tem o pedido mediato de obtenção da cobertura de tratamento multidisciplinar pelo método ABA (Applied Behavior Analysis) para autismo - reputado, nos embargos de divergência, não previsto no Rol da ANS -, sem limitação do número de sessões de terapia ocupacional e de fonoaudiologia. Em vista da superveniente mudança promovida pela ANS – Resolução n. 469/2021, que altera o Anexo II (Diretrizes de Utilização) da Resolução Normativa n. 465/2021 (vigente Rol da ANS), publicada em 12/7/2021 – e da própria manifestação da parte recorrente, na primeira sessão de julgamento, no sentido da subsequente perda do interesse recursal, há uma diretriz que tornou ilimitado o número de consultas com psicólogos, terapeutas ocupacionais e fonoaudiólogos para tratamento de autismo. Caso a operadora possua, em sua rede credenciada, profissional habilitado em determinada técnica ou determinado método, tal como a ABA, tal abordagem terapêutica poderá ser empregada pelo profissional no atendimento ao beneficiário, durante a realização dos procedimentos cobertos, como sessão de psicólogo e/ou terapeuta ocupacional (com diretriz de utilização) ou sessão com fonoaudiólogo. 13. Embargos de divergência a que se nega



provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.889.704/SP**. 3ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 08/06/2022. Publicado em: 03/08/2022).).

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDNA NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDNA PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO. 1. A Lei n. 9.961/2000 criou a ANS, estabelecendo no art. 3º sua finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. Já o art. 4º, III, elucida que compete à ANS elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades. 2. Por inequívoca opção do legislador, extrai-se tanto do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 quanto do art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000 que é atribuição dessa agência elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Nessa toada, o Enunciado n. 21 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ propugna que se considere, nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n. 9.656/1998, o Rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas. 3. Por um lado, a Resolução Normativa ANS n. 439/2018, ora

substituída pela Resolução Normativa ANS n. 470/2021, ambas dispondo sobre o rito processual de atualização do Rol, estabelece que as propostas de sua atualização serão recebidas e analisadas mediante critérios técnicos relevantes de peculiar complexidade, que exigem alto nível de informações, quais sejam, utilização dos princípios da avaliação de tecnologias em saúde - ATS, princípios da saúde baseada em evidências - SBE, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor. Por outro lado, deixando claro que não há o dever de fornecer todas e quaisquer coberturas vindicadas pelos usuários dos planos de saúde, ao encontro das mencionadas resoluções normativas da ANS, a Medida Provisória n. 1.067, de 2 de setembro de 2021, incluiu o art. 10-D, § 3º, I, II e III, na Lei 9.656/1998 para estabelecer, no mesmo diapasão do regramento infralegal, a instituição da Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, à qual compete assessorar a ANS nas atribuições de que trata o § 4º do art. 10, devendo apresentar relatório que considerará: I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, do produto ou do procedimento analisado, reconhecidas pelo órgão competente para o registro ou a para a autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às coberturas já previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, quando couber; e III - a análise de impacto financeiro da ampliação da cobertura no âmbito da saúde suplementar. 4. O Rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, a preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável economicamente da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo - devendo, ademais, a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas - tem o condão de efetivamente padronizar todos os planos e seguros de saúde e restringir a livre concorrência, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, o que representaria, na verdade, suprimir a própria existência do "Rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população. 5. A par de o Rol da ANS ser harmônico com o CDC, a Segunda Seção já pacificou que "as normas do CDC aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova" (EAREsp n. 988.070/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 8/11/2018, DJe de 14/11/2018). Dessa maneira, ciente de que o Rol da ANS é solução concebida pelo próprio legislador para harmonização da relação contratual buscada nas relações consumeristas, também não caberia a aplicação insulada do CDC, alheia às normas específicas inerentes

à relação contratual. 6. Não se pode perder de vista que se está a discutir direitos e obrigações da relação contratual que envolvem plano de saúde e usuário, e não o estabelecimento de obrigação de fazer ou de não fazer a terceiro, que nem mesmo integra a lide. A ANS, ao contrário do médico-assistente da parte litigante, analisa os procedimentos e eventos sob perspectiva coletiva, tendo em mira a universalização do serviço, de modo a viabilizar o atendimento do maior número possível de usuários. Mesmo o correto e regular exercício profissional da Medicina, dentro das normas deontológicas da profissão, usualmente possibilita ao profissional uma certa margem de subjetividade, que, por vezes, envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas não pode nortear a elaboração do Rol. 7. Conforme adverte a doutrina especializada, muito além de servir como arrimo para precificar os valores da cobertura básica e mínima obrigatória das contratações firmadas na vigência da lei de Planos de Saúde, o Rol de procedimentos, a cada nova edição, delineia também a relevante preocupação do Estado em não expor o consumidor e paciente a prescrições que não encontrem respaldo técnico estudado e assentado no mundo científico, evitando-se que virem reféns dos interesses - notadamente econômicos - da cadeia de fornecedores de produtos e serviços que englobam a assistência médico-hospitalar e odontológica suplementar. 8. Legítima é a confiança que está de acordo com o direito, despertada a partir de circunstâncias objetivas. Com efeito, o entendimento de que o Rol - ato estatal, com expressa previsão legal e imperatividade inerente, que vincula fornecedores e consumidores - deve ser considerado meramente exemplificativo em vista da vulnerabilidade do consumidor, isto é, lista aberta sem nenhum paralelo no mundo, ignora que é ato de direito administrativo, e não do fornecedor de serviços, assim como nega vigência a diversos dispositivos legais, ocasionando antisseleção, favorecimento da concentração de mercado e esvaziamento da competência atribuída à ANS pelo Poder Legislativo para adoção de medidas regulatórias voltadas a equilibrar o setor de saúde suplementar de forma ampla e sistêmica, com prejuízo para toda a coletividade envolvida. Afeta igualmente a eficácia do direito constitucional à saúde (art. 196 da CF), pois a interferência no equilíbrio atuarial dos planos de saúde privados contribui de forma significativa para o encarecimento dos produtos oferecidos no mercado e para o incremento do reajuste da mensalidade no ano seguinte, dificultando o acesso de consumidores aos planos e seguros, bem como sua manutenção neles, retirando-lhes a confiabilidade assegurada pelo Rol de procedimentos, no que tange à segurança dos procedimentos ali elencados, e ao Sistema Único de Saúde (SUS), que, com esse entendimento jurisprudencial, reflexamente teria sua demanda aumentada. 9. Em recentes precedentes específicos envolvendo a supressão das atribuições legais da ANS, as duas Turmas de Direito Público decidiram que, "segundo entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, até prova cabal em



contrário, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras", "sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo" (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.834.266/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 25/3/2021). Ademais, assentaram que não é papel do Judiciário promover a substituição técnica por outra concepção defendida pelo julgador, sendo "incabível substituição da discricionariedade técnica pela discricionariedade judicial" (AgInt no REsp n. 1.823.636/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 14/9/2021, DJe de 16/9/2021).

10. Diante desse cenário e buscando uma posição equilibrada e ponderada, conforme o entendimento atual da Quarta Turma, a cobertura de tratamentos, exames ou procedimentos não previstos no Rol da ANS somente pode ser admitida, de forma pontual, quando demonstrada a efetiva necessidade, por meio de prova técnica produzida nos autos, não bastando apenas a prescrição do médico ou odontólogo que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os contidos no Rol de cobertura mínima. Deveras, como assentado pela Corte Especial na esfera de recurso repetitivo, REsp n. 1.124.552/RS, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. Ressaltou-se nesse precedente que: a) não é possível a ilegítima invasão do magistrado em seara técnica à qual não é afeito; b) sem dirimir a questão técnica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendido da prova dos autos; c) nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais.

11. Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise

na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS. 12. No caso concreto, a parte autora da ação tem esquizofrenia paranoide e quadro depressivo severo e, como os tratamentos medicamentosos não surtiram efeito, vindica a estimulação magnética transcraniana - EMT, ainda não incluída no Rol da ANS. O Conselho Federal de Medicina - CFM, conforme a Resolução CFM n. 1.986/2012, reconhece a eficácia da técnica, com indicação para depressões uni e bipolar, alucinações auditivas, esquizofrenias, bem como para o planejamento de neurocirurgia, mantendo o caráter experimental para as demais indicações. Consoante notas técnicas de NatJus de diversos Estados e do DF, o procedimento, aprovado pelo FDA norte-americano, pode ser mesmo a solução imprescindível para o tratamento de pacientes que sofrem das enfermidades do recorrido e não responderam a tratamento com medicamentos – o que, no ponto, ficou incontroverso nos autos. 13. Com efeito, como o Rol não contempla tratamento devidamente regulamentado pelo CFM, de eficácia comprovada, que, no quadro clínico do usuário do plano de saúde e à luz do Rol da ANS, é realmente a única solução imprescindível ao tratamento de enfermidade prevista na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID, notadamente por não haver nas diretrizes da relação editada pela Autarquia circunstância clínica que permita essa cobertura, é forçoso o reconhecimento do estado de ilegalidade, com a excepcional imposição da cobertura vindicada, que não tem preço significativamente elevado. 14. Embargos de divergência a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP**. 3ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 08/06//2022. Publicado em: 03/08/2022).

## 1. Resumo dos Casos

No Tribunal de Justiça de São Paulo teve início a duas ações de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela para requerer fornecimento de tratamentos de saúde, tendo em vista a recusa do plano de saúde com alegação de ausência de previsão no rol da Agência Nacional de Saúde (ANS).

Ambos os casos chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, sendo numerados o REsp nº 1.886.929/SP (BRASIL, 2022) e o REsp nº 1.889.704/SP

(BRASIL, 2022). O voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva indicou que a Terceira Turma da Corte reafirmou:

[...] a jurisprudência no sentido do caráter meramente exemplificativo do rol de procedimentos da ANS, reputando abusiva a negativa da cobertura pelo plano de saúde do tratamento considerado apropriado para resguardar a saúde e a vida do paciente (BRASIL, 2021).

Enquanto o voto da Ministra Nancy Andrighi menciona que a Quarta Turma da Corte compreende que o rol da ANS é taxativo, autorizando, assim, a negativa da cobertura por parte do plano de saúde quando o tratamento não estiver nas hipóteses previstas no rol de procedimentos.

Não obstante, a Ministra manifesta a orientação da Terceira Turma, de que o rol da ANS é meramente exemplificativo, uma vez que a negativa de tratamento indica conduta abusiva por parte dos planos de saúde. Nesse sentido, entende a ministra pelo mesmo raciocínio da Turma em que quem deve estabelecer a orientação terapêutica a ser utilizada em determinada doença deve ser o médico ou o profissional habilitado.

Tendo em vista a divergência entre a Terceira Turma e a Quarta Turma o processo foi aportado à Segunda Turma afim de que houvesse uniformização do tema (MIGALHAS, 2022a).

### 1.1. Votos pela taxatividade do rol

O Superior Tribunal de Justiça decidiu pela taxatividade do rol, conforme voto do Ministro-Relator Luis Felipe Salomão, que sustentou que a elaboração desse busca a proteção dos beneficiários dos planos, a fim de que sejam observadas a eficácia das tecnologias atuais na área da saúde, bem como a devida conveniência dos procedimentos médicos e eventuais impactos financeiros existentes (MIGALHAS, 2022a).

Segundo Migalhas (2022a), o voto do Ministro-Relator definiu que:

1 - o rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar é, em regra, taxativo;

2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol;

3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra rol;

4 - não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que:

(i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a comissão de atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS (MIGALHAS, 2022a).

O voto do ministro destaca que o rol apresentado da ANS para procedimentos e tratamentos de saúde é um rol taxativo, não havendo possibilidade de utilização de diversos, uma vez que se está presente na lista da Agência não há obrigatoriedade de pagamento por esta.

Manifesta casos de excepcionalidade quando não há substituto terapêutico ou se os procedimentos do rol da ANS estiverem esgotados, devendo observar os requisitos de ausência de indeferimento expresso para incorporação ao rol de saúde suplementar, comprovação da eficácia, recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais e estrangeiros, realizado diálogo interinstitucional do magistrado.

No mesmo sentido apresentou voto o Ministro Villas Bôas Cueva manifestando a importância da taxatividade em razão da necessidade de uma segurança jurídica para as partes envolvidas, a fim de que a operadora de saúde possa precificar devidamente o produto, sem que ocorra disparidades e prejuízos perante demais usuários, a fim de manutenção dos serviços de saúde.

## 1.2. Votos contra a taxatividade do rol

Contra a taxatividade do rol da ANS a ministra Nancy Andrighi apresentou voto indicando que as agências reguladoras estão subordinadas à lei e não possuem poder normativo capazes de imposição de “restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas” (MIGALHAS, 2022a). A transferência da função regulamentadora em relação às exceções e exigências mínimas não é papel a ser atribuído a uma agência, de modo que leva a um dano ao consumidor que aderiu a determinada operadora de saúde.

Manifesta, ainda, a inviabilidade e irrazoabilidade de impor ao consumidor que decida sobre os procedimentos apresentados pelo rol da ANS no momento da contratação, em relação a eventuais enfermidades que podem acometê-lo ao longo da vida.

Segundo a ministra, o rol deve ser exemplificativo a fim de que haja a concretização da política de saúde que a Constituição Federal idealizou.

## **2. Efeitos da Decisão**

A decisão do Superior Tribunal de Justiça indicou ao colocar o rol da ANS como taxativo apresenta alguns efeitos importantes para análise. O primeiro é que o recurso não foi afetado como repetitivo, apesar de ter tido requerimentos para tanto.

O julgamento na sistemática de demandas repetitivas ocorre quando há processos que possuem a mesma discussão controversa de mérito. Acontece que no caso dos processos não houve decisão nesse sentido, de modo que é possível, em primeiro lugar, ocorrer alteração da decisão perante o Supremo Tribunal Federal, bem como entendimento contrário pelos tribunais inferiores que não possuem obrigatoriedade de observar o entendimento dado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Outro importante efeito trata-se da incidência sobre precedente. Precedente relaciona-se com a construção de um raciocínio que pode ser



utilizado em demais casos similares (TARUFFO, 2014), o efeito relaciona-se com razões que determinam a decisão considerada paradigmática, de modo que a fundamentação pode ser utilizada, de forma vinculativa, para outros casos similares, sendo uma regra geral de aplicabilidade (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018).

Acontece que o precedente não possui efeito *erga omnes*, mas sim eventual efeito vinculativo a ser utilizado por outras decisões. O primeiro sujeita a impossibilidade de modificação ou discussão da decisão formulada, enquanto o segundo gera uma regra universal que constitui a possibilidade de decisões de outros casos a partir das mesmas premissas jurídicas utilizadas (SULZBACH; MARQUES, 2022).

Nesse sentido, o julgado do Superior Tribunal de Justiça não apresentou uma decisão com efeito para todos, ou seja, *erga omnes*, apesar de constar fundamentos que podem ser utilizados por outros tribunais não há a vinculação obrigatória de que casos que busquem tratar de procedimentos ou tratamentos que não constem no rol da ANS.

Um terceiro efeito a ser analisado consta na própria decisão da Ministra Nancy Andrighi ao tratar que “O mercado de planos de saúde dobrou de tamanho nos últimos anos, e o SUS não se beneficiou com nada disso. Pelo contrário, os planos irão empurrar cada vez mais para o SUS, os doentes que os planos não irão atender” (MIGALHAS, 2022a). O que leva a importante discussão de que a população brasileira busca os planos de saúde para que tenham prestações de serviço de saúde diferenciadas.

Acontece que com a negativa de prestação de procedimentos e tratamentos proporcionará que os sujeitos busquem o Sistema Único de Saúde (SUS) para atendimento, aumentando a quantidade de atendimentos, e não apenas, mas também da judicialização e demanda contra o Estado.

Uma vez que as decisões se demonstrem negativas para o consumidor, dando deferimento para as negativas e fundamentos apresentados pelos planos de saúde, as pessoas buscarão o judiciário para que ocorra o

oferecimento do tratamento pelo SUS, aumentando a judicialização da saúde, e consequentemente onerando ainda mais o Estado.

Além do que, encontra-se no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.193 do Distrito Federal, sendo ministro relator Roberto Barroso, que trata do mesmo tema da decisão do STJ, em que discute sobre o rol da ANS constituir cobertura mínima obrigatória para operadoras de saúde, não sendo apresentado de forma exaustiva, uma vez que pode atribuir aos próprios usuários do serviço o risco de adoecer. No momento o processo está em andamento, e não há previsão de conclusão, entretanto a decisão pode alterar o julgado do STJ.

### **3. Direito fundamental à saúde, participação da iniciativa privada e regulamentação de procedimentos**

Antes do final do século XIX, os brasileiros eram atendidos pelas instituições e médicos filantropos, e o Estado fazia, paralelamente, algumas ações de saúde de maneira paralela, como ações de vacinação e de saneamento básico diante de epidemias. No final do século XIX, com o saneamento do Rio de Janeiro, destacou-se a grande campanha de vacinação contra varíola (CARVALHO, 2013, p. 7). Desta maneira, até a promulgação da Constituição vigente (BRASIL, 1988), a maioria da população não possuía acesso à saúde além das políticas de vacinação (BERTOLLI FILHO, 1998, p. 63).

Entre as décadas de 70 e 80, houve no Brasil movimentos sociais ligados ao direito sanitário que combateram a ditadura sob a bandeira “Democracia é saúde; Saúde é Democracia”, esboçando o projeto da Reforma Sanitária e desligando-se do movimento sanitarista e higienista que havia no século XX (PAIM, 2008, p. 259).

A aspiração a tais transformações dependia não só de uma reforma administrativa e financeira no campo da saúde, mas também de mudanças mais abrangentes. Assim, a VII Conferência Nacional de Saúde (1986) encaminhou um documento à Comissão Nacional de Reforma Sanitária,

trazendo pontos que influenciaram na elaboração da Constituição (BITTENCOURT, 2016, p. 106). Além de previsto expressamente como direito social, o direito à saúde está previsto no artigo 196 da Constituição como um direito de todos e um dever do Estado (BRASIL, 1988). Ainda, por determinação do artigo 198 da Constituição, as ações e serviços públicos de saúde deverão integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo em um sistema único (BRASIL, 1988).

Nos anos que sucederam à promulgação da Constituição, o direito à saúde era considerado uma “norma programática”, sobre a qual não sobrevinha a necessidade de eficácia imediata, sendo na verdade uma norma destinada a orientar o Estado para a finalidade social objetivada por ele (CRUZ, 2012, p. 119).

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, que tinha como partes o Município de Porto Alegre e Diná Rosa Vieira, foi muito importante para a mudança deste cenário. Trata-se de demanda individual formulada para solicitar o imediato e gratuito de fármaco de combate ao vírus HIV. Com relatoria do ministro Celso de Mello, reconheceu-se que o aspecto programático da norma constitucional não pode ser uma “promessa constitucional inconseqüente”, sob pena de que o Poder Público ilegitimamente fraude justas expectativas nele depositadas pela coletividade e substitua “o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (BRASIL, 2000).

Tal julgado estabelece no ordenamento nacional que o direito à saúde não está à mercê de alegações referentes à divisão do Estado em entes federados. Assim, é afirmada a solidariedade na prestação do direito à saúde, porque dele se extrai que todos os entes do poder público podem ser demandados pelo cidadão na busca da satisfação de suas demandas de saúde, a serem efetivamente cumpridas pelo Estado (ALVES, 2013, p. 131).

O direito à saúde é conceituado nos documentos internacionais relativos aos direitos humanos de maneira ampla, abrangendo desde a prestação de um direito subjetivo e individual à assistência médica até o reconhecimento do direito do Estado ao desenvolvimento, consistente no direito a um nível de vida que mantenha a dignidade humana (DALLARI, 2003, p. 47). Ele está ligado ao mínimo existencial, ou seja: ao núcleo elementar da dignidade da pessoa humana. Além disso, está expresso no rol dos direitos sociais da Constituição. Diante das previsões constitucionais existentes, o direito à saúde pode ser considerado um direito fundamental social.

Para Alves (2013, p. 128), a classificação do direito à saúde como direito fundamental decorre da leitura do artigo sexto em conjunto com o artigo quinto da Constituição, reforçando a ideia de que não é possível proteger a vida humana sem que sejam assegurados os serviços de saúde, ou seja: o direito à saúde é indissociável do direito à vida.

O direito à saúde, sendo um direito fundamental, é considerado um direito subjetivo porque assegura um direito individual que pode ser requerido de maneira também individual, impondo um dever estatal de garanti-lo. Além disso, o direito à saúde também é direito objetivo porque integra o ordenamento jurídico objetivo da coletividade (DA SILVA RAMOS, 2005, p. 148).

Diante da indisponibilidade do direito à saúde, destaca-se a sua posição de objeto da tutela constitucional, que se realiza como direito subjetivo, tanto na esfera individual quanto coletiva. Além disso, destaca-se a posição do direito à saúde em sua dimensão objetiva, tendo em vista a característica institucional da sua prestação. Explica-se: o direito à saúde pode ser exigido tanto de maneira individual e relacionada ao sujeito – ou seja, subjetiva – quanto como uma prestação coletiva e geral – ou seja, objetiva.

A Constituição determinou, em seu artigo 199, que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, possibilitando à iniciativa privada a atuação

na saúde suplementar. Até a edição da Lei nº 9.656/1998 (BRASIL, 1998), responsável por dispor sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, o Estado era pouco presente no setor de saúde suplementar.

Neste sentido, destaca-se a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em 1999, e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) em 2000, ressaltando-se que esta última Agência adveio da “necessidade de se regulamentar a iniciativa privada na área da assistência suplementar à saúde, que se apresentava imerso em crises e escândalos” (ALVES, 2009, p. 50).

Assim, a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) vem de encontro à necessária regulamentação estatal sobre o setor. Dentre as regulamentações da ANS, destaca-se a elaboração do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, destinado a assegurar e dar publicidade ao direito assistencial dos beneficiários dos planos de saúde, e com o objetivo de abranger os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de saúde dos beneficiários.

Neste ponto, a incorporação de novas tecnologias em saúde, bem como a definição de regras para o uso destas tecnologias, foi disposta na Resolução Normativa nº 470, de 09 de julho de 2021 (BRASIL, 2021). A definição desta lista é uma tarefa complexa, “não apenas pela dificuldade de disciplinar as novas formas de tratamentos que surgem quase diariamente, mas pelo impacto econômico sobre as operadoras, cada vez que novos eventos são incluídos na cobertura” (DE OLIVEIRA; DE CARVALHO FORTES, 2013, p. 36).

A instituição legal de procedimentos a serem observados, sobretudo em relação à forma de atualização deste rol, trouxe impactos mercadológicos para as operadoras de saúde. De Oliveira e de Carvalho Fortes (2013, p. 37), além do impacto financeiro, apontam também para o impacto judicial da regulamentação dos procedimentos e eventos em saúde, em relação à cobertura das operadoras de saúde. Isto porque, diante da negativa de



cobertura assistencial, o cidadão tem a possibilidade de requerê-la judicialmente, tendo em vista o aspecto fundamental e subjetivo do direito à saúde, como discutido anteriormente.

Conforme análise realizada por Scheffer (2006, p. 142) no Tribunal de Justiça de São Paulo, é possível notar entendimento judicial de que a assistência à saúde é um direito do consumidor beneficiário, mas este entendimento não é absoluto, havendo decisões que se atêm ao contrato celebrado entre as partes e às legislações. Notou-se que as operadoras de saúde consideram a saúde uma verdadeira mercadoria, apontando para a cláusula contratual que limita a cobertura assistencial como o argumento mais utilizado pelas operadoras para requerer a improcedência do pedido do beneficiário.

Entretanto, é necessário pontuar que há empresas que não possuem condições de oferecer sequer as coberturas garantidas pela legislação reguladora. Seja por este motivo ou pela cláusula contratual limitadora da prestação pela operadora de saúde, é certo que a negativa da cobertura assistencial faz com que haja uma sobrecarga do Sistema Único de Saúde, que será responsável por absorver tais demandas negadas diante da ausência de cobertura pelo plano (SCHEFFER, 2006, p. 143).

A mercantilização da saúde, aliada à adstrição da interpretação judicial aos limites contratuais, culminando na restrição às coberturas assistenciais traz prejuízos não somente ao beneficiário, mas à coletividade como um todo, tendo em vista a possível sobrecarga do Sistema Único de Saúde para atender a demandas que seriam abrangidas pela saúde suplementar.

### 3.1 A decisão do STJ quanto à taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde: um possível retrocesso

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu por maioria de votos sobre a taxatividade do rol da Agência Nacional de Saúde

Suplementar (ANS), impactando nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.889.704/SP (BRASIL, 2022b) e nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP (BRASIL, 2022c). A decisão tem por consequência que as operadoras de saúde, em regra, não sejam obrigadas a cobrirem tratamentos não previstos na lista da ANS.

Em seu voto inicial, o Sr. Ministro Relator, Luis Felipe Salomão, pontuou que a taxatividade do rol protege beneficiários contra aumentos excessivos por parte dos planos de saúde, caso estes venham a ter de arcar indiscriminadamente com ordens judiciais para a cobertura de procedimentos fora da lista da ANS. Além disso, foi reforçado que nenhum outro país do mundo possui uma lista aberta de procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória, lembrando ainda que a lista da ANS é elaborada com base em profundo estudo técnico.

A Ministra Nancy Andrighi, de maneira divergente, pontuou que qualquer norma infralegal editada pela ANS com potencial restritivo, salvo as exceções previstas na Lei nº 9.656/1998, coloca o consumidor aderente em uma desvantagem excessiva, pois não é razoável que o consumidor tenha que decidir, na contratação, as possíveis alternativas a eventuais enfermidades que venham a acometê-lo. Nessa hipótese, a incerteza sobre os riscos de responsabilidade dos planos de saúde é transferida ao consumidor, que possui menos condições de antever tais riscos do que os planos de saúde. Ainda, a Ministra pontuou, citando o Ipea, que o lucro das operadoras de saúde mais do que dobrou nos últimos quatro anos, e que os planos transferirão cada vez mais a responsabilidade dos tratamentos que não serão atendidos ao SUS, defendendo assim que o rol tem natureza meramente exemplificativa, e não taxativa.

Diante dessa decisão, que se constitui em precedente favorável às operadoras de saúde, e tendo em vista a previsão Constitucional que coloca a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, a ausência da cobertura pelo plano de saúde pode ocasionar uma sobrecarga do Sistema Único de

Saúde por meio da judicialização, uma vez que o indivíduo se verá obrigado a recorrer ao Estado para garantir a prestação do tratamento, ainda que este não conste do rol da ANS. Neste ponto, a própria autonomia médica também pode sofrer os impactos dessa decisão, diante da possibilidade de que, em vez do tratamento mais adequado, seja buscado o tratamento possível dentro da lista.

Além disso, não há indícios de que haverá redução nos valores cobrados pelos planos de saúde, de modo que a decisão, até o momento, parece apenas trazer limitações ao beneficiário, configurando um retrocesso somente quanto ao direito dos consumidores de planos de saúde no Brasil, aos quais foi transferida a responsabilidade sobre a incerteza quantos aos procedimentos necessários para eventuais enfermidades, como pontuou a Ministra Nancy Andrighi.

A decisão, portanto, vem acompanhada da necessidade de que haja uma maior atenção e fiscalização da população e dos órgãos de controle quanto à atualização constante dos procedimentos constantes rol da ANS, como meio de que este venha a acompanhar os avanços da Medicina e permitir o tratamento mais adequado aos pacientes beneficiários dos planos de saúde.

#### **4. Considerações Finais**

O direito à saúde no Brasil passou por modificações ao longo do tempo que busca uma atenção e fiscalização, a fim de manutenção e garantia de direitos acoplados com a evolução da medicina ao longo dos anos. Com a Constituição de 1988 o direito passa a ser garantido como direito de todos, e a manutenção de planos de saúde demonstra ser uma forma efetiva de assegurar que esse direito seja devidamente resguardado pela sociedade, observando preceitos do Estado.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça pelo Recurso Especial nº 1.886.929/SP (2020/0191677-6) e pelo Recurso Especial nº 1.889.704/SP (2020/0207060-5) indicam a necessidade de contínua a manutenção de

direitos à população, uma vez que houve um julgamento em que se buscou uma perspectiva econômica e não social, o que demonstra um descompasso perante a Constituição Federal.

Importante que se compreenda os fundamentos da decisão a fim de se verificar se a aplicabilidade em outros tribunais por meio de precedentes deve ser mantida, bem como entender que mesmo que o STJ tenha decidido por determinado viés, há a possibilidade de alteração do julgamento por meio do STF tanto no presente caso, quanto em outras demandas que já se encontram para decisão.

## Referências

ALVES, Cândice Lisboa. **Direito fundamental à saúde**: uma análise da efetividade da saúde e do princípio da proibição do retrocesso social. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2013. 237f.

ALVES, Sandra Mara Campos. Democracia participativa e a consulta pública na Agência Nacional de Saúde Suplementar. In: DELDUQUE, Maria Célia (org). **Temas atuais de direito sanitário**. Brasília: CEAD/FUB, 2009. p. 45-63.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4. Ed. São Paulo: Ática, 1998.

BITENCOURT, Caroline Müller; FRIEDERICH, Denise Bittencourt. A DINÂMICA DO FEDERALISMO BRASILEIRO NO TEMA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, CONTROLE SOCIAL E A COVID-19. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n. 3, p. 49-77, 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução normativa - RN nº 470, de 09 de julho de 2021. **Dispõe sobre o rito processual de atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em:

<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textoLei&format=raw&id=NDA2Mw>. Acesso em 29 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 23 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. **Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm). Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.889.704/SP**. Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico *versus* R. D. F.. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. 2022b. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EREsp%201889704>. Acesso em 10 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP**. Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico *versus* G. G. L. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. 2022c. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EREsp%201886929>. Acesso em 10 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS**. Município de Porto Alegre *versus* Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília. Acórdão de 12 de setembro de 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur103980/false>. Acesso em 24 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.913**, Ministro-Relator Roberto Barroso. Brasília. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6433708>. Acesso em: 31 jul. 2022

CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. **Estudos avançados**, v. 27, p. 7-26, 2013.

CRUZ, Luiz Antonio Ribeiro da. Direito à Saúde: de norma programática a direito individual exigível. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, ago. 2012, p. 119-132.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: ARANHA, Márcio Iorio (org). **Direito sanitário e saúde pública**. Vol I. Coletânea de Textos. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p.39-59. Disponível em: [https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito\\_san\\_v1.pdf](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf). Acesso em 20 jan. 2022.

DE BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DE OLIVEIRA, José Antonio Diniz; DE CARVALHO FORTES, Paulo Antonio. De que reclamam, afinal? estudo das ações judiciais contra uma operadora de plano de saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 13, n. 3, p. 33-58, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MIGALHAS. **Salomão vota pela natureza taxativa do rol de procedimentos da ANS**. 17 de setembro de 2022a. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/351790/salomao-vota-pela-natureza-taxativa-do-rol-de-procedimentos-da-ans>. Acesso em: 30 jul. 2022

MIGALHAS. **STJ define que rol da ANS é taxativo para planos de saúde**. 8 de junho de 2022a. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/367646/stj-define-que-rol-da-ans-e-taxativo-para-planos-de-saude>. Acesso em: 30 jul. 2022.

PAIM, Jairnilson Silva. **Reforma sanitária brasileira**: contribuição para a compreensão e crítica [online]. Salvador: EDUFBA; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008. 356 p. ISBN 978-85-7541-359-3. Available from SciELO Books.

SCHEFFER, Mario César. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo**. Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Departamento de Medicina Preventiva. São Paulo, 2006. 212 f.

SULZBACH, Juliane Gloria; MARQUES, Elmer da Silva. Efeito vinculante e eficácia *erga omnes* em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. **Revista Argumentum – RA**, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 23, N. 1, p. 167- 189, Jan.-Abr. 2022.

TARUFFO, Michele; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Precedente e jurisprudência. **civilistica.com - revista eletrônica de direito civil**, v. 3, n. 2, p. 1-16, 10 dez. 2014.

Comentário recebido em: 01/08/2022.

Aceito para publicação em: 07/06/2023.