

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.886.929 - SP (2020/0191677-6)
RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
EMBARGANTE : UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : MÁRCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA - RJ059384
BRUNO DI MARINO - RJ093384
MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO - DF018958
RAPHAEL BARROS ANDRADE LIMA - SP306529
EMBARGADO : GUSTAVO GUERAZO LORENZETTI
ADVOGADO : FABIANO BARREIRA PANATTONI - SP216528

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Após o voto vista aprofundado apresentado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, correndo o risco de repetição, cumpre fazer mais algumas ponderações de modo a contribuir para a formação da convicção dos eminentes pares.

Outrossim, anoto que a questão relacionada ao tratamento de pessoas com autismo não está sendo aqui abordada, porquanto há julgamento em curso sobre o tema e questão de ordem suscitada no sentido de que tais tratamentos já foram incluídos no rol de procedimentos da ANS, com consultas e terapias ilimitadas, de modo que este tema fica expressamente afastado deste julgamento.

2. Com efeito, a posição sufragada pela Quarta Turma, no paradigma multireferido, não é insensível às necessidades dos usuários de planos e seguros de saúde

A decisão que ora se apresenta é mesmo difícil e tormentosa, um daqueles "hard cases" de que nos fala Dworkin, mas é preciso que cada um de nós, julgadores, internamente, avalie qual o real papel do Judiciário neste arbitramento da contenda.

Um olhar sensível - mas isento - para o integral e complexo problema impõe desde logo uma indagação: beneficiar apenas alguns usuários do plano de saúde - em detrimento de outros que pagam a mesma mensalidade - amplia ou restringe o benefício geral para todos?

Diante deste cenário, e buscando uma posição equilibrada e ponderada, em recente decisão monocrática, julgando o REsp 1.943.146/RO, o eminente Ministro Marco Buzzi, à luz do entendimento atual da Quarta Turma, esclareceu o posicionamento daquele Colegiado, assentando que: a) a partir do entendimento de que o Rol da ANS não é exemplificativo, a necessidade de cobertura de procedimentos ou medicamentos não previstos no rol da ANS deve ser observada caso a caso, podendo ser admitida, de

forma excepcional, quando demonstrada a efetiva necessidade, através de prova técnica; b) não basta, portanto, apenas a prescrição do médico que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os procedimentos e medicamentos previstos no rol de cobertura mínima - e, somente em hipóteses excepcionais, com demonstração técnica da efetiva necessidade, poderá ser autorizada a cobertura em hipótese não prevista.

Deveras, como assentado pela Corte Especial em sede de recurso repetitivo, REsp 1.124.552/RS, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. Ressaltou-se nesse precedente que: a) não é possível a ilegítima invasão do magistrado em seara técnica com a qual não é afeito; b) sem dirimir a questão técnica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendida da prova dos autos; c) nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais.

Nesse mencionado precedente da Corte, citou-se a abalizada doutrina de Humberto Theodoro Júnior, advertindo que "o que de forma alguma se tolera é desprezar o juiz o laudo técnico para substituí-lo por seus próprios conhecimentos científicos em torno do fato [...]. Todo meio de convencimento, para ser útil ao processo, tem de obedecer ao respectivo procedimento legal de produção dentro dos autos, sempre com inteira submissão ao princípio do contraditório. Quod non est in actis no est in mundo. Informes técnicos, estranhos ao campo jurídico, portanto, somente podem penetrar no processo por intermédio de laudo pericial produzido na forma da lei, por perito regularmente nomeado para a diligência probatória (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*, vol. 1. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 486-493).

De outra parte, esta Colenda Segunda Seção, caso acolhida a tese ora proposta, segue coerente com recente julgado, realizado em 13/10/2021, na esfera de recurso repetitivo, decidindo acerca da impossibilidade de imposição de custeio do procedimento de fertilização *in vitro*, REsp 1.851.062/SP, relator Ministro Marco Buzzi, assinalando a necessidade de velar as atribuições legais da ANS e a manutenção do equilíbrio atuarial do sistema de suplementação privada de assistência à saúde.

Vale conferir trecho do coto acolhido por ampla maioria deste Colegiado:

É imperioso concluir que a exclusão de cobertura obrigatória da técnica de inseminação artificial, consignadas em ambas as resoluções normativas da ANS, possuem, como fundamento, a própria lei que regulamenta os planos e

seguros

privados de assistência à saúde, o qual estabeleceu, em seu art. 10, inciso III, verbis: "

É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil (...), exceto: III - inseminação artificial."

A propósito, consoante destacado pelo e. Min. Marco Aurélio Bellizze na oportunidade do julgamento do REsp 1.692.179/SP (Dje de 15/12/2017) "(...) segundo o art. 20, § 1º, inciso III, da Resolução Normativa n. 387/2015 da ANS é permitida a exclusão da cobertura assistencial não só da inseminação artificial, mas, também, de outras técnicas de reprodução assistida." (grifos nossos)

De fato, não há, pois, lógica que o procedimento médico de inseminação artificial seja, por um lado, de cobertura facultativa - consoante a regra do art. 10, III, da lei de regência - e, por outro, a fertilização in vitro, que possui característica complexa e onerosa - consoante examinamos alhures - tenha cobertura obrigatória.

Inviável admitir tenha a ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar, no ponto, atuado de maneira excessiva porquanto, na verdade, referida agência foi expressamente autorizada pelo parágrafo único do art. 35-C da lei de regência a regulamentar a matéria.

Permitir interpretação absolutamente abrangente - tal como consignado pelo eg. Tribunal de origem - acerca do alcance do termo "planejamento familiar", de modo a determinar cobertura obrigatória da fertilização in vitro, acarretará, inegavelmente, direta e indesejável repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do plano, a prejudicar, sem dúvida, os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde.

Em controvérsias deste jaez a interpretação deve ocorrer de maneira sistemática e teleológica, de modo a conferir exegese que garanta o equilíbrio atuarial do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, não podendo as operadoras de plano de saúde serem obrigadas ao custeio de procedimentos que são, segundo a lei de regência e a própria regulamentação da ANS, de natureza facultativa, salvo, evidentemente, expressa previsão contratual.

O voto apresentado anteriormente aos eminentes pares deixa claro que há exceções, e justamente por isso se trouxe a julgamento dois casos distintos, em conjunto, onde se nega em um deles a cobertura porque o tratamento não tem nenhuma comprovação científica de eficácia (REsp 1.889.704) e noutro (o caso ora em julgamento) onde a cobertura pelo Plano está sendo mantida, ainda que o tratamento não esteja previsto no rol da ANS.

Todavia, há uma preocupação muito grande com o cálculo atuarial e os benefícios concedidos a uns, em detrimento de outros, de modo a que os usuários que

também pagam mensalidades e sustentam o Plano não sejam prejudicados e fiquem sem coberturas a doenças por vezes letais.

3. Nota Técnica Disponível no Banco de Dados do CNJ Favorável à Imposição do Custeio de Estimulação Magnética Transcraniana - EMT para os casos de depressão refratária a medicamento

No caso, malgrado lamentavelmente não tenha havido adequada instrução processual pelo Juízo de primeira instância, é incontroverso que o autor padece de quadro depressivo severo refratário aos diversos esquemas terapêuticos medicamentosos ministrados sem sucesso por mais de quatro semanas, além de esquizofrenia.

Assim, é bem oportuna a menção à elucidativa e bem recente nota técnica do Nat-jus/PR n. 53.052, emitida em 16/1/2022, disponível no banco de dados E-nat-jus, estabelecendo que, embora não seja procedimento contemplado pelo SUS, é favorável à imposição do custeio do tratamento de estimulação Magnética Transcraniana - EMT a plano de saúde.

Igualmente, na mesma linha das notas técnicas mencionadas no voto antes apresentado, aponta objetivamente que o procedimento pode mesmo ser imprescindível para o caso de depressão ou esquizofrenia refratária a medicamentos, e que, no âmbito da saúde suplementar, não há outra opção/tecnologia disponível para a enfermidade, que não seja antidepressivo.

Observe-se:

Dados do Processo
Esfera/Órgão: Justiça Estadual
Vara/Serventia: Curitiba - 10ª Vara Cível
Tecnologia 53052
CID: F34.8 - Outros transtornos do humor [afetivos] persistentes
Diagnóstico: Outros transtornos de humor persistentes
Meio(s) confirmatório(s) do diagnóstico já realizado(s): laudo médico
Descrição da Tecnologia
Tipo da Tecnologia: Procedimento
Descrição: 0702010154 - GERADOR P/ ESTIMULACAO CEREBRAL
O procedimento está inserido no SUS? Não
Outras Tecnologias Disponíveis
Descrever as opções disponíveis no SUS e/ou Saúde Suplementar:
antidepressivos disponíveis na RENAME
[...]
Custo da Tecnologia
Tecnologia: 0702010154 - GERADOR P/ ESTIMULACAO CEREBRAL
Custo da tecnologia: -
Fonte do custo da tecnologia: -
Evidências e resultados esperados
Tecnologia: 0702010154 - GERADOR P/ ESTIMULACAO CEREBRAL

Evidências sobre a eficácia e segurança da tecnologia: Estimulação Magnética Transcraniana (EMT)

Informação geral

Descrição

A estimulação magnética transcraniana repetitiva (EMTr) é uma técnica de neuroestimulação não invasiva que usa campos magnéticos pulsados para modular a atividade elétrica no cérebro. Ela está indicada em casos de quadros depressivos recorrentes graves e refratários a terapia medicamentosa mais psicoterapia.

O equipamento usa gerador de pulso de alta corrente, que cria um campo magnético que é conduzido por meio de bobina de estimulação colocada perto da cabeça do paciente.

Os pulsos magnéticos criam um campo elétrico dentro do cérebro capaz de modular a atividade cortical despolarizando axônios superficiais e ativando redes neurais corticais.

O dispositivo típico gera campo magnético de 1,5 a 3 Tesla em pulsos breves, cada um uma fração de milissegundo (comparável ao dispositivo de imagem de ressonância magnética).

A extensão da neuromodulação depende do tipo, orientação, localização e distância da bobina do cérebro; forma de onda de pulso magnético e intensidade, frequência e padrão de estimulação.

A EMTr não requer anestesia e a maioria dos efeitos adversos são transitórios e leves.

O protocolo mais comum para a depressão é uma sessão de 20-40 minutos de EMTr de alta frequência sobre o córtex pré-frontal dorsolateral esquerdo geralmente 3.000-6.000 pulsos por sessão, com sessões 5 dias / semana por 4-8 semanas.

[...]

Conclusão

Tecnologia: 0702010154 - GERADOR P/ ESTIMULACAO CEREBRAL

Conclusão Justificada: Favorável

Conclusão: As terapias requeridas são modalidades benéficas ao tratamento da requerente em questão em virtude da gravidade, cronicidade, remissão e baixa responsividade aos tratamentos convencionais, enquadrando-se nos critérios de indicação desta terapia. Esta modalidade terapêutica é fundamentada na medicina baseada em evidências e tem autorização pelo FDA e alguns aparelhos e de estimulação craniana têm registros na ANVISA para esta finalidade.

Há evidências científicas? Sim

Justifica-se a alegação de urgência, conforme definição de Urgência e Emergência do CFM? Não

Referências bibliográficas: 1. Lefaucheur JP, André-Obadia N, Antal A, et al. Evidence-based guidelines on the therapeutic use of repetitive transcranial magnetic stimulation (rTMS). Clin Neurophysiol. 2014 Nov;125(11):2150-206
2. Bersani FS, Minichino A, Enticott PG, et al. Deep transcranial magnetic stimulation as a treatment for psychiatric disorders: a comprehensive review. Eur Psychiatry. 2013 Jan;28(1):30-9
3. George MS, Post RM. Daily left prefrontal repetitive transcranial magnetic stimulation for acute treatment of medication-resistant depression. Am J Psychiatry. 2011 Apr;168(4):356-64
4. Janicak PG, Dokucu ME. Transcranial magnetic stimulation for the treatment of major depression. Neuropsychiatr Dis Treat. 2015;11:1549- 60f

NatJus Responsável: PR - Paraná
Instituição Responsável: NatJUS TJPR

Ora, o tratamento ora pretendido encontra respaldo técnico, e tem eficácia comprovada, por isso deve ser examinado de modo diferente pelo Poder Judiciário.

4. A solução proposta harmoniza a jurisprudência das Primeira e Segunda Seções do Superior Tribunal de Justiça

Em recentes precedentes específicos, a envolver a ilegítima supressão das atribuições legais da ANS, as duas Turmas de Direito Público assentaram que, "segundo entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, até prova cabal em contrário, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras", "sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo" (AgInt nos EDcl no REsp 1834266/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/03/2021, DJe 25/03/2021).

Outrossim, assentaram que não é papel do Judiciário promover a substituição técnica por outra concepção defendida pelo julgador, sendo "incabível substituição da discricionariedade técnica pela discricionariedade judicial" (AgInt no REsp 1823636/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 16/09/2021).

Em relação ao fornecimento de tratamentos e medicamentos pelo sistema público de saúde, a posição da Primeira Seção muito se assemelha a que ora é proposta, em certa medida ainda mais restritiva.

Por ocasião do julgamento, pela Primeira Seção, do recurso especial repetitivo n. 1.657.156, foram fixadas as seguintes teses para ensejar o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; c) existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Sobreveio acolhimento de embargos de declaração para "para esclarecer que, no acórdão onde se lê: "existência de registro na ANVISA do medicamento", leia-se: "existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência [isto é, desnecessidade de cobertura de medicamento para uso off label]."

5. A Medida Provisória n. 1.067, de 2 de setembro de 2021, altera o art. 10º da Lei n. 9.656/1998 para estabelecer a atualização do Rol a cada 120 dias.

A Medida Provisória n. 1.067/2021, modificou a Lei n. 9.656/1998, para estabelecer no art. 10, § 6º, que a atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar pela ANS **será realizada por meio da instauração de processo administrativo, a ser concluído no prazo de cento e vinte dias**, que poderá ser prorrogado por sessenta dias corridos quando as circunstâncias exigirem.

Portanto, a atualização não é mais só a cada dois anos.

6. Manifestações de *amicus curiae* no acórdão paradigma da Quarta Turma

No acórdão paradigma, REsp 1.733.013/PR, os *amicus curiae* apresentaram substanciosas manifestações pela taxatividade do Rol, valendo destacar as seguintes:

A ANS, defendendo a taxatividade do Rol, ponderou que: a) a sinistralidade média do setor atualmente é de aproximadamente 90%, e a imposição de coberturas traz um aumento de despesas e pressiona a precificação dos produtos, seja na oferta inicial seja em forma de reajuste; b) o mecanismo de financiamento do setor é o mutualismo, pois todos contribuem para cobrir os gastos de determinado membro do grupo, e o preço maior das mensalidades pode afastar o indivíduo de menor risco do sistema, potencializando a espiral de seleção adversa, que acaba por inviabilizar o próprio mercado; c) o Rol decorre de processo extremamente complexo, pois pressupõe criteriosa análise de: i) custo/efetividade, segundo a melhor literatura científica disponível e os conceitos de Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS, ponderando potenciais riscos decorrentes de determinada tecnologia; ii) capacidade instalada, de modo a aferir a real viabilidade de determinado procedimento ser entregue adequadamente aos beneficiários, com qualidade e sem riscos para o paciente, uma vez que o rol é estabelecido para todo o país; iii) efetivo impacto financeiro/orçamentário gerado pela incorporação da tecnologia.

O Conselho Federal de Medicina apresentou documentos técnicos contendo a informação de que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde constitui a referência básica para os fins da cobertura assistencial disposta na Lei nº 9.656/1998.

O Conselho Federal de Farmácia fez a consideração de que o Rol garante e torna público o direito assistencial dos beneficiários dos planos de saúde, contemplando os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e eventos em saúde.

O Departamento de Proteção e de Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor argumentou: a) não é possível falar em cobertura mínima sem a definição dos limites do que seja esse "mínimo"; b) sem ter clareza a respeito do universo que compõe essa cobertura mínima é impossível mensurar os custos associados a tal cobertura e, portanto, impossível estabelecer parâmetros claros de precificação individual ou coletiva para os beneficiários/consumidores.

O Instituto Brasileiro de Atuária - Iba obtemperou: a) a determinação de quais serão as coberturas a serem contempladas no plano de saúde é condição *sine qua non* para que seja possível a aplicação de métodos de estimativa atuarial sobre a quantidade de eventos cobertos pelo plano; b) se o produto não tiver cobertura adicional, significa que a cobertura obrigatória a ser seguida é a definida pelo rol de procedimentos da ANS, e a precificação se utilizou dessa premissa para ser elaborada.

A Abramge expôs que: a) os procedimentos e tratamentos ofertados pelas operadoras de planos de saúde devem conferir segurança e eficácia àqueles que o utilizam, na medida em que respondem civilmente e objetivamente perante os seus consumidores; b) "o NAT-JUS está suficientemente aparelhado para auxiliar os juízes nas ações que envolvam a cobertura de procedimentos, pois mantém à disposição um grupo de médicos de conceituado Hospital de São Paulo para avaliar os pedidos médicos".

A Fenasaúde arguiu que: a) a ANS, a exemplo de outras agências estrangeiras, adota para a formulação do Rol, cujo objetivo é o exame e a absorção das novas tecnologias, com a preocupação em que somente sejam incorporados procedimentos de comprovada eficácia e segurança; b) "o auxílio do NAT-Jus é fundamental, pois ele poderá dar alternativas e prestar informações ao Magistrado, como, por exemplo, a indicação de procedimentos e tratamentos constantes do Rol da ANS para o diagnóstico, tratamento e acompanhamento postulado pelo jurisdicionado".

O Conselho Nacional de Saúde - CNS, aduz que as empresas de planos de saúde devem cobrir procedimentos quando indicados pelo médico, desde que haja fundamentação técnica para tanto e, especialmente, no caso de procedimentos já oferecidos pelo SUS.

A Comissão Especial de Saúde Suplementar do Conselho Federal da OAB

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

7. Em nenhum país do mundo há lista aberta de procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória pelos planos privados ou públicos.

Como já antes salientado, nenhum país do mundo impõe uma lista aberta de procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, sejam planos públicos ou privados.

No caso do Brasil, é bem de ver que o art. 1º, § 8º, da Medida Provisória n. 1.067/2021 estabelece que as tecnologias avaliadas e recomendadas positivamente pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde - Conitec, cuja decisão de incorporação ao SUS já tenha sido publicada, serão incluídas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar no prazo de até trinta dias.

8. CONCLUSÃO

No caso ora em julgamento, como o Rol da ANS não contempla procedimento devidamente regulamentado pelo CFM, de eficácia comprovada, que, em caso de depressão profunda, pode se mostrar realmente como solução imprescindível ao tratamento de enfermidade prevista na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID, notadamente por não haver, nas diretrizes da relação editada pela Autarquia, circunstância clínica que permita essa cobertura, é forçoso o reconhecimento do estado de ilegalidade, para excepcional imposição de cobertura do procedimento vindicado.

Diante do exposto, estabelecendo a tese quanto a taxatividade, em regra, do rol de procedimentos da ANS, nego provimento aos embargos de divergência.