

Análise sistemática sobre a natureza do rol de procedimentos da ANS

Systematic analysis on the nature of ANS procedures

Hugo Canhete Lopes¹

RESUMO: Este estudo promove uma análise acerca da natureza do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, sobre a qual o entendimento majoritário adotado pelos tribunais é de se tratar de um rol exemplificativo. Recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, e a última resolução normativa da própria ANS passaram a considerar tal rol de procedimentos taxativo. Para essa análise, foram abordados os princípios e legislação sobre interpretação de normas que disciplinam direitos fundamentais, tendo em vista a repercussão do tema no direito fundamental à saúde, demonstrando o entendimento mais coerente com a concretização deste direito.

PALAVRAS-CHAVES: rol de procedimentos, saúde suplementar, planos de saúde, direitos fundamentais, direito à saúde

ABSTRACT: *This study promotes an analysis of the nature of the list of procedures of the National Supplementary Health Agency - ANS, on which the majority understanding adopted by the courts is that it is an exemplary list. Recent decisions by the Superior Court of Justice, and the latest normative resolution by ANS itself, started to consider such as an exhaustive list of procedures. For this analysis, the principles and legislation on the interpretation of norms that govern fundamental rights were addressed, in view of the repercussion of the theme on the fundamental right to health, demonstrating the most coherent understanding with the realization of this right.*

KEYWORDS: *list of procedures, supplementary health, health plans, fundamental rights, right to health.*

INTRODUÇÃO

A Saúde é direito fundamental de difícil concretização plena, por seu caráter dinâmico e múltiplas prestações positivas que demanda, exigindo ações bastante onerosas por parte dos agentes responsáveis pela operacionalização desta.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a saúde, cristalizou-se a Saúde é um direito de todos e dever do Estado.

Estado este, porém, que não consegue viabilizar a saúde em todo território nacional, abrindo-se um nicho de mercado para operadoras de planos de assistência à saúde.

Diante de tamanho desafio, o Estado possibilitou a participação da iniciativa privada na Saúde, desde que observados os princípios éticos e normas de direção do Sistema único de Saúde – SUS, e de que esta atividade seja regulada, dentro das normas e da fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

1 Médico e Advogado, mestrando em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília, tem residência médica em otorrinolaringologia pelo Hospital Professor Edumundo Vasconcelos, Pós-Graduação Lato Sensu Direito Notarial e Registral pelo Grupo IBMEC, Pós-graduação Lato Sensu em Temas Aprofundados para Advocacia Pública pela Faculdade Ademar Rosado, FAR.

Como a assistência em Saúde vem sendo cada vez mais desempenhada dentro do sistema de saúde suplementar, e considerando a saúde um direito social, que integra os direitos fundamentais, a atuação das operadoras e seguradoras em saúde, bem como a regulação promovida sobre elas pela ANS, deve ser voltada para a efetivação do direito à saúde.

A disciplina dos planos e seguros de saúde é normatizada em especial pela Lei 9.656/1998, enquanto a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS é regulada pela norma que determinou sua criação, a Lei 9.961/2000.

O caput do artigo 10 da Lei nº 9.656/1998 dispõe expressamente que os planos de saúde devem oferecer, como cobertura mínima, o tratamento das doenças designadas pela OMS na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, também conhecido como Classificação Internacional de Doenças (CID), dependendo apenas do tipo de plano contratado.

Mas ainda que a cobertura mínima estabelecida no referido dispositivo seja bastante abrangente, acaba mitigada pela atuação da ANS.

O artigo 4º, inciso III, da Lei nº 9.961/2000, atribuiu à ANS a competência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656/98 de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades.

Segundo definição da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde consiste na lista dos procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e eventos em saúde, em cumprimento ao disposto na Lei nº 9.656/98.

A normatização da edição do rol da ANS é regulamentada pela Resolução 439/2018, da própria ANS, que prevê lista definida pela ANS por meio dos sucessivos ciclos de atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que ocorrem a cada dois anos.

Dessa forma, a regra geral de cobertura pelos planos e seguros de saúde, da Lei 9.656/1998, ganha maior densidade normativa na lista de procedimentos editada periodicamente pela ANS, tornando estes procedimentos de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, à partir de sua inclusão nesta lista.

O primeiro Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde estabelecido pela ANS foi o definido pela Resolução de Conselho de Saúde Suplementar - CONSU 10/1998, sendo posteriormente atualizado, em períodos de aproximadamente dois anos.

Uma questão bastante controversa acerca desta matéria, objeto de frequentes embates entre pacientes e operadoras de planos de saúde, é a questão sobre a natureza do Rol de Procedimentos da ANS, se taxativo ou exemplificativo.

Enquanto as operadoras postulam que a cobertura se adstringe aos procedimentos que constam expressamente do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, os pacientes procuram o Poder Judiciário, pedindo que a cobertura de tratamentos que ainda não constam desta lista.

Os Tribunais em todo o país, e o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), reconhecem, de forma majoritária, que o rol da ANS deve ser considerado uma lista que contempla as coberturas mínimas obrigatórias, mas que não exclui de cobertura outros procedimentos ou tratamentos prescritos a critério médico, ainda que não previstos expressamente neste rol.

Dois episódios recentes, acirraram as discussões acerca do tema.

O primeiro destes episódios foi a decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça proferida em 10 de dezembro de 2019, negando provimento a demanda promovida por paciente diante da recusa de sua operadora em custear materiais para cirurgia de cifoplastia, prescrita pelo seu médico, autorizando apenas um outro procedimento, chamado vertebroplastia.

O pedido da paciente já havia sido indeferido inicialmente pelo Tribunal de Justiça do Paraná, fundamentando sua decisão no fato de que o referido procedimento, a cifoplastia não consta do rol da ANS, e que não tem vantagens estabelecidas, considerando também que a parte ré autorizou procedimento similar com eficácia comprovada.

No recurso apresentado ao STJ, a autora afirmou que rol da ANS é apenas exemplificativo e o contrato entre ela e a operadora do plano de saúde não faz nenhuma ressalva a exclusão do procedimento. Portanto, defende o recurso, deveriam prevalecer as determinações do Código de Defesa do Consumidor.

Ao analisar o caso, o relator, Ministro Luís Felipe Salomão considerou que o rol mínimo de procedimentos da ANS é uma garantia, para que o consumidor tenha direito à saúde a preços acessíveis, e que no embate entre as regras específicas e as demais do ordenamento jurídico, prevalece a regra excepcional, e que o plano de saúde estava amparado pela legislação vigente. O colegiado da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acompanhou o relator por unanimidade.

A seguir, o outro episódio que revigorou a discussão sobre a matéria foi a edição da Resolução Normativa 465, pela Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Aprovada em reunião do referido colegiado administrativo em 24 de fevereiro de 2021, a resolução normativa 465, além de atualizar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, determina que este rol passará a ser taxativo.

Uma análise mais detida sobre a natureza do rol, se taxativo ou exemplificativo, deve ser promovida à luz da disciplina dos direitos fundamentais, da normativa sobre interpretação de leis da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, e da sistemática do Código de Processo Civil.

O tema abordado é de grande relevância, na medida em que as decisões acima mencionadas, embora tenham levado em conta a legislação sobre seguros de saúde, defesa do consumidor, mutualismo dos contratos de assistência a saúde, acabam por trazer injusta limitação ao direito fundamental à saúde.

O objetivo do presente estudo é demonstrar que a adoção do entendimento de que o rol de procedimentos da ANS é taxativo acarreta limitação ao direito fundamental à saúde, contrária, portanto, aos ditames da Constituição Federal.

METODOLOGIA

O método empregado no presente estudo é dedutivo.

Quanto aos procedimentos técnicos, foi realizada pesquisa bibliográfica, embasando-se em diversas fontes de pesquisa, como: livros jurídicos, artigos de revista, textos de Lei, sentenças e acórdãos proferidos sobre a matéria.

RESULTADOS

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme observado por Dirley da Cunha Júnior (2018), não há consenso doutrinário quanto à terminologia ou conceito dos direitos fundamentais. Essa pluralidade de terminologias e conceitos se deve, sobretudo, à contínua e progressiva ampliação e transformação histórica dos direitos fundamentais.

José Afonso da Silva (2001) conceitua os direitos fundamentais como aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.

No mesmo sentido, Rodrigo Padilha (2018) traz os direitos fundamentais como limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado Federal, sendo um desdobramento do Estado Democrático de Direito.

Alexandre de Moraes et. al (2018) aduzem que o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser definido como direitos fundamentais.

Apesar da plêiade de construções doutrinárias acerca dos direitos fundamentais, é possível observar certo consenso em relação às características desses direitos, já que estas são estabelecidas pelo reconhecimento desta categoria jurídica em razão da dignidade da pessoa e essencialidade no Estado Democrático de Direitos.

Entre estas características, temos a historicidade, universalidade, inalienabilidade, inexauribilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, limitabilidade, indivisibilidade, concorrência, proibição do retrocesso, constitucionalização (ou positivação)

Nas decisões judiciais acerca de direitos fundamentais, estes direitos devem ser lidos com especial atenção aos princípios da historicidade, inexauribilidade e limitabilidade.

Segundo o princípio da Inexauribilidade, o rol de direitos fundamentais não é exaustivo, estes direitos não se exauram em definitivo. Os direitos que constam de modo expreso na Constituição Federal de 1988 são meramente exemplificativos, admitindo-se outros que decorram do regime, dos princípios adotados por ela ou dos tratados em que a República federativa do Brasil seja parte, na forma do artigo 5º, § 2º desta Constituição.

Em relação à historicidade, os direitos fundamentais apenas fazem sentido em determinado contexto histórico, exatamente por não serem absolutos ou naturais. Cada direito seria resultado de um processo histórico de construção, que conduz à sua afirmação e consolidação.

Dentro da perspectiva da historicidade, remanesce a expectativa de novos direitos fundamentais, decorrentes da inesgotável e crescente dinâmica social.

Dentro desta lógica, que reconhece a historicidade destes direitos, permitindo que aos direitos fundamentais já reconhecidos outros sejam agregados, considerando-se exemplificativo o rol de direitos fundamentais, seria incoerente que o próprio conteúdo destes direitos fundamentais, como o da saúde, fosse limitado de forma taxativa, independentemente

do Poder, Executivo, Legislativo ou Judiciário, responsável pelo ato que pretenda estabelecer tal limitação.

Mas há, porém, certo consenso doutrinário em relação à limitabilidade, ou relatividade, de tal forma que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer restrições quando contrapostos a outros valores constitucionais no caso concreto.

A própria Constituição Federal de 1988 traz a possibilidade de limitação aos direitos e garantias fundamentais, por exemplo, nas disposições do 5º, em seus incisos XII (restrição ao sigilo telefônico), XIII (restrição ao exercício do trabalho, ofício ou profissão), XV (restrição ao direito de locomoção no território nacional), dentre outros dispositivos, que são doutrinariamente reconhecidos como restrições diretamente constitucionais.

O constitucionalismo moderno entende que lei infraconstitucional também pode ser utilizada para promover limitações aos direitos fundamentais, quando retirarem seu fundamento de validade diretamente da Carta Magna ou para preservar um outro direito constitucionalmente assegurado. São as assim chamadas restrições indiretamente constitucionais (e.g., Lei de Interceptação Telefônica - Lei 9296/1996).

Mas as limitações aos direitos fundamentais devem ser estabelecidas dentro de balizas estritas. Primeiramente, as limitações não podem ser tamanhas a esvaziar o próprio direito fundamental.

A Teoria Dos Limites Dos Limites, ou teoria Das Restrições Das Restrições, de origem alemã, estabelece limites para o exercício de restrição aos direitos fundamentais.

Os critérios estabelecidos pela Teoria dos Limites dos Limites são de duas ordens: formais e materiais. Como requisito formal, os direitos fundamentais só podem ser restringidos por normas elaboradas por órgãos dotados de atribuição legiferante conferida pela Constituição, seguindo o princípio da reserva legal. Dessa forma, eventual restrição estaria expressa ou implicitamente autorizada nos ditames constitucionais.

Superados os limites formais, devem ser observados os limites materiais, como respeito ao Núcleo Mínimo Essencial, inarredável, previsto expressa ou implicitamente na Carta Magna.

Segundo Gilmar Mendes (2016), o núcleo essencial apresenta-se como o conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de criar grave situação inconstitucional, ou seja, as limitações aos direitos fundamentais encontram sua constitucionalidade na preservação desse núcleo essencial.

Acerca da proteção do núcleo essencial, a doutrina aponta duas correntes relativas a seu objeto: a Teoria Absoluta, que admite esse núcleo mínimo como fixo, separando os direitos insuscetíveis de limitação daqueles que podem ser restringidos. Na acepção dessa Teoria Absoluta, o conteúdo do direito não se altera com as peculiaridades da situação concreta. Já na Teoria Relativa, mais aceita no Brasil, o núcleo deve ser aferido no caso concreto, inserido em um contexto específico.

Independentemente da adoção da Teoria Absoluta ou da Relativa, o núcleo essencial implica uma limitação que o legislador não pode ultrapassar, delimita um espaço que a lei não pode adentrar, sob pena de ser declarada inconstitucional.

A Teoria Dos Limites dos Limites impõe, ainda, que a restrição deve ser e genérica e abstrata. Nestes termos, a lei que venha a limitar o direito fundamental não pode ser casuística, discriminatória, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade material e da segurança jurídica. A ingerência no âmbito dos direitos fundamentais a pessoas determinadas, atingindo-as

individual e concretamente afronta os postulados básicos do Estado Democrático de Direito, que veda o tratamento desigual e arbitrário no sentido de prejudicar ou beneficiar tais pessoas.

As delimitações impostas por esta teoria devem ser claras e precisas, com as restrições veiculadas em normas explícitas, afastando-se, por conseguinte, a possibilidade de restrições sub-reptícias, em atendimento ao princípio da segurança jurídica

As limitações também devem obedecer ao princípio constitucional da não retroatividade, prestigiando o princípio da segurança jurídica, mantendo incólumes as situações definitivamente consolidadas.

Finalmente, o princípio da proporcionalidade também constitui parâmetro para a restrição aos direitos e garantias fundamentais. De acordo com o princípio da proporcionalidade na doutrina de Alexy, toda intervenção na esfera dos direitos fundamentais deve observar Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em sentido estrito.

No tocante à Adequação, a restrição é possível se for suficiente para alcançar o fim pretendido. Quanto à Necessidade, a restrição seria adotada na inexistência de meio menos gravoso, sendo imprescindível, naquele caso particular, a limitação ao direito fundamental.

Já a Proporcionalidade em sentido estrito revela a ponderação na relação custo-benefício, verificando se a limitação é capaz de produzir algum bônus ou incremento substancial.

2 DOS DIREITOS SOCIAIS

O art. 6º da Constituição inicia o capítulo II “Dos Direitos Sociais” com uma norma programática, ou seja, de eficácia limitada, que expressa um objetivo a ser alcançado, ao elencar que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Dentre estes direitos sociais, saúde também é trazida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo XXV, o qual estabelece que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. Dessa forma, é possível concluir que o direito à saúde é indissociável do direito à vida, que tem por inspiração o valor de igualdade entre as pessoas.

Os direitos sociais, por serem fundamentais, são regidos pela dupla fundamentalidade formal e material característica destes direitos fundamentais. Dessa forma, são protegidos contra uma supressão e erosão pelo poder de reforma constitucional, enquanto cláusulas pétreas, na forma das disposições do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

O artigo 5º, §1º da Constituição Federal determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, cabendo aos Poderes Públicos, Judiciário, Legislativo e Executivo, promover o desenvolvimento desses direitos.

Os direitos sociais são regidos pela lógica deste artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, buscando otimização do conjunto de princípios e direitos fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto.

Portanto, de acordo com o artigo 5º, §1º da Constituição federal de 1988, as normas de direitos sociais, nelas incluídas as que disciplinam o direito à saúde, devem ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade.

Além da disciplina constitucional, a interpretação das leis referentes aos direitos sociais deve obedecer aos parâmetros estabelecidos no Decreto-Lei nº 4.657/1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro- LINDB, denominação esta conferida pela Lei nº 12.376, de 30/12/2010.

A alteração de nomenclatura de Lei de Introdução ao Código Civil, para Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, situou a referida Lei como norma que interessa a todo o ordenamento jurídico nacional, e não apenas ao Direito Civil.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2016) trata-se de legislação anexa ao Código Civil, mas autônoma, não integrando este Código Civil. A LINDB constitui um repositório de normas preliminares à totalidade do ordenamento jurídico pátrio, uma norma de “sobredireito”, um conjunto de normas sobre normas, “lex legum”, visto que disciplina as próprias normas jurídicas, determinando o seu modo de aplicação e entendimento, no tempo e no espaço. regulamentando outros ramos jurídicos.

Analisando a interpretação das normas de direitos sociais sob a ótica da LINDB, pertinente observar que seu art. 5º dita que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O art. 5º da LINDB consagra que em toda interpretação devem ser respeitados os fins sociais a que se dirige a norma.

Dessa forma, o artigo 5º da LINDB estabelece um dever de observar o impacto que a norma terá em uma comunidade em toda interpretação, tornando esta interpretação ao mesmo tempo sociológica e teleológica. E normas que dizem respeito aos direitos fundamentais individuais ou sociais devem ter interpretação ampliativa.

Os direitos fundamentais são também protegidos pelo princípio da proibição de retrocesso, também conhecido como vedação de retrocesso social, ou efeito “cliquet, princípio este que proíbe a redução injustificada do grau de concretização alcançado por um direito fundamental, constituindo-se em verdadeiro limite à extinção ou redução injustificada de medidas legislativas ou de políticas públicas adotadas para conferir efetividade aos direitos fundamentais.

Exige-se, portanto, uma estabilidade nas posições ou situações resultantes da implementação dos direitos fundamentais, que devem ser concretizados em nível adequado e suficiente. Embora este princípio não conste de forma expressa na Constituição Federal de 1988, tem fundamento em diversos dispositivos do texto desta, como no princípio da segurança jurídica, do artigo 5º, caput e inciso XXXVI, da isonomia do 5º, caput, da máxima efetividade, do artigo 5º, §1º, da dignidade da pessoa humana do artigo 1º, inciso III, e do Estado Democrático de Direito, do artigo 1º, caput, todos da Constituição Federal de 1988.

Essa proteção dos direitos subjetivamente adquiridos constitui um poderoso limite jurídico da liberdade de conformação do legislador e, simultaneamente, uma obrigação de realização de uma política consentânea com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas, de forma que o núcleo essencial dos direitos fundamentais, já realizado e efetivado através de medidas legislativas ou políticas públicas, deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa anulação, revogação, ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.

Importante salientar que o próprio conteúdo existencial, do qual faz parte o núcleo essencial protegido como mínimo existencial na ponderação nas situações em que se pretende limitar estes direitos, não é o mesmo em cada direito social.

É possível vislumbrar diferentes núcleos essenciais, por exemplo, para a educação, a moradia, assistência social, a saúde, e outros, não dispensando, portanto, a necessária contextualização, bem como a necessária utilização de uma interpretação, simultaneamente tópico e sistemática. Portanto, a definição do mínimo existencial, em cada situação, reclama uma análise, ou, pelo menos, a possibilidade de uma averiguação, à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso.

3 NATUREZA EXEMPLIFICATIVA DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS

O rol de procedimentos da ANS é parâmetro para efetiva concretização das prestações a que as operadoras e seguradoras de saúde se obrigam nos seus respectivos contratos, no tocante à cobertura de agravos de saúde pelos seus beneficiários.

Dessa forma, qualquer restrição genérica e abstrata à leitura deste rol de procedimentos acarreta, em última análise, uma restrição ao direito à saúde do beneficiário, acentuando a vulnerabilidade deste beneficiário, que diante desta restrição geral e abstrata sofre maior risco de ter a cobertura de seu tratamento negado pela operadora ou seguradora, e também menores possibilidades de se socorrer do Judiciário para proteger seus direitos.

DISCUSSÃO

O direito à saúde, enquanto direito fundamental social, conta com toda a disciplina protetiva própria destes direitos, devendo ser abordado e interpretado dentro da lógica destes direitos.

Enquanto conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, com finalidade básica o respeito a sua dignidade da pessoa humana, traz parâmetros mínimos intransponíveis, que não são passíveis de limitação.

Ao considerar o rol de procedimentos da ANS como taxativo, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o voto do relator Ministro Luís Felipe Salomão prestigiou o equilíbrio atuarial das operadoras, ponderando que considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo acarretaria diminuição do acesso à saúde suplementar à mais ampla faixa da população, já que salvo os planos de saúde coletivos empresariais, subvencionado pelo próprio empregador, em regra, atualmente os planos de saúde são acessíveis apenas às classes média alta e alta da população.

Foi salientado no voto o risco de que a opção de considerar o rol meramente exemplificativo conduziria a uma padronização de todos os planos de saúde, obrigando-os, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado.

Mas mesmo considerando este aspecto econômico, a opção pela taxatividade acaba por limitar direitos dos beneficiários dos planos e seguros de saúde desproporcionalmente aos benefícios em equilíbrio atuarial, acentuando a vulnerabilidade do beneficiário.

A vulnerabilidade do usuário em relação à operadora de plano de saúde é franca, diante da assimetria econômica e informacional entre as partes. Além disso, à luz da boa-fé objetiva, conforme artigo 421 do Código Civil de 2002, o consumidor que contrata um plano de saúde tem a justa expectativa da garantia de ser atendido em caso de necessidade, independentemente da espécie de procedimento necessário a seu restabelecimento, até por não contar, em regra, com conhecimento técnico acerca das alternativas de tratamento.

No voto, também considerou que a regra geral do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos planos de saúde, sob o argumento de que, no confronto entre as regras específicas e as demais do ordenamento jurídico, deve prevalecer a regra excepcional, ou seja, a Lei 9.656/1998.

Mas a boa-fé, enquanto supraestrutura jurídica que permeia todo o sistema, deve ser observada também nos contratos de plano de saúde privados, pelas disposições da própria Lei 9.656/1998, que traz previsão expressa da aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 35-G.

Cláudia Lima Marques (2016) também entende que, nesta espécie de contrato, mesmo havendo lei sob planos de saúde, Lei 9.656/1998, o regime contratual é fortemente influenciado pelas linhas de boa-fé do Código de Defesa do Consumidor.

Também a Ministra Nancy Andrighi (2010), ao analisar o artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor reconheceu como de obrigatório reconhecimento pelos participantes das relações de consumo, a fim de obter “a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

A própria natureza dinâmica do rol, que por lei deve ser atualizado a cada dois anos, é incompatível com uma suposta taxatividade.

A limitação aos tratamentos pela taxatividade não comprometeria apenas a proteção do consumidor frente a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, mas também o atendimento deste em caso de contingências. Por exemplo, na falta de algumas medicações e insumos, que ocorreram durante a pandemia, se o médico propusesse alguma alternativa, esta poderia ser negada de pronto, com a alegação de não constar do rol da ANS, ainda que de eficácia cientificamente comprovada.

Ao analisar a definição legal de Plano Privado de Assistência à Saúde, trazida pelo artigo 1º, inciso I, da Lei 9.656/1998, com a redação a este dispositivo conferida pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001, este consiste na “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 a 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;”

Nesta definição, é possível constatar como elementos do contrato o pagamento por parte do consumidor, e a assistência médica a ser paga pela operadora contratada. Quanto à assistência médica, o artigo 35-F da mesma Lei 9.656/1998, determina que assistência a que alude o artigo 1º desta Lei “compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes.”

Dessa forma, não há qualquer limitação legal quanto às ações necessárias para recuperação, manutenção e reabilitação da saúde do beneficiário. Considerando que o art. 5º da LINDB consagra que em toda interpretação devem ser respeitados os fins sociais a que se dirige a norma, este fim social são as ações acima referidas, independentemente do tipo de tratamento necessário para a consecução destas.

A leitura do rol de procedimentos como exaustivo é, portanto, mais coerente com a efetiva concretização do direito à saúde, diante do dinamismo e da complexidade das ações necessárias para tal. Segue a lógica dos direitos fundamentais, cristalizada no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais, há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, buscando otimização do conjunto de princípios e direitos fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto.

CONCLUSÃO

A decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça não é vinculante e não muda a posição eminentemente majoritária que predomina nos tribunais inclusive no próprio STJ, que tem adotado o entendimento de que o rol da ANS é meramente exemplificativo.

Além disso, o tema da natureza do rol da ANS deve ser objeto de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, justamente para se evitar a insegurança jurídica que se instalou, quanto mais considerando a notória divergência de posições entre a 3ª e a 4ª Turma do STJ.

Mas ainda assim acarreta obstáculos aos usuários de plano de saúde, que precisam se socorrer do judiciário ante as negativas de cobertura, na sistemática do atual Código de Processo Civil, com valorização de precedentes e possibilidade de indeferimento de recursos contrários à jurisprudência.

A vulnerabilidade do usuário fica ainda mais exacerbada, se considerada a resolução normativa 465 da ANS, determinando que este rol passará a ser taxativo. Os Tribunais, incluindo as Cortes Superiores, costumam ter uma postura de deferência frente as normativas editadas pelas agências reguladoras.

Neste cenário, o direito à saúde foi ponderado com um suposto risco de desequilíbrio atuarial das operadoras de saúde, não com outro direito fundamental. Tanto a decisão da 4ª Turma do STJ como a resolução 465 da ANS convergem em uma barreira de difícil superação, engessam o sistema, já que não permitem nem mesmo a apreciação das particularidades do caso concreto, no caso de pedido de procedimento que não conste do rol.

Tal entendimento é contrário aos princípios constitucionais que regem os direitos sociais, no caso direito à saúde, e contrários à própria lógica da interpretação das leis estabelecida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na medida em que vai de encontro com os fins sociais da norma, que deveriam ser buscados por força do artigo 5º desta lei, e desconsidera as consequências práticas da decisão, contrariando, portanto, o artigo 20 desta mesma LINDB.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.053.810 - SP. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 15/03/2010.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.733.013 – PR . Relator Ministro Luis Felipe Salomão. DJe. 20/02/2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. 9 reimp. Coimbra: Almedina, 2003
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional/ Dirley da Cunha Júnior – 13. Ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador:JusPODIVM,2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume I: parte geral – 13.ed. – São Paulo, Saraiva, 2015
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 8ª ed. Rev., atual. Eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016
- MORAES, Alexandre de. Constituição Federal Comentada / Alexandre de Moraes ... [et al.]; [organização Equipe Forense]. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018
- PADILHA,Rodrigo. Direito Constitucional. Rodrigo Padilha. 5. Ed. ver. Atual. São Paulo, Método,2018
- SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 07 jun. 2021.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005