



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.733.013 - PR (2018/0074061-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : VICTORIA TEIXEIRA BIANCONI
ADVOGADOS : ADRIANO MORO BITTENCOURT - PR025600
SU-ELLEN DE OLIVEIRA VIANNA - PR066371
RECORRIDO : UNIMED DE LONDRINA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : MARCO TÚLIO DE ROSE - RS009551
PAULO ROBERTO DO NASCIMENTO MARTINS - RS028992
ARMANDO GARCIA GARCIA - PR004903
RAFAEL LIMA MARQUES - RS046963
CÁSSIO AUGUSTO VIONE DA ROSA - RS050660
SOC. de ADV. : DE ROSE, MARTINS, MARQUES E VIONE ADVOGADOS
ASSOCIADOS
INTERES. : FEDERACAO NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - "AMICUS
CURIAE"
ADVOGADOS : FREDERICO JOSE FERREIRA - RJ107016
LUIS FELIPE FREIRE LISBOA E OUTRO(S) - DF019445

EMENTA

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (*OVERRULING*). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDADA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE.

1. A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. O art. 4º, III e XXXVII, atribui competência à Agência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/1998, além de suas excepcionalidades, zelando pela qualidade dos serviços prestados no âmbito da saúde suplementar.

2. Com efeito, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000, a atribuição dessa Autarquia de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinado pelo *caput* do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde.

3. A elaboração do rol, em linha com o que se deduz do Direito Comparado, apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade, como: utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS; observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências – SBE; e resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

4. O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.

5. Quanto à invocação do diploma consumerista pela autora desde a exordial, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem reverência ao princípio da especialidade e ao disposto no art. 4º daquele diploma, que orienta, por imposição do próprio Código, que todas as suas disposições estejam voltadas teleologicamente e finalisticamente para a consecução da harmonia e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

6. O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente.

7. No caso, a operadora do plano de saúde está amparada pela excludente de responsabilidade civil do exercício regular de direito, consoante disposto no art. 188, I, do CC. É incontroverso, constante da própria causa de pedir, que a ré ofereceu prontamente o procedimento de vertebroplastia, inserido do rol da ANS, não havendo falar em condenação por danos morais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. MARCO TÚLIO DE ROSE, pela parte RECORRIDA: UNIMED DE LONDRINA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.733.013 - PR (2018/0074061-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : VICTORIA TEIXEIRA BIANCONI
ADVOGADOS : ADRIANO MORO BITTENCOURT - PR025600
SU-ELLEN DE OLIVEIRA VIANNA - PR066371
RECORRIDO : UNIMED DE LONDRINA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : MARCO TÚLIO DE ROSE - RS009551
PAULO ROBERTO DO NASCIMENTO MARTINS - RS028992
ARMANDO GARCIA GARCIA - PR004903
RAFAEL LIMA MARQUES - RS046963
CÁSSIO AUGUSTO VIONE DA ROSA - RS050660
SOC. de ADV. : DE ROSE, MARTINS, MARQUES E VIONE ADVOGADOS
ASSOCIADOS
INTERES. : FEDERACAO NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - "AMICUS
CURIAE"
ADVOGADOS : FREDERICO JOSE FERREIRA - RJ107016
LUIS FELIPE FREIRE LISBOA E OUTRO(S) - DF019445

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Victoria Teixeira Bianconi ajuizou ação em face da Unimed Londrina Cooperativa de Trabalho Médico, narrando que foi acometida por doença que ocasiona desgaste nas vértebras e que, conforme prescrição de seu médico assistente, sob pena de agravamento de seu quadro de saúde, necessita de cirurgia com a utilização dos seguintes materiais: 1 kit de cifoplastia por balão (Kyphon), 1 kit de biópsia descartável (Kyphon) e 1 cureta de latitude (Kyphon).

Ocorre que a ré se dispõe a liberar apenas o procedimento denominado vertebroplastia, que implica injeção de metilmetacrilato via percutânea no corpo vertebral para recuperar a sua altura originária.

Pondera que o método proposto pela operadora do plano de saúde é defasado e que pode ocasionar extravasamento, com queimadura na cavidade da medula espinhal, sendo o indicado pelo seu médico minimamente invasivo, consistindo na introdução de balão no corpo vertebral fraturado, inflado cuidadosamente para conduzir a vértebra à sua posição natural, preenchendo a cavidade com cimento específico, de baixa viscosidade.

Afirma que o CDC é aplicável ao contrato e que tem direito a saúde digna, devendo o Estado garantir, mediante tutela jurisdicional, que os riscos de doenças e seu agravamento sejam minorados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Obtempera que, conforme disposto no art. 10º da Lei n. 9.658/1998, devem ser assegurados os procedimentos médicos necessários, mesmo os de caráter experimental.

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

Interpôs a autora apelação; e a ré, recurso adesivo para o Tribunal de Justiça do Paraná, tendo sido provido apenas este, em decisão assim ementada:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PLANO DE SAÚDE. AGRAVO RETIDO -1. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO MANEJADO CONTRA CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO RETIDO -2. INTEMPESTIVIDADE. DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO IMEDIATA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 523, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. NÃO CONHECIMENTO. FRATURA NA PORÇÃO ANTERIOR DO PLATO SUPERIOR COM ACUNHAMENTO VERTEBRAL (NÍVEL T12). REALIZAÇÃO DE CIFOPLASTIA. ENUNCIADO N.º 23 DO FÓRUM DA SAÚDE DO CNJ. PROCEDIMENTO NÃO CONSTANTE NO ROL DA ANS. EFETIVIDADE E VANTAGENS NÃO ESTABELECIDAS. OPERADORA QUE LIBEROU VERTEBROPLASTIA. TRATAMENTO SIMILAR COM EFICÁCIA COMPROVADA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. CONDENAÇÃO AFASTADA. AGRAVOS RETIDOS 01 E 02 NÃO CONHECIDOS. RECURSO ADESIVO PROVIDO. APELAÇÃO PREJUDICADA.

Opostos embargos declaração, foram rejeitados.

Sobreveio recurso especial da autora, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, suscitando divergência jurisprudencial e violação dos arts. 186, 389 e 944 do CC.

Alega que o rol da ANS é apenas exemplificativo, que o contrato não faz nenhuma menção de exclusão do procedimento, ponderando que o documento colacionado aos autos pela recorrida apenas aponta que a ANS não atesta a efetividade da cifoplastia, deixando de mencionar que o método escolhido por seu médico assistente não é autorizado.

Acena que não houve liberação do procedimento e do material necessários à realização da cirurgia para prevenir até mesmo a lesão medular, caracterizando inadimplemento contratual.

Assinala que o dano moral é *ipso facto*, não havendo necessidade de demonstração.

Sustenta que o rol de procedimentos e eventos em saúde constitui referência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

básica, sendo possível aos contratantes ampliar a abrangência da contratação incluindo outros procedimentos, ainda que não elencados pela ANS.

Contrarrazões às fls. 555-567.

O recurso especial foi admitido.

Em vista da relevância do tema e da constatação de que o recurso devolve nuance ainda não detidamente abordada na jurisprudência do STJ, à luz do que preceitua o art. 138 do CPC, oportuneizei a participação, na qualidade de *amicus curiae*, de entidades com representatividade adequada, determinando que lhes fosse dada ciência, facultando-se-lhes manifestação no prazo de quinze dias úteis (art. 138, Lei n. 13.105/2015).

A autarquia federal Agência Nacional de Saúde Suplementar, como *amicus curiae*, declarou *in verbis*:

6. De plano, adiante-se que a ANS possui interesse em contribuir com o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, posto que o tema diz respeito à regulação e normatização das atividades de assistência suplementar à saúde. A tese que defende o caráter exemplificativo do rol de procedimentos põe em risco o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar, em razão do efeito cascata refletido em um crescente número de pretensões similares e, com isso, risco à segurança jurídica. Antes de adentrar o tema, porém, algumas informações básicas são pertinentes.

[...]

12. De fato, como existem milhares de procedimentos e eventos em saúde, e como as análises de licitude, ética, eficiência, atualidade, relação custo/efetividade e impacto financeiro dependem de conhecimentos técnicos específicos, além do fato de que tais procedimentos e eventos estão em constante processo de modificação decorrente da evolução tecnológica, o legislador entendeu por bem não arrolar no corpo da Lei n.º 9.656/98 aqueles que devem ser obrigatoriamente cobertos para a prevenção, tratamento, recuperação e reabilitação das doenças e problemas de saúde classificados pela OMS.

13. Em verdade, a partir do que consta no art. 10, § 4º da Lei n.º 9.656/98 c/c o art. 4º, III, da Lei n.º 9.961/00, pode-se deduzir com segurança que foi opção do legislador a atribuição dessa tarefa normativa e regulatória à agência setorial correspondente, qual seja, a ANS.

14. Trata-se, em essência, de um fenômeno político-jurídico que é conhecido na doutrina como deslegalização, que consiste, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em sua obra *Mutações de Direito Administrativo*, Ed. Renovar, 2000, pág. 166, na “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*)”.

15. A propósito, registre-se que a ANS vem cumprindo regimento a tarefa que lhe foi cometida pela Lei 9961/2000, na medida em que procede à atualização do rol periodicamente, cujo processo será oportunamente esclarecido. Atualmente, o rol de cobertura obrigatória está previsto na Resolução Normativa - RN ANS 428/2017, sendo certo que, dada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relevância do assunto, a ANS cuidou de disciplinar o próprio rito de atualização do rol, nos termos da RN ANS 439/2018.

[...]

22. Dito isto, faz-se imperioso assimilar também que a base do financiamento do setor de saúde suplementar é o mutualismo, um mecanismo de compartilhamento do ônus decorrente do custo do serviço prestado a determinado usuário. Ou seja, o financiamento do sistema de saúde suplementar se dá com a contribuição de todos os beneficiários, por meio do pagamento das mensalidades, tornando possível a assistência para aqueles que eventualmente estejam em situação de exposição. Desta forma, viabiliza-se a diluição do risco sem comprometer desmedidamente o equilíbrio contratual.

23. Logo, revela-se fundamental a compreensão de que, em essência, trata-se de um negócio jurídico eminentemente privado, muito embora sujeito à regulação por força da alta relevância pública do direito envolvido, e, por outro lado, cuida-se de um setor econômico cujo financiamento advém do mutualismo, ou seja, do conjunto de mensalidades pagas pelos participantes ou beneficiários. O pagamento mensal feito por cada contribuinte consubstancia uma espécie de fundo dedicado a cobrir todos os riscos da atividade, o que, na saúde, significa o custo com o tratamento de doenças.

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

[...]

26. Data vênia, já são muitas as naturais oscilações do mercado de saúde suplementar, de modo que qualquer variação imposta de forma descuidada que fragilize as projeções atuariais pode trazer sérios problemas a este sensível segmento econômico. Com efeito, não se mostra salutar qualquer medida tendente a incrementar o quadro de incerteza neste setor sem a devida análise do seu impacto, sendo certo que segurança jurídica e previsibilidade devem ser encarados como efetivos pilares.

[...]

31. À evidência, o processo de incorporação de tecnologia no rol de cobertura obrigatória representa medida regulatória estruturante que reduz a assimetria de informação no setor de saúde suplementar e busca garantir o financiamento do acesso aos serviços de saúde privada pelo mutualismo e a oferta de planos de saúde pelas operadoras.

Trata-se, a rigor, de uma das principais medidas regulatórias manejada pela ANS, senão a maior, em razão dos impactos gerados no ambiente econômico em que projetada.

[...]

34. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

35. Sabe-se que sinistralidade média verificada no setor atualmente chega a aproximadamente 90% (fonte: DIOPS/ANS/MS - 23/08/2019). Ou seja, quase 90% da receita gerada para operação do plano de saúde é absorvida para o pagamento de eventos em saúde. A elaboração do rol de cobertura pela ANS, e, portanto, a previsão de coberturas obrigatórias na saúde suplementar traz um aumento de despesas e pressiona a precificação dos produtos, seja na oferta inicial seja em forma de reajuste. E é por isso que a ANS dedica bastante cuidado no processo de atualização do rol.

36. Faz-se crucial perceber que, como o mecanismo de financiamento do setor é o mutualismo, ou seja, todos contribuem para cobrir os gastos para recuperação da saúde de determinado membro do grupo, o preço maior das mensalidades pode afastar o indivíduo de menor risco do sistema, potencializando a espiral de seleção adversa que acaba por inviabilizar o próprio mercado, na linha do que demonstrou George Arthur Akerlof no ensaio acima referido.

37. Se é certa a necessidade de atualização periódica do rol de cobertura obrigatória a cargo das operadoras de plano de saúde, para que a referência básica em saúde suplementar corresponda efetivamente à evolução da ciência médica, nos moldes do que estabelece a Lei 9656/98, não menos relevante é que tal mister seja precedido de análise criteriosa, em sintonia com a segurança jurídica e a previsibilidade a fim de evitar o próprio comprometimento da sustentabilidade do setor.

[...]

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

44. Conveniente apontar que, muito embora as situações postas a granel nos processos judicial gravitem em torno do aspecto médico, há muito mais questões a serem analisadas para efeito de uma imposição de cobertura. Não se pode reduzir o espectro do problema cogitado na espécie a eventual divergência de perspectiva em torno da efetividade de determinado tratamento, sendo certa a necessidade de uma avaliação técnica a respeito dos impactos provocados, seja na própria relação contratual deduzida em determinado processo, seja no setor de saúde suplementar como um todo.

45. Com efeito, para compreensão dos elementos que norteiam a análise de incorporação no rol feita pela ANS, vale observar o que dispõe o art. 5º da RN ANS 439/2018:

[...]

46. Deveras, há um conjunto de standards de verificação mínima para que ocorra a incorporação de determinado procedimento no rol de cobertura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obrigatória. O processo não se perfaz apenas com opiniões, mas com diversas análises técnicas robustas, forjadas a partir de uma abordagem calcada em evidências.

47. Noutro giro, parece relevante destacar o caráter dialógico do processo de atualização do rol atualmente. O art. 6º da RN ANS 439/2018 delineia um ambiente específico de debates acerca da atualização do rol (COSAUDE), com a presença de representantes de órgãos de defesa do consumidor, prestadores de serviços de saúde, operadores de planos de assistência à saúde, órgãos de governos, conselhos profissionais de saúde e por sociedades médicas e odontológicas, pela indústria, além de contar com o próprio corpo técnico competente da ANS, o que evidencia um espaço bastante plural de participação.

48. À evidência, a construção de um ambiente plural de participação no processo de atualização rol revela uma forma de governança compartilhada, por meio da qual é conferida possibilidade de efetiva interferência na tomada de decisão, muito embora resguardada a prerrogativa decisória do órgão regulador. Com isso, espera-se maior adesão à decisão final, o que, em boa medida, representa maior dose de legitimidade e, logo, menor índice de conflituosidade a respeito do assunto. Ainda que não seja possível a formação de consensos em relação a todas as sugestões apresentadas, ao menos se previne confiança no que toca ao processo de tomada de decisão.

49. De fato, a partir da modulação de um formato de processo transparente e que congrega efetiva participação social, cria-se o incentivo para uma maior organização da sociedade civil em torno da atualização do rol de cobertura obrigatória, induzindo, ademais, a própria redução da assimetria da informação, uma falha crucial do mercado de saúde suplementar como demonstrado linhas acima, porquanto viabilizar maior circulação das informações relevantes ao setor e fomentar uma cultura de economia comportamental.

50. Certo é, contudo, que o incentivo à participação social no processo de atualização do rol deve encontrar ressonância em todos os órgãos de Estado, inclusive do Poder Judiciário, sob pena de sua completa frustração. Não se trata apenas de aceno ao princípio da deferência ou autocontenção neste caso, mas fundamentalmente de um compromisso com o incremento da credibilidade administrativa, mormente por conta do modo como estabelecido atualmente o processo [...].

[...]

53. De início, importante perceber que considerar o rol elaborado pela ANS como meramente sugestivo, ou exemplificativo, poderia esvaziar sobremaneira a própria regulação estatal. Todo o esforço empenhado pela ANS para construção de um processo transparente e dialógico perderia um pouco de sentido se não há confiança de que se cuida de uma medida regulatória definitiva. Vale registrar, em adição, que, para dar conta da análise de evidência científica, a ANS entabulou alguns acordos de cooperação com outras instituições, pois não conta com efetivo de pessoal suficiente para dar vazão a tal mister. Para tanto, por óbvio são deslocados recursos públicos que podem não trazer os resultados esperados se o rol for encarado como mera sugestão.

54. Como o atual rito de atualização do rol prevê maior acesso social, e com isso maior demanda de sugestões para incorporação, a ANS, atenta à necessidade de uma abordagem baseada em evidências, contratou força



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de trabalho adicional para elaboração dos pareceres técnicos. Foram feitos acordos de cooperação técnica - ACT com a UFRJ, com o Instituto Nacional do Câncer e com a UFRGS (processos 33910.012508/2019-65, 33910.0066146/2019-73 e 33910.017654/2019-87, respectivamente).

55. Demais disso, a flexibilização desmedida do rol acaba por prestigiar invariavelmente a opinião de um médico em detrimento da robusta análise técnica feita pela ANS no processo de atualização periódica, o que, em boa medida, compromete a credibilidade da regulação implementada pela Agência, e, com isso, todo o cuidado projetado na adoção de critérios [...].

56. O fato do médico de determinada parte opinar por um procedimento como o mais adequado ao seu caso não o reveste de consenso científico apto a torná-lo obrigatório no plano de saúde. Quando o médico emite uma opinião a favor de um procedimento, ele assume uma responsabilidade perante um único paciente. Diferentemente, a inclusão de um procedimento no rol da ANS possui um impacto social para milhares de brasileiros beneficiários de planos de saúde.

Por essa razão, a inclusão de um procedimento decorre de motivos técnicos, que não se resumem a opinião médica individual, ainda que balizada.

57. Tome-se como exemplo o procedimento referido no caso tratado nos autos em epígrafe. A beneficiária pretende tratamento médico com uso da técnica denominada de CIFOPLASTIA, não prevista no rol de procedimentos da ANS. A operadora do plano de saúde oferece o tratamento com o uso da técnica intitulada de VERTEBROPLASTIA, contida no rol de procedimentos. Quanto à diferença das duas técnicas, mister verificar o que diz a área técnica da autarquia reguladora:

“2. Preliminarmente esclareça-se que a VERTEBROPLASTIA e a CIFOPLASTIA são técnicas minimamente invasivas de espaçamento vertebral, nas quais um cimento ósseo é introduzido em um corpo vertebral fraturado, tendo como objetivo principal aliviar a dor. Estas técnicas também têm sido indicadas no tratamento de malformações e metástases ósseas, de fraturas traumáticas e de doenças osteolíticas em geral, quando a coluna vertebral é afetada. A VERTEBROPLASTIA e a CIFOPLASTIA são semelhantes e utilizadas para os mesmos fins, diferindo na utilização, por esta última, de um balão, que é inflado para criar uma cavidade, antes da introdução do cimento ósseo. Estudos comparando estas duas técnicas concluíram pela necessidade da realização de ensaios randomizados para que se possa avaliar as evidências de superioridade, em termos de eficácia e segurança, de uma sobre a outra, que não existem hoje([hps://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2684146/](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2684146/)).”

ANS. Despacho nº 254/2019/COMEC/GEAS/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO. (ane xo 1)

[...]

60. Por óbvio, nada obsta que o paciente eleja a técnica que melhor lhe convenha para o tratamento de seu problema de saúde, sendo certo, contudo, que, tratando-se de plano de saúde, há limites a serem respeitados por ocasião da escolha. Como a base do financiamento do setor é o mutualismo, as preferências devem ser endereçadas no momento da formação do contrato. É sempre conveniente o registro de que o rol elaborado pela ANS constitui a referência básica a ser observada pelas operadoras, não havendo qualquer óbice para que eventuais acréscimos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cobertura sejam entabulados no momento da formação do contrato.

[...]

65. A flexibilização do rol prejudica também a adequada compreensão das dificuldades que afligem o setor.

Afinal, seria uma forma de reverência e incentivo à judicialização da saúde suplementar com vistas à utilização de novas tecnologias, sem que, para tanto, haja uma reflexão a respeito dos seus impactos no plano. O risco, portanto, é de que se verifique busca pelo uso não racional de tecnologias, à revelia de critérios técnicos.

66. Data vênia, o uso de tecnologias e procedimentos em saúde deve ser incentivado de forma racional, proporcionando uso de terapias e exames com evidências científicas fortes que comprovem o benefício clínico, com rede assistencial disseminada e que impliquem impactos socioeconômicos compatíveis frente aos benefícios, sem comprometer o equilíbrio que o setor necessita para o seu bom funcionamento.

67. Também não é desprezível o risco de que a flexibilização do rol de cobertura obrigatória prejudique o ambiente de concorrência no setor de saúde suplementar. Sabe-se que há uma boa parte de operadoras de plano de saúde em atividade que são de médio ou pequeno porte. É possível que o aumento demasiado nos custos do setor acabe por inviabilizar, num primeiro momento, os modelos de negócio de menor envergadura, do que resultaria uma acentuada concentração de mercado.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, como *amicus curiae*, assim opinou:

Os contratos de assistência à saúde são espécies de contratos de prestação de serviços, de trato sucessivo, nos quais o consumidor, no intuito de preservar eventuais tratamentos ligados à sua saúde, transfere ao fornecedor, mediante pagamento, os eventuais riscos derivados de sua saúde, de modo que este arque com os custos de assistência médica quando assim se fizer necessário.

Em outras palavras, o objeto do contrato em questão consiste na obrigação de a operadora garantir o tratamento à saúde. Decisões acerca destas contratações envolvem pontos sensíveis em decorrência de seu objeto, corolário do direito à vida e garantidor da dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 5º, 6º e 196 e seguintes da Constituição Federal.

O art. 196 da Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, havendo a autorização constitucional expressa para a atuação do setor privado na assistência à saúde, nos termos do art. 199.

Contudo, é importante frisar que essas atividades, mesmo quando desempenhadas por particulares em regime privado de exploração econômica, são revestidas do caráter de relevância pública, nos termos do art. 197 da Carta Magna.

Assim, ainda que prestada pela iniciativa privada, a saúde não perde seu caráter de relevância pública, o que impõe restrições e cuidados a todos aqueles que decidem prestar serviços de saúde, seja na elaboração ou execução dos contratos com os consumidores contratantes.

Para tanto, os prestadores de serviço, incluindo todos os agentes que exploram a saúde como atividade econômica lucrativa, devem observar referidos ditames Constitucionais, além das disposições específicas da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Planos de Saúde (Lei 9.656/98), bem como as normas e disposições regulamentares da ANS e do CONSU, sempre com base nos direitos e princípios dispostos no Código de Defesa do Consumidor, como se passará a demonstrar.

[...]

No tema em debate, a vulnerabilidade pode ser constatada pela indiscutível assimetria entre o usuário e a operadora de plano de saúde.

Além disso, há que se considerar, no caso em análise, a bilateralidade do contrato em questão e o concurso de vontades opostas inerente à formação do contrato, em que, de um lado, o consumidor que contrata um plano de saúde busca a mais ampla garantia de que será atendido em caso de necessidade.

Ou seja, o consumidor detém a expectativa de que será prontamente atendido quando necessitar de atendimento à saúde, independentemente da espécie de procedimento necessário a seu restabelecimento.

[...]

Diante da situação de negativa de cobertura com a justificativa de procedimento ausente do Rol, torna-se imperiosa a análise do contrato – normalmente de adesão –, a fim de se constatar possível existência de qualquer tipo de ressalva a determinadas doenças, que estariam excluídas da cobertura do plano de saúde. Não havendo exclusão expressa e direta pelo contrato, a recusa da prestadora dos serviços em custear torna-se abusiva e arbitrária, constituindo afronta ao CDC.

Nesse sentido, o CDC prevê em seu artigo 51, IV, V e §1º, II e III as hipóteses específicas para que não haja qualquer tipo de abuso na oferta e contratação dos serviços, para que se garanta de forma efetiva a proteção dada pelo Código contra as práticas e cláusulas abusivas que venham a onerar excessivamente o consumidor e o contrato:

[...]

VII. DO CARÁTER EXEMPLIFICATIVO DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS

O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, atualmente regulamentado pela Resolução Normativa ANS nº 428/2017 (RN ANS nº 428/2017), constitui a referência básica para a cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 01/01/1999, e naqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde (conhecida como Lei dos Planos de Saúde).

Isso significa que o referido Rol estipula a cobertura mínima a que está obrigada cada operadora de plano de assistência à saúde, configurando, como veremos adiante, um rol exemplificativo de obrigações.

[...]

Em outras palavras, para cada segmentação corresponde uma amplitude de cobertura, não cabendo leitura taxativa do Rol de Procedimentos da ANS, uma vez que o conteúdo de tal Resolução Normativa tem que ser interpretado de forma harmônica com as demais estruturas normativas que dispõem sobre o assunto.

[...]

De seu lado, o mercado defende a taxatividade do referido rol, enquanto o entendimento do Poder Judiciário é diverso, pois considera que o Rol não deve ser interpretado em um vazio normativo, mas em consonância com as diretrizes da Lei de Plano de Saúde e com os princípios de proteção ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consumidor, vez que constitui referência básica para a cobertura assistencial mínima nos planos privados de saúde, os quais, por sua vez, tratam de relação de consumo.

Corroboram tal posicionamento diversos julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, dentre os quais destacamos:

[...]

Vale ressaltar que este Egrégio Tribunal coleciona diversos julgados que entendem pela ilegalidade e abusividade da negativa de cobertura por ausência de previsão do procedimento no Rol da ANS e que a mudança de entendimento sobre o assunto importará na restrição de direitos ao cidadão e gerará insegurança jurídica.

[...]

O principal argumento a ser relevado para entender o caráter exemplificativo do rol reside no fato de ser impossível aos consumidores a previsão dos procedimentos que podem vir a precisar, de um lado, e o fato de a ANS não ter um processo contínuo de avaliação de seu rol de coberturas obrigatórias, implementando mudanças apenas a cada dois anos, a reboque das mudanças tecnológicas e procedimentais.

Ainda, o afastamento da responsabilidade da operadora em autorizar e custear o procedimento macula a finalidade do próprio contrato, que é justamente a assistência à saúde do consumidor.

O Conselho Federal de Medicina - CFM, como *amicus curiae*, apresentou documentos técnicos contendo as seguintes informações:

PARECER TÉCNICO Nº 07/GEAS/GGRAS/DIPRO/2019

COBERTURA: CIFOPLASTIA

O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, atualmente regulamentado pela RN nº 428/ 2017, constitui a referência básica para os fins da cobertura assistencial disposta na Lei nº 9.656/ 1998.

o referido normativo está em vigor desde 02/01/2018 e se aplica aos planos privados de assistência à saúde comercializados a partir de 02/01/1999 e aos planos antigos adaptados (planos adquiridos antes de 02/ 01/1999, mas que foram ajustados aos regramentos legais, conforme o art. 35 da Lei nº 9.656/1998), respeitando-se, em todos os casos, as segmentações assistenciais contratadas.

O procedimento CIFOPLASTIA não se encontra listado no Anexo I da RN nº 428/2017. Portanto, o procedimento em tela não possui cobertura em caráter obrigatório.

Contudo, consta no Rol o procedimento OSTEOPLASTIA OU DISCECTOMIA PERCUTÂNEA (VERTEBROPLASTIA), o qual pode ser indicado para casos de alterações vertebrais tratáveis com a aplicação de cimento ortopédico, obrigatoriamente coberto por planos de segmentação ambulatorial e/ou hospitalar (com ou sem obstetrícia) e por planos-referência, conforme indicação do médico assistente .

Cumprе relatar que o procedimento CIFOPLASTIA não consta na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos - CBHPM. Importante lembrar que a CBHPM é publicada pelo Conselho Federal de Medicina - CFM e pela Associação Médica Brasileira - AMB, esta última se consolidando historicamente como a entidade responsável pela codificação e a padronização das terminologias e procedimentos relativos à prática médica no Brasil, normalmente reunidos em formato de listas e/ou tabelas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Neste sentido, procedimentos ainda não incluídos no rol poderão ser avaliados a partir de estudos clínicos que demonstrem os benefícios para os pacientes, desde que cumpram o fluxo estabelecido pela RN nº 439/2018.

A vertebroplastia e a Cifoplastia percutânea com cimento acrílico são procedimentos realizados sob anestesia local e sedação por anesthesiologistas conforme critérios da Resolução CFM 1670/2003, indicado nos casos de fraturas de vértebras osteoporóticas ou com metástases para principalmente alívio da dor. É controlada por aparelhagem especial de imagem de radioscopia. Sob o controle destas imagens uma fina cânula é passada dentro do corpo vertebral patológico, através de uma punção. No caso da vertebroplastia, injeta-se um cimento acrílico chamado PMMA, (polimetacrilato de metila) que polimeriza com a liberação de calor, aliviando e estabilizando a fratura, podendo o paciente locomover-se imediatamente após o efeito da sedação sem dor.

[...]

São procedimentos realizados por ortopedistas neurocirurgiões e radiologista intervencionista com resultados positivos em 90% dos casos.

O Conselho Federal de Farmácia - CFF, como *amicus curiae*, fez estas considerações:

O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar garante e torna público o direito assistencial dos beneficiários dos planos de saúde, contemplando os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e eventos em saúde, em cumprimento ao disposto na lei nº 9.656, de 1998 (Brasil, 1998). O Rol de procedimentos, segundo a mesma lei, deve atender a todas as doenças listadas na Classificação Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde.

O Rol constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência à saúde (ANS RN nº 439, de 2018), não sendo assim meramente exemplificativo.

[...]

O Rol é periodicamente atualizado, tendo em vista que novas tecnologias em saúde são continuamente incorporadas à prática assistencial. O processo de atualização do Rol, no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar, está disposto na NR nº 439/2018 e ocorre em ciclos sucessivos a cada dois anos.

O prazo de atualização do Rol seguido pela ANS é condizente com o exigido pelo Ministério da Saúde para atualização de outras normativas. Tais como, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que é atualizada a cada dois anos (nos termos do Art. 25 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011) e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias em Saúde (CONITEC) que tem como prazo de conclusão de processos administrativos demandados em 180 dias, contado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da data em que foi protocolado o requerimento, admitida a sua prorrogação por noventa dias, quando as circunstâncias exigirem (Art. 24 do Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011).

[...]

Adicionalmente, consultamos a CBHPM Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), documento editado pela Associação Médica Brasileira (AMB), pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e pela Federação Nacional dos Médicos (FENAM). Este documento, segundo a Associação Médica Brasileira, é um referencial de caráter ético respaldado pela idoneidade das Sociedades de Especialidades e que permite à população a identificação dos procedimentos médicos cientificamente comprovados e é um instrumento de direito básico ao consumidor (AMB, 2018).

Em consulta aos editores da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM de 2018), sobre inserção, ou não, do procedimento "cifoplastia por/com uso de balão" recebemos a seguinte resposta: Na CBHPM 2018 consta o procedimento Osteoplastia vertebral por cifoplastia 8C-1 5 (3.07.15.56-3) não especificando o uso da técnica para a cifoplastia.

O procedimento "cifoplastia por/com uso de balão" não consta das edições de 2016 e 2018 da CBHPM, da Tabela de procedimentos da SAS/MS e nem do Rol da ANS.

Destacamos que as tabelas Rol de procedimentos e a CBHPM embora apresentem estrutura e conteúdo semelhantes, são tabelas distintas, cada uma com suas funções específicas. A CBHPM contém procedimentos que, embora realizados pela Medicina no país, não fazem parte da cobertura na saúde suplementar (Nota 13/2013 ANS).

Em consulta aos editores da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM de 2018), sobre inserção, ou não, do procedimento "cifoplastia por/com uso de balão" recebemos a seguinte resposta: Na CBHPM 2018 consta o procedimento Osteoplastia vertebral por cifoplastia 8C-1 5 (3.07.15.56-3) **não especificando o uso da técnica para a cifoplastia.**

O procedimento "cifoplastia por/com uso de balão" não consta das edições de 2016 e 2018 da CBHPM, da Tabela de procedimentos da SAS/MS e nem do Rol da ANS.

Destacamos que as tabelas Rol de procedimentos e a CBHPM embora apresentem estrutura e conteúdo semelhantes, são tabelas distintas, cada uma com suas funções específicas.

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor, como *amicus curiae*, argumentou:

2.1. O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção saúde nos planos privados de assistência à saúde -contratados - a partir de 12 de janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS.; 2.2. O Rol garante e faz público o direito de cobertura assistencial dos beneficiários dos planos de saúde, contemplando procedimentos e eventos para a promoção à saúde, a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades `que compõem a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID, da Organização Mundial de Saúde - OMS, em cumprimento ao disposto na Lei nº 9.656, de 1998, respeitando-se, em todos os casos, as segmentações assistenciais contratadas.

[...]

2:6. Importante ressaltar que a avaliação de tecnologias em saúde - ATS é um processo contínuo e abrangente de avaliação dos impactos clínicos, sociais e econômicos das tecnologias em saúde, que leva em Consideração aspectos como eficácia, efetividade, segurança, custos, entre outros, com objetivo principal de auxiliar os gestores em saúde na tomada 'de decisões quanto à incorporação, alteração de uso ou retirada de tecnologias em sistemas de saúde. A ATS vem sendo utilizada de forma sistemática em diferentes países como Austrália, Canadá, Reino Unido,,Estados Unidos e Argentina, além do Brasil.

[...]

2.8. Uma vez comprovadas a segurança e a eficácia da nova tecnologia, a próxima etapa da ATS é a avaliação econômica. Nessa etapa, são levados em consideração os aspectos microeconômicos da ATS, que incluem custos, preços e valores pagos.

2.9. Na análise econômica, são desenvolvidos os estudos que indicam se, quando comparado a alternativas, o investimento na nova tecnologia é viável ou não: A ATS envolve o cálculo dos benefícios, comparando-os com os custos, em quatro técnicas principais: a análise de custo-efetividade, a de custo-minimização, a de custo-utilidade e a de custo-benefício:

"a) análise de custo -efetividade (costeffectiveness analysis): Investiga a melhor forma de alcançar um objetivo preestabelecido, comparando os 'custos de diferentes tecnologias.

Dessa forma, identifica-se a tecnologia que pode produzir o máximo de efetividade para" um dado custo ou, como se obter um dado resultado em saúde.ao menor custo. Nesse tipo de análise, os custos serão expressos.em unidades monetárias e ts resultados em unidades físicas de consequências. Normalmente, utiliza-se como mensuração do ganho em saúde o parâmetro clínico, já usualmente utilizado na prática clínica, por exemplo;

pressão arterial medida em mmHg para a avaliação de anti-hipertensivos ou anos de vida ganhos (AVG), no caso de intervenções que produzem aumento da sobrevida das pessoas.

b) análise de' custo-minimização (costminimization analysis): compara estratégias com eficácias terapêuticas semelhantes e custos diferentes.. Como as consequências são equivalentes, apenas os custos são comparados, sendo que a estratégia de custo mais baixo é preferível. Esta análise é um caso especial da análise custo efetividade.

c) análise de custo-utilidade (cost-utility analysis): realizada com o intuito de contornar os problemas acerca das medidas de desfechos dadas em unidades monetárias e ' clínicas sem considerar a preferência do paciente; assim como é observado na análise de custo -efetividade. O parâmetro de medida de ganho de saúde mais comumente utilizado nesse tipo de avaliação,fundamenta-se na mensuração, da qualidade de vida. Essa mensuração é normalmente realizada pela aplicação de questionários estruturados que pesquisem a preferência por um estado de Saúde ou bem-estar do paciente. Outro " indicador utilizado é o QALYS (Quality Adjusted Life Years ou sobrevida em anos ajustada pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualidade de vida),.. o qual combina,a qualidade de vida e a quantidade de vida. O indicador QALY varia de zero a um, sendo zero a situação' de morte e um a situação de Saúde perfeita (utility =1,0). A análise de custo-utilidade é usada quando os impactoá na sobrevivência/qualidade de vida são critérios importantes para julgar os efeitos de' estratégias do cuidado em -saúde

d) análise de custo -benefício (cost-benefitanalysis): Compara' custos e benefícios, os quais são quantificados em unidades monetárias, tornando possível determinar se uma nova tecnologia ou' intervenção em saúde gera um benefício líquido para a sociedade. Os benefícios nesse tipo de análise normalmente são calculados a partir dá avaliação do valor de uma vida ou da incapacitação: Alguns métodos' propostos para isso são, por exemplo, o valôr do trabalho de pessoas beneficiadas pelo programa, seguros de vida e produção para a sociedade de um trabalhador aiS longo da sua vida. Estes métodos são, no entanto, questionados pela discussão ética que envolve o.valorar a vida em termos monetários.

2.10. Depois de realizadas as avaliações econômicas em saúde e verificadas se as relações de custos e resultados 'São favoráveis à nova tecnologia, é necessário determinar seu impacto,orçamentário em caso de implementação. Assim, define-se a melhor forma de se empregar os recursos financeiros de um sistema de saúde de forma a maximizar os benefícios para a população. Para isso, o gestor do'sistema de saúde deverá optar pela incorporação ou não da nova tecnologia, baseado na realidade local e nas necessidades da população específica. Essa decisão deverá ser tomada considerando diversos fatores, como a demanda da sociedade, fatores econômicos, orçamento e fatores políticos.

2.11. Caso os estudos de ATS tenham sido favoráveis à implementação da nova tecnologia, esta passará a ser financiada e disponibilizada no sistema de saúde e os pacientes poderão contar com uma nova opção considerada segura, eficaz e economicamente sustentável. Após a sua inserção no mercado, é possível realizar estudos para a avaliação do desempenho da nova tecnologia no mundo real e fora de condições controladas.

2.12. Percebe-se, portanto, que o conjunto de diretrizes previsto pela RN n. 439/2018 busca garantir que a incorporação de novas tecnologias ao Rol ocorra por meio de um procedimento de avaliação baseado em evidências de segurança e eficácia comparativamente àquelas tecnologias já disponíveis, além de estudos de avaliação econômica, também comparando às tecnologias já disponibilizadas.

[...]

3.1.1. - se o rol da ANS é meramente exemplificativo:

Entende-se que não. Uma vez que estabelece uma obrigação de fazer para inúmeros agentes econômicos - cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 12 de janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998 - não faz sentido imaginar que o Rol seja exemplificativo. Não é possível falar em cobertura mínima sem a definição dos limites do que seja esse "mínimo". Até porque o funcionamento dos planos privados de assistência à saúde tem como característica fundamental a mutualidade, de modo a oferecer preços acessíveis aos diversos grupos de beneficiários/consumidores. Sem ter clareza a respeito do universo que compõe essa cobertura mínima é impossível mensurar os custos associados a tal cobertura e, portanto, impossível estabelecer parâmetros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

claros de precificação individual ou coletiva para os beneficiários/consumidores. Além disso, a taxatividade do Rol impõe a necessidade de avaliação dos procedimentos a serem realizados, por meio dos critérios técnicos e econômicos mencionados anteriormente, sem os quais o procedimento não será incluído no Rol. Torná-lo meramente exemplificativo-reduziria esses critérios, o que seria um risco para a saúde dos beneficiários/consumidores.

[...]

3.1.3. em termos estatísticos, se há maior probabilidade de êxito, no tocante à adoção de - tratamentos modernos, sem adequada evidência científica que - respalde, se comparado àqueles já consagrados pela medicina e se pode haver efetivo risco à vida ou saúde do jurisdicionado, em caso de decisão judicial determinando a cobertura de procedimento de controversa evidência científica, não integrante do rol da ANS, com base em prescrição apenas do médico de confiança do paciente (assistente), sem oitiva de outros profissionais:

Conforme descrito na Contextualização, as diretrizes propostas para a atualização do Rol pela Resolução Normativa n. 439, de 3 de dezembro de 2018, incluem a utilização dos princípios da avaliação de tecnologias em saúde - ATS e a observância aos princípios da saúde baseada em evidências - SBE. A adoção de tais critérios busca, justamente, aferir, a eficácia, a efetividade a segurança de procedimentos, ou seja, utilizar as melhores evidências científicas disponíveis para reduzir as incertezas na tomada de decisão sobre o cuidado de um paciente. **Desconsiderar tais critérios expõe o paciente a riscos desnecessários sem qualquer evidência de que esses riscos resultarão em benefícios efetivos.**

[...]

3.1.4. se consta nos cálculos e projeções atuariais do plano de custeio a despesa e a possibilidade - de haver dano ao equilíbrio financeiro e atuarial, em caso de cobertura de procedimento, material ou medicamento que não integra o rol de cobertura da ANS:

Tratar o Rol como meramente exemplificativo multiplicaria de forma exponencial a probabilidade de cobertura de procedimentos não previstos, sem aferição adequada de impacto econômico e sem demonstração de sua segurança e/ou efetividade. Não há como prever o custo de procedimento desconhecido, cuja adoção não dependa de prévia análise econômica (como já mencionado nesta nota técnica). Há risco não desprezível de desequilíbrio financeiro e atuarial pela própria imprevisibilidade que a flexibilização do Rol **traria consigo, com impactos sobre os preços para os beneficiários/consumidores, exclusão de grupos do atendimento (em função do aumento dos preços)** e sobrecarga do sistema público de saúde.

[...]

3.1.7. se é adequado o nível de confiabilidade e de celeridade de -atualização do rol de coberturas da ANS:

Os atos de agente público possuem, como característica, a presunção de legalidade e de veracidade até prova em contrário. Desse modo, a resposta é positiva: o nível de confiabilidade de atualização do Rol é adequada, salvo a existência de prova contrária. No caso em questão, a confiabilidade está associada também à adoção de critérios que contribuem para a melhor tomada de decisão, conforme já relatado, nesta nota técnica.

Em relação à celeridade, o prazo de dois anos parece adequado às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exigências de produção de evidências científicas e econômicas a respeito de determinado procedimento, garantindo-se a adoção apenas daqueles que demonstrem apresentar benefícios para o beneficiário/consumidor sem significar um custo incompatível com a manutenção do plano de assistência que garantirá sua saúde em outras ocasiões.

3.1.8. k) Soluções de direito comparado

Como afirmado nesta Nota Técnica, as diretrizes que baseiam o procedimento de atualização do Rol incluem o uso de avaliação de tecnologias em saúde - ATS, processo contínuo e abrangente de avaliação dos impactos clínicos, sociais e econômicos das tecnologias em saúde, que leva em consideração aspectos como eficácia, efetividade, segurança, custos, entre outros, com objetivo principal de auxiliar os gestores em saúde na tomada de decisões quanto à incorporação, alteração de uso ou retirada de tecnologias em sistemas de saúde. **A ATS vem sendo utilizada de forma sistemática em diferentes países como Austrália, Canadá, Reino Unido, Estados Unidos e Argentina, além do Brasil.**

O Instituto Brasileiro de Atuária - IBA, como *amicus curiae*, obtemperou:

Dentre estes Princípios, cabe especial destaque ao denominado Mutualismo, pois todas as definições e construções matemáticas de variáveis, parâmetros e cálculos atuariais derivam e convergem para este Princípio Milenar. Seu enunciado pode ser descrito de diversas formas, sendo uma das mais consagradas a seguinte:

“Tornar as incertezas individuais em certezas coletivas.” É importante destacar que nesta delimitação estão contidos alguns fundamentos atinentes ao caso em apreço e que, de forma estruturada, permitem decifrar o seu devido equacionamento. As figuras básicas são as seguintes:

a) No termo “incerteza” está contida toda a fundamentação da aleatoriedade do Risco, ou seja, há um rigoroso modelo matemático, relativo ao cálculo atuarial, que conjuga as Leis de Probabilidade, com os requisitos atinentes as perdas financeiras decorrentes e necessariamente atreladas, já que todas as operações de seguros têm por premissa básica repor uma perda de cunho econômico-financeira; e, b) A figura da “certeza coletiva” nos indica que o equilíbrio e a manutenção do Fundo de Mútuo, são relativos aos segurados ou beneficiários, pois à rigor a eles pertencem, sendo o segurador ou operadora de plano de saúde um mero gestor e depositário fiel deste recurso popular, mediante adoção de metodologia que assegure o valor de contraprestação média suficiente para sustentar os riscos e consequentes benefícios contratados.

[...]

Veja que o risco relacionado aos planos de saúde possui o seu custeio alicerçado às mudanças naturais que ocorrem ao longo da vida das pessoas, enquadrando-se em riscos agrupados em faixas etárias, estando permanentemente alinhado aos respectivos riscos de demandas de atenção à saúde previamente estimados no momento em que o atuário se dedica a tarefa de realizar o cálculo atuarial de precificação do plano de saúde, com características previamente definidas. Neste cálculo é considerada a aleatoriedade da demanda de atenção à saúde, parâmetros estes milenares amparados no princípio do mutualismo e no regime de repartição de risco, mas sempre baseados nos riscos previstos para cobertura, de modo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tratar-se de algo passível de estimativa por meios estatísticos e atuariais. As premissas de custeio, que determinam o valor das contraprestações são baseadas em dois aspectos fundamentais: (1) a frequência que é estimada com base na observação passada de quantidade de eventos de atenção a saúde demandados para cada faixa de risco e o (2) custo relativo a essas demandas de atenção à saúde.

Assim, a determinação de quais serão as coberturas a serem contempladas no plano de saúde é condição *si ne qua non* para que seja possível a aplicação de métodos de estimativa atuarial sobre a quantidade de eventos cobertos pelo plano. Tais condições são previstas em documento denominado Nota Técnica que registra de forma precisa e minuciosa, todos os critérios e parâmetros de cálculo.

[...]

Dessa forma, o atuário ao desenvolver os cálculos atinentes ao preço de um plano de saúde para ser comercializado pela operadora, levará em consideração as características registradas na ANS e sua previsão contratual para estimar o custo das coberturas acordadas no produto. **Ou seja, se o produto regulamentado ou adaptado não estiver registrado na ANS com cobertura adicional ou não houver tal previsão contratual, significa que a cobertura obrigatória a ser seguida pela operadora será tão somente aquela mínima definida pelo rol de procedimentos da ANS, e a precificação se utilizou dessa premissa para ser elaborada.**

A realização de qualquer procedimento que não esteja descrito na Nota Técnica de Registro de Produto registrada na ANS e nos instrumentos contratuais, poderá implicar em riscos financeiros para a operadora, pois seu custo não terá sido contemplado no preço da contraprestação quando da avaliação atuarial.

[...]

Assim, os produtos regulamentados e adaptados, registrados e precificados pelos atuários, consideram o Rol de Procedimentos definido pela ANS, como cobertura obrigatória que devem ser abrangidas nos contratos de planos de saúde, de forma expressa e taxativa. Entendendo que, caso seja prevista alguma cobertura adicional, toda e qualquer deve estar descrita e demonstrada nos instrumentos de registro do produto no Órgão Regulador e nos instrumentos contratuais registrados em cartório e pactuado com clientes, para que seus parâmetros e formulação sejam aplicados na precificação.

[...]

Sendo assim, é razoável afirmar que a demanda por tratamentos não previstos no produto registrado na Agência Nacional de Saúde Suplementar não são considerados pelo atuário no momento de realizar o cálculo de precificação do plano de saúde.

Visto que **seria impossível prever neste cálculo algo que não foi previamente determinado como coberto pelo contrato de plano de saúde e definido no registro do produto na ANS.**

Desta maneira, é razoável afirmar que a realização de procedimentos não previstos no produto, poderá implicar em dano ao equilíbrio financeiro e atuarial da Operadora.

A Associação Brasileira de Planos de Saúde - Abramge, como *amicus*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

curiae, expôs:

O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde 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 nº 9.656, de 1998.

O referido Rol foi um dos grandes avanços do marco regulatório, pois além de padronizar as coberturas a serem ofertadas pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, nas segmentações assistenciais que podem ser oferecidas de acordo com a Lei 9.656/98, trouxe maior segurança e equidade aos contratantes de planos de saúde.

O primeiro Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde estabelecido pela ANS foi o definido por Resolução de Conselho de Saúde Suplementar - CONSU 10/1998, e o atual é aquele disciplinado pela Resolução Normativa – RN nº 428/2017, vigente desde 02/01/2018.

A elevação dos custos dos sistemas de saúde, o aumento da expectativa de vida da população, o maior conhecimento sobre o processo saúde-doença e a aceleração do desenvolvimento tecnológico, pressionam o setor pela incorporação de tecnologias inovadoras, que necessitam garantir eficácia e segurança aos pacientes e beneficiários de planos de saúde. Nesse sentido, houve a necessidade de estabelecer um processo de incorporação de tecnologia que pudesse conferir maior segurança, transparência e ampla participação social. Diante desse cenário, a ANS colocou em discussão e aprovação de sua Diretoria Colegiada, a Resolução Normativa RN nº 439, de 3 de Dezembro de 2018, que dispõe sobre o processo de atualização periódica do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

O artigo 4º da referida Resolução Normativa é claro ao prever que o processo de atualização periódica do Rol observa diretrizes em que se baseia o sistema de saúde suplementar, entre os quais, a utilização do processo de incorporação de tecnologias em saúde, a observância da medicina baseada em evidências e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor:

[...]

O artigo 5º da referida Resolução não deixa dúvidas de que de que no processo de incorporação ao Rol de Procedimentos, devem ser observadas a avaliação de tecnologia em saúde (ATS), a avaliação econômica em saúde (AES) e a análise de impacto orçamentário (AIO), a saber:

[...]

Diante dessas previsões normativas, é possível afirmar que o agente regulador tomou como pressuposto ser o Rol de Procedimentos eminentemente taxativo, pois a incorporação esta intrinsecamente ligada ao impacto financeiro-orçamentário, para que as operadoras de planos privados de assistência à saúde, entre as quais as associadas da ABRAMGE, ora Requerente, possam realizar o cálculo atuarial para composição dos gastos e impactos de seus custos, não havendo que se falar em violação a princípios sociais, ou a transgressão ao Código de Defesa ao Consumidor, tampouco em abusividade ou ilegalidade.

Desrespeitar essa lógica, certamente conduzirá ao mal social maior, que afeta interesses coletivos e de impacto incalculável!



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Escorreita a decisão em face da qual o presente Recurso Especial foi interposto, pois o procedimento de CIFOPLASTIA pleiteado pela Recorrente não está incluído no Rol de Procedimentos da ANS, tampouco há demonstração e a comprovação de vantagem ou benefício em face do procedimento de VERTEBROPLASTIA ofertado pela Unimed Recorrida, e que se encontra relacionado no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS.

A ABRAMGE desde logo aponta que o Rol de Procedimentos e Eventos da ANS é TAXATIVO, e não há abertura para qualquer outra interpretação, na medida em que a cobertura de tratamento e/ou procedimento que não foi incorporado pelo processo de avaliação tecnológica realizado pela ANS, afeta diretamente o cálculo atuarial, causando enormes prejuízos econômico-financeiros às Operadoras, podendo levá-las inclusive à uma situação de insolvência permanente, trazendo insegurança para todo o sistema de saúde suplementar, lembrando que os procedimentos e tratamentos ofertados pelas operadoras de planos de saúde devem conferir segurança e eficácia àqueles que o utilizam, na medida em que respondem civilmente e objetivamente perante os seus consumidores, tal como restará demonstrado adiante.

[...]

Caso o Rol de Procedimentos fosse exemplificativo, não daria para saber o universo que compõe a cobertura mínima, o que impediria que os planos de saúde mensurassem os custos associados a tal cobertura, impossibilitando o estabelecimento de parâmetros de precificação individual ou coletiva para os beneficiários.

E não é demais ressaltar que a taxatividade do Rol impõe a necessidade de avaliação dos procedimentos a serem realizados, por meio dos critérios técnicos e econômicos, sem os quais o procedimento não será incluído no Rol, ao passo que torná-lo exemplificativo reduziria esses critérios e colocaria em risco a saúde dos beneficiários.

Deve ser levado em conta que a atividade desenvolvida pelas operadoras de planos de saúde resta regulamentada pela Lei Federal nº 9.656/1998.

Por força dessa regulamentação legal, as empresas que exercem a atividade de operação de planos privados de assistência à saúde estão sujeitas a rigorosas normas emanadas da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Autarquia Federal Especial, que regula, normatiza e fiscaliza referida atividade econômica.

[...]

Dentre essas normas, destaca-se a necessidade de elaboração de nota técnica atuarial para cada um dos produtos de planos de saúde disponibilizados pelas operadoras aos seus beneficiários 1 .

Para a elaboração dessas notas técnicas atuariais, leva-se em conta vários dados e informações relativos ao produto, inclusive e principalmente, os custos e impactos econômico-financeiro da incorporação de procedimento no Rol elaborado pela ANS.

Tolher o direito de fazer valer o que consta no Rol de Procedimentos, com cobertura ilimitada de procedimentos, ensejará, sem a mínima sobra de dúvida, o desequilíbrio econômico financeiro das operadoras como um todo, em detrimento de todos os usuários de seus planos de saúde.

[...]

Há evidente risco de, sob o manto de se estar aplicando a justiça a um indivíduo ciente de que as coberturas seria de acordo com o Rol de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimentos da ANS, quando da assinatura dos respectivos instrumentos contratuais, em manifestação da própria vontade, provocar o colapso na saúde econômico financeira de empresas que se dedicam à garantia de custos assistenciais a todo um universo de beneficiários.

Comprovado está que existe a necessidade de que o Rol de Procedimentos da ANS seja considerado TAXATIVO, aliado ao fato de que se encontra devidamente regulamentado pela Legislação de Planos.

[...]

c) em sendo técnica, se o Núcleos de Apoio Técnico dos tribunais (NAT-Jus) são aparelhados a fornecer subsídio para a prolação de decisão judicial racionalmente fundamentada, para solução da maioria das controvérsias acerca de procedimentos, materiais ou medicamentos não previstos no rol do ANS;

[...]

A ABRAMGE entende que os Núcleos de Apoio Técnico dos Tribunais Estaduais e Federais, estão aparelhados para fornecer subsídios aos Juízes para que possam dar solução às controvérsias judiciais que envolvem procedimentos, materiais e medicamentos não previstos no rol da ANS.

[...]

A título exemplificativo, a ABRAMGE aponta a matéria “Pedidos urgentes de remédios à Justiça passarão por análise de médicos”, onde é possível verificar que o NAT-JUS está suficientemente aparelhado para auxiliar os juízes nas ações que envolvam a cobertura de procedimentos, pois mantém à disposição um grupo de médicos de conceituado Hospital de São Paulo para avaliar os pedidos médicos e esclarecer acerca da urgência e emergência,

a saber: (<https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/89398-pedidos-urgentes-de-remedios-a-justica-passarao-por-analise-de-medicos>)

[...]

Nesse sentido, foi baixado o Provimento 84/2019, da Corregedoria Nacional de Justiça, publicado no dia 19/08/2019, regulamentando o funcionamento do referido serviço pelo NAT-JUS:

[...]

Como visto, Excelências, tanto os NAT´s Estaduais como o NAT-JUS, estão devidamente aparelhados para fornecer subsídios aos Juízes para que possam julgar com segurança as causas que envolvem a cobertura de procedimentos não previstos no Rol da ANS.

[...]

A observância às diretrizes propostas para a atualização do Rol pela Resolução Normativa nº 439, de 3 de dezembro de 2018, incluem a utilização dos princípios da avaliação de tecnologias em saúde - ATS e aos princípios da saúde baseada em evidências – SBE, que é de extrema importância para segurança clínica do paciente/beneficiário.

Parece-nos adequado indicar que, por definição, há exposição de risco à vida e à saúde do jurisdicionado quando o único fundamento para a concessão é o laudo de agente diretamente interessado em intermediar o tratamento. Ademais, a estrutura regulatória que ampara a liberação de medicamentos e/ou aprovação de novos usos para medicamentos já autorizados, ou ainda, a aprovação de novas técnicas de tratamentos é bastante criteriosa quanto aos tipos de testes clínicos aos quais novos fármacos e ou novos procedimentos devem ser submetidos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ignorar a atuação de órgão que conta com a colaboração de um conjunto de profissionais habilitados para avaliar a qualidade e risco de novos procedimentos, materiais ou medicamentos, tal qual a ANVISA, por exemplo, seria, no mínimo, imprudente por parte da autoridade que concede a autorização.

g) os planos de saúde dispõem efetivamente de profissionais da saúde qualificados a aferir a pertinência dos procedimentos prescritos por médico assistente do beneficiário do plano de saúde;

Sim, as operadoras de planos de saúde trabalham com sistemas de auditorias competentes e eficientes, quando em suspeita de exageros e indicações inadequadas de procedimentos, toma as medidas administrativas pertinentes, conforme legislação vigente e em respeito ao Código de Ética Médica. Nesse sentido, trazemos ao conhecimento a Resolução Normativa – RN nº 424/2017, de 26 de junho de 2017 da Agência Nacional de Saúde – ANS, a qual estabelece a formação de junta médica ou odontológica no setor de saúde suplementar sempre que houver divergência entre o profissional de saúde da operadora de plano de saúde e o profissional de saúde que assiste ao beneficiário, quanto à indicação de realização de um determinado procedimento ou da utilização de tipos específicos de órteses, próteses ou outros materiais especiais.

[...]

Vale lembrar que, a instalação de junta profissional também é regulamentada pelos Conselhos Profissionais de Medicina e de Odontologia, a qual os profissionais não podem se opor.

i) se o médico-perito da operadora do plano de saúde tem o dever deontológico de agir efetivamente como perito, isto é, estritamente na linha do que dispõe o art. 98 do Código de Ética Médica ("o médico deve atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou como auditor, não podendo ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência");

Não há dúvidas de que sim. A própria Resolução Normativa RN 424 da ANS também tomou o cuidado de prever como regramento para a instauração da divergência, a necessidade da avaliação ser realizada por profissionais da mesma especialidade, sem ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência.

[...]

k) soluções do direito comparado.

A incorporação de tecnologias no setor de saúde é um processo complexo e requer estudos minuciosos. As Avaliações de Tecnologias em Saúde (ATS) já cumprem esse papel em muitos países e, no Brasil, são obrigatórias para medicamentos, procedimentos ou equipamentos a serem adotados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e pela Saúde Suplementar.

No mundo, a ATS surgiu nos anos 1960 e se tornou um instrumento fundamental para auxiliar na tomada de decisão de diversas áreas ligadas à saúde, se disseminou na América do Norte, na Europa, na Austrália e, posteriormente, nos países em desenvolvimento. O processo de institucionalização das ATS se deu pela criação de redes e de um aumento progressivo do número de agências membros da International Network of Agencies for Health Technology Assessment (INAHTA).

A Federação Nacional de Saúde Suplementar- FenaSaúde, como *amicus*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

curiae, arguiu:

a) Se o Rol da ANS é meramente exemplificativo:

9. O Rol da ANS é taxativo. Estabelece a cobertura mínima obrigatória a ser observada por todos os planos de saúde. Embora taxativo e fixador de uma cobertura mínima obrigatória, é importante notar que o Rol da ANS contempla os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de todas as doenças listadas na Classificação Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial da Saúde, na forma do caput do art. 10 da Lei 9.656, de 03.6.98. Deve ser destacado que o Rol da ANS cria uma cobertura mínima, podendo o consumidor, caso deseje, contratar planos com coberturas superiores, incluindo outros tratamentos que vão além da cobertura mínima.

10. A leitura dos arts. 1º e 2º da Resolução Normativa ANS nº 439, de 03.12.18, que dispõem sobre o processo de atualização periódica do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar, deixa inequívoca a taxatividade do Rol:

[...]

11. Em outras palavras: o entendimento técnico-jurídico para a expressão "cobertura mínima obrigatória" é no sentido de que as operadoras não poderão comercializar produtos com uma cobertura menor do que aquela definida pelo Rol da ANS, considerando todas as suas atualizações, automaticamente incorporadas a todos os contratos regidos ou adaptados à Lei 9.656/98.

12. A análise da Lei 9.656/98 reforça esta interpretação. Isso porque, o caput do art. 10 da Lei 9.656/98, ao instituir o "plano de referência de assistência à saúde", estabelece que ele deve respeitar determinadas "exigências mínimas", afastando qualquer dúvida quanto à possibilidade de cobertura ilimitada em todo e qualquer contrato. Afinal, não haveria nenhuma razão para o legislador dispor a respeito de "exigências mínima?", se elas fossem apenas exemplificativas - e, assim, absolutamente desnecessárias. Ou seja, se o plano de referência de assistência à saúde tivesse que assegurar a cobertura a todo e qualquer procedimento, não haveria motivo nem razão para a referência a uma cobertura mínima. O que a lei dispõe, portanto, com muita clareza, é que não se poderá comercializar um plano sem a cobertura aos itens constantes do Rol da ANS. Esse o mínimo e obrigatório. Mais do que isso é possível, desde que as partes assim contratem. Menos do que isso não.

13. Diante do texto da lei e da referência expressa e explícita a uma cobertura mínima, não cabe ao intérprete presumir a existência de uma cobertura ilimitada. A exegese que trilhasse esse caminho relevaria à expressão "cobertura mínima" a inocuidade e agrediria princípios fundamentais de hermenêutica. A lição da melhor doutrina é clara ao estabelecer que a interpretação da lei deve levar em conta que as palavras utilizadas pelo legislador têm um propósito, devendo, pois, ser sempre privilegiada a interpretação que dá eficácia a elas, não criando expressões inúteis.

[...]

15. A conclusão de que o Rol da ANS é taxativo não decorre apenas da aplicação das regras de hermenêutica, deflui também da essência do procedimento técnico que a ANS, a exemplo de outras agências estrangeiras, adota para a formulação do Rol, cujo objetivo é o exame e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absorção das novas tecnologias, com a preocupação em que somente sejam incorporados procedimentos de comprovada eficácia e segurança.

16. Com efeito, para acompanhar o desenvolvimento tecnológico, o Rol da ANS está em constante ajuste e evolução. Os debates para a atualização do Rol da ANS ocorrem a cada dois anos e são abertos para o recebimento de contribuições de especialistas em saúde, da sociedade civil e de outros atores do mercado. Cada nova tecnologia ou tratamento incorporado ao Rol da ANS deve observar os requisitos previstos no art. 9º da Resolução Normativa ANS nº 439, de 03.12.181, dentre os quais evidências científicas quanto à eficácia, efetividade, acurácia e segurança da tecnologia, assim como estudos de avaliação econômica e de impacto orçamentário.

17. Especificamente quanto aos procedimentos tratados nos autos, vale esclarecer que, no ano de 2016, houve solicitação de inclusão da Cifoplastia no Rol da ANS. Todavia, o pedido não foi acatado pela ANS porque o procedimento sequer constava na Classificação Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) da Associação Médica Brasileira, conforme demonstrado na Nota Técnica 196/2017 da ANS (item 244, página 101)2 (doc. 2).

[...]

19. Aliás, a conclusão de que o Rol da ANS é taxativo não decorre apenas das normas e procedimentos acima aludidos e das regras de hermenêutica. Ela é também o único entendimento possível quando se atenta para o equilíbrio econômico -financeiro, para a viabilidade e a solvabilidade dos planos de saúde.

20. Como se sabe, a precificação do plano de saúde é realizada de modo que o valor presente dos prêmios pagos pelos segurados seja igual ao valor presente dos compromissos futuros da operadora/seguradora, considerando os riscos previstos no contrato. Ou seja, o risco representa elemento relevantíssimo da precificação. Assim, qualquer risco adicionado após a contratação quebra o equilíbrio atuarial inicial.

21. Assim, se o Rol da ANS fosse meramente exemplificativo, o atuário, no processo de precificação, deveria estimar o custo de todas e quaisquer coberturas possíveis - já existentes e que futuramente pudessem vir a existir. A questão que se coloca é que não há condições de estabelecer quais seriam as possíveis coberturas a serem incorporadas, em função, principalmente, da evolução da tecnologia na área de saúde. Não há como precificar um risco que não se conhece e que não tem limites, como ocorreria se o Rol da ANS fosse apenas exemplificativo.

[...]

b) Se as controvérsias acerca da cobertura de procedimento, material ou medicamento não abrangido pelo Rol da ANS trazem subjacente questão eminentemente técnica:

38. Sim. A inserção de novos procedimentos ao Rol da ANS é um debate eminentemente técnico e deve observar os requisitos previstos no art. 9º da Resolução Normativa ANS nº 439, de 03.12.18, dentre os quais evidências científicas quanto à eficácia, efetividade, acurácia e segurança da tecnologia, assim como estudos de avaliação econômica e de impacto orçamentário.

39. Neste ponto, é importante considerar que nem todas as tecnologias e medicamentos são melhores somente por serem 'novos'. Por isso, a importância de uma análise técnica que ateste, dentre diversos outros requisitos, a efetividade e segurança dessas novas tecnologias. Além disso,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o custo da incorporação, sem o exame comparativo entre a eficácia e a incorporação de novos custos dessas inovações, poderá significar o afastamento de usuários que não tenham condições de suportar os valores das mensalidades, necessariamente majoradas pela inserção de novos procedimentos e eventos de saúde na cobertura mínima obrigatória estabelecida.

40. Assim, é fundamental que os debates e critérios de atualização do Rol da ANS continuem sendo técnicos e respaldados em evidências científicas acerca da eficiência, efetividade, acurácia e segurança, bem como nas Avaliações Econômicas em Saúde (AES) e nas Análises de Impacto Orçamentário (AIO).

[...]

c) Em sendo técnica, se os NAT-Jus são aparelhados para fornecer subsídio para a prolação de decisão fundamentada para a solução de conflitos dessa natureza:

[...]

45. A atuação do NAT-Jus é fundamental para o esclarecimento de certas questões médicas. Ocorre que o debate acerca da cobertura de tratamentos fora do Rol da ANS, como já se demonstrou, compreende um exame mais aprofundado da questão técnica de medicina pelo órgão regulador e vai além desse exame. Passa por outras análises também eminentemente técnicas de cunho atuarial, econômico, legal, regulatório, social, entre outras. Desse modo, embora o NAT-Jus seja uma peça importante para as decisões judiciais no campo da saúde, ele não pode suplantiar ou substituir o posicionamento técnico científico da agência, cujo exame é muito mais amplo do que a análise isolada da questão médica.

46. Entretanto, o auxílio do NAT-Jus é fundamental, pois ele poderá dar alternativas e prestar informações ao Magistrado, como, por exemplo, a indicação de procedimentos e tratamentos constantes do Rol da ANS para o diagnóstico, tratamento e acompanhamento postulado pelo jurisdicionado. Lembre que, como dito, o Rol da ANS contempla os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de todas as doenças listadas na Classificação Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial da Saúde.

[...]

d) Em termos estatísticos, se há maior probabilidade de êxito na adoção de tratamentos modernos sem evidência científica em comparação com tratamentos consagrados pela medicina:

48. Em diversos segmentos, as novas tecnologias atraem os consumidores. Na saúde não é diferente. As tecnologias propagandeadas como sendo de última geração atraem a preferência da população e, por vezes, dos profissionais de saúde. Isso porque o mais novo ou moderno vem revestido da percepção de ser melhor, em desempenho e qualidade, por ser compreendido como "avanço tecnológico", o que não é verdadeiro em termos absolutos. Toda a sociedade está exposta aos apelos comerciais da indústria de alimentos e produtos para a saúde.

A Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde - ADUSEPS, como *amicus curiae*, considerou:

A precariedade do serviço público de saúde levou os brasileiros a, desesperadamente, contratar planos de saúde, os quais são vendidos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indiscriminadamente, sem explicações detalhadas aos contratantes sobre suas limitações, ou até mesmo se se trata de plano individual ou coletivo (através de administradora). Os atendimentos diários nesta Associação permitem-nos identificar que muitos usuários são enganados na contratação de seus planos de saúde pelos respectivos corretores, estes se eximem de qualquer responsabilidade após a venda do produto.

[...]

Passou-se a verificar nos processos judiciais uma crescente flexibilização dos direitos que protegem os consumidores dos serviços de saúde, favorecendo as operadoras, sobretudo, em termos de contraprestação financeira pelo serviço: não raras vezes os valores das parcelas dos planos de saúde comprometem 50% a 80% dos salários dos usuários (idosos, doentes), presos a uma situação de falta de opção: abstêm-se de qualidade de vida como o lazer, muitas vezes contraindo dívidas, para honrar com as mensalidades dos seus planos de saúde, afinal o Sistema Único de Saúde – SUS encontra-se em colapso, resta, apenas, deixar suas rendas familiares nos cofres das empresas de saúde, a fim de permanecerem vivos com tratamentos adequados.

Entretanto, o próximo alvo das empresas que comercializam a saúde do povo brasileiro é limitar o próprio tratamento, é deixar o usuário à parte das soluções da medicina moderna, ao alcance, apenas, dos financeiramente abastados, que podem arcar na forma particular. Quando, na verdade, as novas tecnologias de tratamento já estão sendo disponibilizadas no mercado da indústria farmacêutica e podem salvar vidas ou aumentar a sobrevida com qualidade.

[...]

Somente a partir das judicializações foi possível aos consumidores conseguirem, até o momento, ter acesso à saúde e à dignidade. Portanto, os NATs não são aparelhados a fornecer subsídio na prolação de decisão judicial racionalmente fundamentada, para solução da maioria das controvérsias acerca de procedimentos, materiais ou medicamentos não previstos no rol da ANS, uma vez que os seus formatos configurados nos tribunais brasileiros são tendenciosos aos planos e sistemas de saúde.

[...]

Além disso, cada ser humano responde de uma forma ao medicamento novo, de modo que se faz necessário a sua prescrição pelo médico que assiste o paciente, o qual, pela sua competência e credibilidade perante cada caso concreto, é capaz de identificar o melhor tratamento, buscando estudos avançados e proporcionando longevidade. Ademais, a ciência e a tecnologia não estão estagnadas, não podendo ficar excluído um tratamento que é indicado pelo médico especialista que preservará a saúde e a vidas de seus pacientes.

[...]

Ocorre que as operadoras de saúde utilizam-se do Rol de Procedimentos como uma espécie de LIMITADOR DE COBERTURA, mesmo que esteja EXPRESSAMENTE PREVISTO que aquele constitui a referência BÁSICA, MÍNIMA e OBRIGATÓRIA, inexistindo base para afirmações de que a ANS teria estabelecido um mecanismo TAXATIVO.

É cediço que novos procedimentos, tratamentos e medicamentos entram no mercado diariamente e de acordo com a Resolução Normativa Nº 439, que dispõe sobre processo de atualização periódica do Rol de Procedimentos, os ciclos de atualização do Rol ocorrerão a cada dois anos (Art. 3).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, se observarmos o Art. 25 da mesma resolução, poderemos observar que a intenção da norma não é engessar a cobertura assistencial. Observe-se:

[...]

Ora, é público e notório que a obrigação das operadoras de saúde NÃO SE EXAURE COM O ROL, vez que os eventos estão elencados de MANEIRA EXEMPLIFICATIVA, estabelecendo o MÍNIMO OBRIGATÓRIO, e não de modo exaustivo como leva a crer as operadoras de planos de saúde.

No que se refere ao tema acima suscitado, esse Estimável Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que o Rol de Procedimentos da ANS não desobriga as operadoras a cobrir os tratamentos, procedimentos e medicamentos que o Médico Assistente entender imprescindível a salvaguardar a vida do paciente.

[...]

g) “os planos de saúde dispõem efetivamente de profissionais da saúde qualificados a aferir a pertinência dos procedimentos prescritos por médico assistente do beneficiário do plano de saúde”;

As operadoras empregam médicos que estão à sua disposição e não com a função de garantir assistência ao paciente. Os médicos auditores, caso queiram podem utilizar os seus CRMs e carimbos para negar cobertura, mas tão somente, o nome de “médico auditor”, ou seja, eles não são qualificados para garantir tratamento ou fazer uma discussão com o médico especialista, mas tão somente para negar cobertura. As empresas contratam médicos para NEGAR coberturas, procedimentos e ou medicamentos – os médicos auditores cumprem apenas um papel, que é afirmar se tem ou não cobertura contratual ou se está no Rol da ANS. E a frase, “sinto muito” é a mais utilizada por eles.

h) “se, o mais das vezes, os indeferimentos de procedimentos consistem em questões técnicas, a caracterizar, na verdade, um conflito de entendimento entre profissionais da medicina (médico assistente do beneficiário e médico-perito da operadora do plano)”;

Os indeferimentos se dão por ordem da operadora. As empresas de seguros e planos de saúde contratam médicos para negar cobertura, a fim de encaminhar pacientes para o SUS e economizar para a empresa, fazendo com que os seus lucros aumentem. Ou seja, os indeferimentos não se dão por questões técnicas e sim por questões de interesses.

[...]

Importante frisar que a atualização do rol da ANS não é compatível com o aumento das possibilidades de tratamento pelo avanço da medicina. Apesar de a Resolução 439 da ANS, que regulamenta a atualização do referido rol, prever sua atualização a qualquer tempo, é necessário, também, vontade política para a inclusão de tratamentos mais eficazes que os tradicionais.

O Conselho Nacional de Saúde - CNS, como *amicus curiae*, aduz:

Trabalhando numa lógica de lucro, os planos de saúde comumente negam procedimentos necessários e geralmente já oferecidos pelo SUS, com o argumento de o procedimento não estar previsto no Rol. Isso faz com que o SUS seja responsável por determinado atendimento, sem o respectivo ressarcimento, porque, nos termos da Resolução Normativa nº 358/2014 e da Instrução Normativa nº 45/14, da ANS, serão ressarcidos ao SUS apenas os procedimentos prestados pelo SUS aos usuários de planos de saúde



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstos no Rol ou em contrato.

[...]

Se o Rol for considerado taxativo (ou seja, apenas o que está previsto na lista é que deverá ser oferecido), há o risco de o SUS ser acionado no lugar dos planos de saúde para fazer esse atendimento. Isso com certeza aumentará a carga de atendimento, e tem potencial para aumentar também a carga judicial hoje já elevada contra o sistema público, já que retira do SUS o montante a ser investido no sistema.

[...]

Considerando, pois os motivos ora expostos e o histórico de manifestações do CNS, entendendo ser essa participação uma oportunidade para a demonstração de sua capacidade de atuação em defesa do Sistema Único de Saúde e do equilíbrio entre este sistema e o mercado de planos de saúde; e considerando ainda o cenário de desfinanciamento do sistema, este órgão colegiado posiciona-se no sentido de que o rol tem caráter exemplificativo, devendo as empresas de planos de saúde cobrir procedimentos quando indicados pelo médico que acompanha o usuário, mesmo que não previstos no Rol, desde que haja fundamentação técnica para tanto e, especialmente, no caso de procedimentos já oferecidos pelo SUS.

Sendo o que havia a requerer, expressamos consideração e reforçamos nosso compromisso com a democracia e a defesa dos direitos da população brasileira.

A Comissão Especial de Saúde Suplementar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como *amicus curiae*, defendeu:

Neste prisma insta consignar que a Comissão Especial de Saúde Suplementar encaminhou solicitação de esclarecimentos ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ para que fosse elucidado o papel do NAT-JUS e as medidas adotadas para que seja prestado auxílio aos magistrados nas demandas em que os beneficiários de planos de saúde buscam a garantia de cobertura de procedimentos não abarcados pelo rol da ANS.

Deste modo, a Comissão Especial de Saúde Suplementar coligiu e encaminha em anexo, nesta oportunidade, as informações fornecidas pelo CNJ, segundo as quais resta claro o avanço obtido nos últimos anos, bem como as providências implementadas para capacitar o NAT-JUS e, consequentemente, fornecer subsídios técnicos para a tomada de decisão dos juízes.

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.

O Ministério Público Federal assim se manifestou:

Da análise dos autos, verifica-se que a controvérsia cinge-se em perquirir a obrigatoriedade de oferecimento de tratamento não incluído no rol da ANS, a recusa indevida ao tratamento e eventual reparação por dano moral. O recurso merece provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Ocorre que, reconhece-se à operadora de plano de saúde a faculdade de, contratualmente, mediante cláusula explícita e de fácil compreensão, restringir as doenças que serão cobertas pelo plano; daí, evidentemente, extrai-se que não é possível presumir a não cobertura da moléstia.

Prevista a cobertura, o plano não pode limitar o tipo de tratamento a que será submetido o paciente, matéria que se insere no âmbito da autonomia médica para decidir o melhor tratamento para a preservação da higidez física do consumidor (neste sentido: Quarta Turma – AgRg no AREsp nº 399.065/ES. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julg. em 12.11.2013. DJe 19.11.2013). A propósito:

[...]

Ademais, o firme entendimento esposado pela jurisprudência jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa injustificada pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada” (AgInt no AREsp 1450992/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 28/06/2019).

Para ilustrar colaciona-se adiante julgado s desse Colendo STJ sobre o tema relacionado. Leia-se:

[...]

Ante o exposto, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pelo PROVIMENTO do presente Recurso Especial.

Em decisão, à fl. 1.973, para preservar o equilíbrio no debate a respeito do tema controvertido, reputando inconveniente o ingresso de mais uma entidade representando as operadoras de planos e seguro de saúde, à luz do art. 138 do CPC, indeferi o ingresso da Unimed do Brasil, e convidei a Comissão Especial de Saúde Suplementar do Conselho Federal da OAB, acolhendo também a proposta do Idec para convidar o Conselho Nacional de Saúde - CNS.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.733.013 - PR (2018/0074061-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : VICTORIA TEIXEIRA BIANCONI
ADVOGADOS : ADRIANO MORO BITTENCOURT - PR025600
SU-ELLEN DE OLIVEIRA VIANNA - PR066371
RECORRIDO : UNIMED DE LONDRINA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : MARCO TÚLIO DE ROSE - RS009551
PAULO ROBERTO DO NASCIMENTO MARTINS - RS028992
ARMANDO GARCIA GARCIA - PR004903
RAFAEL LIMA MARQUES - RS046963
CÁSSIO AUGUSTO VIONE DA ROSA - RS050660
SOC. de ADV. : DE ROSE, MARTINS, MARQUES E VIONE ADVOGADOS ASSOCIADOS
INTERES. : FEDERACAO NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : FREDERICO JOSE FERREIRA - RJ107016
LUIS FELIPE FREIRE LISBOA E OUTRO(S) - DF019445

EMENTA

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (*OVERRULING*). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE.

1. A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. O art. 4º, III e XXXVII, atribui competência à Agência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/1998, além de suas excepcionalidades, zelando pela qualidade dos serviços prestados no âmbito da saúde suplementar.

2. Com efeito, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000, a atribuição dessa Autarquia de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinado pelo *caput* do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde.

3. A elaboração do rol, em linha com o que se deduz do Direito Comparado, apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade, como: utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS; observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências – SBE; e resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

4. O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.

5. Quanto à invocação do diploma consumerista pela autora desde a exordial, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem reverência ao princípio da especialidade e ao disposto no art. 4º daquele diploma, que orienta, por imposição do próprio Código, que todas as suas disposições estejam voltadas teleologicamente e finalisticamente para a consecução da harmonia e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

6. O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente.

7. No caso, a operadora do plano de saúde está amparada pela excludente de responsabilidade civil do exercício regular de direito, consoante disposto no art. 188, I, do CC. É incontroverso, constante da própria causa de pedir, que a ré ofereceu prontamente o procedimento de vertebroplastia, inserido do rol da ANS, não havendo falar em condenação por danos morais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Recurso especial não provido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A primeira questão controvertida consiste em saber se o rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde a que alude o art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000 é meramente exemplificativo ou taxativo.

Para melhor compreensão da controvérsia, por se tratar de fundamentação usualmente adotada nesse tipo de litígio, cumpre referir o que a sentença anotou:

No mérito, cinge-se a controvérsia em aferir se a negativa de liberação para a realização do procedimento receitado pela médica do autor, qual seja, cirurgia reparadora (cifoplastia), coleta de fluidos/resíduos e biópsia do material colhido, encontra amparo legal e contratual, ou não.

[...]

Pelo que se vê no relatório médico (seq. 1.8), consta que em exame realizado na autora foi constatada uma fratura no corpo vertebral de T12.

O médico da autora, Dr. Jonas Lenzi Araújo – CRM-PR 23612 - solicitou a realização de cifoplastia para correção do quadro, requerendo a liberação dos materiais necessários para a execução do procedimento (01 Kit de Cifoplastia por balão (Kyphon), 01 Kit de Biópsia descartável (Kyphon) e 01 Cureta de Latitude (Kypohon), esclarecendo que com o seu uso se reduzia o risco de "lesão medular irreversível" (seq. 1.9).

Deste modo, o profissional da saúde responsável pelo acompanhamento do quadro clínico da autora comprovou a necessidade do autor em ser submetido à cirurgia aqui referida.

Necessário consignar que as resoluções da ANS estabelecem apenas o rol exemplificativo dos atendimentos mínimos que devem ser oferecidos pelas operadoras aos usuários de plano de saúde privado, sendo utilizado como referência para que tais operadoras elaborem sua própria lista, o que certamente não impede o oferecimento de coberturas mais amplas.

O acórdão recorrido, por seu turno, dispôs:

No ano de 2013, foi diagnosticada com "fratura na porção anterior do platô superior com acunhamento vertebral (nível T12)", causada por um acidente doméstico e decorrente de sua idade avançada, 75 (setenta e cinco) anos à época, com sintomas de osteoporose primária, o que sugeria fratura osteolítica (mov. 1.9).

Foi-lhe recomendada a realização de uma biópsia, para investigar a etiologia da fratura e o procedimento denominado "cifoplastia", consistente na colocação de um balão para aumentar o tamanho da vértebra comprimida, recolocá-la na posição correta e criar uma cavidade dentro do corpo vertebral, que posteriormente é preenchida com cimento ósseo (KYPHX) (mov. 1.1 e 1.9).

Segundo o seu médico assistente, Dr. JONAS LENZI ARAÚJO, na cifoplastia o risco de extravasamento do cimento para dentro do canal medular, que poderia causar lesão irreversível, é menor do que com outras técnicas ou materiais similares utilizados (mov. 1.9).

Para realizar o procedimento, ele precisaria dos seguintes materiais: "01 Kit



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de CIFOPLASTIA POR BALÃO (KYPHON)"; "01 Kit de Biópsia descartável (KYPHON)"; e "01 Cureta de Latitude (KYPHON)" (mov. 1.9).

A Autora afirmou que a UNIMED DE LONDRINA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO queria liberar o procedimento vertebroplastia, mas este método não seria eficaz e totalmente seguro, pois consiste na injeção de metilmetacrilato quente, o que pode causar extravasamentos e queimar a medula espinhal (mov. 1.1).

Em resposta à solicitação de liberação, a Ré não autorizou a liberação do material "KIT CIFOPLASTIA REG ANVISA 08102510396", por não estar previsto no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, em razão de não atingir os critérios de evidências de segurança, eficácia, eficiência e de superioridade na literatura, quando comparado com tecnologias que estão inclusas no rol (mov. 1.10).

Nesse contexto fático, a Autora ajuizou a presente ação, buscando a cobertura da cifoplastia e indenização pelos danos morais que a negativa, considerada abusiva, teria lhe causado.

A R./Apelante afirma que o procedimento cirúrgico pleiteado é eletivo, de caráter experimental para a patologia que aflige a A./Apelada, e não está incluído no rol de Procedimentos da ANS, que deve ser observado.

Observa-se, no entanto, que foi juntada aos autos cópia da Tabela 19 - Terminologia de Materiais e Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPME) da ANS, na qual consta a previsão de "KIT CANULA KYPHONPACK CIFOPLASTIA" (mov. 1.11).

A previsão do 'Kit' em questão na referida Tabela significa que os materiais para a realização do procedimento encontram-se liberados no Brasil pela ANVISA, o que não significa dizer que o procedimento faz parte do rol da ANS.

O Enunciado n.º 23 do Fórum da Saúde do Conselho Nacional de Justiça dispõe:

"ENUNCIADO N. 23

Nas demandas judiciais em que se discutir qualquer questão relacionada à cobertura contratual vinculada ao rol de procedimentos e eventos em saúde editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, recomenda-se a consulta, pela via eletrônica e/ou expedição de ofício, a esta agência Reguladora para os esclarecimentos necessários sobre a questão em litígio."

[...]

No mov. 32.3, a R./Apelante juntou o parecer técnico vigente da ANS sobre a cobertura de cifoplastia e vertebroplastia.

Segundo esse documento, a própria ANS reconhece a efetividade da vertebroplastia e põe dúvida sobre as vantagens da cifoplastia:

[...]

Em consulta ao parecer técnico do ano de 2016, é possível notar que a agência reguladora manteve o mesmo posicionamento:

[...]

Destarte, ainda que possa se falar no caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar, no presente caso há manifestação expressa da agência reguladora no sentido de que a cifoplastia, ainda que autorizada no Brasil, não possui cobertura mínima obrigatória ou vantagens estabelecidas sobre a vertebroplastia, que foi oferecida pela R./Apelante, como afirmado pela própria A./Apelada na Petição Inicial (mov. 1.1).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste caso, a negativa de cobertura, representa exercício regular de direito, previsto no artigo 188, inciso I, do Código Civil:
[...]

Por essas razões, voto no sentido de não conhecer dos Agravos Retidos 01 e 02 e dar provimento ao Recurso Adesivo, para afastar a condenação da Ré ao fornecimento de tratamento antes referido, com revogação da liminar deferida pelo Juiz da causa e inversão do ônus sucumbencial, restando prejudicado o Recurso de Apelação.

3. De início, correndo o risco da repetição, assinalo novamente que a “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 (REsp. n. 753.159/MT)”.

A postura do Poder Judiciário é de elevada importância para a concretização da segurança jurídica, notadamente pela entrega de uma prestação jurisdicional previsível que não atente contra a confiança legítima do jurisdicionado (NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010 [Série IDP], *passim*).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Segunda Turma assentou que, “em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material” (Pet 2.900 Q.O. – RS. Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 27.11.2003).

Em relação à questão ora em exame, venho percebendo tratamento disforme conferido no âmbito desta Corte, com a consequente dispersão da jurisprudência.

De fato, para maior reflexão de meus pares e por dever de lealdade, observo que atualmente prevalece nesta Corte, especialmente na Terceira Turma, entendimento no sentido de que o rol (mínimo) de procedimentos e eventos em saúde obrigatórios da ANS seria meramente exemplificativo.

Verifique-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. EXCLUSÃO DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO MÉDICO. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ.

1. Ação de obrigação de fazer combinada com indenização por danos materiais e compensação por danos morais.

2. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração.

3. O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado, sendo abusiva a negativa de cobertura do procedimento, tratamento, medicamento ou material considerado essencial para sua realização de acordo com o proposto pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

médico. **O fato do procedimento não constar do rol da ANS não afasta o dever de cobertura do plano de saúde, tendo em vista que se trata de rol meramente exemplificativo.**

4. Ante o entendimento dominante do tema nas Turmas de Direito Privado, aplica-se, no particular, a Súmula 568/STJ.

5. Agravo interno no recurso especial desprovido.

(AgInt no AREsp 1345913/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2019, DJe 27/02/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ABUSIVIDADE CONTRATUAL. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. PROCEDIMENTO TERAPÊUTICO. CLÁUSULA LIMITATIVA. RECUSA INDEVIDA. AUSÊNCIA NO ROL DA ANS. COBERTURA DEVIDA.

1. Inocorrência de omissão, tampouco, negativa de prestação jurisdicional, quando o Tribunal 'a quo' decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia trazida no recurso.

2. Não é cabível a negativa de tratamento indicado pelo profissional de saúde como necessário à saúde e à cura de doença efetivamente coberta pelo contrato de plano de saúde.

3. São abusivas as cláusulas contratuais que limitam o direito do consumidor ao tratamento contratado.

4. **O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor. (AgRg no AREsp 708.082/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016)**

5. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (AgInt no AREsp 1099275/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2017, DJe 20/11/2017)

Igualmente, de um modo geral, em questão eminentemente técnica acerca da imprescindibilidade de determinado tratamento prescrito pelo médico assistente do usuário, percebe-se claramente nos dois Colegiados (Terceira e Quarta Turmas do STJ) uma certa perda de foco da questão principal para dirimir controvérsia que nem sequer envolve diretamente profissional da Medicina.

É que as Turmas vêm sufragando o entendimento de que, independentemente de laudo pericial, a questão deve ser resolvida pela ótica daquele profissional assistente do autor, pois, malgrado tenha optado por atender a plano de saúde, é apenas o "médico ou o profissional habilitado [...] quem estabelece, na busca da cura, a orientação terapêutica a ser dada ao usuário acometido de doença coberta" (REsp n. 1.639.018/SC, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/2/2018, DJe 2/3/2018)

Note-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRATAMENTO MÉDICO DOMICILIAR (HOME CARE). CLÁUSULA CONTRATUAL OBSTATIVA. ABUSIVIDADE. DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. "A jurisprudência do STJ tem entendimento firmado no sentido de ser **abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica** indicada por profissional habilitado na busca da cura. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ". (AgRg no AREsp 734.111/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 03/02/2016).

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 987.203/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE TRATAMENTO INDICADO POR MÉDICO ASSISTENTE. LINFOMA DO MANTO. TRANSPLANTE DE MEDULA ÓSSEA. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. **O plano de saúde não pode limitar o tipo de terapêutica prescrita pelo médico assistente para o tratamento de doença a qual está contratualmente obrigada a custear.**

2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1302837/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 14/11/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. NEGATIVA DE TRATAMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO ASSISTENTE NÃO PREVISTO PELO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS. INVIABILIDADE. SÚMULA 83/STJ. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO E MINORAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. **Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte, "não é cabível a negativa de tratamento indicado pelo profissional de saúde como necessário à saúde e à cura de doença efetivamente coberta pelo contrato de plano de saúde". E o "fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor"** (AgRg no AREsp 708.082/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 16/2/2016, DJe 26/2/2016). Incidência da Súmula 83/STJ.

2. No caso, o Tribunal de origem considerou que a negativa de cobertura do tratamento ocasionou dano moral pelo fato de ter agravado o sofrimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente que já possuía o "estado anímico combatido pelo diagnóstico de esclerose múltipla", "colocando em risco suas chances em preservar o que lhe restava da capacidade física e mental" (e-STJ, fl. 674). Assim, o acolhimento da pretensão de exclusão do dano moral não prescindiria da aferição das conclusões estabelecidas mediante o reexame direto das provas dos autos, providência vedada pelo óbice da Súmula n. 7 do STJ. Além disso, em conformidade com a jurisprudência do STJ, o quantum arbitrado a título de danos morais está baseado no acervo fático-probatório dos autos, motivo pelo qual somente pode ser revisado nesta instância em casos de valores irrisórios ou exorbitantes, os quais não observam os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, situação não constatada na espécie em que foram fixados o valor de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

3. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1359417/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2019, DJe 13/03/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA REQUERIDA.

1. O acolhimento da pretensão recursal no que toca ao cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lide demandaria revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência que encontra óbice na Súmula 7 do STJ. Precedentes.

2. O aresto hostilizado está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual é indevida a recusa pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do tratamento médico do beneficiário, ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão).

2.1. Revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio tratamento consistente no uso off label de medicamento, o qual era imprescindível à conservação da vida e saúde da beneficiária do plano de saúde. Incidência das Súmulas 7 e 83 do STJ.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1072354/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2019, DJe 12/09/2019)

De outra parte, no tocante à questão do cabimento de indenização por danos morais por recusa de cobertura contratual de tratamentos ou medicamentos, em pesquisa à jurisprudência do STJ, verifiquei abordagem mais equilibrada dispensada pela colenda Terceira Turma ao reconhecer que "não há se falar na ocorrência de dano moral indenizável quando a operadora se nega a custear tratamento médico com base em previsão contratual que excluía a cobertura da referida terapêutica, ou seja, com base na dúvida razoável" (AgInt no AREsp n. 1.395.816/SP, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/4/2019, DJe 2/5/2019).

4. Nesse passo, é sabido que o direito à saúde, de segunda geração ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dimensão, é denominado direito humano fundamental, sendo a Constituição Federal de 1988 a primeira Carta Política nacional que formalmente assim declarou, conforme se extrai da leitura dos arts. 6º, 196 e 200.

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que o texto constitucional não define expressamente o conteúdo do direito à proteção e à promoção da saúde, indicando **"a relevância de uma adequada concretização por parte do legislador e, no que for cabível, por parte da administração pública"**.

É dizer, no tocante às possibilidades e aos limites da exigibilidade do direito constitucional à saúde na condição de direito subjetivo, a pretensão de prestações materiais "demanda uma solução sobre o conteúdo dessas prestações, principalmente em face da ausência de previsão constitucional mais precisa" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.932-1.935).

Com efeito, resguardado o núcleo essencial do direito fundamental, no tocante à saúde suplementar, são, sobretudo, a Lei n. 9.656/1998, a Lei n. 9.961/2000 e os atos regulamentares infralegais da ANS e do Conselho de Saúde Suplementar, expressamente prestigiados por disposições legais infraconstitucionais, que, representando inequivocamente forte intervenção estatal na relação contratual de direito privado (planos e seguros de saúde), conferem densidade normativa ao direito constitucional à saúde.

Cabe menção também ao art. 35-G da Lei n. 9.656/1988, incluído pela MP n. 2.177-44/2001, o qual estabelece que as disposições do CDC se aplicam subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos a que se referem o inciso I e o parágrafo 1º do art. 1º da mesma Lei.

Assim, antes de apreciar detidamente as questões controvertidas, cumpre observar, ademais, que a segurança das relações jurídicas depende da lealdade, da equivalência das prestações e contraprestações, da confiança recíproca, da efetividade dos negócios jurídicos, da coerência e da clarividência dos direitos e deveres (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32).

Nessa toada, anota a doutrina especializada que a viabilização da atividade de assistência à saúde envolve custos elevados, os quais terão de ser suportados pelos próprios consumidores, e que "cabe ao Poder Judiciário um papel fundamental, o de **promover uma interpretação justa e equilibrada da legislação pertinente à matéria**", sopesando "os interesses envolvidos **sem sentimentalismos e ideias preconcebidas**", **"contando com o apoio técnico de profissionais qualificados"** (FERREIRA, Cláudia Galiberne; PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (coords). *Curso de direito médico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 214-215).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, eventuais decisões administrativas ou judiciais à margem da lei "escapam das previsões pretéritas" e têm o condão de agravar "a delicada situação financeira de inúmeras operadoras de planos de saúde, que, seguida de intervenções, liquidações ou aquisições de carteiras de clientes, fere em última análise a própria confiança e expectativa dos consumidores, razão maior da contratação" do plano ou seguro de saúde. "O problema deixa de ser da operadora e passa a atingir toda a sociedade" (LOUREIRO, Francisco Eduardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 338).

5. Como sabido, o modelo de assistência à saúde adotado no Brasil é o de prestação compartilhada entre o Poder Público e instituições privadas. Essa foi a opção feita pela Constituição de 1988, que, em seu art. 197, classificou as ações e os serviços de saúde como de relevância pública, cuja execução pode se dar diretamente pelo Poder Público ou, sob sua fiscalização e controle, pela iniciativa privada.

Cite-se o dispositivo constitucional:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A opção do Constituinte pela colaboração de entidades privadas para a promoção dos serviços de saúde deveu-se, conforme reiteradamente afirmado pela doutrina especializada, inclusive em vista de questão pragmática: a escassez de recursos necessários ao planejamento e à gestão eficientes dos serviços e ações de saúde, estas, na qualidade de direito social, orientadas pelos princípios da universalidade, da gratuidade e da assistência integral.

Nessa trilha, o Ministro Sálvio de Figueiredo destacou, como responsável pela expansão na assistência à saúde, o crescimento da população e - a meu ver, e na mesma proporção - do *contingente assistido*, uma vez que, na Constituição de 1967, o direito à saúde tinha como titular o *trabalhador* e, na Carta de 1988, passou a ser de *todo brasileiro*, assim como as "dificuldades inerentes a uma boa prestação pelo Estado-gestor" (*A responsabilidade civil do médico. In Direito e medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 202).

Também o Ministro Marco Aurélio Mello salientou que "todos esses elementos - deficiência crônica no setor público, avanço vertiginoso dos tratamentos e incremento dos custos - alavancam a importância do setor de saúde suplementar, fundamental para o equacionamento do problema" (*Planos de saúde - aspectos jurídicos e econômicos*. Luiz Augusto Ferreira Carneiro, (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 4).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No Brasil, inicialmente a questão era disciplinada pelo Código Civil de 1916 e pelo Decreto-Lei n. 73/1966, que estruturou o seguro-saúde. Menciona-se também a Lei n. 6.839/1980, que instituiu a obrigatoriedade do registro das empresas de prestação de serviços médico-hospitalares e da anotação dos profissionais por elas responsáveis legalmente habilitados pelos CRMs. A atividade também sofreu relevante influxo com o Código de Defesa do Consumidor.

Em suma, após considerável lacuna legislativa e indefinição de princípios norteadores, condições e exigências básicas para a atuação do setor privado na área da saúde, foi publicada a Lei n. 9.656/1998, com as necessárias inovações no sistema normativo e fiscalizador da assistência privada à saúde, dando-lhe organicidade, definindo a natureza de seus operadores e as modalidades de sua atuação.

A referida lei tem como objeto a garantia do direito à *assistência à saúde*, restringindo-se, portanto, à assistência médica, hospitalar e odontológica, objeto do contrato privado pactuado com as pessoas privadas operadoras dos respectivos planos e seguros.

Nos termos do art. 1º da Lei n. 9.656/98, os planos privados de assistência à saúde consistem em prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

A Lei n. 9.656/1998 foi, assim, concebida para tratar dos planos e seguros privados de assistência à saúde, criando um microssistema, com normatividade específica e diferenciada de proteção aos usuários de serviços privados de saúde.

Nessa toada, algumas das principais inovações da lei foram a obrigatoriedade da obtenção de autorização de funcionamento das operadoras e o compulsório registro dos contratos na agência reguladora (Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS), bem como seus respectivos conteúdos atuariais e cláusulas de cobertura.

Portanto, no sistema da lei, tão somente as pessoas jurídicas regularmente constituídas estão autorizadas a operar os planos privados de assistência à saúde, sejam elas constituídas em regime de prestação de serviços, sejam as que atuam em regime de garantia de pagamento e de reembolso, sejam as de regime de autogestão.

Renata Maria Gil Esmeraldi e José Fernando Lopes, em dissertação sobre o tema, orientam que "todas as operadoras, inclusive aquelas que a elas estão por alguma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma equiparada (Lei 9.656/98, art. 1º, §§ 1º e 2º), bem como as atividades de assistência que a elas cabe prestar (Lei n. 9.656/98, art. 8º), estão subordinadas e submetidas à regulação, controle e fiscalização da ANS (Lei n. 9.656/98, art. 1º, §1º)" (*Planos de saúde no Brasil. Doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42).

Por último, é também relevante salientar que 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.

O art. 4º, I e III, elucida que compete à ANS: I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar; III - **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**; XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos; XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação; XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990; XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar.

Na linha desse entendimento, a meu juízo, parece intuitivo concluir que, quando da idealização da legislação específica e satisfatoriamente abrangente, a regra foi fazer incidir seus mandamentos sempre que as relações a serem reguladas dissessem respeito à atividade regulamentada pela lei, qual seja a prestação continuada de serviços ou a cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir assistência médica, hospitalar e odontológica.

Dito de outro modo, parece-me que o escopo do legislador foi regular a **atividade de assistência à saúde suplementar**, independentemente da natureza jurídica sob a qual se formaliza a entidade incumbida de prestar os respectivos serviços.

Nessa esteira, mais importa a atividade exercida pela prestadora dos planos de saúde do que a circunstância de ser ela constituída sob a forma de sociedade empresária ou sob o modelo de autogestão, por exemplo.

No Brasil, nos termos da Lei n. 9.656/1998, a assistência médica e hospitalar privada é prestada, principalmente, por meio de seguros e planos de assistência à saúde, estes constituídos de três modalidades: medicina de grupo; cooperativa médica; planos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprios de empresas ou autogestão.

A medicina de grupo é constituída por empresas que administram planos de saúde para pessoas jurídicas, famílias e indivíduos, pelo sistema de pré-pagamento ou pós-pagamento. No ponto, regulamentada pela Portaria n. 3.232, de 1986, do Ministério do Trabalho, definiu-se ser a medicina de grupo pessoa jurídica de direito privado, com ou sem fins lucrativos, que presta assistência médico-hospitalar com recursos próprios ou de rede credenciada, mediante o pagamento de contraprestação pecuniária.

Por sua vez, nas cooperativas, os médicos prestadores do serviço são seus sócios e recebem pagamento de acordo com a produção individual, além de terem participação nos lucros das unidades.

Já os planos de saúde constituídos sob a modalidade de autogestão, regulados pela Lei n. 9.656/1998, são planos próprios das empresas, dos sindicatos ou das associações ligadas a trabalhadores que administram, por si mesmas, os programas de assistência médica, sendo consideradas não comerciais.

No entanto, independentemente da modalidade de constituição, a atividade exercida por qualquer uma das pessoas jurídicas mencionadas acima é só a **administração de planos de saúde e assistência médica e hospitalar privada, elemento suficiente a atrair a incidência das normas expostas na Lei n. 9.656/1998.**

6. Desse modo, estabelecida a competência legal da ANS para "**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** (Lei n. 9.656/1998)", bem como a submissão dos planos e seguros de saúde oferecidos a essa Lei, cabe verificar a conformidade da conduta da recorrida com a legislação.

A assistência suplementar à saúde compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da higidez física, mental e psicológica do paciente (art. 35-F da Lei n. 9.656/1998).

Destarte, conforme menciona o *amicus curiae* ANS, por clara opção do legislador, extrai-se do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/98, c/c o art. 4º, III, da Lei n.º 9.961/2000, que é atribuição desse órgão 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.

No mesmo diapasão, 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. 9.656/98, o rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em vista dessa atribuição legal, vê-se que a Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, no art. 2º esclarece, em linha com o determinado pelo art. 10, *caput*, da Lei n. 9.656/1998, **que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde**, em cumprimento ao disposto na Lei n. 9.656/1998.

O artigo 4º apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade: I – a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, de modo a contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país; II – as ações de promoção à saúde e de prevenção de doenças; III – o alinhamento com as políticas nacionais de saúde; IV – **a utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS**; V – **a observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências – SBE**; e VI – **a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor**.

Por certo, como pontua a doutrina especializada, a lei atribui ao Consu e à ANS a competência de proceder à formulação infralegal da política de saúde.

A ANS, por meio de suas Resoluções da Diretoria Colegiada, em cumprimento à vontade do legislador, formula políticas incluindo tratamentos obrigatórios para os diversos tipos de produtos básicos, de modo a corrigir os desvios que a evolução da ciência médica acaba trazendo para as operadoras que exploram os planos e seguros privados de assistência à saúde. Malgrado trate-se de regulamentação infralegal, decorre de expressa delegação legal de competência, o que se configura mesmo necessário em vista do fato de que "a rapidez com que são editadas as regras é a mesma com que elas podem ser revogadas ou modificadas, caso produzam resultados contrários aos pretendidos. Estes efeitos não poderiam ser obtidos se fosse necessário o processo legislativo" (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde*: comentada e anotada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 65-69).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Deveras, é forçoso reconhecer que essa percepção, segundo entendo, nega vigência aos dispositivos legais que determinam o plano básico de referência e a possibilidade de estabelecimento contratual de outras coberturas, efetivamente padronizando e restringindo a livre concorrência ao nitidamente estipular a mais ampla, indiscriminada e completa cobertura a todos os planos e seguros de saúde, o que, além dos mais, dificulta o acesso à saúde suplementar às camadas mais necessitadas e vulneráveis da população.

No ponto, melhor refletindo acerca do tema, à luz dos substanciosos subsídios técnicos trazidos pelos amici *curiae* - inclusive, no que diz respeito à postura manifestada pelos próprios Conselhos Profissionais no sentido de prestigiar o rol da ANS -, não parece correto afirmar ser abusiva a exclusão do custeio dos meios e dos materiais necessários ao tratamento indicado pelo médico, diante dos seguintes dispositivos legais da lei de regência da saúde suplementar (Lei n. 9.656/1998): a) art. 10, § 4º, que prescreve a instituição do plano-referência, "respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12", com "amplitude das coberturas" "definida por normas editadas pela ANS"; b) art. 12, que estabelece serem facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º dessa Lei, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência mencionado no art. 10; c) art. 16, VI, o qual determina que dos contratos, dos regulamentos ou das condições gerais dos produtos de que cuidam o inciso I e o § 1º do art. 1º dessa Lei devem constar dispositivos que indiquem os eventos cobertos e excluídos.

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tipo usualmente abrange complexidade e requer preparação específica do profissional da área.

Nessa linha de intelecção, acerca do art. 10 da Lei dos Planos e Seguros de Saúde, cumpre salientar as causas que levaram o legislador a instituir o plano-referência: a) constitui verdadeiro plano básico, em atenção ao fato de que existe uma gradação das necessidades dos usuários dos planos e seguros privados de assistência à saúde; b) contém todas as variações que o artigo permite, e é destinado ao grande contingente de consumidores de menor poder aquisitivo ou posicionado em faixas nas quais a demanda por serviços médicos e assistenciais seja pequena, como entre a população mais jovem; c) a existência de planos básicos que se resumem a atendimentos em clínicas e centros médicos ambulatoriais das próprias operadoras ou em enfermarias de hospitais menos sofisticados, às vezes explorados pela própria operadora como o único disponível dessa espécie; d) o *produto* - sem sua oferta à contratação nenhuma operadora ou administradora poderá obter o registro para funcionar legalmente; e) a necessidade de um plano mínimo criado pela lei para que ele se tornasse acessível à grande massa de desassistidos pelas políticas públicas de assistência médico-hospitalar, diminuindo o clamor dessas populações e tirando os argumentos dos críticos - "de qualquer modo, não deixa de ser um avanço, considerando que as classes sociais com menores níveis de renda já podem contar com alguma assistência efetiva, embora longe da ideal, mesmo que a custos elevados" (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada e anotada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55-57).

Ademais, a doutrina anota que nos contratos as partes nem sempre regulamentam inteiramente os seus interesses, deixando lacunas que devem ser preenchidas. Além da *integração supletiva*, cabível apenas diante de lacunas contratuais, há a denominada ***integração cogente***. **Esta se opera quando sobre a espécie contratual houver normas que devam obrigatoriamente fazer parte do negócio jurídico por força de lei. São normas que se sobrepõem à vontade dos interessados e integram a contratação por imperativo legal** (NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 73-74).

Nessa perspectiva, de um lado, é importante pontuar não haver dúvida de 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.

Confira-se:

Não existe um critério superior justamente porque qualquer critério só seria justificável axiologicamente: um utilitarista poderia dizer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que "prefere" o princípio da utilidade como critério de resolução dos conflitos axiológicos, ao passo que [...] poderia dizer que "prefere" o princípio da proporcionalidade, mas escolher entre um critério ou outro necessitaria da própria aceitação apriorística daquele princípio, ou seja, dependeria, em última instância, dos valores que o agente moral já aceita. Assumir essa postura, principalmente no contexto de tomada de uma decisão judicial, na qual o juiz precisa decidir qual das pretensões morais é justificada à luz dos princípios jurídicos, implica escolher arbitrariamente entre os princípios em conflito a partir das preferências pessoais do juiz.

[...]

É importante não confundir essas duas ordens de questões. Quando se diz que o direito manifesta os valores de uma sociedade concreta, precisamos deixar de lado a idéia de que a ética é o fundamento último do direito.

[...]

A idéia de que o direito deve sua legitimidade a valores éticos precisar ser abandonada, na medida em que depende de uma fundamentação metafísica abandonada historicamente, fundada na subordinação do direito positivo perante o direito natural.

Essa relação de dependência precisa ser abandonada, o que não significa dizer que não existe uma ligação íntima entre direito e moral. De acordo com Habermas, essa relação é de complementariedade (Habermas, 1997, p. 142).

[...]

O direito, ao contrário da moral, é obrigatório institucionalmente, ao passo que a moral é apenas um sistema simbólico que, contudo [...] se torna possível avaliar se o direito positivo está conferindo um *igual tratamento* às diferentes perspectivas éticas, ou se está sendo utilizado de modo a promover determinados valores em detrimento de outros.

[...]

O risco primordial da leitura da constituição como ordem concreta de valores é a imposição dos valores morais de uma doutrina abrangente a toda a sociedade, excluindo a possibilidade de diálogo racional acerca dos princípios constitucionais que regem uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo razoável. (ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. *Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática*. Revista Direito GV, jul-dez 2008, p. 493-516)

De outro lado, quanto à invocação do diploma consumerista pela autora desde a exordial e pelo *amicus curiae* IDEC, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem levar em conta o art. 4º daquele diploma, que contém uma espécie de lente através da qual devem ser examinados os demais dispositivos, notadamente por estabelecer os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo e os princípios que devem ser respeitados, entre os quais se destacam, no que interessa ao caso concreto, a "harmonia das relações de consumo" e o "equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O magistério de Eros Roberto Grau explicita bem a forma como devem ser entendidos os objetivos e os princípios adotados pelo CDC, sobretudo no 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.** O que significa isso? Sabemos que a interpretação não é uma ciência, é uma prudência. Nela chegamos a mais de uma solução correta, tendo de fazer uma opção por uma delas. A circunstância de existirem normas-objeto que determinam a interpretação de normas de organização e de conduta estreita terrivelmente a possibilidade dessa opção, **porque a única interpretação correta é aquela que seja adequada à instrumentação da realização dos fins, no caso, os fins estipulados no art. 4º do CDC.** (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, sem grifo no original).

Em vista dos mencionados dispositivos especiais de regência do microsistema da saúde suplementar, como regra basilar de hermenêutica, no confronto entre as regras específicas e as demais do ordenamento jurídico, deve prevalecer a regra excepcional. Conforme a consagrada doutrina de Carlos Maximiliano, jamais poderá o juiz, a pretexto de interpretar, esvair a essência da regra legal ou substituí-la (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 69).

Essa é também a doutrina de Claudia Lima Marques ao assentar que, como o CDC não regula contratos específicos, em casos de incompatibilidade há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios de especialidade e cronologia (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 247).

Nesse seguimento, como bem observado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no REsp n. 80.036/SP, o Código de Defesa do Consumidor traça regras que presidem a situação específica do consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do direito das obrigações, todavia, "[é] certo que, **no que lhe for específico**, o contrato" continua regido pela lei que lhe é própria (REsp n. 80.036/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, QUARTA TURMA, julgado em 12/2/1996, DJ 25/3/1996, p. 8.586).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa maneira, penso que, a par de o rol da ANS ser solução concebida pelo próprio legislador para harmornização da relação contratual buscada nas relações consumeristas, também não caberia a aplicação insulada do CDC alheia às normas específicas inerentes à relação contratual, como, aliás, estabelece o art. 35-G da Lei dos Planos e Seguros de Saúde.

7. Por outro giro, a "forte intervenção estatal na relação contratual e a expressa disposição do art. 197 da CF deixam límpido que o serviço é de relevância pública, **extraindo-se da leitura do art. 22, § 1º, da Lei n. 9.656/1998 a inequívoca preocupação do legislador com o equilíbrio financeiro-atuarial dos planos e seguros de saúde, que devem estar assentados em planos de custeio elaborados por profissionais, segundo diretrizes definidas pelo Consu**" (REsp 1.785.652/DF, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/2/2019, DJe 1/4/2019).

Consoante entendimento majoritário da doutrina especializada, os planos e os seguros privados de assistência à saúde possuem nítida natureza mutualista e securitária, submetendo-se a precificação a cálculos e estudos atuariais. A função econômica do seguro é socializar riscos entre os usuários. A operadora recebe de cada um o prêmio, calculado de acordo com a probabilidade de ocorrência do evento danoso. Em contrapartida, obriga-se a conceder a garantia consistente em pagar certa prestação pecuniária ao segurado, ou a terceiros beneficiários, na hipótese de verificação de sinistro (COELHO, Fábio Ulhoa. *Contratos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 340-341).

Nos casos de contratos securitários, como é cediço, notadamente em vista dos avanços da atuária, há acesa controvérsia doutrinária acerca da inserção da álea como integrante do objeto do contrato de seguro, visto que, com os prêmios que recebe de seus segurados, se corretos os cálculos atuariais que realizou, a seguradora não apenas disporá dos recursos necessários aos pagamentos das prestações devidas, em razão dos eventos segurados que se verificarem e das despesas administrativas e operacionais relacionadas ao seu funcionamento, como também obterá lucro.

Destarte, em um ambiente de segurança jurídica, a atividade seguradora se baseia em riscos, e não em incertezas, pois os riscos contidos na apólice, nos estritos termos em que foi elaborada, podem ser perfeitamente investigados e mensurados (POLIDO, Walter A. *Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: Direito do Consumidor*. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 13 e 17).

Na verdade, o contrato de assistência à saúde põe em confronto dois valores antagônicos. De um lado, a operação econômica, cujo equilíbrio deve ser preservado como meio de assegurar a utilidade do contrato (a assistência prometida). De outro lado, o interesse material do consumidor na preservação da sua saúde (PASQUALOTTO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Adalberto. MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47-48).

Nesse rumo, é digno de registro que a uníssona doutrina especializada e a majoritária consumerista alertam para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar, realçando que "uma das grandes dificuldades em relação ao contrato de seguro e planos de assistência à saúde diz respeito à manutenção do equilíbrio das prestações no tempo".

A disciplina contratual "exige uma adequada divisão de ônus e benefícios, na linha de que os estudos sobre contratos relacionais no Brasil vem desenvolvendo, dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso terá de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto na identificação de deveres específicos ao fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente".

Por todos, menciona-se o escólio de Bruno Miragem:

Embora seja um contrato com disciplina legal detalhada, assim como subordinado a intensa atuação regulatória - por intermédio das normas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar -, não é errado dizer que muito do seu perfil atual é fruto de construção jurisprudencial - em especial a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. O elevado nível de litigiosidade entre fornecedores e consumidores contribui para esse protagonismo judicial.

[...]

Da mesma forma, os elevados custos do setor de saúde no Brasil e no mundo, que pressionam a atividade do fornecedor e a sustentabilidade desses sistemas contratuais.

[...]

Há, contudo, prestação de serviços de trato sucessivo, ou seja, contratos de fazer de longa duração e que possuem uma grande importância social e individual.

[...]

Uma das grandes dificuldades em relação ao contrato de seguro e planos de assistência à saúde diz respeito à manutenção do equilíbrio das prestações no tempo.

[...]

Desse modo, exige uma adequada divisão de ônus e benefícios, na linha de que os estudos sobre contratos relacionais no Brasil vem desenvolvendo, dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso terá de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto na identificação de deveres específicos ao fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente [...]. (MIRAGEM, Bruno. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Orgs.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 299-310).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Cumprе salientar que, **no âmbito do direito comparado, também é comum o estabelecimento de rol mínimo obrigatório de cobertura** e utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS, de acordo com o art. 4º, IV, da Resolução n. 439/2018. O *amicus curiae* FenaSaúde aponta os seguintes países que também se valem do rol mínimo obrigatório com utilização dos princípios da ATS: Inglaterra, Escócia, Itália, Alemanha, Suécia, Portugal, Espanha, Coreia do Sul, Japão, Austrália, México, Colômbia, Argentina e Estados Unidos.

Ainda, como esclarece o *amicus curiae* Ministério da Saúde, por intermédio da AGU, a ATS, cujo principal objetivo, estabelecido pela OMS, é incentivar a adoção de tecnologias custo-efetivas e prevenir a adoção de tecnologias de valor questionável, constitui um importante subsídio técnico que se vale dos seguintes critérios:

Desta forma, vale destacar que a ATS utiliza critérios da saúde baseada em evidências, promovendo a integração da experiência clínica as melhores evidências científicas disponíveis, com vistas a reduzir incertezas do gestor na tomada de decisão sobre o melhor cuidado para um paciente.

Comprovadas a segurança e eficácia de uma nova tecnologia, inicia-se a análise econômica, levando-se em consideração aspectos como custos, preços e valores pagos. Para tanto, a ATS envolve o cálculo de benefícios, comparando com os custos, valendo-se da análise de custo-efetividade, a de custo-minimização, a de custo-utilidade e a de custo benefício.

[...] no entanto, **o conceito de atendimento integral não pode ser interpretado como o acesso a todas as tecnologias ofertadas no mercado para todos os administrados, uma vez que tal prática inviabilizaria a sustentabilidade do sistema de saúde. Além disso, nem todas as tecnologias apresentam benefícios reais ou segurança satisfatória para o uso, sendo essencial para os gestores de saúde a avaliação das tecnologias existentes, elegendo as prioritárias e organizando o acesso aos melhores e mais seguros serviços e produtos (fl.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.384)

Realmente, com a modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os arts. 20 a 30 exigem dos operadores do Direito um viés consequencialista, tanto na tomada de decisões pelas autoridades administrativas - que passam também a ter um ônus maior de transparência, por meio de consultas públicas -, como para o Judiciário - que passa a ter a obrigação de levar em conta as consequências de suas decisões no mundo jurídico, no mundo fático, antes de proferi-las.

Sendo assim, é digno de registro que o art. 421, parágrafo único, do CC, com a redação conferida pela Lei n. 13.784/2019, passou a estabelecer que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

O Desembargador Renato Luís Dresch, membro do Comitê Executivo Nacional de Saúde do CNJ, em artigo doutrinário, alerta que o fato de os contratos de saúde suplementar se sujeitarem ao Código de Defesa do Consumidor não significa que a cobertura deve extrapolar os limites do acordo. Cumpre ao Poder Judiciário: a) agir com cautela para evitar decisões desastrosas, com a autorização de acesso a medicamentos, produtos e serviços sem base em evidência científica ou por falta de cobertura contratual, porque isso causa abalo indevido na sustentação econômica das operadoras de saúde, devido ao fato de que o aumento da sinistralidade norteia o aumento das mensalidades do ano seguinte, penalizando indevidamente os demais participantes dos planos individuais e coletivos de saúde, além de causar uma desestruturação administrativa; b) coibir o argumento do máximo de acesso a medicamentos, produtos ou procedimentos de saúde em relação aos quais não haja evidência científica ou que estejam fora dos padrões de cobertura contratual, sob o risco de comprometimento financeiro com a quebra das regras de atualidade dos planos de saúde (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).

Por conseguinte, invocando o princípio da função social do contrato, insculpido no art. 421 do CC, não se pode descuidar de que o modelo se baseia no conceito de mutualismo, que vem da área de seguros: um grupo de pessoas se junta, cotiza-se e gera-se uma receita por meio do pagamento individual da mensalidade, sendo o valor total arrecadado usado para pagar as despesas decorrentes do atendimento à saúde de integrantes desse grupo. Como são várias pessoas, os custos se diluem, o preço do plano se reduz, e elas podem ter acesso a serviços que teriam dificuldade de custear individualmente (CESCHIN, Maurício. *A saúde dos planos de saúde*. São Paulo: Schwarcz, 2014, p. 122).

Como salientado, em âmbito doutrinário, pelo Ministro Marco Aurélio Mello, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

situações que desbordam das coberturas contratuais, entender que as operadoras são obrigadas a prestar qualquer coisa de que o cliente necessite acaba por levar à ruptura do equilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos, situação que, embora favoreça o indivíduo que pleiteou a intervenção judicial, pode prejudicar o universo de beneficiários do plano caso a seguradora não possua condições financeiras de arcar com os custos (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).

Efetivamente, penso que a boa-fé objetiva impõe que as partes colaborem mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato - que não é um mero instrumento formal de registro das intenções -, e encontra sua vinculação e limitação na função econômica e social do contrato, visando fazer com que os legítimos interesses da outra parte, concernentes à relação econômica nos moldes pretendidos pelos contratantes sejam salvaguardados (TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38-39).

As diretrizes da socialibilidade e da eticidade foram alçadas pelo CC/2002 a postulados fundamentais. Nesse passo, os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais, consoante propugna a teoria preceptiva.

Em tese de doutorado, Rodrigo Toscano de Brito propugna que a ideia de equivalência, de equilíbrio, é a base ética das obrigações, bem rememorando o multicitado escólio de Miguel Reale. Nesse sentido, **o princípio do equilíbrio econômico do contato revela-se como 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 contatos 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o fronte em campanha solitária.

[...]

Diz-se isso também para reverberar que o conceito de equivalência material conta, necessariamente, com a noção da boa-fé objetiva. De fato, os limites da relação interna entre os contratantes são encontrados a partir do dever de lealdade e de confiança, de forma que não há dúvida sobre o conteúdo necessário da boa-fé objetiva para o alcance da equivalência material.

[...]

Ou seja, a necessidade de manutenção de um equilíbrio, durante todas as fases contratuais, deve ser considerada objetivamente, de forma que, havendo um deslocamento considerável ou distanciamento entre a prestação e a contraprestação, estas devem ser reaproximadas por critérios objetivos.

[...]

No Brasil, sem embargo, quem melhor visualiza o princípio da equivalência material, dando sua dimensão mais realista e, principalmente, situando-o em relação aos demais princípios sociais, é Paulo Luiz Netto Lôbo. Com efeito, segundo ele, "o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização de interesses". (BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6-16)

É prudente mencionar a advertência do *amicus curiae* Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Tratar o Rol como meramente exemplificativo multiplicaria de forma exponencial a probabilidade de cobertura de procedimentos não previstos, sem aferição adequada de impacto econômico e sem demonstração de sua segurança e/ou efetividade

Nesse aspecto, leciona a doutrina que “o Código Civil postula pelo equilíbrio da contratação, **independente da existência concreta de uma parte débil em determinado contexto. O equilíbrio é pressuposto inerente a qualquer contratação, como imperativo ético do ordenamento jurídico**” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 233-234).

8. Não é possível, todavia, generalizar e confundir as coisas.

É oportuno salientar a ponderação acerca do rol da ANS feita pela magistrada Ana Carolina Morozowski, especialista em saúde suplementar, em recente seminário realizado no STJ (2º Seminário Jurídico de Seguros), em 20 de novembro de 2019, *in verbis*:

Por outro lado, há categorias de produtos (medicamentos) que não precisam estar previstas no rol - e de fato não estão. Para essas categorias, não faz sentido perquirir acerca da taxatividade ou da exemplaridade do rol. As categorias são:

- a) medicamentos relacionados ao tratamento do câncer de uso ambulatorial ou hospitalar;**
- b) medicamentos administrados durante internação hospitalar, o que**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se confunde com uso ambulatorial.

As tecnologias do item 'a' não se submetem ao rol, uma vez que não há nenhum medicamento dessa categoria nele, nem em Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Existe apenas uma listagem de drogas oncológicas ambulatoriais ou hospitalares em Diretriz de Utilização da ANS, mas com o único fim de evidenciar o risco emetogênico que elas implicam, para que seja possível estabelecer qual o tratamento será utilizado contra essas reações (DUT 54, item 54.6).

Já a exceção estabelecida em relação às drogas do item 'b' pode ser inferida do art. 22, da Res. 428/2017 da ANS, que trata do plano hospitalar. Ao contrário do art. 21, que trata dos atendimentos ambulatoriais, o art. 22 não faz menção à necessidade de que as tecnologias dispensadas em internação hospitalar estejam previstas no rol.

Por óbvio, sob pena de violação do próprio princípio do acesso à justiça e diante do risco do estabelecimento ilegal de presunção absoluta (*juris et de jure*) de higidez dos atos da Administração Pública, não se está a dizer que não possam existir situações pontuais em que o Juízo - munido de informações técnicas obtidas sob o crivo do contraditório, ou mesmo se valendo de nota técnica dos Nat-jus, em decisão racionalmente fundamentada - venha determinar o fornecimento de certa cobertura que constate ser efetivamente imprescindível, com supedâneo em medicina baseada em evidência (clínica).

Bem assim, evidentemente, é sempre possível a autocomposição. Muito embora não seja um dever que possa ser imposto, não se descarta a possibilidade de a operadora ou seguradora pactuar com o usuário para que ele cubra a diferença de custos entre os procedimentos do rol ou da cobertura contratual e o orientado pelo médico assistente, a par de ser hipótese que propicia ao consumidor valer-se dos preços mais favoráveis que usualmente são cobrados das operadoras em sua relação mercantil com os prestadores de serviços.

Nesse particular, é interessante mencionar os Enunciados n. 02 e 18 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ e transcrever os seguintes:

ENUNCIADO N.º 21

Nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n.º 9.656/98, recomenda-se considerar o rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas.

ENUNCIADO N.º 23

Nas demandas judiciais em que se discutir qualquer questão relacionada à cobertura contratual vinculada ao rol de procedimentos e eventos em saúde editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, recomenda-se a consulta, pela via eletrônica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e/ou expedição de ofício, a esta agência Reguladora para os esclarecimentos necessários sobre a questão em litígio.

A título exemplificativo, no caso de medicamento *off label*, em recente precedente deste Colegiado, REsp n. 1.729.566/SP, foi consignado que: a) o uso *off label* de medicamento **em situações pontuais, embora deva ser respaldado por evidências científicas (clínicas)**, é corriqueiro, admitido pela Anvisa e pelo CFM, sendo o fármaco submetido ao Sistema Nacional de Farmacovigilância, de modo que, ao se admitir a vedação total e irrestrita do fornecimento, em muitos casos, estar-se-ia impedindo, por exemplo, até mesmo a prescrição por pediatras de medicamentos previstos na bula para uso adulto, ainda que existam evidências científicas a respaldar o uso em dosagem menor para crianças e adolescentes; b) propõe o Enunciado n. 15 da I Jornada de Direito da Saúde - realizada pelo CNJ -, acolhido por este Colegiado, que devem as prescrições médicas consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, da posologia, do modo de administração, do período de tempo do tratamento "e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica"; c) **o uso de medicamento *off label* não é incomum, e a operadora do plano de saúde não propôs outra solução para usuária do plano de saúde gestante**, ou mesmo afirmou que a utilização do fármaco traz algum risco de dano à saúde da autora ou que é ineficaz para o tratamento da incontroversa enfermidade que a acomete; d) como a questão do uso *off label* de medicamento exige conhecimento técnico, para propiciar a prolação de decisão racionalmente fundamentada, na linha do que adequadamente propugna o Enunciado n. 31 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, o magistrado deve "obter informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais"; e) **pela ausência de pedido de cassação da sentença para solicitação de nota técnica ao Núcleo de Apoio Técnico do Tribunal de origem e/ou produção de prova pericial** para demonstração da inexistência de evidência científica (clínica) a respaldar a prescrição do medicamento, é de rigor a confirmação da decisão recorrida, ainda que por fundamento diverso.

O precedente tem a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DE TRATAMENTO CLÍNICO OU CIRÚRGICO EXPERIMENTAL E MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA. EXPRESSA EXCLUSÃO LEGAL. **USO OFF LABEL. POSSIBILIDADE, EM SITUAÇÕES PONTUAIS. CONFUSÃO COM TRATAMENTO EXPERIMENTAL. DESCABIMENTO. EVIDÊNCIA CIENTÍFICA, A RESPALDAR O USO. NECESSIDADE.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Por um lado, o art. 10, incisos I, V e IX, da Lei n. 9.656/1998, testilhando com a fundamentação da decisão recorrida, **expressamente exclui da relação contratual a cobertura de tratamento clínico ou cirúrgico experimental, fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados e tratamentos não reconhecidos pelas autoridades competentes**. Por outro lado, no tratamento experimental, o intuito da pesquisa clínica não é propriamente tratar, mas alcançar resultado eficaz e apto ao avanço das técnicas terapêuticas atualmente empregadas, ocorrendo em benefício do pesquisador e do patrocinador da pesquisa.
2. O art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998, por tratar de questão atinente ao exercício profissional da medicina, deve ser interpretado em harmonia com o art. 7º, caput, da Lei n. 12.842/2013, que estabelece que se compreende entre as competências da autarquia Conselho Federal de Medicina - CFM editar normas "para definir o caráter experimental de procedimentos em Medicina", autorizando ou vedando sua prática pelos médicos.
3. Nessa linha, consoante deliberação do CFM, **o uso off label justifica-se em situações específicas e casuísticas** e ocorre por **indicação médica pontual**, sob o risco do profissional que indicou. É considerado como hipótese em que "o medicamento/material médico é usado em não conformidade com as orientações da bula, incluindo a administração de formulações extemporâneas ou de doses elaboradas a partir de especialidades farmacêuticas registradas; indicações e posologias não usuais; administração do medicamento por via diferente da preconizada; administração em faixas etárias para as quais o medicamento não foi testado; e indicação terapêutica diferente da aprovada para o medicamento/material".
4. Havendo evidências científicas que respaldem a prescrição, é universalmente admitido e corriqueiro o uso off label de medicamento, por ser fármaco devidamente registrado na Anvisa, aprovado em ensaios clínicos, submetido ao Sistema Nacional de Farmacovigilância e produzido sob controle estatal, apenas não aprovado para determinada terapêutica.
5. Conforme propõe o Enunciado n. 15 da I Jornada de Direito da Saúde, realizada pelo CNJ, devem as prescrições médicas consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, da posologia, do modo de administração, do período de tempo do tratamento "e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica".
6. Assim, **como a questão exige conhecimento técnico e, no mais das vezes, subjacente divergência entre profissionais da saúde (médico assistente do beneficiário e médico-perito da operadora do plano), para propiciar a prolação de decisão racionalmente fundamentada, na linha do que propugna o Enunciado n. 31 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, o magistrado deve "obter informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais, etc"**.
7. A prescrição de medicamento para uso off label não encontra vedação legal, e nem mesmo a recorrente afirma que a utilização do fármaco traz algum risco de dano à saúde da autora ou que seja ineficaz para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tratamento da enfermidade que a acomete. Portanto, e pela ausência de pedido de cassação da sentença para solicitação de nota técnica ao Núcleo de Apoio Técnico do Tribunal de origem e/ou produção de prova pericial para demonstração da inexistência de evidência científica (clínica) a respaldar a prescrição do medicamento, é de rigor a confirmação da decisão recorrida, ainda que por fundamento diverso.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1729566/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 30/10/2018)

9. No caso em julgamento, a ré está amparada pela excludente de responsabilidade civil do exercício regular de direito, consoante disposto no art. 188, I, do CC. É incontroverso, constante da própria causa de pedir, que a ré ofereceu prontamente o procedimento de vertebroplastia, constante do rol da ANS.

Por isso, também não há falar em condenação por danos morais.

Menciona-se, apenas para o ponto que interessa ao julgamento do presente recurso, o seguinte precedente:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. OBESIDADE MÓRBIDA. INTERNAÇÃO EM CLÍNICA MÉDICA ESPECIALIZADA. POSSIBILIDADE. INSUCESSO DE TRATAMENTOS MULTIDISCIPLINARES AMBULATORIAIS. CONTRAINDICAÇÃO DE CIRURGIA BARIÁTRICA. DOENÇA COBERTA. SITUAÇÃO GRAVE E EMERGENCIAL. FINALIDADE ESTÉTICA E REJUVENESCEDORA. DESCARACTERIZAÇÃO. MELHORIA DA SAÚDE. COMBATE ÀS COMORBIDADES. NECESSIDADE. DISTINÇÃO ENTRE CLÍNICA DE EMAGRECIMENTO E SPA. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.

[...]

10. Em regra, a recusa indevida pela operadora de plano de saúde de cobertura médico-assistencial gera dano moral, porquanto agrava o sofrimento psíquico do usuário, já combatido pelas condições precárias de saúde, não constituindo, portanto, mero dissabor, ínsito às hipóteses correntes de inadimplemento contratual.

11. Há situações em que existe dúvida jurídica razoável na interpretação de cláusula contratual, **não podendo ser reputada ilegítima ou injusta, violadora de direitos imateriais, a conduta de operadora que optar pela restrição de cobertura sem ofender, em contrapartida, os deveres anexos do contrato, tal qual a boa-fé, o que afasta a pretensão de compensação por danos morais.**

12. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1645762/BA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

De resto, conforme consta da própria exordial e foi esclarecido por *amici curiae*, a operadora do plano de saúde, recorrida, ofereceu procedimento incluído no rol da ANS inequivocamente adequado ao tratamento, sendo certo que, a título de oportuno registro, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimento cifoplastia com uso de balão, segundo a ANS - ao menos por ocasião dos fatos -, nem sequer consta na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos - CBHPM.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina trouxe o seguinte documento:

Contudo, consta no Rol o procedimento OSTEOPLASTIA OU DISCECTOMIA PERCUTÂNEA (VERTEBROPLASTIA), o qual pode ser indicado para casos de alterações vertebrais tratáveis com a aplicação de cimento ortopédico, obrigatoriamente coberto por planos de segmentação ambulatorial e/ou hospitalar (com ou sem obstetrícia) e por planos-referência, conforme indicação do médico assistente .

Cumprе relatar que o procedimento CIFOPLASTIA não consta na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos - CBHPM . Importante lembrar que a CBHPM é publicada pelo Conselho Federal de Medicina - CFM e pela Associação Médica Brasileira - AMB, esta última se consolidando historicamente como a entidade responsável pela codificação e a padronização das terminologias e procedimentos relativos à prática médica no Brasil, normalmente reunidos em formato de listas e/ou tabelas. (fls. 826-827)

10. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2018/0074061-5 **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.733.013 / PR**

Números Origem: 00546078520138160001 15835280 1583528001 1583528002 546078520138160001

PAUTA: 10/12/2019

JULGADO: 10/12/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO BUZZI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VICTORIA TEIXEIRA BIANCONI
ADVOGADOS : ADRIANO MORO BITTENCOURT - PR025600
SU-ELLEN DE OLIVEIRA VIANNA - PR066371
RECORRIDO : UNIMED DE LONDRINA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : MARCO TÚLIO DE ROSE - RS009551
PAULO ROBERTO DO NASCIMENTO MARTINS - RS028992
ARMANDO GARCIA GARCIA - PR004903
RAFAEL LIMA MARQUES - RS046963
CÁSSIO AUGUSTO VIONE DA ROSA - RS050660
SOC. de ADV. : DE ROSE, MARTINS, MARQUES E VIONE ADVOGADOS ASSOCIADOS

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). MARCO TÚLIO DE ROSE, pela parte RECORRIDA: UNIMED DE LONDRINA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.