

Cobertura dos planos de saúde e rol da ANS: impactos de eventual “overruling” do STJ

Por Wilson Knoner Campos

Advogado, especialista em Direito Médico

Presidente da Comissão de Direito da Saúde da OAB/SC

Presidente da Comissão de Direitos Humanos do IASC

Membro da American Bar Association Health Law Section

SUMÁRIO:

- *Introdução.....Capítulo 01.*
- *Os indícios de que o overruling do Superior Tribunal de Justiça é inevitável.....Capítulo 02.*
- *O consequencialismo judicial e o suposto risco à sustentabilidade econômica da relação contratual...Capítulo 03.*
- A adoção da taxatividade mitigada, mesmo comportando exceções, é manifestamente insuficiente para evitar e equacionar as graves consequências de eventual overruling impostas aos consumidores.....Capítulo 04.
- O novel entendimento em formação no stj causará indevida interferência na autonomia profissional dos médicos.....Capítulo 05.
- O “efeito cliquet” e a instauração de cenário de proteção deficiente se acolhida a tese de taxatividade mitigada.....Capítulo 06.
- *Conclusão.....Capítulo 07.*

1. INTRODUÇÃO

O tema da judicialização da saúde no Brasil pode ganhar um novo componente. É que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) iniciou em 16/09/2021 a revisitaçãoⁱ do tema da natureza jurídica do rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que estabelece o que deve ser coberto pelas operadoras de plano de saúde.

O julgamento foi iniciado em 16/09, mas suspenso após a prolação do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, relator do EREsp 1886929/SP, presente pedido de vista da Ministra Nancy Andrighi. Assim, o julgamento poderá ser retomado na próxima sessão, que segundo o calendário oficial do STJ, seria em 22/09 (*as próximas datas são: 13 e 27 de outubro; 10 e 24 de novembro; não consta data em dezembro*). Mas ainda não há data certa para a continuidade.

A questão pode ser resumida na seguinte equação jurídica: o rol de cobertura estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é taxativo ou é exemplificativo? Pode uma cláusula contratual limitar a cobertura de procedimentos ou tratamentos invocando a taxatividade desse rol? Essa é a questão que o STJ começou a reexaminar no dia 16/09.

Mas qual a novidade? Não é específica a jurisprudência do STJ no sentido de que esse rol da ANS é meramente exemplificativo? Era. É que em 10/12/2019 a Quarta Turma do STJ mudou seu entendimento e passou a interpretar que o rol da ANS é taxativo. A partir de então instaurou-se cenário de insegurança jurídica: nos recursos julgados pela Terceira Turma do STJ prevalece o entendimento de que o rol é exemplificativo, mas na Quarta Turma se julga recursos com base na premissa de que o rol é taxativo.

Diante de julgamentos com sentidos opostos e da necessidade de preservar a coerência, estabilidade e integridade na jurisprudência (art. 926 do NCPC), é mais do que urgente que a Segunda Seção do STJ defina a hermenêutica que deve prevalecer, ainda que não se esteja em sede de processo sob o rito dos recursos repetitivos. Afinal de contas, o que está em jogo é o direito à saúde e à vida dos pacientes.

2. OS INDÍCIOS DE QUE O OVERRULING DO STJ É INEVITÁVEL

Em 12 de agosto do corrente ano o STJ participou como apoiador do “*Seminário sobre novas regras da ANS busca soluções para conciliar interesses de usuários e planos de saúde*”ⁱⁱ com painéis relevantíssimos sobre a nova sistemática de atualização do rol de coberturas pela ANS, segundo definido na nova Resolução Normativa ANS n. 470, de 09/07/2021ⁱⁱⁱ. O ponto que se diz mais importante da citada norma é a redução para o máximo de até 18 meses do prazo de conclusão do processo de atualização do rol – ver-se-á que essa tímida e rasa previsão da ANS foi drasticamente reduzida para o prazo de até seis meses pela MP 1.067, de 02/09/2021.

O Evento contou com a presença de Ministros do STJ, como Luis Felipe Salomão (relator dos processos no STJ), Paulo de Tarso Sanseverino, Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze (*estes dois últimos, integrantes da 3ª Turma do STJ, e, portanto, membros da Segunda Seção*). No evento e nas decisões da Quarta Turma do STJ, patenteou-se a possibilidade de um entendimento intermediário, uma espécie de “*taxatividade mitigada*”, ou seja, o STJ definiria que o rol é taxativo, mas comporta exceções. 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.

Seja como for, ao realizar o julgamento, é de rigor que a Segunda Seção do STJ reflita e enfrente expressa e detalhadamente as consequências imediatas aos pacientes de eventual confirmação do *overruling* sobre o tema, e isso por imperativa disposição do art. 20 da LINDB, que determina sejam consideradas “*as consequências práticas da decisão*”.

E, nesse ponto, com todas as vênias, não se viu no acórdão da eg. Quarta Turma sinalizador do possível *overruling*^{iv} e nem nos acórdãos posteriores do mesmo órgão judicante fundamentação equacionadora das consequências que a guinada jurisprudencial pode causar aos consumidores.

Os fundamentos expostos em 16/09 no voto oral do Exmo. Ministro Salomão no EREsp 1886929/SP, bem como nos acórdãos da Quarta Turma (*acórdão do REsp n. 1.733.013/PR, julgado em 10/12/2019 e seguintes*) e nos painéis do evento “*Seminário Análise Econômica dos Atos Regulatórios na Saúde Suplementar*” apoiado pelo STJ em agosto/2021, tangenciam essencialmente: **(i)** a necessidade de observar-se o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial e a segurança jurídica no contrato de assistência à saúde; **(ii)** a elaboração da lista pela ANS já levaria em conta os princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS, a observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências – SBE e o resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor; **(iii)** o rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constituiria relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população; **(iv)** se exemplificativo for, os planos de saúde estariam obrigados, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas; **(v)** há obrigatoriedade de a ANS realizar periodicamente e com prazo certo a atualização do rol; **(vi)** sob pena de se inviabilizar a saúde suplementar, a aplicação do CDC deve ser teleológica e visar a harmonia e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, pois o rol da ANS é elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico nos planos de saúde; **(vii)** deve-se reconhecer que o rol é taxativo e comporta exceções, como, por exemplo, o revelado no caso concreto em julgamento no dia 16/09/2021, qual seja, o quadro depressivo grave de paciente e a indicação do tratamento via estimulação magnética transcraniana (EMT) prescrita por médico psiquiatra, destacando-se ser procedimento já reconhecido como eficaz pelo Conselho Federal de Medicina, ainda, com nota técnica favorável pelo NatJus e endosso do FDA norte-americano; **(viii)** para avaliação dos casos excepcionais, é recomendável que os magistrados se valham das notas técnicas e pareceres do NatJus como suporte técnico.

Bem de ver, ainda, que em notícia^v sobre o “Seminário Análise Econômica dos Atos Regulatórios na Saúde Suplementar”, destacou-se a exposição realizada pelos Ministros Marco Aurélio Bellizze e Ricardo Villas Bôas Cueva (integrantes da Terceira Turma):

O ministro Marco Aurélio Bellizze, do STJ, abriu o Painel I sobre “A resolução 470 da ANS”, destacando que o debate tinha como foco principal o rol da ANS. “O rol taxativo é um dos principais fundamentos do equilíbrio econômico”, avaliou. “A 2ª Seção do STJ está em vias de decidir se o rol é taxativo ou exemplificativo. A jurisprudência era pacífica pela natureza meramente exemplificativa, mas em 2019, a 4ª Turma do STJ reconheceu a natureza taxativa do rol de procedimentos”, explicou. O magistrado ressaltou que o tempo de atualização do rol alterado pela Resolução 470 da ANS deve ser levado em conta na análise da questão.

[...]

Na abertura do segundo painel, Análise Econômica dos Atos Regulatórios, o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva reconheceu que as decisões judiciais, em sua maioria, não levam em conta as consequências econômicas no setor de Saúde, mas a dimensão custo é fundamental para que o sistema seja minimamente viável.

“Isso começa a mudar com a lógica consequencialista, na qual o juiz, o administrador e o aplicador do Direito são obrigados a levar em conta as consequências que as suas decisões terão no mundo real”, avaliou. O ministro afirmou que “a chamada Lei de Liberdade Econômica também introduziu a Análise de Impacto Regulatório, ferramenta que já é vastamente usada no mundo inteiro e que é fundamental para que se possa aquilar o custo e o benefício de uma determinada regulação”. (grifei)

Parece, assim, que os Ministros da Terceira Turma do STJ que participaram do citado evento tendem mesmo a acompanhar o Ministro Luis Felipe Salomão para reconhecer a taxatividade “mitigada” do rol.

3. O CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL E O SUPOSTO RISCO À SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA DA RELAÇÃO CONTRATUAL

Como se vê, a tônica dos “em tese” adeptos ao entendimento de o rol ser taxativo, mas com “temperamento”, tem sido a sustentabilidade econômica da relação contratual. A intervenção constante do Judiciário alargando o rol de coberturas redundaria na majoração dos preços dos planos de saúde, impactando, igualmente o consumidor. Se a saúde suplementar operar em déficit, a realocação de recursos para custear cobertura antes não prevista acarretaria a falta de condições econômicas e isso poderia resultar em risco à “saúde financeira” das operadoras de plano de saúde, que seriam afetadas pela redução do desempenho econômico, prejudicando a capacidade de cobertura mínima e ensejando o repasse dos custos dos contratos aos consumidores. O encarecimento do plano impediria o acesso dos consumidores à saúde suplementar.

A compreensão acima enunciada revela um consequencialismo jurídico metafísico e sem qualquer base concreta. Ora, qual dado real foi utilizado para se afirmar tal conclusão? Ao menos no voto oral do Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão não houve nenhuma indicação de uma base de dados para alicerçar essa conclusão. Portanto, não se pode afirmar ser intuitivo ou lógico que a tese da natureza exemplificativa arruinará o fundo mútuo gerido pelas operadoras de plano de saúde. Tal asserção é deveras abstrata e incompatível com a realidade de que os planos de saúde arrecadam vultosas cifras, sem olvidar, ainda, dos benefícios fiscais que as cooperativas que operam na saúde suplementar recebem.

E mesmo que haja “*risk assessment*” alicerçado em dados concretos – *o que, repita-se, não constou do voto oral do Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão* –, ainda assim é ônus dos planos de saúde realizar administração financeira eficiente e demonstrar que sua gestão não contém parasitismos ou casos de “cegueira deliberada” na malversação de recursos, isto sim passível de arruinar um plano de saúde e os beneficiários, o que não raramente é noticiado pelos veículos de imprensa, do que é exemplo o registrado em julgado do TJRJ^{vi} em caso em que se concedeu liminar e depois sentença de indisponibilidade de bens de ex-dirigentes de operadora de plano de saúde por suposta malversação de recursos que quase “quebrou” o plano de saúde.

Portanto, à luz do art. 1º, III, e art. 196 da CF, a decisão judicial baseada em um consequencialismo que considere apenas a situação dos planos de saúde e baseado em mero risco virtual e abstrato de comprometimento de sua estabilidade financeira, não é proporcional e nem razoável para justificar a encampação da tese da taxatividade “mitigada”.

4. A ADOÇÃO DA TAXATIVIDADE MITIGADA, MESMO COMPORTANDO EXCEÇÕES, É MANIFESTAMENTE INSUFICIENTE PARA EVITAR E EQUACIONAR AS GRAVES CONSEQUÊNCIAS DE EVENTUAL OVERRULING IMPOSTAS AOS CONSUMIDORES

Por mais brilhantes e inteligentes que sejam todos os fundamentos acima referidos, sobretudo os expostos pelo Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão em seu voto proferido em 16/09/2021, nenhum deles equaciona o grave problema do impacto direto do *overruling* sobre a vida dos consumidores/pacientes e nem tangencia eventual necessidade de modulação dos efeitos da decisão em vias de se formar.

É verdade que o ventilado estabelecimento de exceções à taxatividade tematizada no voto oral do Exmo. Ministro Salomão é medida que mostra legítima preocupação com os consumidores/pacientes. Por meio de tal fórmula, o Ministro Salomão elegeu algumas balizas norteadoras do estabelecimento das exceções em casos que mesmo não estando no rol, ainda assim poderiam ser reconhecidos a obrigatoriedade de cobertura. O critério partiria da análise acerca da aprovação do procedimento/tratamento pelo Conselho

Federal de Medicina, existência de nota técnica/parecer favorável pelo Natjus e ainda a aprovação por agência de saúde estrangeira da estatura do FDA norte-americano (*não ficou claro, até agora, se seria um desses requisitos ou todos conjugados*), o que estava presente no caso concreto examinado em 16/09 (EREsp 1886929/SP), motivo pelo qual o Ministro Salomão reconheceu a existência de excepcionalidade e manteve em seu voto a decisão obrigando o plano de saúde a custear o tratamento via procedimento de estimulação magnética transcraniana (EMT), apesar de não constar da lista da ANS.

Contudo, ainda que constitua medida inteligente e louvável, ela se afigura muito aquém da estatura constitucional atribuída ao direito à saúde, já que sob pretexto de reduzir a litigiosidade, vai mesmo aumentá-la e ainda resultará em maior exposição dos consumidores às intempéries de ter que aguardar o tratamento por mais tempo enquanto sua saúde pode se deteriorar a graus irreversíveis durante a espera do ato da ANS de atualizar o rol e (*com muita sorte!*) incluir seu tratamento na lista ou enquanto aguarda uma liminar do Judiciário.

Imagine-se que todos os Ministros da Segunda Seção do STJ encampem a tese da taxatividade “mitigada” e que já no dia 22/09/2021 o processo transite em julgado (*evidentemente impossível isso acontecer em tão curto tempo*). A força desse precedente automaticamente impulsionaria uma enxurrada de negativa de cobertura pelos planos de saúde sem qualquer pudor, independentemente se os contratos são posteriores ou anteriores ao *overruling*. Seria uma ruptura extremamente drástica e a consequência mais basilar seria a passagem da judicialização da saúde no brasil do “ambulatório” para a “*UTI e respiração por aparelhos*”, na perspectiva de aumento da litigiosidade.

Em termos de grandeza, a saúde suplementar no Brasil teve um crescimento exponencial e alcançou a marca de 50 milhões de usuários em 2014. Em razão das recentes crises econômicas, o atual quadro está em torno de 47 milhões de usuários, o equivalente a 22,5% da população^{vii}. Realmente, a vingar a tese da taxatividade “mitigada”, mesmo com exceções, a verificação da cobertura se daria em cada caso concreto com grande margem de subjetivismo, e o aumento do índice de negativa de cobertura pelas operadoras de planos de saúde elevaria igualmente o número da judicialização da saúde.

O entendimento pela natureza exemplificativa do rol inibe que os planos de saúde ajam arbitrariamente e apenas com viés econômico ao avaliar se cobrirão ou não o procedimento/tratamento, pois faz-se o cálculo das despesas de um processo judicial na ótica das custas e honorários sucumbenciais, afora a imposição da obrigação de custear o procedimento em si e o risco de condenação ao pagamento de dano moral. Sem o freio/constrangimento epistemológico da natureza exemplificativa, tal ônus financeiro recairá sobre o consumidor/paciente e isso poderá gerar óbice no acesso à justiça e, em última análise, ao direito à saúde assegurado pelo art. 196 da CF. Chegar-se-ia ao paradoxal

quadro de um consumidor ter honrado as mensalidades do plano e, ao mesmo tempo, não ter tratamento ante a negativa de cobertura pelo plano de saúde e não ter condições econômicas de recorrer ao Judiciário, considerado o rigor do filtro para concessão da gratuidade da justiça, considerando que há uma camada da população que não é elegível ao recebimento de atendimento pelas Defensorias Públicas.

O que poderá ocorrer é que, diante das incertezas quanto à cobertura mesmo com um plano de saúde vendido como “completo”, consumidores passarão a recorrer ao SUS ou migrarão para planos mais básicos e ao alcance do orçamento da maioria dos usuários, com o que terão cobertura para consultas e exames médicos não complexos. É possível vislumbrar uma abertura para o mercado do verdadeiro seguro de saúde, com previsão de cobertura para sinistros de saúde de maior envergadura e com alcance certo e inquestionável, ou seja, o consumidor saberá desde o princípio o que está abrangido. Se isso ocorrer, o fundo mútuo gerido pelas operadoras de plano de saúde será impactado pela fuga de recursos. É dizer, o fundamento de que a taxatividade “mitigada” preservaria o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos cai por terra. Ao invés de proteger o usuário, cria-se um “monstro” gerador de empecilhos de acesso do usuário à saúde suplementar pensada pelo constituinte no art. 197 da Carta Magna.

Outra consequência da tese da taxatividade “mitigada” é a imposição de obrigação ao consumidor/aderente de que tenha um conhecimento técnico que ele, por sua condição de vulnerabilidade, não possui nem pode ser exigido que tenha; gera-se óbice inaceitável de acesso do usuário às diversas formas de tratamento das patologias cobertas pelo plano de saúde e às novas tecnologias que venham a surgir; é, pois, conclusão que agrava a situação de vulnerabilidade do consumidor/aderente porque lhe impõe o ônus de suportar as consequências de sua escolha desinformada ou mal informada, dentre as quais, eventualmente, a de poder aderir a contrato que aparentemente lhe protege, quanto, em verdade, está se obrigando a pagar por benefícios que poderá nunca receber apesar de necessitar, e, pior, no momento de maior fragilidade de sua vida (*necessidade de tratamento caro, medicamento de alto custo etc.*) ficará exposto a risco à sua saúde ou à própria vida^{viii}.

A taxatividade “mitigada” também ignora a expressa literalidade do art. 10 da Lei 9.656/1998 (plano-referência), segundo o qual a cobertura pelos planos de saúde deve abranger os procedimentos ou eventos necessários ao pleno tratamento das doenças listadas na CID (*ressalvadas, nos termos da lei, as limitações impostas pela segmentação contratada*). **É uma faceta da teoria dos poderes implícitos:** se a lei diz qual é a finalidade que deve ser alcançada (*cobertura dos procedimentos ou eventos necessários ao pleno tratamento das doenças listadas na CID*), tem-se que os meios e formas de se chegar a esse resultado decorrem da própria autorização legal que apontou o objetivo, já tendo havido a

ponderação de interesses pelo Congresso Nacional, o qual merece deferência do Poder Judiciário.

Com a taxatividade “mitigada” ignora-se, do mesmo modo, que quando o consumidor assina o contrato, não pode ele prever qual patologia futura poderá desenvolver e nem qual procedimento o médico poderá indicar para o tratamento, o que depende do estado da arte da ciência e da inovação tecnológica. E depender da revisão e ampliação das coberturas pela própria ANS é temerário e novamente onera o paciente. Durante seu voto, o Exmo. Ministro Salomão trouxe um dado estarrecedor e que mostra a preocupante e flagrante letargia da ANS no Processo de Atualização do Rol (PAR).

Segundo os dados apresentados pelo Ministro Salomão, o número de processos perante a ANS com pedidos de incorporação de tratamentos, procedimentos, medicamentos no rol de coberturas da ANS que foram acolhidos foi absolutamente ínfimo frente ao total de pedidos. De um total de 1.137 propostas de inclusão no rol, foram aprovadas 246 após a análise prévia, mas apenas 69 das propostas resultaram em incorporação ao rol^{ix}. A Ministra Maria Isabel Gallotti em sua manifestação provisória de 16/09/2021, referiu que ficou perplexa com o baixo volume de incorporação ao rol da ANS frente ao total das propostas. Portanto, parece nítido que o Rol da ANS é defasadamente atualizado, agora em ciclos de seis meses (*antes eram dois anos*). Mas mesmo esse tempo é divorciado do caminho da inovação tecnológica. É muito tempo para aqueles que têm pressa de (sobre)viver. Sem contar a incerteza se o procedimento indicado ao paciente será de fato incluído no rol pela ANS e então autorizado pelo plano de saúde. Os usuários ficarão ao talante de um evento futuro, incerto e ineficaz.

Conforme o voto do Ministro Salomão, caberá ao consumidor o ônus de demonstrar que há excepcionalidade no estado de saúde do paciente para autorizar o tratamento ou medicamento prescrito pelo médico assistente e que não está abrangido pelo rol da ANS. É, pois, a distribuição antecipada de um ônus probatório que a norma cogente do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 determina como regra ser delegável ao fornecedor dos serviços, no caso, o plano de saúde. Ao paciente cabe apresentar elementos de convicção que façam antever a plausibilidade do argumento e o risco da demora, segundo os arts. 297 e ss. do NCPC. Assim, afigura-se mais adequado que ao invés de se impor que o consumidor prove que a FDA, o CFM ou o Natjus encampam o tratamento ou medicamento prescrito pelo médico assistente, tal ônus deve aprioristicamente ser imposto à operadora de plano de saúde, segundo as regras da inversão do ônus da prova do CDC e à luz dos ditames da tutela de urgência.

5. O NOVEL ENTENDIMENTO EM FORMAÇÃO NO STJ CAUSARÁ INDEVIDA INTERFERÊNCIA NA AUTONOMIA PROFISSIONAL DOS MÉDICOS

Cumpre não perder de perspectiva que a taxatividade “mitigada” ensejará indevida interferência no ato médico. Equivale a permitir que um terceiro, que não examinou o quadro clínico e nem avaliou o estado de saúde do paciente, reveja e altere aquilo que o médico assistente concluiu como encaminhamento mais eficaz e seguro à recuperação ou prevenção de saúde do usuário.

O Código de Ética Médica^x prevê no Capítulo I, item XIV: “*Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente*”.

Se há casos de prescrições de medicamentos ou tratamentos sem evidência científica, isso sim deve ser resolvido pontualmente, mas não mediante o menosprezo geral, abstrato e apriorístico ao ato médico.

Nessa perspectiva, haverá uma tendência de menosprezo à qualificação e habilitação dos médicos que, à luz das particularidades do caso concreto de cada paciente, prescrevem os tratamentos individualizados e personalizados segundo o quadro de saúde evidenciado. Ora, após os anos a fio de estudos na graduação, os médicos submetem-se ao rigor das residências de suas especialidades e estão perenemente sujeitos não só à atenta fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina, mas constantemente expostos ao julgamento dos próprios pacientes.

Não é papel da ANS e nem do plano de saúde interferir na escolha do tratamento ou medicamento realizados pelo Médico ante à realidade constatada em seu consultório, descabendo ao Poder Judiciário coonestar uma prática antiética e nociva ao bom exercício da Medicina, além de ser desrespeitosa quanto aos direitos dos usuários.

Ignorar a prescrição de um medicamento ou de um tratamento indicado pelo médico assistente devidamente respaldado em exames e laudos técnicos e nas particularidades de um caso concreto é, com todas as vênias, uma grave e inadmissível interferência na atividade do Médico.

6. O EFEITO “CLIQUET” E A INSTAURAÇÃO DE CENÁRIO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE SE ACOLHIDA A TESE DE TAXATIVIDADE MITIGADA

A novel hermenêutica em vias de formação no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de alterar a então pacífica jurisprudência que considera o rol da ANS exemplificativo, se revela constitucional por violar o princípio da vedação de retrocesso em tema de direito fundamental.

Se é verdade que a Carta Magna outorgou aos entes privados a exploração de atividade econômica no campo da saúde suplementar, é igualmente verdade que a mesma Constituição Federal também alçou o acesso à saúde ao *status* de direito fundamental.

E essa compreensão produz duas consequências jurídicas inarredáveis.

Em primeiro lugar, o *status* de direito fundamental do direito à saúde acarreta obrigações prestacionais ao Estado. Chamada de eficácia vertical (do cidadão em face do Estado), essa é a principal consequência. Contudo, *o status de direito fundamental do direito à saúde também atrai a incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, ou seja, na relação de ordem privada entre entidades ou pessoas (físicas ou jurídicas), deve haver igual observância dos direitos fundamentais plasmados na Constituição Federal^{xi}.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal “*a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição*” (STF, RE n. 201.819/RJ, trecho do voto do Ministro Celso de Mello).

Assim, a incidência da eficácia horizontal do direito à saúde impõe freios à tentadora visão meramente mercantilista e lucrativa que pode sobressair na relação das operadoras de plano de saúde com os consumidores. Não há nada de errado ou ilegal em planejar e perseguir lucros. A Lei da Liberdade Econômica ressignificou e potencializou as formas de sua obtenção. O que a eficácia horizontal do direito fundamental à saúde determina é que apesar da busca pelo lucro e estabilidade financeira das operadoras, o respeito ao núcleo básico que qualifica o mínimo existencial impõe sejam as coberturas as mais amplas possíveis e que no caso de eventual dúvida, deve prevalecer a interpretação “*pro homine*”, nos termos do art. 5º, §2º, da Constituição Federal e art. 29 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

A ideia não é permitir a “*corrida da pílula do câncer*”. Apenas não se deve onerar demasiadamente o consumidor.

Do citado art. 29 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, tem-se que “*nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; [...]*”. E o direito à saúde permeia o citado pacto internacional e a própria Constituição Federal.

Daí que, ***em segundo lugar***, a natureza de direito fundamental do direito à saúde atrai a aplicação do “**princípio do não retrocesso**” ou “**vedação ao retrocesso**”, o qual apregoa que uma vez concretizados os direitos, eles não podem ser limitados ou restringidos, ou seja, eles constituiriam “***uma garantia constitucional e um direito subjetivo***”^{xii}.

A tese da natureza exemplificativa do rol da ANS, pacificamente reconhecida na jurisprudência do STJ, até que em 10/12/2019^{xiii} houve mudança de entendimento da Quarta Turma do STJ, é, sem dúvida, a interpretação que confere maior abrangência e alcance ao direito fundamental à saúde. Sua substituição pela hermenêutica da natureza taxativa “mitigada” representa a adoção de norma jurídica que reduz drástica e substancialmente o espectro de amplitude do direito fundamental à saúde vigente, e, dessa forma, se revela inconstitucional.

É que, de forma evidente, a taxatividade “mitigada” fornece proteção deficiente e fraca ao direito à saúde das pessoas beneficiárias pelas coberturas frente ao paradigma da natureza exemplificativa. A redução da cobertura, por si, é a mais flagrante mudança prejudicial. Mas é acompanhada da majoração apriorística do ônus probatório do consumidor (*ex.: ter que demonstrar que embora não conste do rol da ANS, o tratamento é chancelado pela FDA norte-americana*); da imposição de obrigação de compreensão de texto de natureza técnica (*extensão da cobertura*) sem que, como leigo, possa o consumidor ter; da restrição de acesso em tempo hábil a novos procedimentos eficazes e benéficos, dentre outros exemplos de consequências prejudiciais da mudança de entendimento.

Nessa ótica, calha à fiveleta o teor do seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.” (ARE-639337- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO) – grifou-se

Portanto, causa limitação não arrazoada e desproporcional ao direito à saúde, onera o esforço probatório que de largada terá o consumidor que fazer em eventual ação judicial individual de ampliação de cobertura, e, ainda, engessa a atuação dos planos de saúde e do próprio Poder Judiciário, circunstâncias que caracterizam prejuízos diretos que bem ilustram o impacto negativo que a prevalência da natureza taxativa do rol da ANS

acarreta, de sorte a evidenciar o cenário de proteção deficiente, enquanto que a tese da natureza exemplificativa causaria prejuízo virtual às finanças do plano de saúde, operadoras que são de fundos de recursos financeiros robustos.

Logo, a guinada jurisprudencial no STJ e adoção da tese da taxatividade do rol, ao que parece, gerará um quadro de autêntica inconstitucionalidade por afronta ao princípio da vedação do retrocesso.

7. CONCLUSÃO

Não há dúvida de que a sensibilidade do tema inerente ao *direito à vida e direito à saúde* e os riscos imediatos aos consumidores/pacientes, analisados sob a ótica do art. 20 da LINDB e o art. 1º, III, e art. 196, ambos da CF, formam um plexo de axiomas que devem permear o novo julgamento do STJ e que necessitam ser aquilatados e equacionados pela Corte da Cidadania sem fórmulas metafísicas descoladas da realidade fática e sem nenhum pragmatismo, com observância do princípio da vedação do retrocesso no campo do direito da saúde.

Eventual *overruling* pela Segunda Seção do STJ no julgamento dos EREsp 1886929/SP e EREsp 1889704/SP, no sentido de adotar um entendimento “*intermediário*” e passar a considerar o rol de cobertura das ANS como taxativo, “*mas com exceções*”, inegável e imediatamente produzirá relevante e negativo impacto sobre os pacientes e consumidores de planos de saúde, que ficarão expostos à negativa de cobertura de procedimentos e de mãos atadas por saberem que o Judiciário não poderá ignorar o teor da decisão do STJ, ou seja, haverá uma tendência de juízes e tribunais indeferirem pedidos de liminar que visarem obrigar plano de saúde a custear tratamento prescrito pelo médico mas não previsto no rol da ANS.

Tal situação, em última análise, pode colocar em xeque a integridade da saúde dos consumidores contratantes das operadoras de plano de saúde, que, apesar de adimplirem o prêmio ou mensalidades, ficarão à mercê dessas contingências enquanto aguardam o processo de revisão semestral fixado pela MP N. 1.067/2021 para decisão de ampliação ou não do rol de coberturas e torcem para que o procedimento ou tratamento indicado pelo médico seja incluído no citado rol.

Não se trata de sentimentalismo ou apelo à emoção. É apenas uma tentativa de qualificar o debate de um tema tão relevante por meio de reflexão calcada no consequencialismo pró-consumidor e à luz do princípio da vedação do retrocesso.

ⁱ EREsp 1886929/SP e EREsp 1889704/SP.

ⁱⁱ <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/12082021-Seminario-sobre-novas-regras-da-ANS-busca-solucoes-para-conciliar-interesses-de-usuarios-e-planos-de-saude.aspx>

ⁱⁱⁱ <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/sobre-ans/RN470.pdf>

^{iv} REsp n. 1.733.013/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 20/2/2020.

^v <https://portalhospitaisbrasil.com.br/resolucao-normativa-no-470-da-ans-e-tema-de-debate/>

^{vi} TJ-RJ na APL: 04001634820168190001, Relator: Des(a). FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS, Data de Julgamento: 20/02/2019, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL.

^{vii} <https://portalhospitaisbrasil.com.br/resolucao-normativa-no-470-da-ans-e-tema-de-debate/>

^{viii} STJ, REsp 1927566/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 30/08/2021.

^{ix} Vide a partir das 03h11m36ss do vídeo do julgamento dos EREsp 1886929/SP e EREsp 1889704/SP no canal oficial do STJ no youtube: https://www.youtube.com/watch?v=4DjS1Hq8v_E

^x Resolução nº 2.217/2018.

^{xi} SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. p. 84.

^{xii} J. J. G. Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed., p. 468.

^{xiii} REsp n. 1.733.013/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 20/2/2020.