Judicialização da Saúde Suplementar: A Construção do Recente Entendimento Acerca do Caráter Taxativo Excepcionável do Rol de Procedimentos e a Impossibilidade de Análise Econômica de Direitos Sociais Essenciais

Fabrício Irun Silveira Martins
Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Pós-Graduado em Direito Público e Direito Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Advogado no Rio de Janeiro (licenciado). Assessor de Órgão Julgador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).

RESUMO: O Superior Tribunal de Justiça registra conflito de entendimentos no âmbito da Terceira e Quarta Turmas relativamente à natureza taxativa ou exemplificativa do rol de procedimentos que orienta o exercício da atividade dos planos de saúde, recentemente pacificado em julgamento conduzido pela Segunda Seção da Corte. No primeiro caso, colhem-se ar-

gumentos inspirados nas bases da teoria da Análise Econômica do Direito. Na outra via, prepondera a aplicação sistemática de normas de natureza consumerista. O presente estudo desenvolve cada uma dessas linhas de pensamento e, prestigiando o acerto da tese segundo a qual o rol de coberturas contratuais deveria ser considerado exemplificativo, acresce reflexões na matéria a partir da interpretação dos dispositivos legais de regência, da realização de controle de legalidade da Resolução n. 465/21 e da abordagem das premissas decisórias constantes do julgado que uniformizou o entendimento no tema.

ABSTRACT: The Brazilian Superior Court of Justice records conflicting, despite recently conciliated, interpretations on the matter of health care plans, regarding their coverage to be based on a strict or a non-comprehensive catalog of procedures. In the first case, the arguments are inspired by the grounds of the theory known as the Economic Analysis of Law. In contrast, the systematic application of consumer law prevails. The present study develops each of the referred lines of reasoning and, by honoring the viewpoint that contemplates the non-itemized list of health procedures, adds new reflections on the subject not only from the interpretation of the pertaining legal provisions, but also concerning the legality control of Resolution nº 465/21 and the decision-making parameters on the theme.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A tese do rol taxativo de procedimentos e a leitura de suas razões segundo premissas da Análise Econômica do Direito. 3. A tese do rol exemplificativo de procedimentos e a impossibilidade de Análise Econômica de Direitos Sociais Essenciais. 4. A prevalência da taxatividade excepcionável a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1886929/SP. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Planos de saúde. Rol de Procedimentos. Análise Econômica do Direito. Direitos sociais.

KEYWORDS: Health care plans. Catalog of procedures. Economic Analysis of Law. Social rights.

1. INTRODUÇÃO

Adotando como ponto de partida o panorama jurisprudencial observado em tema de judicialização da saúde suplementar no contexto da abrangência das coberturas dos planos e seguros privados (isto é, se o rol de procedimentos e eventos em saúde tem natureza taxativa ou exemplificativa), o presente trabalho tem por objetivo analisar cada uma dessas perspectivas segundo os fundamentos jurídicos que lhes dão sustentação.

O estudo principia com a análise conjunta da fundamentação do Recurso Especial n. 1733013/PR e do Agravo Interno no Recurso Especial n. 1879645/SP, que bem representam o entendimento colhido na Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, os quais terão suas razões essenciais enumeradas para fins de vindoura análise.

Na sequência, seguem-se considerações em sede de Análise Econômica do Direito no cenário da saúde suplementar. Nessa quadra, após breve contextualização da teoria, passa-se a identificar nas razões de decidir apontadas nos julgados referidos os parâmetros de aproximação entre Economia e Direito, dentre os quais se incluem a eficiência, o resultado mais benéfico, a alocação de recursos em meio a escolhas possíveis, o custo de oportunidade, as falhas de mercado e a aplicabilidade da Teoria dos Jogos.

O capítulo seguinte é dedicado a retratar a tese do rol exemplificativo de procedimentos e a tecer ponderações acerca da impossibilidade de análise econômica de direitos sociais essenciais, como é o caso da saúde.

Inicia-se com a desmontagem do Recurso Especial n. 1846108/SP em um elenco de razões de decidir, a fim de ilustrar o entendimento observado no âmbito da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Adiante, procede-se a uma contextualização das duas linhas decisórias abordadas, tecendo-se comentários acerca da impossibilidade de se adotar o percurso argumentativo fundado no discurso consequencialista, que é próprio da Escola de Chicago,

a isso se contrapondo os argumentos adotados pela tese do rol exemplificativo de coberturas contratuais.

Prossegue-se com o oferecimento de um contributo destinado a corroborar o acerto da tese do rol exemplificativo com alguns novos argumentos que não foram aventados à época do enfrentamento da controvérsia ainda na senda do colegiado fracionário.

O estudo se encerra com a abordagem do recente julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1886929/SP, realizado no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, que pacificou a controvérsia por meio da consagração do entendimento no sentido de que os procedimentos e tratamentos decorrentes de contratos de prestação de serviço de saúde suplementar são regidos por um rol taxativo *excepcionável*, de sorte a comportar temperamentos nos casos de inexistência de substituto terapêutico ou de esgotamento das previsões elencadas pela Agência Nacional de Saúde.

O enfoque utilizado na investigação é civil-constitucional e consumerista aliado à interdisciplinaridade das ciências, especialmente no que tange à Análise Econômica do Direito.

Em sede de metodologia, o trabalho se utiliza de uma abordagem de natureza teórica e prática, com referência aos entendimentos que orientam as duas vertentes decisórias no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Na operacionalização do método, serão usadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2. A TESE DO ROL TAXATIVO DE PROCEDIMENTOS E A LEITURA DE SUAS RAZÕES SEGUNDO PREMISSAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.1 A taxatividade do Rol de Procedimentos em Saúde segundo o entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça

Da análise dos julgados que subsidiam a construção da tese do caráter taxativo do rol de coberturas em saúde, produto da superação de anterior entendimento preponderante no âmbito

da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, podem ser isolados os seguintes argumentos[1]:

> i. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), nos termos de sua lei de regência[2], possui competência para elaborar a norma regulamentadora que definirá a amplitude das coberturas a serem oferecidas pelos planos de saúde[3], razão pela qual edita e atualiza o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituem referência básica na matéria;
>
> ii. A elaboração do rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde é orientada por diretrizes técnicas que incluem o resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor e o acesso pelo consumidor, inclusive os integrantes da camada mais ampla e vulnerável da população, ao direito à saúde com preços acessíveis;
>
> iii. A tese segundo a qual o rol é meramente exemplificativo e a cobertura mínima não tem limitações definidas eleva os preços dos planos de saúde e padroniza a forma de prestação, restringindo a livre concorrência e contrariando a concepção legal de um plano básico ou de referência, pois permite a imposição de custeio de qualquer tratamento prescrito, o que impede a oferta do serviço com outras coberturas contratuais;
>
> iv. A regulamentação por meio de agência executiva se revela necessária porque permite a edição e revogação de regras com rapidez, o que não seria possível por meio do processo legislativo[4];
>
> v. O rol da agência reguladora é meio de realização do escopo do contrato em termos de equilíbrio de direitos e

1 Por todo o exposto, confiram-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1733013/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 20/02/2020. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1879645/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2021, DJe 04/05/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

2 Nesse sentido, confira-se o art. 4º, III e XXXVII, da Lei n. 9.961/2000 (BRASIL, Lei n. 9.961/00, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/l9961.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022).

3 Nesse sentido, confira-se o art. 10, §4º, da Lei 9.656/98 (BRASIL, Lei n. 9.656/98, de 03 de junho de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022)

4 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 *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1619479/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 29/03/2021, DJe 05/04/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

deveres dos pactuantes, tanto em relação aos riscos quanto no tocante às obrigações específicas que recaem sobre o fornecedor, o que repercute na formação dos custos com racionalidade e prudência;

vi. A desconsideração de tais fatores, somada a imposições judiciais de coberturas, gera efeitos colaterais que, embora benéficos a uma parte e prejudiciais a outra, distorcem os valores das contraprestações dos consumidores e os cálculos atuariais, provocando aumento de preços em virtude do aumento de riscos cobertos e, consequentemente, menor acesso de consumidores ao mercado;

vii. O advento dos arts. 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro demanda uma ótica consequencialista nas decisões judiciais. São desastrosas as decisões que impõem obrigações em saúde sem cobertura contratual, pois desestabilizam economicamente as operadoras de saúde e aumentam a sinistralidade dos contratos, penalizando os usuários;

viii. Cabe ao Judiciário levar em conta que as decisões podem impactar nos custos das atividades ao se desconsiderar todas as razões e fatos das demandas, sendo certo que a função social do contrato não se confunde com a implementação de políticas públicas estatais enquanto instrumento de justiça social.

Observa-se, portanto, uma construção argumentativa que, partindo da competência da Agência Nacional de Saúde para regular tecnicamente a atividade do mercado de planos de saúdes, aponta a necessidade de se atentar para os efeitos deletérios da judicialização sobre a formatação do objeto contratual, o desenho dos custos de oferta e sua exposição ao incremento dos riscos.

2.2 Breves considerações acerca da análise econômica no cenário da saúde suplementar

A leitura dos argumentos arrolados no julgado considerado como referência na matéria no âmbito da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça permite perceber que as razões de decidir foram alicerçadas em conceitos alinhados às bases fundantes da chamada Análise Econômica do Direito (AED) ou Escola de Chi-

cago, cujos estudos renderam ao jurista americano Roland Coase o Prêmio Nobel de Economia no ano de 1991[5].

Não por outra razão, constam do elenco de fundamentos referências expressas a termos como equilíbrio econômico-financeiro do setor, livre concorrência, formação racional de custos, efeitos colaterais (*rectius*, externalidades), ótica consequencialista, desestabilidade econômica e custos das atividades.

Em que pese a relevância das contribuições de Roland Coase[6] e o fato de que a doutrina refere que a teoria começou a ser germinada ainda no século XVIII[7], foi em Richard Posner, docente da Universidade de Chicago, que as estruturas dessa doutrina ganharam forma a partir dos idos de 1972, com a publicação da obra *Economic Analisys of Law*.

Em apertada síntese, a Análise Econômica do Direito estuda a ciência e as instituições jurídicas segundo critérios racionais oriundos dos preceitos e métodos econômicos. Integram o objeto de exame a aproximação das normas jurídicas à teoria econômica, o que permite um olhar que alcança uma leitura dos impactos da efetivação do Direito e da atuação das instituições legais. Nessa ordem de ideias, as instituições jurídicas passam a ser vistas como integrantes do sistema econômico, tal qual variáveis capazes de provocar efeitos sobre outros elementos do sistema, e que precisam ser analisadas à luz de institutos econômicos pertinentes e do funcionamento dos mercados. Esse alinhamento fica evidente quando se observa o viés econômico

5 MONTEIRO, Renato Leite. Análise econômica do direito: uma visão didática. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI. XVIII, 2009, São Paulo. *Anais*... Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

6 COASE, Ronald. The problem of social cost. *In*: *Journal of Law and Economics*. v. 3. Outubro, 1960. Chicago: University of Chicago Press, 1960. p. 1-44.

7 *"No século 18, Adam Smith discutiu os efeitos econômicos na legislação mercantilista. Entretanto, aplicar economia para analisar a regulação de atividades não relacionadas ao mercado teve origem indireta com Jeremy Benthan (1789) e a escola do utilitarismo, teoria ética que responde a todas as questões acerca do que fazer, do que admirar e de como viver, em termos da maximização da utilidade e da felicidade. Através de seus estudos, Bentham examinou sistematicamente como se dá o comportamento dos atores sociais ao se depararem com incentivos legais e assim pôde avaliar os resultados de um estado medido através do nível de bem-estar social. Os estudos desse autor contêm uma significante e extensa análise sobre Direito Penal, aplicação coercitiva da lei e sobre procedimentos legais."* (MONTEIRO, Renato Leite. Análise econômica do direito: uma visão didática. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI. XVIII, 2009, São Paulo. *Anais*... Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022).

presente em disciplinas como Direito Concorrencial, Direito Falimentar e Direito Regulatório, mas nenhuma área jurídica pode ser aprioristicamente descartada, notadamente aquelas que versam sobre relações de trabalho, tributos, propriedade, contratos e responsabilidade civil.

Em sendo o escopo desta quadra identificar nas razões de decidir apontadas no Recurso Especial n. 1733013/PR e no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1879645/SP e os parâmetros de aproximação entre Economia e Direito, percebe-se desde logo que o reconhecimento da possibilidade de a Agência Nacional de Saúde disciplinar quais tratamentos devem ou não ser cobertos pelos operadores de saúde vai muito além da simples legitimação de seu poder normativo[8].

Conforme consabido, o advento das agências reguladoras na década de 1990 representou tanto um ganho de eficiência na estrutura estatal quanto um aperfeiçoamento significativo no ordenamento jurídico brasileiro, à vista do poder normativo que lhes foi concedido pelo legislador. Com efeito, testemunhou-se o implemento de uma realidade que transferiu para as autarquias técnicas e despolitizadas decisões ligadas ao controle de tarifas e índices de reajustes de contratos privados e à democratização do acesso da sociedade a serviços por meio de medidas de fomento da competitividade a operadores de mercado, dentre outras atribuições.

Significa dizer que foi delegada para fora do centro de controle do Poder Executivo a tomada de decisões com potencial de repercutir sensivelmente no funcionamento dos mercados, notadamente aquelas ligadas à formação de custos e à preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Na realidade, tal como acima sugerido, prestigiar a normatização do rol de procedimentos em saúde por meio da autarquia do setor coloca em evidência a dinâmica com que as providências

8 Nos termos da Lei n. 9.901/00: *"Art. 4º Compete à ANS: (...) II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;"*.

acontecem no cenário prático quando um dos *players* é um ente estatal com poder normativo infralegal, uma vez que a produção de atos regulatórios é mais célere e advém de câmaras técnicas próprias, compostas, inclusive, de representantes do mercado.

É também nesse argumento segundo o qual a agência reguladora detém o conhecimento do que é melhor ou mais benéfico para o mercado que se verifica a importância de seu papel na formação dos contratos, pois seu poder de estabelecer as diretrizes gerais da pactuação permite dosar as obrigações contratuais conforme a importância dos interesses em jogo, privilegiando uns em desfavor de outros — inclusive do fornecedor em detrimento do consumidor, se necessário — com vistas ao bem maior, que estaria ilustrado na formação racional e prudente de custos.

Em meio a esses três fatores — a delegação propriamente dita, a dinâmica célere e atenta aos interesses do mercado e o poder de dosar benefícios — vislumbra-se aqui a premissa da Escola de Chicago segundo a qual a busca da eficiência é um princípio essencial, que se aplica desde a implantação do modelo de gestão da atividade e deve ser observado também nas decisões judiciais[9].

É também o anseio de eficiência que se percebe no panorama argumentativo do julgado da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao prestigiar fatores como a manutenção do equilíbrio econômico-atuarial do contrato e o maior acesso de consumidores à prestação do serviço de saúde suplementar em meio a preços acessíveis.

Aqui, a eficiência se revela na busca por um bem-estar coletivo no máximo de sua potencialidade, por meio da melhor alocação de recursos. Em termos claros, equivale a dizer que quanto menos

9 Em tema de eficiência, vale destacar que a teoria econômica dispõe de um modelo denominado Kaldor -Hicks, segundo o qual "as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica, as eventuais perdas sofridas por alguns.". Nesse sentido, confira-se RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria Geral dos Contratos:* Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 86 *apud* PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

a operadora de saúde gastar em custeio com as demandas de cobertura de seus associados, maior será a possibilidade de manter preços reduzidos, que permitirão que mais integrantes da camada social majoritariamente vulnerável tenha acesso ao serviço.

Acerca da batalha entre a alocação de recursos em meio às escolhas possíveis, confira-se:

> Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de *Law & Economics*, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais.[10]

Outro elemento importante na vereda dos poderes normativos da agência reguladora é aquele que propõe impedir que novas tecnologias em saúde se tornem disponíveis aos destinatários finais enquanto seus custos de implantação se revelam demasiadamente altos ou com potencial de desequilibrar parâmetros atuariais de contratos. Segundo essa lógica, por exemplo, um medicamento moderno ou uma técnica cirúrgica menos invasiva que utilize um equipamento de última geração poderiam não ser oferecidos aos associados se ficar constatado que a demanda por tais tratamentos tem o potencial de aumentar os custos da operação do plano de saúde.

Nesse sentido, segundo Stephen Holmes e Cass Robert Sunstein, *in verbis*:

> To take the cost of rights into account is therefore to think something like a government procurement officer, asking how to allocate limited resources intelligently while keeping a wide array of public goods in mind. Legal rights have "opportunity costs"; when rights are enforced, other valuable goods, including rights themselves, have to be forgone (because the

10 RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria Geral dos Contratos:* Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 89 *apud* PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

> resources consumed in enforcing rights are scarce). The question is always, might not public resources be deployed more sensibly in some other way?[11]

Nessa toada, a realização do objeto contratual teria um custo de oportunidade para o plano de saúde: o acesso a uma tecnologia mais dispendiosa por poucos consumidores comprometeria os recursos destinados a oferecer os meios tradicionais à maioria dos associados, o que justificaria a restrição.

Fala-se aqui em novas tecnologias equivalerem ao que, em Análise Econômica do Direito, conhece-se como *falhas do mercado*, as quais impedem o alcance da máxima eficiência das relações econômicas, devendo ser resolvidas por meio de normas jurídicas.

No caso em tela, valendo-se de seu poder normativo, bastaria que a Agência Nacional de Saúde deixasse fora do Rol de Procedimentos um determinado tratamento ou exame mais moderno que a falha de mercado estaria sanada e a alocação eficiente dos recursos dos planos de saúde seria prestigiada. Eventualmente, nada obsta que determinada benesse seja oferecida, desde que o custo de oportunidade seja compensado no incremento da contraprestação do consumidor, por exemplo, com a criação de segmentos de produtos voltados a classes econômicas de elite. Em termos claros, equivale a dizer que os que podem pagar mais serão aqueles com acesso aos tratamentos melhores, menos dolorosos, menos invasivos e menos arriscados.

Retomando-se a análise dos argumentos decisórios do julgado oriundo da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, é possível inferir que a adoção do entendimento segundo o qual o rol de procedimentos em saúde é taxativo seria uma forma de

11 Considerar o custo dos direitos, portanto, é pensar tal qual um departamento governamental de licitações que se questiona como alocar de forma inteligente recursos que são limitados, mas sem perder de vista a aquisição da maior variedade possível de bens públicos. Os direitos possuem um "custo de oportunidade"; quando são impostos aos destinatários, outros bens igualmente valiosos (inclusive outros direitos) precisam ser renunciados, pois os recursos consumidos na implementação desses direitos são escassos. A questão é sempre esta: seria mais sensato empregar os recursos públicos de outra forma? (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. *The cost of rights:* why liberty depends on taxes. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999. p.164, trad. livre).

combater as *externalidades negativas* — isto é, os efeitos colaterais decorrentes da imposição judicial de custeio de um determinado tratamento — que recaem sobre os planos de saúde. Isso porque tal entendimento desocuparia as prateleiras do Poder Judiciário, a cada dia mais empenadas por processos judiciais em que consumidores buscam a efetivação de direitos relacionadas à saúde e à vida, como transplantes não cobertos pelo Rol de Procedimentos, utilização *off label* de medicamentos em caso de ineficácia da terapia tradicional para câncer, exames diagnósticos com alto poder de detecção etc.

Com efeito, a noção de previsibilidade dos comportamentos dos contratantes, os quais somente recorreriam ao Poder Judiciário caso suas pretensões estivessem efetivamente albergadas pelo rol taxativo, materializa a chamada Teoria dos Jogos, que embora não seja considerada uma premissa em sede de Análise Econômica do Direito, é uma relevante ferramenta que auxilia a entender ou antever os comportamentos de personagens em tensão, pois analisa a forma como cada um deles determina sua atuação no mercado, considerando as prováveis ações ou estratégias dos outros.

Segundo Sabrina Becue,

> A Teoria dos Jogos tem por objetivo estudar os conflitos e as cooperações entre os jogadores, analisando as tomadas de decisões em que um ou vários agentes fazem escolhas que afetam, potencial ou efetivamente, a conduta de outros agentes. A utilização deste método para compreensão da tomada de decisão possui como objetivos principais auxiliar no entendimento teórico no processo de decisão dos agentes que interagem, a partir de abstrações e pressupondo a racionalidade dos jogadores, e desenvolver a capacidade de racionalizar estrategicamente nos agentes.[12]

Nessa senda, o fechamento do rol de procedimentos em saúde por meio da taxatividade induziria os comportamentos dos consumidores, os quais deixariam de demandar as operado-

12 BECUE, Sabrina Maria Fadel. *Teoria dos Jogos*. *In*: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Coord.). *O que é análise econômica do direito:* uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 112.

ras em juízo, funcionando a norma como um instrumento para traçar os caminhos de sua atuação, permitindo prever custos de litigiosidade com os contratos.

É bem ressaltar que a Agência Nacional de Saúde recentemente pôs em prática o referido instrumento ao prever expressamente em sua mais recente norma de regência o caráter taxativo do rol de procedimentos em saúde[13].

3. A TESE DO ROL EXEMPLIFICATIVO DE PROCEDIMENTOS E A IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE ECONÔMICA DE DIREITOS SOCIAIS ESSENCIAIS

3.1 A natureza exemplificativa do Rol de Procedimentos em Saúde segundo o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça

Do estudo do julgado emblemático proferido no âmbito da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, podem ser extraídos os seguintes fundamentos[14]:

> i. A ordem constitucional e legal de regência é pressuposto a ser observado no exercício de poder normativo por parte das agências reguladoras, razão pela qual aos atos da Agência Nacional de Saúde impõe-se compatibilidade com as leis especiais (em particular, a Lei n. 9.656/98 e a Lei n. 9.961/00), com a Constituição da República e com o Código de Defesa do Consumidor, esse último de aplicação complementar à norma especial[15] por se tratar de base principiológica de matriz constitucional na matéria;

13 Nos termos da RN 465/21: *"Art. 2º Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde."* (BRASIL, Agência Nacional de Saúde. Resolução Normativa n. 465, de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDAz Mw== >. Acesso em: 13 jun. 2022).

14 Por todo o exposto, confira-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1846108/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/02/2021, DJe 05/02/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

15 GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde:* a ótica da proteção do consumidor. 4. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 160-165 *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1846108/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/02/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

ii. A delegação legal acerca da definição da amplitude das coberturas contratuais (art. 10, §4º, da Lei n. 9.656/98) não autoriza a imposição de limites à cobertura que foi determinada por lei, o que se traduz em restrições ao destinatário final da prestação e frustração ao objeto contratual;

iii. O plano de referência previsto na legislação abrange a cobertura de todas as patologias listadas na Classificação Internacional de Doenças (CID), nos termos do segmento contratual a que o consumidor esteja vinculado e tão somente admitindo as exceções previstas no art. 10, I a X, da Lei n. 9.656/98, de modo que qualquer restrição baseada em norma regulamentadora deve ser reputada abusiva, uma vez que impõe ao destinatário uma desvantagem exagerada;

iv. As obrigações do contrato de prestação de serviço em saúde não se limitam aos seus próprios termos ou às previsões da norma regulamentadora, uma vez que são regidas por legislação especial, inclusive protetiva da figura do consumidor, razão pela qual o rol de procedimentos em saúde não pode ser considerado taxativo;

v. É inviável e irrazoável exigir que o consumidor, que é leigo em linguagem técnica, conheça a amplitude dos quase 3000 procedimentos médicos integrantes do rol de assistências contratuais ou que eleja ou renuncie antecipadamente a eventual alternativa de tratamento para doença que pode vir a acometê-lo, cuja cobertura reside no objeto da avença;

vi. A taxatividade do rol de procedimentos importa transferência de incertezas para a figura do consumidor, que assumirá riscos imprevisíveis e em relação aos quais possui legítima expectativa de se ver contratualmente amparado;

vii. É da essência da vulnerabilidade a falta de conhecimento técnico, pelo que a natureza taxativa do rol de coberturas importaria obstáculo à fruição da variedade de tratamentos que integram a prestação do serviço, expondo a risco sua vida e sua saúde em meio a uma escolha desinformada que não lhe poderia ter sido oposta no momento da adesão;

viii. O rol de procedimentos em saúde tem natureza exemplificativa, o que ilustra a efetivação de harmonia e do equilíbrio contratual da relação de consumo integrada por partes desiguais.

Ao que se constata, a visão que concebe o rol de procedimentos em saúde como sendo um elenco exemplificativo agrega elementos ligados à doutrina consumerista, critérios de razoabilidade e de proteção contratual.

3.2 Lançando um olhar diferenciado sobre o tema

A diferença de tratamento de uma mesma matéria por turmas de julgamento distintas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça se revela bastante evidente quando se isola o único traço comum a ambos os entendimentos, qual seja, o direito à saúde em rota de colisão com a função social do contrato.

Note-se que as duas linhas de raciocínio partem de uma origem comum, isto é, o poder normativo atribuído à Agência Nacional de Saúde para regular o rol de procedimentos que estabelece o âmbito das coberturas. Todavia somente o entendimento oriundo da Terceira Turma realmente dá um passo fundamental, que é trazer o Código de Defesa do Consumidor para o cenário em que se debate o direito à saúde.

Isso porque não se pode discutir um direito fundamental — especialmente um direito social essencial, como é o caso da saúde — sem trazer para o campo o arcabouço jurídico constitucional que lhe seja inerente ou, pelo menos, a legislação subordinada que seja dotada de matriz constitucional, como é a hipótese da codificação consumerista, que tem seu embrião nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da Carta da República.

Além disso, estabelecer se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é subsidiária ou complementar não faz qualquer diferença. A norma subsidiária pode atuar de forma independente ou por meio de interpretação sistemática com qualquer outra do sistema a que foi remetida. Portanto, se o art. 35-G da Lei n. 9.656/98 prevê aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, significa que esse diploma legal (e, naturalmente, todos os princípios que o integram) pode atuar em conjunto com qualquer dispositivo da Lei de Planos de Saúde ou sozinho, para suprimir de forma autônoma qualquer omissão legislativa.

Situação diversa seria se a norma especial previsse que a codificação consumerista tivesse aplicação supletiva. Nesse caso, o Código de Defesa do Consumidor somente poderia agir colmatando lacuna existente na norma especial e nos limites do que fosse necessário ao saneamento.

É de se questionar, então, se num cenário de efetivação de um direito social essencial, amparado por todas as normas e princípios do sistema de defesa do consumidor, é possível engendrar um percurso argumentativo fundado no discurso consequencialista que é próprio da Escola de Chicago, adotando como razões de decidir o funcionamento de variáveis e engrenagens em meio ao impacto da efetivação de direitos humanos fundamentais.

A resposta há de ser negativa. Não é possível conceber o equacionamento de perdas e ganhos ou custos e benefícios como parte de uma operação racional de alocação eficiente de recursos que atribua mais valor a um balanço atuarial do que a uma vida humana.

Não se está aqui a sustentar que os princípios e as práticas fundantes da doutrina da Análise Econômica do Direito a nada se prestam. É certo que têm seu lugar em relações patrimoniais, falimentares, concorrenciais ou que versem sobre previdência privada, por exemplo. Até mesmo não se descartam ensinamentos de Chicago em matéria de direitos sociais instrumentais (como a moradia, o transporte e o lazer, por exemplo). Mas de todos os valores integrantes do elenco de direitos sociais do art. 6º da Constituição da República, a saúde é um que efetivamente dialoga com as urgências da vida e da dignidade, por vezes mais do que qualquer outro. E aqui não há como sustentar a aplicação de lições de Análise Econômica do Direito, pois não pode haver um equilíbrio econômico-financeiro entre o bem-estar coletivo máximo com o mínimo de recursos e a dor individual, ou uma busca por eficiência ao arrepio do risco de morte.

Não por outra razão, a via decisória que reconhece o caráter enunciativo do rol de procedimentos em saúde preconiza em favor do indivíduo uma proteção contratual que vai além dos limites da própria avença.

É irrazoável cogitar que os aperfeiçoamentos da ciência médica poderiam pesar como falhas de mercado e deveriam ser afastados do rol de direitos caso sua efetivação pudesse desestabilizar economicamente uma operadora de saúde ou incrementar a sinistralidade dos contratos. Se há aumento de custos, devem ser repartidos com os *players* de mercado que auferem lucro com a atividade, como é o caso de estabelecimentos de saúde e profissionais. Seja como for, não se pode carrear à parte vulnerável da relação jurídica a repartição de perdas ou a renúncia a direitos.

Pensar dessa forma mecanicamente reducionista equivale a dizer que ao lado de tudo que se concebeu acerca da função social do contrato passasse a gravitar um novo instituto, a ser chamado de "função econômico-social do contrato" ou "função eficiente do contrato", o que é absolutamente inimaginável. Conforme se sabe, existe autorização legal para relativizar a autonomia privada por meio da incidência da cláusula geral da função social dos contratos ou de outros influxos relacionados à principiologia regente da matéria[16] quando se verifique a necessidade de fazer com que os contratos cumpram uma função entre os convenentes e também uma função pública, em prol da coletividade, a exemplo do que ocorre com a criação de empregos, a democratização de acesso a bens, a proteção do meio ambiente etc.

A funcionalização, portanto, é conceito que se extrai do próprio ordenamento jurídico e se funda na eticidade que deve promanar das relações interpessoais, no interesse público e em tudo o mais que possa traduzir a realização do bem comum. É, com efeito, uma função social para o bem daqueles que precisam do contrato, que dependem do pacto, que fruem direitos, experimentam riscos, desvantagens e vulnerabilidades — e não para o bem daqueles que auferem lucro com a exploração da atividade.

Nessa ordem de ideias, na esteira do magistério de Carlos Roberto Gonçalves, *in verbis*:

16 Nesse sentido, é o que prevê o Código Civil: *"Art. 2.035. (...) Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."*.

> É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser enfocado sob dois aspectos: um individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nesta medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.[17]

Daí dizer que as noções calcadas na Análise Econômica do Direito são incompatíveis com a efetivação de direitos sociais essenciais, como é o caso da saúde. Afinal, os direitos desse cariz são instrumentos de justiça distributiva, portanto não coadunam com a ideia da preponderância de uma eficiência alocativa de recursos ou de um bem-estar coletivo segundo um viés financeiro.

Diante de todo o exposto, sem embargo dos fundamentos já conhecidos na construção da tese que preconiza um rol de procedimentos exemplificativo, é possível acrescer mais um olhar sobre o mesmo tema, a partir da interpretação dos dispositivos legais de regência e da realização de controle de legalidade, ainda que se alcancem resultados similares. É o que se passa a desenvolver nas linhas que se seguem.

Há que se ter claro que o ato oriundo do poder normativo da Agência Nacional de Saúde, como é o caso da Resolução n. 465/21, regulamenta um Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, mas, na realidade, o Anexo 1 do referido diploma não regulamenta "evento" algum, apenas procedimentos.

Evento em saúde é conceito aberto que abrange qualquer situação que possa constituir ameaça à saúde, o que inclui as doenças propriamente ditas. Em saúde coletiva, tem-se o significado pertinente:

> Art. 2º Para fins de notificação compulsória de importância nacional, serão considerados os seguintes conceitos:
>
> (...)

17 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26.

> V - evento de saúde pública (ESP): situação que pode constituir potencial ameaça à saúde pública, como a ocorrência de surto ou epidemia, doença ou agravo de causa desconhecida, alteração no padrão clínico epidemiológico das doenças conhecidas, considerando o potencial de disseminação, a magnitude, a gravidade, a severidade, a transcendência e a vulnerabilidade, bem como epizootias ou agravos decorrentes de desastres ou acidentes;[18]

Em saúde individual, a lógica há de ser a mesma, conforme a fundamentação adiante declinada. Se o Rol é de Procedimentos e Eventos em saúde, é preciso considerar algumas premissas:

I. No Anexo 1, há somente uma lista de procedimentos. Nenhum evento em saúde (doença ou agravo) foi descrito. Logo não há sequer elementos para fazer uma leitura supostamente taxativa desse rol;

II. No Anexo 2, que trata das Diretrizes de Utilização (DUT), há algumas referências sobre doenças como, por exemplo, o câncer primário hepático. Uma vez prevista a cobertura da doença (o que nem era necessário, pois a noção de integralidade decorre do próprio art. 5º da Resolução[19]), pode o plano de saúde condicionar a cobertura de um procedimento a determinadas situações particulares, tal como fez no tocante àquele denominado "ablação por radiofrequência" para os casos de câncer primário hepático, dirigindo-o a lesões menores que 4 cm;

III. Se as coberturas de doenças são, a rigor, presumidas, as de procedimentos também o serão em virtude da aplicação da teoria dos poderes implícitos. Desse modo, se houver cobertura para a doença, consequentemente deverá haver cobertura para procedimento necessário a assegurar seu tratamento[20];

18 BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria n. 204, de 17 de fevereiro de 2016. Gabinete do Ministro. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=23&data=18/02/2016>. Acesso em: 13 jun. 2022.

19 Nesse sentido: *"Art. 5º A atenção à saúde na saúde suplementar deverá observar os seguintes princípios: (...); II - integralidade das ações;"*

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1001663/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 07/03/2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

IV. Somente a Lei pode excluir uma doença ou um procedimento, mas foi clara a opção do legislador em não excluir qualquer doença do rol do art. 10 da Lei n. 9.656/98, uma vez que constam do elenco disjuntivo apenas medicamentos, procedimentos, tratamentos e situações excepcionais. Nenhum deles é uma patologia. Observe-se, por exemplo, que em relação à infertilidade feminina (CID N97), a doença em si não foi ressalvada, mas foi excluída a cobertura tão somente do tratamento de inseminação artificial.

A solução não passa por discutir se o rol de procedimentos cobertos é taxativo ou exemplificativo. A rigor, ele nem deveria existir, pois do Anexo 1 somente constam procedimentos, e não doenças (eventos em saúde).

Nessa ordem de ideias, dar-se-ia o Anexo 1 da Resolução n. 465/21 por não escrito, seja porque não cabe uma argumentação jurídica a referendar o caráter taxativo (pois, na linha do exposto ao longo do presente estudo, a tese da análise econômica do direito não se alinha a direitos sociais essenciais), seja porque para que o plano de saúde tivesse êxito na exclusão do procedimento, deveria estar calçado em um rol de não coberturas (*rectius*, um rol de exclusões) previsto em lei — tal como o elenco do art. 10, I a X, da Lei 9.656/98, que ressalva tratamentos experimentais, estéticos etc.

E, ressalte-se, mesmo que houvesse um rol de não coberturas, este jamais poderia excluir eventos em saúde (pois, afinal, eventos são doenças, e afastá-los ofenderia o princípio da integralidade previsto na própria norma regulamentadora).

Nada obstante, ainda que se cogite da possibilidade de, por meio da delegação legal prevista no art. 10, §4º, da Lei n. 9.656/98[21], a Agência Nacional de Saúde definir a amplitude das coberturas, alguns fatores devem ser levados em consideração:

i. A delegação se refere à amplitude, o que não comporta as exclusões. Amplitude é medida, extensão, grandeza. Então

21 Nesse sentido, art. 10. (...), §4º: *"A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS. (Redação dada pela Lei nº 14.307, de 2022)"*

se a lei delega amplitude, ela transfere o poder de restringir a extensão, mas nunca a eliminação do direito à cobertura. Basta pensar no caso do procedimento de "ablação por radiofrequência" para câncer primário hepático. Tal patologia não pode ter sua cobertura excluída, mas sua amplitude (a extensão de seu cabimento frente à doença) pode ser condicionada por meio de diretrizes de utilização, tal como o foi no Anexo II da Resolução ANS 465/21;

ii. O parágrafo do dispositivo legal se interpreta na esteira do *caput*[22]. O art. 10 não prevê exclusão de doenças, mas apenas de coberturas de tratamentos. Logo a amplitude a que se refere o §4º do dispositivo necessariamente há de se referir a coberturas de tratamentos presumidamente alcançados pelo plano-referência.

Portanto, a controvérsia se resolve inicialmente com o controle de legalidade da Resolução ANS n. 465/21 para excluir do diploma regulamentar o seu Anexo I, uma vez que se trata de peça incompatível com os limites da delegação constante no art. 10, §4º, da Lei n. 9.656/98. Afinal, se não foi opção do legislador excluir doenças (como dito acima, o art. 10, *caput*, exclui apenas procedimentos excepcionais) e, se a eventual delegação conferida pelo art. 10, §4º, é instrumento de medida de cabimento da cobertura, a ideia de preconceber um rol de procedimentos e limitar o acesso do beneficiário apenas a esse universo é algo que exorbita o próprio âmbito da delegação. Em outras palavras, a delegação de que trata o art. 10, §4º, da Lei n. 9.656/98 é um *poder normativo de especificação* a recair sobre este ou aquele procedimento a que a agência reguladora entenda pertinente que sua cobertura seja condicionada a determinadas situações particulares.

Por consequência, se não há um legítimo rol de exclusões em qualquer outro anexo da Resolução, a controvérsia atrai a aplicação pura e simples da Lei n. 9.656/98 e do princípio da força obrigatória dos contratos.

22 É o que prevê a Lei Complementar n. 95, *in verbis*: *"Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: (...) III - para a obtenção de ordem lógica: (...) c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no* caput *do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;"* (BRASIL, Lei complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022).

Dito de outro modo, como o plano de saúde se obrigou a fornecer prestação de serviço em saúde e não pode haver ressalva legal da doença que acomete o paciente, e ainda, se não há um rol de exclusão objetiva do tratamento almejado e, também, se foi observada restrição eventualmente existente no Anexo II da norma regulamentadora (Diretriz de Utilização), a consequência lógica é o direito à cobertura almejada.

4. A PREVALÊNCIA DA TAXATIVIDADE EXCEPCIONÁVEL A PARTIR DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL N. 1886929/SP

A divergência de entendimentos entre a Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça acerca da natureza do rol de procedimentos a serem cobertos pelos prestadores de serviço de saúde suplementar — uma das mais acesas e relevantes controvérsias registradas na jurisprudência recente — restou pacificada com o julgamento recente dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1886929/SP na Segunda Seção do Tribunal, responsável pela uniformização dos entendimentos oriundos das Turmas de Direito Privado. Sob relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, prevaleceu a tese antes sufragada no âmbito da Quarta Turma e agora aperfeiçoada pelas ponderações lançadas no voto-vista do Min. Villas Boas Cuêva, a assentar que o rol de procedimentos tem natureza taxativa *excepcionável*, isto é, comportando flexibilização na hipótese de inexistência de substituto terapêutico ou de esgotamento das previsões elencadas pela Agência Nacional de Saúde.

Antes de tecer considerações acerca da novel compreensão na matéria, convém trazer a lume alguns elementos dignos de nota ao longo da tramitação do recurso subjacente e dos próprios embargos uniformizadores da divergência.

A questão foi alçada ao Superior Tribunal de Justiça em agosto de 2020, por meio de Recurso Especial distribuído à relatoria do Min. Villas Boas Cuêva, que, monocraticamente, julgou a questão reafirmando o entendimento consolidado no âmbito

da Terceira Turma, da qual é integrante há 11 anos[23]. Seguiu-se a interposição de Agravo Interno, e o Relator, mais uma vez, reafirmou o posicionamento do Colegiado. Sobreveio a oposição de Embargos de Divergência, que foram distribuídos na Segunda Seção à relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, o qual votou pela taxatividade do rol de procedimentos em saúde suplementar, na mesma linha de pensamento da Quarta Turma, que é seu Colegiado de origem. A divergência foi inaugurada pela Min. Nancy Andrighi, que, por sua vez, verberou o entendimento diametralmente oposto, consolidado no âmbito da Terceira Turma, no sentido de que o rol é meramente exemplificativo. Seguiu-se pedido de vista antecipada por parte do Min. Villas Boas Cuêva, que, reconsiderando o voto proferido no Recurso Especial subjacente aos Embargos de Divergência, aderiu à tese do rol taxativo e propôs o acréscimo de parâmetros de flexibilização, no que foi acompanhado pelos demais votantes oriundos da Quarta Turma e também pelo Min. Marco Aurélio Bellizze, que, embora originário da Terceira Turma, igualmente reviu seu entendimento[24].

Outro elemento digno de relevo é o fato de que os Embargos de Divergência foram pautados à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em 02 de setembro de 2021[25], mesma data da edição da Medida Provisória n. 1.067/21, que alterou a Lei n. 9.656/98 para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar[26], tendo o diploma modifica-

23 Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/Paginas/Institucional/Composicao/ Composicao-do-STJ.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022).

24 A mudança de posicionamento dos Mins. Villas Boas Cuêva e Marco Aurélio Bellizze era, a certo modo, já esperada, uma vez que, naquele mesmo ano de 2021, o Superior Tribunal de Justiça foi apoiador do seminário *Análise Econômica dos Atos Regulatórios na Saúde Suplementar*, que ofereceu relevantes discussões que perpassaram a matéria do rol taxativo ou exemplificativo dos procedimentos a serem cobertos por planos de saúde. Conforme vaticinou Wilson Kroner Campos, *"A presença de 03 Ministros da Terceira Turma do STJ nesse evento e as abordagens realizadas permitiram colher a sinalização de que eles podem aderir à tese do Min. Salomão, com o que o placar estimado na Segunda Seção seria em tese de 8 a 2 em prol de uma taxatividade "temperada" do rol da ANS. A divergência e oposição ao voto do Ministro Luis Felipe Salomão partirá da Ministra Nancy Andrighi."*. Nesse sentido, confira-se CAMPOS, Wilson Kroner. Cobertura dos planos de saúde e rol da ANS: impactos de eventual "overruling" do STJ. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/351959/cobertura-dos-planos-de-saude-e-rol-da-ans>. Acesso em: 13 jun. 2022.

25 Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pauta/buscar/?seq_documento=134777540>. Acesso em: 13 jun. 2022.

26 BRASIL, Medida Provisória n. 1.067/21, de 02 de setembro de 2021. Disponível em: <http://www.

tivo sido mencionado no voto do Relator durante a sessão de julgamento realizada duas semanas depois, ensejando o pedido de vista que veio a representar a divergência favorável ao rol exemplificativo. Mais adiante, já em 03 de março de 2022, a Medida Provisória n. 1.067/21 veio a ser convertida na Lei n. 14.307/22[27], tendo sido referida pelo Min. Villas Boas Cuêva no voto-vista proferido na sessão que definiu o julgamento da matéria.

Passadas essas anotações preliminares, tem-se que o início do julgamento dos Embargos de Divergência se deu com a leitura do voto do Min. Luis Felipe Salomão[28], que reprisou — agora com novo fôlego e novos aprofundamentos — a tese consolidada no âmbito da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, acrescendo uma gama de nuances destinadas a corroborar o entendimento de que o rol de coberturas teria natureza *numerus clausus*, como a necessidade de comprovação científica dos tratamentos cuja cobertura venha a se tornar obrigatória.

Ao entendimento já conhecido, o Relator acresceu considerações a respeito da então vigente Medida Provisória n. 1.067/21, que reduziu o prazo de conclusão dos processos de atualização do rol de procedimentos em saúde para 120 dias, referindo a necessidade de observância de parâmetros técnicos, como os princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS) e os preceitos da Medicina Baseada em Evidências (MBE).

Em que pese a defesa dos argumentos que prestigiam a taxatividade do elenco de procedimentos, do voto do Relator colheu-se a primeira sinalização no sentido de que uma flexibilização não estava descartada, referindo-se que excepcionalmente poderiam ser contempladas coberturas de medicamentos relacionados ao tratamento do câncer de uso ambulatorial ou hospitalar, medicamentos administrados durante internação hospitalar, terapias não previstas, porém cientificamente comprovadas e

planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1067.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

27 BRASIL, Lei n. 14.307/22, de 03 de março de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14307.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

28 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Seção - STJ - 16/09/2021. Brasília: STJ. 1 vídeo. 4h16min. Disponível em: <https://youtu.be/4DjS1Hq8v_E>. Acesso em: 13 jun. 2022.

autorizadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), e medicamentos de uso *off label*.

Em nova sessão de julgamento, seguiu-se a esperada abertura de divergência pela Min. Nancy Andrighi[29], a quem coube reapresentar a tese do rol exemplificativo, consolidada no âmbito da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Em seu voto, foram reforçadas as premissas já conhecidas e enfatizados pontos como a impossibilidade de as agências reguladoras inovarem na ordem jurídica, notadamente quando assim o fazem para impor restrições a direitos. Segundo a julgadora, se a própria Lei n. 9.656/98 estabelece que todas as patologias elencadas na Classificação Internacional de Doenças (CID) integram a modalidade denominada "plano referência" na prestação do serviço de saúde suplementar, então somente poderia ser excluído da cobertura aquilo que estivesse fora do escopo do contrato ou tenha sido expressamente ressalvado pelo legislador, como é o caso de tratamentos estéticos e experimentais. A divergência destacou ainda a prevalência e a importância social da promoção da saúde da pessoa humana sobre critérios de lucratividade.

A terceira e última sessão de julgamento foi iniciada com o voto-vista do Min. Villas Boas Cuêva[30] que, como esperado, reviu o entendimento que de havia muito vinha sustentando no âmbito da Terceira Turma, para então se alinhar à tese proposta pelo Relator, no sentido de que o rol de coberturas tem natureza taxativa. Após algumas digressões sobre temáticas já conhecidas, o voto assentou a possibilidade de o beneficiário realizar a contratação de coberturas ampliadas, para além daquelas integrantes do rol mínimo obrigatório decorrente das normativas expedidas pela Agência Nacional de Saúde. Acresceu, ainda, considerações acerca da Lei n. 14.307/22, destacando o aprimoramento dos processos de atualização do rol de procedimentos em saúde suplementar.

29 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Seção - STJ – 23/02/2022. Brasília: STJ. 1 vídeo. 5h31min. Disponível em: <https://youtu.be/gcbFCkP4drg>. Acesso em: 13 jun. 2022.

30 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Seção - STJ – 08/06/2022. Brasília: STJ. 1 vídeo. 4h22min. Disponível em: <https://youtu.be/9CHVEXFnyMI>. Acesso em: 13 jun. 2022.

O ponto inegavelmente mais importante do voto-vista foi a afirmação de que a taxatividade não deve ser absoluta, com o desenho das premissas de julgamento encampadas pelo Relator e pelos demais julgadores que aderiram à tese do rol taxativo, a saber:

> 1. O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo;
>
> 2. A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao Rol;
> 3. É possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra Rol;
> 4. Não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como CONITEC e NATJUS) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva *ad causam* da ANS.

Com efeito, o entendimento que então se consolidou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em termos práticos, fez surgir para os beneficiários surpreendidos com a negativa de cobertura de procedimento solicitado pelo profissional assistente a necessidade de instruir sua demanda judicial com um laudo

médico que aproxime o caso concreto das premissas firmadas no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1886929/SP.

É dizer, tratando-se da hipótese em que existe um procedimento no rol da Agência Nacional de Saúde, mas o médico deseja ver excepcionada a taxatividade por uma alternativa melhor, deverá ser produzido um laudo a assentar que, para a condição clínica do paciente, os procedimentos solicitados são mais eficazes, efetivos e seguros em relação àqueles eventualmente já incorporados no rol da agência reguladora.

Pode-se dizer que seriam mais eficazes se potencialmente forem capazes de produzir efeitos mais satisfatórios (por exemplo, melhora da resposta cognitiva, melhores imagens diagnósticas etc.) no contexto de determinado cenário (por exemplo, a evolução da tecnologia, a superação de técnicas ultrapassadas ou insuficientes etc.).

Seriam mais efetivos aqueles procedimentos que, levando em consideração o fator tempo e o atual estado de coisas, sua adoção possa produzir resultados que mais se aproximam da realidade almejada com sua aplicação e com as expectativas na evolução do tratamento do paciente, especialmente porque as vantagens superam eventuais desvantagens (por exemplo, conferem maior acuidade de resultados, menor sofrimento, melhor resposta clínica no contexto das condições do paciente etc.).

Por fim, seriam mais seguros porque permitem alcançar resultados realísticos com diminuição de riscos, intercorrências e sequelas ao paciente, a exemplo do que ocorre com métodos mais modernos e construídos a partir de técnicas menos invasivas, procedimentos com menor risco de sangramento, menor tempo de recuperação, menor exposição a riscos de infecção etc.

Noutro panorama, em se tratando de procedimento ou tratamento que não integre o elenco mínimo obrigatório, a tentativa de flexibilização do rol parece demandar esforço um tanto mais aprofundado.

Para justificar que a cobertura excepcional dos procedimentos requeridos se faz necessária, o interessado deverá apresentar laudo médico que afirme a inexistência de substituto terapêutico conhecido ou tecnicamente indicável sem comprometimento à saúde do paciente, ou ainda, que assevere a falibilidade ou ausência de resposta satisfatória quanto à conduta adotada até o momento. O médico, inclusive, poderá declarar se tem notícia de que a incorporação dos procedimentos solicitados não foi expressamente indeferida pela Agência Nacional de Saúde (ou, alternativamente, se tem conhecimento acerca do pertinente processo de incorporação do tratamento no rol de coberturas).

Além disso, com base em parâmetros fundados na Medicina Baseada em Evidências, o laudo médico deverá referir a existência de comprovação científica atualizada e metodologicamente confiável no sentido de que o procedimento prescrito pode propiciar resultados potencialmente capazes de produzir efeitos benéficos (por exemplo, menor chance de recidiva, maior confiabilidade de resultados etc.).

Das premissas de julgamento, extrai-se, ainda, a necessidade de o parecer médico afirmar que estudos científicos pertinentes referem que a adoção dos procedimentos solicitados se revelou satisfatória diante do atual estado da arte, de modo que, até o presente momento, não se vislumbre outra alternativa que conduza ao alcance dos resultados esperados na evolução do tratamento do paciente, caso em que o profissional poderá até mesmo transcrever as referências bibliográficas que entender oportunas.

O desafio de excepcionar o rol taxativo restará alcançado, finalmente, se o laudo médico subjacente ao requerimento judicial ressaltar que algum órgão técnico renomado (a exemplo do Conselho Federal de Medicina, associações científicas e órgão reguladores como a *Food and Drug Administration – FDA* – ou a *European Medicines Agency – EMA)* preconize a adoção dos procedimentos requeridos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, discutiu-se a divergência jurisprudencial registrada entre a Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça em matéria de saúde suplementar, no contexto da abrangência das coberturas dos planos e seguros privados, seja pela adoção de um rol exemplificativo de procedimentos, seja pela tipificação de um catálogo taxativo.

Observou-se que a construção argumentativa que prestigia o rol fechado reconhece a competência da Agência Nacional de Saúde para regular o mercado de plano de saúde, propondo a apreciação dos efeitos negativos da judicialização sobre a formatação do objeto contratual.

O estudo considerou os argumentos do julgado de referência à luz dos conceitos alinhados às bases fundantes da chamada Análise Econômica do Direito (AED) ou Escola de Chicago, identificando no texto as referências pertinentes (equilíbrio econômico-financeiro do setor, livre concorrência, formação racional de custos, externalidades, consequencialismo, desestabilidade econômica e custos das atividades).

Na oportunidade, desenvolveram-se digressões acerca da aproximação entre Economia e Direito, em meio a parâmetros que incluem a eficiência, o resultado mais benéfico, a alocação de recursos em meio a escolhas possíveis, o custo de oportunidade, as falhas de mercado e a aplicabilidade da Teoria dos Jogos.

Observou-se que a Análise Econômica do Direito é incompatível com os intentos de efetivação de direitos sociais essenciais, como é o caso da saúde, valendo-se de reflexões à luz dos argumentos que justificam o caráter exemplificativo do rol de procedimentos em saúde, notadamente porque não se pode carrear à parte vulnerável da relação jurídica a repartição de perdas ou a renúncia a direitos, sob pena de se introduzir no ordenamento uma lógica perniciosa, fundada em uma "função econômico-social do contrato" ou "função eficiente do contrato", o que seria absolutamente temerário por contrariar tudo o que se concebeu sobre a noção de eticidade.

Na oportunidade, foram propostas reflexões na matéria, corroborando a tese por meio de outros argumentos não considerados no julgado de referência, a partir da interpretação dos dispositivos legais de regência e da realização de controle de legalidade da Resolução ANS 465/21, de modo a remover do diploma regulamentar o seu Anexo I, uma vez que se trata de peça incompatível com os limites da delegação constante no art. 10, §4º, da Lei n. 9.656/98.

Por fim, na esteira da pacificação da controvérsia a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1886929/SP, que consolidou a noção de um rol de procedimentos com natureza taxativa *excepcionável*, o estudo destacou a necessidade de observância das premissas decisórias encampadas pelo voto condutor, que passaram a impor aos beneficiários a necessidade de uma adequada justificação a subsidiar os pleitos flexibilizadores do elenco mínimo de coberturas oferecidas pelas operadoras de planos de saúde. ❖

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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.

BRASIL, Agência Nacional de Saúde. Resolução Normativa n. 465, de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei& format=raw&id=NDAz Mw==>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL, Lei complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL, Lei n. 9.656/98, de 03 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL, Lei n. 9.961/00, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/l9961.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL, Lei n. 14.307/22, de 03 de março de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14307.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL, Medida Provisória n. 1.067/21, de 02 de setembro de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1067.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria n. 204, de 17 de fevereiro de 2016. Gabinete do Ministro. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=23&data=18/02/2016>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1001663/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 07/03/2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1619479/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 29/03/2021, DJe 05/04/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1879645/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/04/2021, DJe 04/05/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1886929/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 08/06/2022, pendente de publicação. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1733013/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 20/02/2020. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1846108/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/02/2021, DJe 05/02/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1846108/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/02/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

CAMPOS, Wilson Kroner. Cobertura dos planos de saúde e rol da ANS: impactos de eventual "overruling" do STJ. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/ 351959/cobertura-dos-planos-de-saude-e-rol-da-ans>. Acesso em: 13 jun. 2022.

COASE, Ronald. *The problem of social cost*. *In*: Journal of Law and Economics. v. 3. Outubro, 1960. Chicago: University of Chicago Press, 1960.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde:* a ótica da proteção do consumidor. 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. *The cost of rights:* why liberty depends on taxes. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.

KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Coord.). *O que é análise econômica do direito:* uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MONTEIRO, Renato Leite. Análise econômica do direito: uma visão didática. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI. XVIII, 2009, São Paulo. *Anais*... Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/ arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria Geral dos Contratos:* Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Seção - STJ - 16/09/2021. Brasília: STJ. 1 vídeo. 4h16min. Disponível em: <https://youtu.be/4DjS1Hq8v_E>. Acesso em: 13 jun. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Seção - STJ – 23/02/2022. Brasília: STJ. 1 vídeo. 5h31min. Disponível em: < https://youtu.be/gcbFCkP4drg>. Acesso em: 13 jun. 2022.