

PARECER

Natureza exemplificativa do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS. O Método ABA no tratamento dos Transtornos do Espectro Autista (TEA). Direito fundamental à saúde, dimensão objetiva e eficácia horizontal. Diálogo de fontes, proteção ao consumidor e limites do poder normativo da ANS.

SUMÁRIO: 1. A Consulta. 2. Nota prévia: O método ABA está abarcado pelo rol de procedimentos e eventos em saúde estipulado pela ANS. Eventuais pareceres desfavoráveis dos Nat-Jus não vinculam o Judiciário e estão em desacordo com o entendimento da própria agência reguladora. 3. A importância da saúde suplementar para a garantia do direito fundamental à saúde no Brasil. 4. O papel do direito fundamental à saúde na interpretação das normas que regem o serviço de saúde suplementar. 4.1. Dimensão objetiva do direito fundamental à saúde e eficácia irradiante. 4.2. Eficácia horizontal do direito fundamental à saúde. 5. Diálogo de fontes e aplicação complementar do Código de Defesa do Consumidor. 6. Interpretação constitucionalmente adequada da Lei nº 9.656/1998 e da Lei nº 9.961/2000. 6.1 Interpretação constitucionalmente adequada da Lei nº 9.656/1998 e da Lei nº 9.961/2000 à luz do direito fundamental à saúde. 6.2 Interpretação sistêmica – a Lei nº 9.656/1998 e o CDC. 6.3 Interpretação teleológica. 6.4 Interpretação histórica. 7. Limites do poder normativo da ANS, legalidade e restrição a direitos fundamentais: a ilegalidade do art. 2º da Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS. 8. Insubsistência dos argumentos em favor do caráter taxativo do RPES: a falácia do aumento dos preços dos planos de saúde e da insolvência de suas operadoras. 9. Síntese conclusiva: o RPES tem natureza exemplificativa, mas mesmo que não tivesse, o custeio de tratamentos baseados no método ABA para Transtornos do Espectro Autista estaria obrigatoriamente coberto pelos planos de saúde, por se enquadrar no referido rol. 10. Respostas aos quesitos.

1. A Consulta

Consulta-me R. D. F., representado por R. M. D., por intermédio das ilustres advogadas Raissa Moreira Soares e Caroline Salerno, acerca da natureza taxativa ou exemplificativa do Rol de Procedimento e Eventos em Saúde (RPES), elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, bem como a propósito da obrigatoriedade da cobertura, pelos planos e seguros de saúde, do método ABA (*Applied Behavior Analysis*), empregado para tratamento de pessoas com Transtorno do Espectro Autista (TEA).

Informa o Consulente que, de acordo com a Lei 9.961/2000, a ANS é autarquia especial que atua “*como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde*” (art. 1º, *caput*). Dentre outras funções, cabe a ela, segundo o art. 4º, 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*”.

Narra o Consulente que o setor de saúde suplementar é regulado pela Lei 9.656/1998, a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. O referido diploma prevê o *plano-referência de assistência à saúde*, obrigatório para as operadoras, cuja cobertura deve abranger o tratamento de todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), elaborada pela OMS, excetuadas as ressalvas legais.¹

¹ Confirmam-se, a propósito, a redação dos art. 10 e 12 da Lei 9.656/1998: “Art. 10. É instituído o **plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos**, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, **das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde**, da Organização Mundial de Saúde, **respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei**, exceto: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II do art. 12; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios

Segundo o Consulente, a jurisprudência pacífica do STJ estabeleceria, no passado, que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde (RPES) elaborado pela ANS detém *natureza exemplificativa*. Essa interpretação defende que os planos de saúde devem arcar com os tratamentos determinados pelos médicos dos pacientes, ainda que tais procedimentos não estejam previstos na norma regulamentar da ANS, desde que a doença esteja listada na CID e a medida não incida nas exceções fixadas nos incisos do art. 10 da Lei 9.656/1998. Ou seja, não se poderia exigir, por exemplo, tratamentos experimentais ou não reconhecidos pelas autoridades competentes (art. 10, incisos I e IX). Vejam-se, na linha desse entendimento, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, das 3ª e 4ª Turmas, respectivamente:

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

2. *O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, **tratando-se de rol exemplificativo**, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor. [...]*²

[...] 1. *Ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão,*

não ligados ao ato cirúrgico; VIII - (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente. [...]

Art. 12. *São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, **respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10**, segundo as seguintes exigências mínimas: [...]*”.

² STJ, AgRg no AREsp 708.082, 3ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, jul. 16/02/2016, DJe 26/02/2016. Grifo acrescentado.

nos termos do § 4º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor), revela-se abusivo o preceito excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico, indicado pelo médico que acompanha o paciente, voltado à cura de doença efetivamente coberta. Incidência da Súmula 83/STJ. [...]³

Contudo, narra o Consulente que a 4ª Turma do STJ mudou sua jurisprudência sobre a questão, a partir de superação de entendimento anterior (*overruling*). Aquele colegiado, capitaneado na matéria pelo Min. Luis Felipe Salomão, passou a afirmar a natureza *taxativa* do RPES, ainda que de forma mitigada. Veja-se a ementa do referido julgado:

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). [...]

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

³ STJ, AgInt no AREsp 919.368, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 25/10/2016, DJe 07/11/2016.

⁴ STJ, REsp 1.733.013, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 10/12/2019, DJe 20/02/2020.

Por essa razão, afirma o Consulente que se instaurou dissídio jurisprudencial entre a 3ª e a 4ª Turmas do STJ. Assim, a 2ª Seção – colegiado que reúne os referidos órgãos fracionários – iniciou o julgamento conjunto dos EREsp 1.886.929 e EREsp 1.889.704, com o intuito de pacificar o entendimento com relação à natureza do rol. O relator dos recursos em questão, Min. Luis Felipe Salomão, adotou a tese da taxatividade, enquanto a Min. Nancy Andrighi, em seu voto-vista, defendeu o caráter exemplificativo do rol. Em aditamento ao seu voto inicial, o relator esclareceu que, apesar da taxatividade do rol, é possível reconhecer a necessidade de cobertura de procedimentos ou medicamentos nele não previstos, excepcionalmente, *“quando demonstrada a efetiva necessidade, através de prova técnica”*. Assim, segundo o aditamento, não basta *“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”*.

Diz o Consulente que, no procedimento de atualização do RPES, em 2021, a ANS acolheu a tese da *taxatividade absoluta* da norma regulamentar. Isso porque, ao editar a Resolução Normativa nº 465/2021, a agência reguladora fez constar no seu art. 2º que *“[p]ara 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”*. A previsão, nesses termos, é ainda mais restritiva que a posição defendida pela 4ª Turma do STJ.

Por fim, o Consulente informa que é criança com Transtorno do Espectro Autista (TEA), e que, no caso concreto do EREsp 1.889.704, cujo julgamento foi iniciado pela 2ª Seção do STJ, postula tratamento especializado e multidisciplinar de psicoterapia pelo método ABA (*Applied Behavior Analysis*). De acordo com o Consulente, embora a eficácia da referida metodologia seja cientificamente comprovada, a cobertura do modelo

ABA vem obtendo pareceres desfavoráveis dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (Nat-Jus) de diversos tribunais, em razão de suposta deficiência metodológica nos estudos que demonstram a efetividade da técnica, o que tem dificultado a obtenção de tutela judicial para custeio do tratamento pelas operadoras de planos e seguros de saúde.

Contudo, indica o Consulente que a legitimidade de tal tratamento já foi reconhecida pela própria ANS. No Parecer Técnico nº 39/GCITS/GGRAS/DIPRO/2021 – sob o título “*Cobertura: abordagens, técnicas e métodos usados no tratamento do transtorno do espectro autista*” –, ao tratar dos impactos da Resolução Normativa 469/2021, que atualizou o RPES para garantir sessões ilimitadas com fonoaudiólogo e psicólogo ou terapeuta ocupacional para pessoas com TEA (CID F84), a agência reguladora manifestou-se expressamente pela possibilidade de cobertura do tratamento pelo método ABA, desde que a operadora possua em sua rede credenciada profissionais de saúde habilitados na abordagem – o que, contudo, afirmou não ser obrigatório. Veja-se, nessa linha, excerto do posicionamento da ANS:

Isto posto, informamos que os pacientes com Transtornos do Espectro Autista contam com diversos manejos e procedimentos para a assistência multiprofissional em saúde, conforme solicitação do médico assistente [...]

A partir do exposto, o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde vigente contempla os citados procedimentos que visam a assegurar a assistência multidisciplinar dos beneficiários portadores do Transtorno do Espectro Autista, que terão cobertura obrigatória, para todos os planos regulamentados, uma vez indicados pelo médico assistente do beneficiário, desde que cumpridas as suas diretrizes de utilização, quando houver.

Cabe destacar que o referido Rol, em regra, não descreve a técnica, abordagem ou método clínico/cirúrgico/terapêutico, a ser aplicado nas intervenções diagnóstico-terapêuticas a agravos à saúde sob responsabilidade profissional, permitindo a indicação, em cada caso, da

conduta mais adequada à prática clínica. A prerrogativa de tal escolha fica, portanto, a cargo do profissional assistente, conforme sua preferência, aprendizagem, segurança e habilidade profissionais

[...]

*Neste sentido, **diversas abordagens terapêuticas** (cognitivo-comportamental, de base psicanalítica, gestalt-terapia, entre outras), técnicas/métodos (Modelo Denver de Intervenção Precoce - ESDM; Comunicação Alternativa e Suplementar - Picture Exchange Communication System - PECS; **Modelo ABA - Applied Behavior Analysis**; Modelo DIR/Floortime; SON-RISE - Son-Rise Program, entre outros), uso de jogos e aplicativos específicos, dentre outras, **têm sido propostas para o manejo/tratamento da pessoa com transtorno do espectro autista.***

[...]

*Em outras palavras, **não é necessário que a operadora possua, em sua rede, profissionais de saúde, por exemplo, Fonoaudiólogos, Fisioterapeutas, Terapeutas Ocupacionais e Psicólogos habilitados em determinada abordagem, como a ABA, por exemplo, entre tantos outros métodos/técnicas/abordagens utilizados no manejo de pacientes com transtorno do espectro autista. Todavia, caso a operadora possua, em sua rede, profissional habilitado nestas técnicas/métodos/abordagens, estas poderão ser empregadas pelo profissional no âmbito do atendimento ao beneficiário, durante a realização de procedimentos cobertos, [...] com cobertura obrigatória sempre que solicitados pelo médico assistente e atendidos os requisitos das suas diretrizes de utilização, quando houver.***⁵

Diante desse contexto, formula o Consultante os seguintes quesitos:

⁵ ANS. Parecer Técnico nº 39/GCITS/GGRAS/DIPRO/2021. No mesmo sentido, consta, em notícia no portal da ANS, que “o profissional de saúde possui a prerrogativa de indicar a conduta mais adequada da prática clínica, conforme sua preferência, aprendizagem, segurança e habilidades profissionais” e, portanto, com as novas alterações, “caso a operadora possua, em sua rede credenciada, profissional habilitado em determinada técnica/método, tal como a ABA (Análise Aplicada do Comportamento), tal abordagem terapêutica poderá ser empregada pelo profissional no âmbito do atendimento ao beneficiário” (“ANS amplia alcance de decisões judiciais sobre Transtorno do Espectro Autista”. ANS, 12/07/2021. Disponível em <<https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/sobre-ans/ans-amplia-alcance-de-decisoes-judiciais-sobre-transtorno-do-espectro-autista>>).

a) O método ABA (*Applied Behavior Analysis*) encontra-se coberto pelo rol de procedimento e eventos em saúde elaborado pela ANS para tratamento do Transtorno do Espectro Autista (TEA)?

b) Os pareceres do Núcleo de Apoio ao Judiciário (NAT-Jus) devem ser considerados vinculantes para o Poder Judiciário?

c) A interpretação constitucionalmente adequada das Leis nº 9.656/1998 e nº 9.961/2000 conduz à compreensão sobre o caráter taxativo ou exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde (RPES) editado pela ANS?

d) O art. 2º da Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS, ao prever o caráter taxativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde (RPES) editado pela ANS, violou os limites da delegação legislativa contida na Lei nº 9.656/1998 e restringiu indevidamente direitos fundamentais?

e) Que impactos sobre o direito fundamental à saúde teria o reconhecimento do suposto caráter taxativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde (RPES) da ANS, seja sob a perspectiva dos usuários dos planos de saúde, seja sob a perspectiva do Sistema Único de Saúde (SUS)?

Antes de responder a tais questionamentos, é relevante demonstrar a inclusão da ABA no RPES e definir os pressupostos teóricos do parecer, o que se passa a fazer.

2. Nota prévia: O método ABA está abarcado pelo rol de procedimentos e eventos em saúde estipulado pela ANS. Eventuais pareceres desfavoráveis dos Nat-Jus não vinculam o Judiciário e estão em desacordo com o entendimento da própria agência reguladora

O Transtorno do Espectro do Autismo (TEA) é condição prevista na Classificação Internacional de Doenças (CID), organizada e atualizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Na 10ª revisão da CID, encontravam-se sob a sigla F84 os *transtornos*

globais do desenvolvimento, nos quais se inseriam, por exemplo, o autismo infantil (F84.0) e o autismo atípico (F84.1). Por sua vez, na CID-11, atualizada em janeiro de 2022, os *Transtornos do Espectro do Autismo* foram identificados na sigla 6A02. Agora, há gradação dos efeitos do TEA, como se vê nas siglas 6A02.0 – “Transtorno do espectro do autismo sem deficiência intelectual e com comprometimento leve ou ausente na linguagem funcional” – e 6A02.5 – “Transtorno do espectro do autismo com deficiência intelectual e com ausência de linguagem funcional”.

A legislação brasileira não é insensível a essa condição, muito pelo contrário. Há, na verdade, inúmeras normas protetivas voltadas às pessoas com deficiência (PCD), que se estendem aos indivíduos com TEA. No plano constitucional, além de consagrar a igualdade (art. 5º, *caput*), inclusive em sua dimensão material, a CF/88 determina em diversas passagens a proteção e inclusão das pessoas com deficiência. É o que acontece, por exemplo, nos art. 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VII; 201, §1º, I; 203, IV, dentre outros.⁶ A matéria também é disciplinada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que, como se sabe, ostenta *hierarquia constitucional* na ordem jurídica brasileira, por ter sido incorporada de acordo com o rito do art. 5º, §3º, CF/88. Naquele tratado

⁶ Os dispositivos dispõem o seguinte: art. 7º, XXXI (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”); art. 23, II (“É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”); art. 24, XIV (“Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”); art. 37, VII (“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”); art. 201, §1º, I (“É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar”); art. 203, IV (“A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”).

internacional, tutelou-se expressamente o direito à saúde de pessoas com deficiência, inclusive com a proibição expressa de discriminação pelos planos de saúde (art. 25, alínea “e”, CDPD).⁷

Tais previsões também estão concretizadas no plano infraconstitucional. Com efeito, a Lei 13.146/2015 consagra o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que também se aplica às atividades das operadoras e planos de saúde (art. 20 e 23).⁸ Por sua vez, particularmente quanto às pessoas no espectro do autismo, a Lei 12.764/2012 estabelece a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com TEA, cujo objetivo é “a atenção integral às necessidades de saúde da pessoa com transtorno do espectro autista, objetivando o diagnóstico precoce, o atendimento multiprofissional e o acesso a medicamentos e nutrientes” (art. 2º, III). Mais uma vez, houve a preocupação de endereçar de forma inequívoca e completa a incidência sobre os planos privados de assistência à saúde (art. 5º), com referência ao art. 14 da Lei 9.656/1998.

Há diversas metodologias para lidar com o TEA. Dentre os tratamentos disponíveis, estudos científicos têm demonstrado a eficácia do método ABA – *Applied Behavior Analysis* ou, em português, Análise Comportamental Aplicada.⁹ Segundo o psicólogo Romariz Barros, na metodologia ABA “se ensina o que está em déficit e se trabalha para

⁷ Diz o art. 25 da CDPD: “Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero. Em especial, os Estados Partes: [...] e) Proibirão a discriminação contra pessoas com deficiência na provisão de seguro de saúde e seguro de vida, caso tais seguros sejam permitidos pela legislação nacional, os quais deverão ser providos de maneira razoável e justa”.

⁸ Os art. 20 e 23 do Estatuto da Pessoa com Deficiência preveem, respectivamente: “Art. 20. As operadoras de planos e seguros privados de saúde são obrigadas a garantir à pessoa com deficiência, no mínimo, todos os serviços e produtos ofertados aos demais clientes”; “Art. 23. São vedadas todas as formas de discriminação contra a pessoa com deficiência, inclusive por meio de cobrança de valores diferenciados por planos e seguros privados de saúde, em razão de sua condição”.

⁹ Para um estudo compreensivo com meta-análise, cf. Nienke Peters-Scheffer, Robert Didden, Hubert Korzilius e Peter Sturmey. A meta-analytic study on the effectiveness of comprehensive ABA-based early intervention programs for children with autism spectrum disorders. *Research in Autism Spectrum Disorders*, v. 5, n. 1, 2011, p. 60-69. Disponível em <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1750946710000498>>. Ademais, na maior e mais recente revisão sistemática realizada sobre o assunto, diversas metodologias baseadas em ABA foram reconhecidas como práticas baseadas em evidências científicas. Cf. TEINBRENNER, Jessica R. Steinbrenner *et al.* *Evidence-Based Practices for Children*,

*reduzir o que está em excesso”, sendo certo que “[a] intervenção é mais eficaz se for precoce, intensiva, duradoura e abrangente (incluindo a família, escola etc)” e que “[o] principal processo psicológico subjacente é a aprendizagem”.*¹⁰ Seu funcionamento, segundo o *Council of Autism Service Providers*, “se concentra na análise, projeto, implementação e avaliação de modificações sociais e ambientais para produzir mudanças significativas no comportamento humano” e “inclui o uso de observação direta, medição e análise funcional das relações entre ambiente e comportamento”.¹¹

A metodologia ABA, ademais, é amplamente reconhecida pelas instituições nacionais e internacionais que lidam com a matéria. Nas palavras da Sociedade Brasileira de Pediatria, “[o] tratamento padrão-ouro para o TEA é a intervenção precoce, que deve ser iniciada tão logo haja suspeita ou imediatamente após o diagnóstico por uma equipe interdisciplinar” e, dentre as modalidades terapêuticas bem estabelecidas, estão o Modelo Denver, de “estimulação intensiva e diária baseada em Análise do Comportamento Aplicada (ABA)”, e a “Estimulação Cognitivo Comportamental baseada em (ABA)”, além de outras.¹² Já a OMS, ao tratar do TEA, registra como um de seus principais fatos que “[a]s intervenções psicossociais baseadas em evidências, como o tratamento comportamental e os programas de treinamento de habilidades para os pais, podem reduzir as dificulda-

Youth, and Young Adults with Autism. The University of North Carolina at Chapel Hill, Frank Porter Graham Child Development Institute, National Clearinghouse on Autism Evidence and Practice Review Team, 2020.

Disponível em <<https://ncaep.fpg.unc.edu/sites/ncaep.fpg.unc.edu/files/imce/documents/EBP%20Report%202020.pdf>>.

¹⁰ Hyndara Freitas. “O be-a-bá da terapia ABA: O que é, como é aplicada e para o que é indicada?”. O Estado de São Paulo, 23/09/2018.

¹¹ Council of Autism Service Providers. *Applied Behavior Analysis Treatment of Autism Spectrum Disorder: Practice Guidelines for Healthcare Funders and Managers*. 2ª ed., 2020. Disponível em <<https://cas-providers.org/wp-content/uploads/2020/03/ABA-ASD-Practice-Guidelines.pdf>>. Tradução livre.

¹² Sociedade Brasileira de Pediatria - Departamento Científico de Pediatria do Desenvolvimento e Comportamento. *Manual de Orientação: Transtorno do Espectro do Autismo*. Nº 5, abril de 2019, p. 16. Disponível em <https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/Ped. Desenvolvimento - 21775b-MO - Transtorno do Espectro do Autismo.pdf>.

*des de comunicação e comportamento social, com impacto positivo no bem-estar e qualidade de vida das pessoas com TEA e seus cuidadores”.*¹³ Assim também entende o Ministério da Saúde brasileiro. Em sua “Linha de cuidado para a atenção às pessoas com transtornos do espectro do autismo e suas famílias na Rede de Atenção Psicossocial do Sistema Único de Saúde”, após destacar que “[n]ão existe uma única abordagem a ser privilegiada no atendimento de pessoas com transtornos do espectro do autismo”, o órgão registrou:

“ABA tem sido amplamente utilizada para o planejamento de intervenções de tratamento e educação para pessoas com transtornos do espectro do autismo. Nesses casos, a abordagem prioriza a criação de programas para o desenvolvimento de habilidades sociais e motoras nas áreas de comunicação e autocuidado, proporcionando a prática (de forma planejada e natural) das habilidades ensinadas, com vistas à sua generalização. Cada habilidade é dividida em pequenos passos e ensinada com ajudas e reforçadores que podem ser gradualmente eliminados. Os dados são coletados e analisados.”¹⁴

No entanto, apesar de tais evidências, inúmeras pessoas no espectro autista têm encontrado dificuldade em garantir seu tratamento para TEA pelo método ABA por planos de saúde. É que, além da negativa de cobertura pelas operadoras, as quais alegam tratar-se de procedimento não incluso no RPES, também os tribunais têm por vezes indeferido tais pleitos na via judicial, com base em pareceres desfavoráveis fornecidos pelos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus).

¹³ Organização Pan-Americana da Saúde, Organização Mundial da Saúde. *Transtorno do espectro autista*. Disponível em <<https://www.paho.org/pt/topicos/transtorno-do-espectro-autista>>.

¹⁴ Ministério da Saúde/Secretaria de Atenção à Saúde/Departamento de Atenção Especializada e Temática. *Linha de cuidado para a atenção às pessoas com transtornos do espectro do autismo e suas famílias na Rede de Atenção Psicossocial do Sistema Único de Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2015, p. 81-82 (grifos acrescentados).

Originalmente previstos na Resolução CNJ 238/2016, os NAT-Jus são órgãos de apoio técnico que atuam junto aos tribunais, com o objetivo de fornecer pareceres baseados em fundamentos científicos, de modo a auxiliar na análise de pedidos que envolvem procedimentos médicos, fornecimento de medicamentos e tratamentos.¹⁵ Segundo a Resolução 388/2021 do CNJ, os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário são “*constituídos de profissionais da saúde, responsáveis por elaborar notas técnicas baseadas em evidências científicas de eficácia, acurácia, efetividade e segurança*” (art. 2º, II), cujos pareceres devem ser inseridos no Sistema e-NatJus, nos termos do Provimento CNJ 84/2019.

Com relação à atuação desses núcleos de assistência no caso de pessoas com TEA, infelizmente é comum que os laudos sejam utilizados para negar o tratamento ABA indicado pelo médico. Em diversos casos, ainda que reconheçam que o tratamento adequado deve levar em conta as especificidades do caso concreto, os pareceres do Nat-Jus afirmam que não há evidências científicas inequívocas da superioridade desse método sobre outros e, por isso, concluem de maneira desfavorável ao pleito. Veja-se, a título de exemplo, a conclusão da Nota Técnica 72.956, do NAT-Jus/SP, na qual se afirmou:

“As evidências científicas apontam para o papel fundamental da reabilitação multidisciplinar, incluindo psicoterapia comportamental, terapia ocupacional, fonoaudiologia, dentre outros profissionais, em pacientes com espectro autista. O paciente terá benefício com a terapia multidisciplinar. Entretanto, a literatura científica não mostra superioridade (ou inferioridade) das metodologias solicitadas [terapias com intervenção ABA] sobre outros métodos de reabilitação. A sociedade Brasileira de Pediatria recomenda que a reabilitação multidisciplinar seja feita de forma precoce, intensiva e que a metodologia escolhida respeite a singularidade do paciente e sua família. [...] Ressaltamos que devam ser avaliadas as necessidades específicas do paciente e sua família para adequação da proposta terapêutica multidisciplinar. Parâmetros como facilidade de transporte, tempo usado no

¹⁵ Cf. TJSP, Direito da Saúde, NatJus. Disponível em < <https://www.tjsp.jus.br/NatJus> >.

método, custo e outros, também devem ser considerados para a escolha das técnicas mais adequadas para esse paciente em especial.”¹⁶

Evidentemente, os laudos dos NAT-Jus não são vinculantes. Afinal, o art. 371 do CPC/2015 estabelece a *livre convicção fundamentada do juiz* – também conhecida como *sistema de persuasão racional*.¹⁷ Nesse modelo, o magistrado deve formar seu convencimento de acordo com todo o conjunto probatório dos autos, mas a liberdade no exame das provas fica condicionada às regras da lógica, da experiência e também dos meios científicos. Ao entendimento do NAT-Jus, portanto, podem ser contrapostos outros pareceres técnicos, documentos ou perícias, tudo de modo a demonstrar a regularidade de determinado tratamento – esse é, aliás, o espírito do art. 472 do CPC.¹⁸ Até porque, frise-se, sequer há posicionamento uníssono entre os diversos Nat-Jus, ao menos quanto a questão do método ABA. No banco de dados do sistema e-NatJus, embora haja diversos pareceres desfavoráveis à cobertura do tratamento ABA, também existem muitos outros que o recomendam.¹⁹

¹⁶ NAT-Jus/SP, Nota Técnica nº 72.956, 19/04/2022. Disponível no Sistema e-NatJus.

¹⁷ Cf., respectivamente, Leonardo Greco. *Instituições de Processo Civil: volume II*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 125; e Humberto Theodoro Jr. *Curso de direito processual civil: volume 1*. 63ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 741. O art. 371 do CPC/2015 prevê que “[o] juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

¹⁸ Segundo o art. 472 do CPC, “[o] juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”. Em comentário sobre o dispositivo legal, Elpidio Donizetti anota que “em sendo desnecessária a prova pericial, seja porque as partes, na fase postulatória, apresentaram pareceres técnicos ou porque os documentos que instruem a inicial ou a contestação são suficientes, o caso é de indeferimento da prova pericial” (“Comentário sobre o art. 472, CPC/2015”. In: Angélica Arruda Alvim et al. (coord.). *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 592. A prova pericial, como se vê, não é absoluta.

¹⁹ Veja-se, a título de exemplo, os seguintes pareceres: NAT-Jus/TJPR, Nota Técnica nº 52.204, 05/11/2021; DMJ/TJRS, Nota Técnica nº 41.261, 22/10/2021; DMJ/TJRS, Nota Técnica nº 50.715, 22/10/2021; NAT-Jus/TJBA, Nota Técnica nº 50.506, 18/10/2021; NAT-Jus/BA, Nota Técnica nº 50376, 15/10/2021; NAT-Jus/TJPR, Nota Técnica nº 49392, 12/10/2021; NAT-Jus/TJPR, Nota Técnica nº 46669, 20/09/2021; NAT-Jus/TJRS, Nota Técnica nº 46112, 15/09/2021; NAT-Jus/TJPR, Nota Técnica nº 44416, 01/09/2021; NAT-Jus/BA, Nota Técnica nº 44577, 27/08/2021; NAT-Jus/TJPR, Nota Técnica nº 39617, 27/08/2021; NAT-Jus/TJTO, Nota Técnica nº 58499, 03/01/2022; NAT-Jus/TJPE, Nota Técnica nº 57812, 17/12/2021; NAT-Jus/TJBA, Nota Técnica nº 42948, 19/08/2021; NAT-Jus/TJBA, Nota Técnica nº 37588, 09/07/2021; NAT-Jus/TJRS, Nota Técnica nº 37383, 20/07/2021.

Ademais, em mais de uma oportunidade, a própria ANS já reconheceu tanto a eficiência e caráter científico do tratamento de TEA pelo método ABA quanto a sua cobertura pelo rol de procedimentos e eventos em saúde.

Com efeito, no relatório do processo de revisão do RPES em 2017, frente à proposta de alteração da Diretriz de Utilização (DUT) de “*consulta/sessão com psicólogo (com diretriz de utilização)*”, a autarquia rejeitou a proposta de incluir expressamente “*Psicoterapias no método ABA*”. Para fazê-lo, todavia, o parecer da Nota Técnica nº 196/2017 registrou que a negativa se justificava porque “*Psicoterapias no método ABA estão contempladas na sessão de psicoterapia*”, revelando-se, portanto, desnecessária.²⁰ Ou seja, reconheceu-se a cobertura do tratamento pelo rol da ANS.

No entanto, o limite ao número de sessões impedia a adoção das metodologias de tratamento do TEA, como o ABA, que necessitam de cuidado multidisciplinar e intensivo. Assim, a Agência Nacional de Saúde Suplementar em julho de 2021, editou a Resolução Normativa nº 469/2021, “*para regulamentar a cobertura obrigatória de sessões com psicólogos, terapeutas ocupacionais e fonoaudiólogos, para o tratamento/manejo do Transtorno do Espectro Autista (TEA)*”. Segundo o Anexo 1 da norma regulamentar, itens 104.4 e 106.2, as sessões com fonoaudiólogo e com psicólogo e/ou terapeuta ocupacional passaram a gozar de “[c]obertura obrigatória em **número ilimitado** de sessões para pacientes com” Transtorno do Espectro do Autismo (CID F84). Por sua vez, como anotado na Nota Técnica nº 3/2021/GCITS/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO, a fisioterapia já era ilimitada.²¹

Segundo a notícia divulgada pela própria ANS, intitulada “*ANS amplia alcance de decisões judiciais sobre Transtorno do Espectro Autista*”, a referida alteração implicava as seguintes consequências para o tratamento de TEA:

²⁰ Nota Técnica ANS nº 196/2017 - Revisão do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde – 2018. Processo nº 33902.440494/2016-22, p. 146, item 6.

²¹ Nota Técnica ANS nº 3/2021/GCITS/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO, Processo nº: 33910.021068/2021-51, sobre “*Alteração de Diretriz de Utilização (DUT) referente ao Transtorno do Espectro Autista (TEA)*”. No documento, além de um apanhado das ações judiciais e dos projetos de lei em curso sobre o tema, traçou-se o histórico das atualizações normativas do RPES que aumentaram a cobertura assistencial para os pacientes com TEA.

“Importante destacar que o profissional de saúde possui a prerrogativa de indicar a conduta mais adequada da prática clínica, conforme sua preferência, aprendizagem, segurança e habilidades profissionais. Neste sentido, caso a operadora possua, em sua rede credenciada, profissional habilitado em determinada técnica/método, tal como a ABA (Análise Aplicada do Comportamento), tal abordagem terapêutica poderá ser empregada pelo profissional no âmbito do atendimento ao beneficiário, durante a realização dos procedimentos cobertos, como a sessão com psicólogo e/ou terapeuta ocupacional (com diretriz de utilização) ou a sessão com fonoaudiólogo (com diretriz de utilização), por exemplo.”²²

Esse entendimento foi reforçado no Parecer Técnico Nº 39/GCITS/GGRAS/DIPRO/2021, também da ANS.²³ No documento, a agência reguladora indicou os *“diversos manejos e procedimentos [previstos no RPES] para a assistência multiprofissional em saúde, conforme solicitação do médico assistente”*, como, por exemplo, (i) consulta médica, (ii) consulta com fisioterapeuta, (iii) consulta com fonoaudiólogo, e (iv) consulta com psicólogo – todas com cobertura de sessões ilimitadas desde a alteração promovida pela RN nº 469/2021/ANS. Assim, segundo a ANS, *“o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde vigente contempla os citados procedimentos que visam a assegurar a assistência multidisciplinar dos beneficiários portadores do Transtorno do Espectro Autista, que terão cobertura obrigatória, para todos os planos regulamentados, uma vez indicados pelo médico assistente do beneficiário, desde que cumpridas as suas diretrizes de utilização, quando houver”*.

²² “ANS amplia alcance de decisões judiciais sobre Transtorno do Espectro Autista”. ANS, 12/07/2021. Disponível em < <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/sobre-ans/ans-amplia-alcance-de-decises-judiciais-sobre-transtorno-do-espectro-autista>>.

²³ Parecer Técnico ANS Nº 39/GCITS/GGRAS/DIPRO/2021, “Cobertura: abordagens, técnicas e métodos usados no tratamento do Transtorno do Espectro Autista”. Disponível em < https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans/2020/parecer_tecnico_no_39_2021_terapias_e_metodos_-_transtorno_do_espectro_autista.pdf>.

No referido Parecer Técnico, a agência esclareceu que o RPES “*em regra, **não descreve a técnica, abordagem ou método clínico/cirúrgico/terapêutico**, a ser aplicado nas intervenções diagnóstico-terapêuticas a agravos à saúde sob responsabilidade profissional, **permitindo a indicação, em cada caso, da conduta mais adequada à prática clínica**”, pois a prerrogativa de escolha fica “a cargo do profissional assistente, conforme sua preferência, aprendizagem, segurança e habilidade profissionais”. Disse ainda a ANS que essa medida objetiva inibir “possível perda de cobertura obrigatória, em face do risco de não esgotamento da enumeração de todas as técnicas, abordagens e métodos disponíveis e aplicáveis na prática em saúde no Brasil”, pois “[o] eventual lapso de descrição poderia ensejar a ausência de cobertura a determinada técnica, abordagem ou método”.*

Ademais, a ANS reconheceu a existência e legitimidade de diversas abordagens terapêuticas e técnicas/métodos, **citando expressamente o ABA** e outras dele derivadas. E, a partir de tais esclarecimentos, sustentou que a garantia do referido tratamento estaria condicionada, então, à existência de profissional especializado na rede credenciada da operadora – que, no entanto, não seria obrigada a disponibilizá-lo. Veja-se, a propósito, elucidativo excerto do Parecer Técnico:

*“Conforme prevê o §3º, do artigo 6º, da RN nº 465/2021, **a operadora deverá oferecer atendimento por profissional apto a tratar a CID do paciente e a executar o procedimento indicado pelo médico assistente, conforme as competências e habilidades estabelecidas pelos respectivos Conselhos Profissionais. No entanto, não está obrigada a disponibilizar profissional apto a executar determinada técnica ou método.***

*Em outras palavras, **não é necessário que a operadora possua, em sua rede, profissionais de saúde, por exemplo, Fonoaudiólogos, Fisioterapeutas, Terapeutas Ocupacionais e Psicólogos habilitados em determinada abordagem, como a ABA, por exemplo, entre tantos outros métodos/técnicas/abordagens utilizados no manejo de pacientes com transtorno do espectro autista. Todavia, caso a operadora possua, em sua rede, profissional habilitado nestas técnicas/métodos/ abordagens, estas poderão ser empregadas pelo profissional no âmbito do***

atendimento ao beneficiário, durante a realização de procedimentos cobertos, tais como a SESSÃO COM PSICÓLOGO E/OU TERAPEUTA OCUPACIONAL (COM DIRETRIZ DE UTILIZAÇÃO) ou a SESSÃO COM FONOAUDIÓLOGO (COM DIRETRIZ DE UTILIZAÇÃO) ou a REEDUCAÇÃO E REABILITAÇÃO NEUROMÚSCULO-ESQUELÉTICA ou a REEDUCAÇÃO E REABILITAÇÃO NEUROLÓGICA, entre outros, com cobertura obrigatória sempre que solicitados pelo médico assistente e atendidos os requisitos das suas diretrizes de utilização, quando houver.

Do mesmo modo, caso o plano do beneficiário tenha previsão de livre escolha de profissionais, mediante reembolso, o procedimento constante no rol, realizado com a utilização de uma dessas técnicas/métodos/abordagens, deverá ser reembolsado, na forma prevista no contrato.”

Ora, **segundo o entendimento expresso da ANS, a metodologia ABA já está abarcada pelo RPES**, uma vez que o tratamento se dá de forma multidisciplinar, que pode e deve ser alocado sob os códigos de consultas com médico, fisioterapeuta, fonoaudiólogo, psicólogo, etc. A manifestação da agência reguladora, em verdadeira *interpretação autêntica* de sua Resolução Normativa que disciplina o RPES, não deixa dúvida quanto à possibilidade de cobertura do tratamento ABA – contrariando, inclusive, os pareceres do Nat-Jus.²⁴

Ocorre que o entendimento, embora demonstre a possibilidade de cobertura do ABA pelo RPES, **apresenta outra ilegalidade**. É que, segundo a ANS, embora o tratamento pelo ABA seja legítimo e possa ser enquadrado no RPES, sua disponibilização ficaria condicionada à presença de profissional especializado na rede credenciada, sem a qual o beneficiário não poderia garantir seu tratamento. Trata-se, evidentemente, de inversão do sistema de saúde suplementar, no qual – mesmo partindo-se da suposta natureza taxativa do RPES – a existência de doença classificada na CID e tratamento previsto no

²⁴ Segundo Carlos Maximiliano, “[d]enomina-se autêntica a interpretação, quando emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 23ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 96).

RPES, recomendado pelo médico que acompanha o paciente, são condições suficientes para a cobertura do tratamento pela operadora do plano de saúde. Preenchidos esses dois requisitos – como ocorre no tratamento ABA, conforme reconhecido pela própria ANS –, não pode a operadora negar cobertura por conta da mera inexistência de profissional habilitado em sua rede credenciada.

Trata-se, inclusive, de violação ao Código de Ética Médica, uma vez que a tais profissionais é vedado, em razão da responsabilidade profissional, “[p]ermitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde, interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade” (art. 20). Afinal, caso a implementação de determinado tratamento dependesse da ação das operadoras de credenciamento de profissionais, haveria evidente risco do que apenas os tratamentos mais baratos – e, possivelmente, menos eficazes – fossem disponibilizados, sem que os beneficiários-consumidores pudessem gozar do que fosse mais adequado para a sua condição, de acordo com a indicação de seu médico de confiança.

Assim, obviamente, nos casos em que não houver profissional habilitado em sua rede credenciada, será a operadora – e não o beneficiário-consumidor – que deverá arcar com os custos do profissional devidamente qualificado. Essa orientação levaria, na prática, as operadoras a buscarem o credenciamento dos profissionais necessários à plena garantia do tratamento à saúde dos consumidores.

Como se vê, de acordo com as normas regulamentares elaboradas pela própria ANS, não há dúvida de que o tratamento de TEA baseado na metodologia ABA encontra-se abarcado pelo rol de procedimentos e eventos em saúde.

No entanto, mesmo que assim não se entenda, o referido tratamento deve ser garantido em razão da natureza *exemplificativa* do RPES. Antes de adentrar no mérito da questão, passo a fixar algumas premissas.

3. A importância da saúde suplementar para a garantia do direito fundamental à saúde no Brasil

A Constituição de 88 consagrou o direito fundamental à saúde, conferindo-lhe posição de destaque.²⁵ Na redação atual do texto constitucional constam 67 citações à saúde, nos mais diversos contextos. Há, por exemplo, a consagração do direito social do art. 6º, *caput*; a competência comum do art. 23; a competência concorrente do art. 24; as disposições de seguridade social do art. 196 e seguintes; dentre muitas outras, inclusive de natureza orçamentária. Além disso, a importância desse direito fica em destaque ao notar-se que o desrespeito à aplicação da receita mínima exigida em saúde é uma das poucas hipóteses nas quais a Carta Magna legitima inclusive a intervenção nos Estados e Municípios (art. 34, VII, alínea “e” e art. 35, III).

A profusão de referências não é sem motivo, pois o direito à saúde tem importância capital para a vida e dignidade da pessoa humana, especialmente na dimensão de proteção ao mínimo existencial.²⁶ Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo, o direito à saúde “*é, antes de tudo (e também), um direito de cada pessoa, visto que umbilicalmente ligado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano considerado como tal*”.²⁷

²⁵ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, Mariana Filchtner Figueiredo. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 3, ago. 2011, p. 775-829.

²⁶ No RE 271.286-AgR, o STF registrou que “[o] direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida” (Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 12/09/2000, DJ 24/11/2000). Sobre o tema, cf., por exemplo, José Carlos Francisco. “Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010; e Fátima Vieira Henriques. “Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento (coord.). *Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

²⁷ Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo. “Comentário ao art. 196”. In: J. J. Gomes Canotilho et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2016.

Por essa razão, na arquitetura constitucional, a saúde é “*direito de todos e dever do Estado*” (art. 196) e são “*de relevância pública as ações e serviços de saúde*”, cabendo ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle do setor, cuja execução “*deve ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado*” (art. 197).²⁸ Assim, o Poder Público deve adotar medidas que ampliem o acesso à saúde, em benefício de toda a população brasileira, seja quando o concretiza diretamente – pelo Sistema Único de Saúde – ou quando atua como regulador da atividade privada.

Como se sabe, o art. 199 da Constituição admite a participação de agentes privados na área da saúde.²⁹ Se tal dispositivo, de um lado, garante ao indivíduo liberdade para optar entre os serviços prestados pelo Poder Público e aqueles disponibilizados pelo mercado,³⁰ por outro, demonstra que, devido à sua importância e complexidade, o atendimento à saúde consiste em tarefa que deve reclamar esforços conjuntos do Estado e da iniciativa privada, em prol de toda a coletividade.

Com efeito, o setor de saúde suplementar tem cumprido relevante papel na concretização desse direito fundamental. Segundo os dados de fevereiro de 2022, há mais de 78

²⁸ Confira-se, mais uma vez, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo, para quem “*a relevância pública das ações e dos serviços de saúde, decorrente do caráter indisponível do direito fundamental e dos valores que visa a proteger (vida, dignidade, integridade física e psíquica, adequadas condições de vida e de desenvolvimento humano, entre outros), incide como parâmetro de modelação e (re)adequação das relações privadas estabelecidas no setor, inclusive no que pertine aos planos e seguros privados de saúde, seja para fundamentar o afastamento de cláusulas contratuais tidas como abusivas (oportunidade em que dialoga com o direito do consumidor), seja para determinar a busca de solução ao intrincado problema da continuidade do serviço de saúde, que, embora prestado por particular, não perde o caráter público que lhe é imanente*” (“Comentário ao art. 197”. In: J. J. Gomes Canotilho et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. Op. cit., p. 2016, p. 2019).

²⁹ O art. 199 da CF/88 prevê que “[a] assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

³⁰ Segundo o STF, “[...] a própria Constituição, em seu art. 199, estabelece que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Em matéria de saúde, o indivíduo tem plena liberdade para utilizar, seja conjunta ou exclusivamente, do atendimento prestado pelo serviço público ou daquele disponibilizado por particulares. A administração pública não pode condicionar o acesso aos serviços públicos de saúde apenas àqueles que não se utilizam do atendimento prestado pela rede particular. Portanto, possível ao indivíduo, à custa de recursos próprios, complementar com o serviço privado o atendimento arcado pelo SUS” (STF, RE nº 516.671-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 01/06/2010, DJe 06/08/2010).

milhões de beneficiários em alguma das segmentações de plano de saúde, o que corresponde a uma taxa de cobertura de 40,35% da população brasileira.³¹

Nesse contexto, para regular o setor, o legislador editou a Lei 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Trata-se de diploma legal que visa a equacionar os interesses por vezes antagônicos que emergem da atividade privada no ramo. De um lado, há o exercício da empresa na seara da assistência médica, que, no regime capitalista, objetiva a obtenção de lucros. E, de outro, tem-se o direito fundamental do consumidor, que pretende ver a sua saúde – e, em última instância, a sua vida – integralmente garantida. Segundo Daniel Macedo, a referida legislação foi importante para conferir maior proteção aos beneficiários, que correspondem à parte vulnerável da relação jurídica, historicamente desprotegida e prejudicada pelos atores privados mais poderosos

Em sentido semelhante caminha o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Na ADPF 532-MC, a Min. Cármen Lúcia sintetizou: “[s]aúde não é mercadoria. Vida não é negócio. Dignidade não é lucro” e, por isso mesmo, é preciso atentar para que “não se transformem em atos de mercancia o que o sistema constitucional vigente acolhe como direito fundamental e imprescindível à existência digna”.³² Da mesma forma, ao julgar a ADI 1.931, na qual se impugnaram diversos dispositivos da Lei 9.656/1998, o Plenário da Corte manifestou de forma inequívoca a *prevalência da tutela da saúde sobre o lucro*, a despeito da proteção constitucional também conferida à livre iniciativa. Com efeito, o relator, Min. Marco Aurélio, consignou:

A defesa intransigente da livre iniciativa é incompatível com o fundamento da dignidade da pessoa humana, bem assim com os deveres constitucionais do Estado de promover a saúde – artigo 196 – e prover a defesa do consumidor – artigo 170, inciso V. O quadro anterior à

³¹ SIB/ANS/MS – 02/2022 e IBGE/DATASUS/2012. Dados da Sala de Situação da ANS, painel “Setor”. Disponível em <https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de-situacao.html>. Acesso em 12/04/2022.

³² STF, ADPF 532-MC, decisão monocrática da Pres. Min. Cármen Lúcia, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 14/07/2018, DJe 03/08/2018.

regulamentação bem revela as inconsistências do mercado em jogo considerada a Carta Federal [....]. [...]

A promoção da saúde, mesmo na esfera privada, não se vincula às premissas do lucro, sob pena de ter-se, inclusive, ofensa à isonomia, consideradas as barreiras ao acesso aos planos de saúde por parte de pacientes portadores de moléstias graves. A atuação no lucrativo mercado de planos de saúde não pode ocorrer à revelia da importância desse serviço social, reconhecida no artigo 197 do Texto Maior: [...]. [...]

A atividade dos planos de saúde, embora lucrativa, satisfaz o interesse coletivo de concretização do direito à saúde, incrementando os meios de atendimento à população.³³

Portanto, é sob o viés da proteção do direito à saúde – e da importância do setor de saúde suplementar para a consecução desse objetivo – que devem ser enfrentadas as possíveis controvérsias que contrapõem, de um lado, os interesses dos consumidores e, de outro, o das operadoras de planos de saúde. Aliás, a própria dogmática inerente aos direitos fundamentais orienta a busca pela maximização de eficácia da tutela da saúde na solução de questões complexas. Abordarei o tema no tópico seguinte.

4. O papel do direito fundamental à saúde na interpretação das normas que regem o serviço de saúde suplementar

4.1 Dimensão objetiva do direito fundamental à saúde e eficácia irradiante

Na teoria contemporânea dos direitos fundamentais, costuma-se afirmar que tais direitos têm dupla dimensão. De um lado, há sua *dimensão subjetiva*, pois eles constituem direitos subjetivos que podem ser reclamados por seus titulares, inclusive em juízo. De

³³ STF, ADI 1.931, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 07/02/2018, DJe 08/06/2018. Grifos acrescentados.

outro, porém, apresentam uma *dimensão objetiva*, porque consubstanciam um valor fundamental de comunidade política e do ordenamento jurídico de que fazem parte. Essa última função, ligada ao advento do Estado Social, complementa a primeira, reforçando-a. À consagração dos direitos fundamentais, portanto, subjaz uma *ordem de valores*.³⁴

Essa é uma construção teórica extremamente importante, originária do Direito Constitucional alemão, mas amplamente reconhecida pela doutrina nacional.³⁵ Ela foi desenvolvida pela primeira vez no famoso caso *Lüth*, decidido pela Corte Constitucional germânica em 1958, no julgamento em que se discutiu a constitucionalidade de decisão judicial que, com base em norma geral do Código Civil alemão, proibira uma campanha de boicote contra um filme de um diretor que fora simpatizante do nazismo. O Tribunal Constitucional alemão reformou a decisão, pois entendeu que ela não dera o devido peso à liberdade de expressão na aplicação do direito infraconstitucional. Na célebre decisão, enfatizou-se a necessidade de interpretação das normas infraconstitucionais à luz dos direitos fundamentais.³⁶

Assim, uma das mais importantes consequências do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a afirmação de sua *eficácia irradiante* para todo o ordenamento jurídico. Na lição de Paulo Gustavo Gonet Branco, os direitos fundamentais “*transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estrutura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para*

³⁴ Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cf. Daniel Sarmento. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 105 e seguintes; Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 457-463; Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 157 e seguintes.

³⁵ Veja-se, e.g., Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mittidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 295-299; Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 255-258; Daniel Sarmento. “Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma teoria”. In: José Adércio Leite Sampaio. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 251-314.

³⁶ 7 BVerfGE 198 (1958). Grifos acrescentados.

todo o direito positivo”, formando “*a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático*”, o que, por sua vez, “*os converte em diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do Direito*”.³⁷ É o que Luis Roberto Barroso, no contexto da discussão sobre constitucionalização do direito, chamou de *filtragem constitucional* – isto é, o processo que “*não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação dos seus institutos sob uma ótica constitucional*”.³⁸

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de forma pacífica, tem reconhecido a eficácia irradiante decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, inclusive no que diz respeito ao direito à saúde.³⁹ Vejam-se, a propósito, os seguintes excertos:

*“A doutrina da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem berço no direito alemão, forte na consagração dos direitos fundamentais não só como direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas também como **decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espraiando sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária.**”*⁴⁰

*“**Trata-se da dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental à saúde, que também se revela na sua organização administrativa por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde que prima pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade em sua gestão e controle (art. 198, caput).***

³⁷ Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 168-169.

³⁸ Luis Roberto Barroso. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, 2001, p. 34.

³⁹ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Processo*, v. 175, set. 2009, p. 9-33.

⁴⁰ STF, ADI 4.277, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 05/05/2011, DJe 14/10/2011.

*Ingo Sarlet retoma, a esse propósito, a existência de uma eficácia dirigente e irradiante dos direitos fundamentais, na medida em que eles contêm ‘uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização’, bem como ‘fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional’.*⁴¹

Ora, não há dúvida de que a eficácia irradiante do direito fundamental à saúde também se estende sobre as normativas aplicáveis ao setor de saúde suplementar.⁴² A correta exegese dessa legislação infraconstitucional deve ser aquela que garanta, em maior extensão, o bem-estar e integridade dos beneficiários dos planos de saúde. É que, como apontou Alexandre Vizeu Figueiredo, “*havendo dúvida sobre a amplitude de cobertura de determinado procedimento médico, estando o beneficiário sob risco de vida, dever-se-á condicionar a aplicação da norma pelos princípios de defesa do consumidor e da efetiva tutela à saúde*”.⁴³ Afinal, tais normas devem ser filtradas não de acordo com lentes excessivamente privatistas e financeiras, mas pelo prisma da proteção da vida e da dignidade humana.

Há, porém, outra faceta da dogmática dos direitos fundamentais que também importa ao caso: a chamada *eficácia horizontal* de tais direitos. Vejamos.

⁴¹ STF, ADI 6.129-MC, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, julg. 11/09/2019, DJe 25/03/2020.

⁴² Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo observam que “*a dimensão objetiva do direito à saúde tem justificado – além das demais consequências decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais – a imposição de diversos deveres de proteção ao Estado [...] Neste contexto, verifica-se que a proteção da saúde vai além da relação Estado-indivíduo para impor-se também entre os particulares, quer por meio da atuação estatal, como nos exemplos anteriores, quer pela cominação de deveres aos atores privados*” (“Comentário ao art. 196”. In: J. J. Gomes Canotilho et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. Op. cit., p. 2014-2015).

⁴³ Alexandre Vizeu Figueiredo. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 23.

4.2. Eficácia horizontal do direito fundamental à saúde

No passado, os direitos fundamentais eram vistos apenas como limites ao poder do Estado. Todavia, na contemporaneidade, diante da constatação de que as injustiças e o arbítrio provêm também dos particulares, tem-se reconhecido amplamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Em outras palavras, compreende-se que, para além da vinculação dos poderes públicos – eficácia vertical – há também a submissão dos particulares aos direitos fundamentais, especialmente quando os agentes privados se encontrarem investidos em posição de poder social.⁴⁴ Também é assim na ordem jurídica brasileira, em que os direitos fundamentais incidem sobre as relações entre particulares independentemente de qualquer mediação legislativa.⁴⁵

Essa orientação pode ser inferida da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o STF, dentre outros casos, reconheceu a incidência direta do devido processo legal na exclusão de associados de cooperativas,⁴⁶ bem como a aplicabilidade do princípio da isonomia para a vedação de disparidades injustificadas no tratamento de empregados de nacionalidades distintas.⁴⁷ No RE nº 201.819, em que a Corte trouxe à discussão, pela primeira vez, as diversas teorias acerca da forma como se opera a incidência dos direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado, o Ministro Celso de Mello expressou a sua clara adesão à teoria da eficácia horizontal direta, ao destacar:

⁴⁴ Há vasta literatura sobre o tema. Veja-se, a propósito, Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; Günter Dürig, Hans Carl Nipperdey e Jürgen Schwabe. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012; Juan Maria Bilbao Ubilos. *La Eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Virgílio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005; e Wilson Steinmetz. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴⁵ Cf. Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. *Op. cit.*, p. 235-286; Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 383-393; e Thiago Luís Santos Sombra. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 182-188.

⁴⁶ STF. RE nº 158.215, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07/06/1996.

⁴⁷ STF. RE nº 161.243, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/12/1997.

*É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.*⁴⁸

É certo, porém, que a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais não importa no desprezo à legislação infraconstitucional que disciplina as relações privadas, nem demanda que se transponha o particular para a mesma posição do Estado, no que tange à vinculação aos direitos. Como os particulares possuem uma autonomia constitucionalmente protegida, é preciso ponderá-la para delimitar corretamente os limites da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse caso, um dos principais fatores que deve ser considerado nessa ponderação é a existência e o grau da desigualdade presente na relação jurídico-privada em exame. Pode-se dizer que em relações simétricas, a autonomia da vontade tem peso mais significativo, mas em hipóteses de desigualdade fática, em que um dos particulares esteja investido em posição de poder em face do outro, a proteção dos direitos fundamentais da parte mais débil deve ser mais intensa, sobrepujando, *a priori*, a tutela da autonomia.⁴⁹

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais também se aplica aos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde.⁵⁰ De fato, embora tais direitos sejam tipicamente

⁴⁸ STF. RE nº 201.819, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, DJ 27/10/2006.

⁴⁹ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso destacou como fator primordial a ser tomado em conta na ponderação subjacente à eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais “a igualdade ou desigualdade material entre as partes” (“Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”. *Op. cit.*, p. 219).

⁵⁰ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos fundamentais sociais, ‘mínimo existencial’ e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares”. In: Daniel Sarmento, Flávio Galdino (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 551-602.

voltados à relação entre o Estado e os particulares, isso não impossibilita sua incidência também nas relações privadas. Em obra acadêmica sobre o tema, afirmei que “[o]s *direitos sociais e econômicos devem também influenciar decisivamente a interpretação e a aplicação das normas jurídicas infraconstitucionais incidentes sobre as relações privadas*”, e ainda que “os *direitos sociais podem incidir diretamente na interpretação dos negócios jurídicos privados, independentemente de mediação legislativa*”.⁵¹

Pois bem. No caso deste parecer, a eficácia horizontal do direito fundamental à saúde é mais um fator a ser levado em consideração na interpretação das regras e das prestações devidas aos beneficiários de planos de saúde, que, como se sabe, estão em posição de intensa vulnerabilidade quando necessitam de assistência médica.

Para além de argumentos relativos à dogmática dos direitos fundamentais, no plano infraconstitucional também há a questão concernente ao *diálogo de fontes* com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que deve orientar a devida interpretação sobre a natureza do rol elaborado pela ANS. Esse é o tema do próximo item.

5. Diálogo de fontes e aplicação complementar do Código de Defesa do Consumidor

A Constituição de 88 é inequívoca ao determinar a proteção do consumidor. De um lado, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, ela diz que “o *Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*” (art. 5º, XXXII). De outro, o constituinte erigiu tal proteção ao *status* de princípio geral da atividade econômica, previsto no art. 170, V. A premência de se reforçar o lado vulnerável das relações de consumo foi enfrentada no art. 48 dos ADCT, no qual se fixou prazo para elaboração da referida lei pelo Congresso Nacional.⁵² Assim nasceu a Lei 8.078/1990 – o Código de Defesa do Consumidor.

⁵¹ Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Op. cit., p. 299-300.

⁵² Diz o art. 48 dos ADCT que “[o] *Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*”.

Com efeito, o CDC constitui lei principiológica que, ao criar seu microssistema próprio, interage com todas as leis específicas que tratem de questões relativas às relações de consumo.⁵³ Isso porque, do ponto de vista subjetivo, cuida-se de *norma especial*, por dizer respeito a sujeitos (*ratione personae*), isto é, os consumidores. De outra parte, porém, da perspectiva material (*ratione materiae*), trata-se de *norma geral*, vez que se aplica a todas as relações do consumidor no contexto do mercado de consumo, sejam elas contratuais ou extracontratuais.⁵⁴

Nessa linha, tem-se afirmado que a correta compreensão do papel do CDC no ordenamento jurídico brasileiro envolve a ideia do *diálogo de fontes*. Trata-se de teoria por meio da qual se busca, segundo a definição de Cláudia Lima Marques, “*aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais*”.⁵⁵ Por meio da interação entre normas distintas, encontram-se influências recíprocas e aplicações conjuntas, sem que seja necessário reconhecer qualquer antinomia ou incompatibilidade, o que favorece a eficiência funcional do ordenamento. A complementariedade toma o lugar dos típicos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade para resolução de antinomias, postulando a convivência equilibrada e coerente dos diversos paradigmas legais.⁵⁶ Diálogo de fontes, portanto, corresponde à “*harmonia na pluralidade de fontes e na procura de restaurar sua coerência e*

⁵³ Cf. Maria Stella Gregori. “Os desafios da regulação da saúde suplementar no Brasil”. In: Bruno Miragem, Cláudia Lima Marques, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias. *Direito do Consumidor – 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 324.

⁵⁴ Cf. Cláudia Lima Marques, “Diálogo das fontes”. In: Antonio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (org.). *Manual de direito do consumidor*. 9ª ed., livro eletrônico, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 225-226.

⁵⁵ Cláudia Lima Marques, “Diálogo das fontes”. *Op. cit.*, p. 211-212.

⁵⁶ Nas palavras de Antônio Herman Benjamin e Cláudia Lima Marques, “[d]iálogo é sinônimo de convivência ou aproveitamento (influências) recíprocas, que quebra o tom autoritário dos paradigmas tradicionais, como *lex specialis*, *lex generalis*, *lex superior*. No di-a-logos há convivência de paradigmas. Superam-se os muros e divisórias entre fontes, há porosidade e entrelaçamento, influências recíprocas e convivência de valores e lógicas. Diálogo é harmonia” (“A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme”. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 115, jan.-fev. 2018, p. 21-40).

*seu uso sob os valores constitucionais e dos direitos fundamentais, superando a assistemática do uso das fontes. O início de tudo e o fim é a Constituição, e dentro dela os direitos fundamentais assegurados nas cláusulas pétreas”.*⁵⁷

Tal teoria tem sido amplamente acolhida pelos tribunais brasileiros, principalmente pelas Cortes Superiores. No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, o Min. Joaquim Barbosa recorreu ao diálogo de fontes para tratar da aplicação conjunta do CDC e das normas que regem o sistema financeiro nacional.⁵⁸ Por sua vez, no AI 735.772, a Min. Cármen Lúcia se valeu do cotejo entre o CDC e o CC para justificar a feição punitivo-pedagógica do dano moral.⁵⁹ Já a Min. Rosa Weber suscitou a teoria do diálogo de fontes na ADI 5.963 para defender a “coerência entre os ordenamentos consumerista e setorial, sob pena de cair por terra a noção de sistematicidade do direito e, em especial, os imperativos de universalidade, continuidade e modicidade do serviço público”.⁶⁰

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente aplicado o diálogo de fontes nos mais diversos âmbitos do direito. Assim, por exemplo, o Min. Napoleão Maia Filho registrou que “[o] Direito deve ser compreendido, em metáfora às ciências da natureza, como um sistema de vasos comunicantes, ou de diálogo das fontes (Erik Jayme), que permita a sua interpretação de forma holística. Deve-se buscar, sempre, evitar antinomias, ofensivas que são aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como ao próprio ideal humano de Justiça”.⁶¹ E a Min. Nancy Andrighi, ao

⁵⁷ Antônio Herman Benjamin e Claudia Lima Marques. “A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme”. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 115, jan.-fev. 2018, p. 21-40.

⁵⁸ Segundo o ministro, “em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis” (STF, ADI 2591, Plenário, Rel. Min. Carlos Velloso, Red. p/ Acórdão Min. Eros Roberto Grau, julg. 07/06/2006, DJ 29/09/2006).

⁵⁹ STF, AI 735.772, decisão monocrática, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26/02/2009, DJ 16/03/2009. Para a ministra, “base dessa teoria [do dano moral punitivo-pedagógico] é encontrada no direito norte-americano e ganha força em nosso ordenamento jurídico em diálogo de fontes com o CODECON”.

⁶⁰ STF, ADI 5.963, Plenário, Rel. Min. Rosa Weber, julg. 29/06/2020, DJe 21/09/2020.

⁶¹ STJ, AgRg no REsp 1.483.780-PE, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 23/06/2015, DJe 05.08.2015.

seu turno, consignou que “[o] *mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC*”.⁶²

Assim, não há dúvida de que o CDC incide sobre as relações jurídicas entre os planos de saúde e seus beneficiários-consumidores. A própria Lei 9.656/1998 prevê, em seu artigo 35-G, que “[a]plicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos [...] as disposições da Lei nº 8.078, de 1990”. Tal dispositivo, no entanto, justamente por conta do diálogo de fontes, deve ser interpretado de modo a determinar a aplicação *complementar* – e não meramente subsidiária – do CDC.⁶³ Nas palavras de Maria Stella Gregori, “*entende-se perfeitamente admissível a aplicação cumulativa e complementar da Lei 9.656/1998 e do Código de Defesa do Consumidor aos planos de saúde. Da lei geral extraem-se os comandos principiológicos aplicáveis à proteção do consumidor, ao passo que à legislação específica caberá reger, de forma minuciada, os planos de saúde*”.⁶⁴ Ademais, há inequívoca caracterização da relação de consumo nos planos de saúde, condição exigida para atrair a incidência da proteção do CDC, em respeito aos mandamentos constitucionais.⁶⁵

⁶² STJ, REsp 1.009.591, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 13/04/2010, DJ 23/08/2010.

⁶³ Confira-se, a propósito, a lição de Cláudia Lima Marques, para quem “[e]ste artigo da lei especial não está dogmaticamente correto, pois determina que norma de hierarquia constitucional, que é o CDC (art. 48 ADCT/CF88), tenha apenas aplicação subsidiária a normas de hierarquia infraconstitucional, que é a Lei 9.656/98, o que dificulta a interpretação da lei e prejudica os interesses dos consumidores que queria proteger. Sua ratio deveria ser a de aplicação cumulativa de ambas as leis, no que couber, uma vez que a Lei 9.656/98 trata com mais detalhes os contratos de planos privados de assistência à saúde do que o CDC, que é norma principiológica e anterior à lei especial” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª. ed., São Paulo: RT, 2016, p. 717-718).

⁶⁴ Maria Stella Gregori, “Os desafios da regulação da saúde suplementar no Brasil”. *Op. cit.*, p. 313.

⁶⁵ Nesse sentido, Maria Stella Gregori detalha os elementos da relação jurídica de consumo nos planos de saúde da seguinte forma: “*entende-se por consumidor, o titular de planos de saúde, seus dependentes, os agregados, os beneficiários, os usuários, ou seja, todos os que utilizam ou adquirem planos de saúde como destinatários finais ou equiparados. Como fornecedor enquadram-se as operadoras de planos de assistência à saúde, aquelas que oferecem serviços de assistência à saúde, através dos planos de saúde no mercado de consumo, isto é, as pessoas jurídicas constituídas sob a modalidade empresarial, associação, fundação ou cooperativa, obrigatoriamente, registradas na Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS*”. E, por isso, conclui que “[a] relação entre os consumidores e as empresas que oferecem serviços de assistência à

Por essas razões, aliás, o STJ consolidou seu entendimento na sua Súmula 608, na qual consta que “[a]plica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão” – estas últimas, ressalvadas por não buscarem o lucro nem disponibilizarem seu produto no mercado de consumo em geral. E esse reconhecimento, por sua vez, deu lugar ao reconhecimento do *princípio da defesa do consumidor* como princípio específico de direito da saúde complementar.⁶⁶

Por essa razão, Ingo Sarlet e Mariana Filchtner afirmam que, além da eficácia interpretativa do CDC sobre as cláusulas contratuais, incidem ainda “as normas consumeristas (protetivas) que asseguram o direito (e dever) de informação, a inversão do ônus da prova, a proteção contra cláusulas abusivas, a vigência da boa-fé objetiva como standard de conduta das partes, a proteção contra a lesão enorme e contra a alteração da base do negócio jurídico, inclusive pela aplicação da cláusula rebus sic stantibus, quando necessário”.⁶⁷

Como se vê, tampouco há dúvida sobre a incidência complementar da proteção consumerista na interpretação da legislação sobre saúde suplementar, de modo a compensar a vulnerabilidade do beneficiário-consumidor, protegendo-o adicionalmente.

saúde está amparada pelo CDC. Portanto, os consumidores de planos de saúde têm o direito de ver, reconhecidos, todos os direitos e princípios assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor” (Maria Stella Gregori. “Os desafios da regulação da saúde suplementar no Brasil”. *Op. cit.*, p. 313).

⁶⁶ Cf. Alexandre Vizeu Figueiredo. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 20 e seguintes.

⁶⁷ Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner, “Comentário ao art. 199”. In: J. J. Gomes Canotilho et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2026. Os autores ainda asseveram que “as ações e os serviços de saúde, ainda que prestados pela iniciativa privada, guardam a natureza pública e indisponível que lhes atribuiu a CF (art. 197), a determinar que a interpretação das cláusulas contratuais e o exame da responsabilidade pela execução adequada dos serviços de saúde devem submeter-se à dupla incidência da proteção fundamental do consumidor e do titular do direito à saúde. De qualquer sorte, é perceptível a tendência da jurisprudência no sentido de mitigar a autonomia contratual em favor da tutela do usuário-consumidor-paciente, impondo-se às operadoras de planos e seguros de saúde uma série de deveres voltados à plena assistência à saúde dos segurados, como questões relacionadas à extensão da cobertura dos contratos, aos períodos de carência, à manutenção do equilíbrio econômico financeiro (especialmente quanto ao reajuste das mensalidades), entre outros, inclusive com a anulação judicial, por abusividade (Lei n. 8.078/90, art. 51), de cláusulas contratuais”.

Assim, delineado o panorama geral que deve orientar a interpretação das normas que regem os planos de saúde, passo à análise detalhada dos dispositivos das leis 9.656/1998 e 9.961/2000.

6. Interpretação constitucionalmente adequada da Lei nº 9.656/1998 e da Lei nº 9.961/2000

A norma básica de regência da saúde suplementar no Brasil é a Lei nº 9.656/1998. Em seus artigos 10º e 12º, tal diploma estabelece os parâmetros que limitam e estruturam os serviços a serem ofertados pelas operadoras de planos de saúde. Da leitura do mencionado art. 10, extrai-se que, sob a denominação de *plano-referência*, a Lei nº 9.656/1998 define a cobertura assistencial mínima que deve ser *obrigatoriamente* fornecida pelas operadoras de planos de saúde a *todos os seus consumidores* (art. 10, *caput* e § 2º).⁶⁸ O referido dispositivo dispõe que tal plano – que abrange atendimento médico-ambulatorial, hospitalar e obstétrico – abarca os tratamentos de todas as doenças listadas na CID, **com exceção** dos procedimentos mencionados em seus próprios incisos – como o “*tratamento clínico ou cirúrgico experimental*” e o “*fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados*”. Para melhor compreensão da matéria, vale a pena reproduzir o art. 10 nos pontos pertinentes:

“Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com

⁶⁸ Importante ressaltar que o §2º do art. 10 da Lei nº 9.656/1998 foi declarado parcialmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI 1.931. No entanto, a parte atacada se restringe ao comando contido na norma que previa a incidência das novas regras sobre planos de saúde aos contratos celebrados antes da vigência do diploma. Confira-se trecho da decisão: “[a]rticula-se, na petição inicial, quanto aos artigos 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998; e 2º da Medida Provisória nº 2.177-44/2001, com a ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. [...] Os dispositivos em análise preveem a incidência das novas regras relativas aos planos de saúde em contratos celebrados anteriormente à vigência do diploma. A norma destoa do Texto Maior. A vida democrática pressupõe segurança jurídica, e esta não se coaduna com o afastamento de ato jurídico perfeito e acabado mediante aplicação de lei nova”.

padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

[...]

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

[...]

§ 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.”

Já por meio de seu art. 12, a Lei nº 9.656/1998 permite que o *plano-referência* seja ofertado de maneira segmentada pelas operadoras de planos de saúde, autorizando a comercialização de coberturas assistenciais que incluam apenas uma das modalidades dos seguintes segmentos: atendimento ambulatorial, internação hospitalar, atendimento odontológico e atendimento obstétrico. No entanto, o *caput* do referido artigo é claro ao prever que cada modalidade segmentada deverá respeitar “*as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10*”. Ou seja, o plano segmentado apenas estabelece que os procedimentos cobertos estão inseridos na modalidade contratada, mas não afasta a responsabilidade da operadora de viabilizar a cobertura dos tratamentos das doenças classificadas pela CID que se relacionem com o respectivo segmento e que não sejam excepcionados pela própria lei em seu art. 10.⁶⁹

⁶⁹ Nesse sentido, consignou Daniel Macedo: “[o] consumidor pode contratar um plano-referência ou um plano segmentado com cobertura ambulatorial, hospitalar, obstétrica e/ou odontológica, que não afasta a responsabilidade da operadora de plano de assistência à saúde de viabilizar a cobertura de todas as doenças previstas no CID. Assim, é de se reafirmar de modo peremptório, que todos os segmentos de planos de saúde são obrigados a prover assistência para quaisquer doenças previstas em CID, nos limites das

O referido art. 12 também estipula as “*exigências mínimas*” – portanto de **observância obrigatória** – relativas à cobertura do *plano-referência* e dos respectivos planos segmentados. O dispositivo prevê, por exemplo, que os planos que contenham atendimento ambulatorial devem oferecer “a *cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina*”. Confira-se a redação do dispositivo, no que é pertinente ao presente parecer:

“Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

- a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;*
- b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico e tratamento e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;*
- c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes;*

II - quando incluir internação hospitalar:

- a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos;*
- b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, a critério do médico assistente;*

respectivas coberturas.” Daniel de Macedo Alves Pereira. *Planos de saúde e tutela judicial de direitos: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 148.

c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; [...]”

A partir de tais dispositivos, é fácil perceber que a Lei nº 9.656/1998, ao definir a obrigação das operadoras fornecerem o *plano-referência* a todos os seus consumidores (art. 10, §2º), exige que os planos de saúde contenham a cobertura obrigatória de todos os tratamentos efetivos das doenças listadas na CID, excluindo-se aqueles expressamente excepcionados em seu art. 10 e os que não estejam contemplados na modalidade de atendimento assistencial contratada.⁷⁰ Portanto, essa determinação legal define os contornos mínimos de cobertura que devem ser observados tanto pelas operadoras, ao comercializarem seus produtos, quanto pelo ente estatal responsável por regulamentar as normas que regem esse setor, no exercício de sua função normativa.

Vistos os preceitos legais que regem o plano-referência, importa analisar os dispositivos que atribuem à ANS a competência para exercer sua função regulatória. Em seus §§1º e 4º, o art. 10 da Lei nº 9.656/1998 dispõe que caberá à Agência Nacional de Saúde regulamentar as “*exceções constantes dos incisos deste artigo*” e estabelecer “*a amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar*”.⁷¹ Por sua vez, o art. 4º, III da Lei nº 9.961/2000 prevê que cabe à ANS “*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*”.

⁷⁰ Veja-se, a propósito, entendimento exarado pelo Min. Marco Aurélio no âmbito do julgamento da ADI 1.931: “[v]erifica-se, mediante a leitura do diploma impugnado, ter o legislador atentado para o objetivo maior do Estado: proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a satisfazer valor maior – a preservação da dignidade do homem. Excluiu-se da cobertura, entre outros, medicamentos não nacionalizados, bem como tratamentos experimentais e aqueles com finalidade estética, evitando a imposição de ônus excessivo aos prestadores de serviços. Foram incluídos, porém, aspectos básicos dos atendimentos ambulatorial, hospitalar, obstétrico e odontológico, sem os quais a prestação seria incompleta, onerando demasiadamente o consumidor. **É impróprio arguir a falta de razoabilidade da obrigação de o plano de saúde abranger todas as enfermidades especificadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde.**”

⁷¹ Art. 10, §1º da Lei nº 9.656/1998: “As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS”. Art. 10, §4º da Lei nº 9.656/1998: “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.”

Como visto anteriormente, instaurou-se controvérsia nos tribunais quanto à abrangência da competência normativa atribuída à ANS. É que, diante do caráter ambíguo dos dispositivos legais, pode-se indagar se a ANS, na sua função de “*estabelecer a amplitude das coberturas assistenciais*”, detém ou não a competência para determinar quais procedimentos devem ser garantidos pelos planos privados de assistência à saúde e quais, apesar de não se encaixarem nas exceções ao *plano-referência* já estipuladas pelo art. 10 da Lei nº 9.656/1998, estão fora da assistência obrigatória. Em outras palavras, discute-se o RPES possui caráter *taxativo* – ou seja, apenas os procedimentos previstos são de observância obrigatória pelos planos de saúde – ou meramente *exemplificativo* – isto é, os procedimentos listados não excluem da cobertura obrigatória outros que possam vir a ser necessários para o tratamento das variadas doenças listadas na CID.

Assim, vislumbram-se aparentemente duas leituras da Lei nº 9.656/1998 e da Lei nº 9.961/2000, contraditórias entre si. No entanto, como se verá a seguir, há diversas razões legais e constitucionais pelas quais a correta interpretação das mencionadas leis é aquela que atribui ao RPES caráter exemplificativo. Para fins didáticos, dividirei essas razões em argumentos *constitucionais* e argumentos *infraconstitucionais* relativos a elementos clássicos da hermenêutica jurídica – embora todos eles se articulem e se reforcem mutuamente.

6.1 Interpretação constitucionalmente adequada da Lei nº 9.656/1998 e da Lei nº 9.961/2000 à luz do direito fundamental à saúde

Como visto nos tópicos anteriores, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição e, especialmente, dos direitos fundamentais. Dentre várias exegeses possíveis dos textos normativos, devem ser sempre priorizadas aquelas que mais protejam e promovam os princípios acolhidos pela Lei Fundamental. Mesmo quando a interpretação mais óbvia e literal do texto normativo conduzir a outra interpretação, deve ser

preferida a exegese que a compatibilize com os princípios constitucionais.⁷² Como consignou Luís Roberto Barroso, tais princípios possuem eficácia interpretativa, que “*consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que melhor realiza o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente*”.⁷³

Assim, a leitura do art. 10, § 4º da Lei nº 9.656/1998 e do art. 4º, III da Lei nº 9.961/2000 – bem como a de qualquer outro dispositivo desses diplomas legais – deve levar em consideração tanto o efeito interpretativo quanto a eficácia horizontal do direito fundamental à saúde entre particulares. Isso significa que não se pode interpretar as normas em questão de modo a criar, de maneira injustificada, limitações adicionais à plena fruição desse direito fundamental.

Ora, são diversas as restrições à saúde dos beneficiários causada pela interpretação que atribui à ANS a competência de estabelecer rol taxativo de procedimentos assistenciais. Afinal, não é difícil de se imaginar os inúmeros casos em que o procedimento terapêutico adequado para doença prevista na CID – portanto coberto pelo *plano-referência* à luz do art. 10 da Lei nº 9.656/1998 – irá demandar tratamentos que não se encontram listados no RPES.

Há razões lógicas para tanto: como se sabe, a ciência moderna se atualiza de forma cada vez mais rápida, de modo que poderão existir tratamentos novos e mais eficientes que ainda não tenham sido analisados pela ANS e que, portanto, não estariam inclusos no

⁷² Como registrei em obra acadêmica, “*em geral, a interpretação conforme à Constituição é mobilizada quando o sentido mais óbvio e imediato do texto normativo o torna inconstitucional. O intérprete buscará então um sentido alternativo para o enunciado legal examinado, que o concilie com as exigências constitucionais*”. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Direito Constitucional: história, teoria e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 457. Na mesma linha, ao tratar do princípio de interpretação conforme à Constituição, registrou Luís Roberto Barroso: “*1) Trata-se de escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto*” Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 175.

⁷³ Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 320.

rol.⁷⁴ Na última atualização abrangente do rol, a ANS incluiu nada menos que 61 novas tecnologias em saúde, dentre elas 24 remédios orais contra diversos tipos de câncer.⁷⁵ No entanto, ainda há inúmeros procedimentos que não constam no RPES e que, segundo especialistas, são de extrema relevância para a tutela da saúde. Destaque-se, por exemplo, o tratamento cirúrgico para pacientes com diabetes tipo 2, que, apesar da sua importância para a reabilitação das pessoas que não conseguem controlar a doença por meio de medicamentos, teve sua cobertura recusada pela ANS na última atualização do rol.⁷⁶ E há muitos outros exemplos de terapias extremamente importantes que não se encontram inclusas, como a bomba de infusão de insulina para tratamento de diabetes de difícil controle⁷⁷ e a cirurgia de ressecção endoscópica da próstata.⁷⁸

Ademais, não se pode ignorar que o RPES, ao tratar de certos procedimentos terapêuticos, estabelece número exato de sessões anuais obrigatoriamente cobertas pelo plano. No caso da fisioterapia,⁷⁹ por exemplo, só estarão cobertas, por ano de contrato,

⁷⁴ A Resolução Normativa nº 428/2017, em que se atualizou o rol de procedimentos pela última vez antes da vinda da RN nº 465/2021, não tratava especificamente de autismo em nenhum dos seus incisos.

⁷⁵ Jornal *Extra*. “ANS atualiza rol de cobertura obrigatória de planos de saúde; veja o que foi incluído”. 26 de fevereiro de 2021. Acessado em: <<https://extra.globo.com/economia-e-financas/ans-atualiza-rol-de-cobertura-obrigatoria-de-planos-de-saude-veja-que-foi-incluido-24897056.html>>.

⁷⁶ Pollyana Brêtas. “ANS diz que planos de saúde são obrigados a pagar apenas procedimentos listados no rol. Veja lista”. O Globo, 24/02/2021. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/ans-diz-que-planos-de-saude-sao-obrigados-pagar- apenas-procedimentos-listados-no-rol-veja-lista-24897566>>.

⁷⁷ STJ, AgInt no AgInt no Agravo em REsp nº 1951863, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/02/2022.

⁷⁸ STJ. AgInt no Agravo em REsp nº 1915571, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 16/11/2021.

⁷⁹ Exemplos: RN nº 465/2021. Anexo II, item 102: “*Consulta com fisioterapia: 1. Cobertura obrigatória de 2 consultas de fisioterapia, por ano de contrato, para cada CID apresentado pelo paciente.*” Item 103: “*Consulta com Nutricionista: 1. Cobertura mínima obrigatória, de 12 consultas, por ano de contrato, quando preenchidos pelo menos um dos seguintes critérios: a. crianças com até 10 anos em risco nutricional (< percentil 10 ou > percentil 97 do peso / altura); b. jovens entre 10 e 16 anos em risco nutricional (< percentil 5 ou > percentil 85 do peso/ altura); c. idosos (maiores de 60 anos) em risco nutricional (Índice de Massa Corpórea (IMC) <22 kg/m²); d. pacientes com diagnóstico de Insuficiência Renal Crônica; e. pacientes com diagnóstico de obesidade ou sobrepeso (IMC ³ 25 kg/m²) com mais de 16 anos; f. pacientes ostomizados; g. após cirurgia gastrointestinal; h. para gestantes, puérperas e mulheres em amamentação até 6 meses após o parto.*”

duas sessões para cada doença apresentada pelo paciente. Assim, caso seja adotada a interpretação do caráter taxativo do RPES, os beneficiários que necessitarem de mais algumas sessões para concluir seu tratamento simplesmente terão de interrompê-las, correndo sérios riscos de agravamento do seu quadro clínico.

Mas não é só. A própria Resolução nº 465/2021, que institui o rol de procedimentos, prevê como *princípio de atenção à saúde na saúde suplementar* a “*integralidade das ações*” e a “*utilização das melhores práticas, baseadas em evidências científicas*”.⁸⁰ Além disso, complementa que tais princípios “*devem ser observados em todos os níveis de complexidade da atenção, respeitando-se as segmentações contratadas, visando à promoção da saúde, à prevenção de riscos e doenças, ao diagnóstico, ao tratamento, à recuperação e à reabilitação*”. Nesse sentido, tem-se que os serviços de saúde suplementar devem garantir, nos limites da segmentação contratada, o melhor tratamento de acordo com as necessidades clínicas específicas de cada beneficiário. Há aqui obrigação de se garantir um olhar clínico individualizado, de modo a fornecer o tratamento que, considerando as especificidades do usuário, seja o mais eficaz na sua assistência à saúde.⁸¹

Não bastasse, vale mencionar que as agências reguladoras são suscetíveis de sofrer o que a literatura especializada costuma designar como “*captura*”:⁸² a atuação estatal

⁸⁰ “*Dos Princípios de Atenção à Saúde na Saúde Suplementar: Art. 5º A atenção à saúde na saúde suplementar deverá observar os seguintes princípios: I - atenção multiprofissional; II - integralidade das ações; III - incorporação de ações de promoção da saúde e prevenção de riscos e doenças, bem como de estímulo ao parto normal; IV - uso da epidemiologia para monitoramento da qualidade das ações e gestão em saúde; V - adoção de medidas que evitem a estigmatização e a institucionalização dos portadores de transtornos mentais, visando ao aumento de sua autonomia; e VI - utilização das melhores práticas, baseadas em evidências científicas. Parágrafo único. Os princípios estabelecidos neste artigo devem ser observados em todos os níveis de complexidade da atenção, respeitando-se as segmentações contratadas, visando à promoção da saúde, à prevenção de riscos e doenças, ao diagnóstico, ao tratamento, à recuperação e à reabilitação*”.

⁸¹ Como se verá no próximo item, a obrigação dos planos de saúde garantirem, nos limites das segmentações, assistência integral ao consumidor se encontra, inclusive, expressamente prevista no art. 35-F da Lei nº 9.656: “[a] assistência a que alude o art. 1º desta lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes”.

⁸² Eduardo Ferreira Jordão assim resumiu as causas do sucesso das pressões lobistas dos agentes econômicos sobre os entes reguladores: “*Em primeiro lugar, interesses compactos e organizados tendem a prevalecer sobre interesses difusos, tendo em vista o menor custo da sua mobilização. Isto importa uma tendên-*

voltada não para a proteção do interesse público na regulação econômica, mas sim para a defesa de interesses econômicos de grupos com grande poder de mobilização e influência no setor regulado. Por isso, certos procedimentos terapêuticos de grande relevância, porém de custo mais elevado, podem eventualmente deixar de ser inseridos no RPES apenas porque contrariam os interesses econômicos das operadoras. Portanto, ao se considerar o rol taxativo, assume-se o risco de manter a saúde e, por vezes, a própria vida dos beneficiários à mercê de pressões econômicas do mercado de saúde suplementar.

Por fim, muitas vezes a ausência de cobertura pelo sistema de saúde suplementar não faz com que os pacientes desistam do tratamento indicado pelos seus médicos de confiança. Nesse caso, tais pessoas tendem a buscar o atendimento integral pela via do SUS, o que sobrecarrega ainda mais o sistema público de saúde, gerando um enriquecimento dos planos de saúde, em detrimento de toda a sociedade. Não é outro o entendimento do Conselho Nacional de Saúde, segundo o qual, conforme esclarecido no Parecer Técnico nº 243/2019-SECNS/MS, em caso de decisão pela natureza taxativa do RPES, “há o risco de o SUS ser acionado no lugar dos planos de saúde para fazer esse atendimento”, o que “com certeza aumentará a carga de atendimento” e “também a carga judicial hoje já elevada contra o sistema público, já que retira do SUS o montante a ser investido no sistema”. O CNS ressaltou que tais impactos econômicos seriam especialmente danosos em razão do “Teto de Gastos”, que congelou as despesas públicas no Brasil. Por essa razão, registrou, “o CNS entende que a possível adoção do rol taxativo pode piorar o quadro do financiamento da saúde pública no Brasil”.⁸³

Como se vê, não há dúvidas de que a atribuição de caráter taxativo ao RPES restringe o direito fundamental à saúde dos beneficiários. Desse modo, a interpretação que

cia a que os interesses das empresas reguladas prevaleçam sobre aqueles dos consumidores na ‘competição pela regulação’. Em segundo lugar, tomada a regulação como um bem adquirível no mercado político, há uma tendência a que ela seja obtida pelo grupo que a valorar mais intensamente – e este é o caso das empresas reguladas, afetadas de modo geralmente mais intenso e concentrado pelas políticas regulatórias do que a massa dos consumidores” (Restrições Regulatórias à Concorrência. Op. cit., pp. 84-85). O texto clássico sobre esta matéria da captura dos reguladores é de George J. Stigler. “The Theory of Economic Regulation”. The Bell Journal of Economics and Management Science, v. 2, nº 1, 1971, pp. 2-21).

⁸³ Cf. CNS, Parecer Técnico nº 243/2019-SECNS/MS. Disponível em <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/sau-delegis/cns/2020/res0619_16_01_2020.html>.

melhor se coaduna com a eficácia expansiva desse direito fundamental - com a dimensão objetiva e com a eficácia horizontal do direito à saúde – é aquela que, sem negar a competência da ANS para estabelecer “*a amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar*”, reconhece que tal atribuição deve ser exercida à luz das normas do *caput* e § 2º do art. 10 da Lei nº 9.656/1998, cujo teor já define o alcance da cobertura do plano assistencial de fornecimento obrigatório (plano-referência).

Nesse sentido, conclui-se que, ao editar o RPES, caberá à agência reguladora inserir no rol os tratamentos mais eficazes para todas as doenças listadas na CID, de acordo com as melhores evidências científicas. Esse deve ser o norte da sua atuação regulatória. Isso, porém, não significa que outras terapias deixadas de fora não deverão ser fornecidas pelas operadoras, caso efetivamente necessárias à garantia da saúde do beneficiário. Sendo assim, deve-se interpretar o RPES como uma cobertura obrigatória mínima – a “referência básica” do *plano-referência* – cuja função é exemplificar/listar os tratamentos que poderão ser reivindicados pelo consumidor e detalhar aqueles que, à luz do art. 10 da Lei nº 9.656/1998, são excluídos dessa cobertura.

Não bastasse, os próprios elementos tradicionais da hermenêutica jurídica – sistemático, teleológico e histórico, conduzem ao mesmo resultado. É o que se passa a demonstrar.

6.2 Interpretação sistemática – a Lei nº 9.656/1998 e o CDC

Como se sabe, o elemento sistemático preconiza que cada norma jurídica deve ser interpretada com consideração às demais, e não de forma isolada.⁸⁴ Para interpretar cada preceito legal, há que situá-lo em contexto maior, verificando suas relações e conexões com outros institutos e normas jurídicas. Eros Roberto Grau captou bem a ideia, ao afirmar que “*não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços*”.⁸⁵

⁸⁴ Veja-se, a propósito, Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Ed. UnB, 1989, p. 76.

⁸⁵ Eros Roberto Grau. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

Ora, a compreensão do sistema bem demonstra que a interpretação que confere caráter taxativo ao RPES não se sustenta. Em primeiro lugar, a Lei nº 9.656/1998 prevê expressamente a cobertura assistencial obrigatória de *todas as ações necessárias* ao tratamento da patologia que acomete o consumidor. Com efeito, o art.35-F, prevê que: “[a] assistência a que alude o art. 1º desta lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes”. Há, portanto, previsão legal expressa no sentido de que, observados os limites da segmentação pactuada e as exigências que a própria lei estipula – como tratar-se de doença listada na CID, e não se cuidar de nenhum dos tipos de tratamento expressamente excepcionados – a cobertura assistencial fornecida pelos planos de saúde deverá cobrir *todos* os procedimentos e tratamentos que venham a ser necessários para a garantia da saúde do beneficiário.

Ademais, é preciso observar que o art. 12 da Lei nº 9.656/1998, ao permitir a oferta de planos segmentados, condicionou essa faculdade à observância das “*respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10*”. Ou seja, a própria lei reafirma que a amplitude da cobertura do plano-referência – leia-se: o plano de fornecimento obrigatório pelas operadoras a todos os consumidores – está definida no seu art. 10. Essa previsão contradiz, portanto, a exegese que atribui à ANS a função de definir de forma exaustiva o conteúdo da cobertura assistencial obrigatória.

Acrescente-se a isso o fato de a Lei nº 9.656, ao tratar dos planos que contenham atendimento ambulatorial, ter estipulado como “*exigência mínima*” a “*cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente*” (art. 12, *caput* e inciso I, “b”). O legislador apenas condicionou essa exigência à amplitude do plano-referência. Ou seja, afora as terapias excepcionadas nos incisos do art. 10, todos os demais tratamentos solicitados pelo médico assistente deverão ser fornecidos pelos planos que contenham atendimento ambulatorial. Há clara vontade legislativa de se conferir grande importância à análise e decisão profissional do médico que, por acompanhar pessoalmente o beneficiário, saberá informar o melhor tratamento para seu quadro clínico.

E o elemento sistemático também impõe que sejam levadas em consideração no caso presente não apenas as normas que tratam do serviço de saúde suplementar, mas também as que se voltam para a proteção do consumidor. Como visto, o CDC compõe microssistema jurídico que deve ser aplicado de maneira complementar às demais leis que tratem de relações consumeristas, em verdadeiro diálogo de fontes. A Constituição, por sua vez, reforça essa aplicação expansiva ao alçar a defesa do consumidor a um dos princípios gerais da ordem econômica (art. 170, V) e incluí-la no rol de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXII). Portanto, é inquestionável que os princípios da proteção efetiva do consumidor incidem para se aferir a correta interpretação das leis que regem o setor de saúde suplementar.

Nesse contexto, ganha especial relevo o fato de que a vulnerabilidade do consumidor se manifesta de forma ainda mais proeminente nas relações contratuais firmadas no âmbito da saúde suplementar. É que em tais relações incidem múltiplas vulnerabilidades, como a *técnica*, a *jurídica*, a *fática* e a *informacional*.⁸⁶

A *vulnerabilidade técnica* diz respeito à falta de conhecimentos específicos quanto ao serviço que se está adquirindo. Ora, basta uma rápida leitura em qualquer contrato de adesão à plano de saúde para se perceber a presença de inúmeros termos específicos da área da saúde e da medicina que aumentam a dificuldade do consumidor em compreender o que está ou não incluído no plano de saúde contratado. A *vulnerabilidade jurídica* se refere à falta de conhecimentos jurídicos específicos para compreender as complexidades em torno do funcionamento dos contratos, algo que sobressai no caso dos contratos de planos de saúde, que frequentemente são de longa duração e envolvem vínculos cativos com várias pessoas jurídicas. Já a *vulnerabilidade fática* se faz presente em relações contratuais nas quais o “*fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua*

⁸⁶ Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, livro eletrônico, 3ª edição [baseada na 9ª edição impressa], RB-2.1.

superioridade a todos que com ele contratam”.⁸⁷ Não é surpresa o fato das operadoras de planos de saúde deterem, em regra, poder econômico na ordem de bilhões de reais – como se verá em item próprio - tornando qualquer relação com seu consumidor profundamente desequilibrada.⁸⁸ Por fim, a *vulnerabilidade informacional* é especialmente marcante em contratos massificados e complexos – como os celebrados com planos de saúde – já que se valem de cláusulas de adesão, nas quais não há negociabilidade entre as partes.

Portanto, é fácil concluir que os beneficiários dos planos de saúde se encontram em situação de *hipervulnerabilidade* frente às operadoras, cenário que se agravará se for atribuído caráter taxativo ao RPES. Isso porque, caso se entenda que apenas os procedimentos contidos no rol são de fornecimento obrigatório pelos planos, a única forma do consumidor tomar uma decisão plenamente consciente dos limites da cobertura contratada é conhecendo e compreendendo o funcionamento das inúmeras terapias arroladas pela ANS. Ora, é irreal esperar que o beneficiário, já em posição de vulnerabilidade informacional, possua esse tipo de conhecimento técnico. E mais: impor esta limitação de cobertura significa frustrar as legítimas expectativas do consumidor que, ao buscar o plano de saúde, acredita estar amplamente protegido em casos de necessidade.

Ademais, restringir a cobertura mínima obrigatória à abrangência do RPES também cria situação injusta e absurda na qual o consumidor se compromete financeiramente com o pagamento a longo prazo de determinado plano e só em um futuro incerto poderá saber se aquela cobertura contratada era a mais adequada para o seu quadro clínico vindouro. Em outras palavras, exige-se do consumidor que ele (i) compreenda a função de cada procedimento técnico previsto no RPES e que (ii) tenha como antever as enfermidades que possam vir a acometê-lo, para que possa escolher conscientemente entre contratar a cobertura prevista no rol ou buscar investir mais para ter acesso a outros tratamentos que possam vir a ser necessários. Essa é uma exigência absolutamente desarrazoada e francamente incompatível com o sistema consumerista.

⁸⁷Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Op. Cit., RB-2.1.

⁸⁸ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Carlos Octávio Ocké-Reis, Rodrigo Mendes Leal e Simone de Souza Cardoso. *Nota Técnica nº 97: Desempenho do Mercado de Planos de Saúde*, 2021, p.7/8.

Além disso, conferir caráter taxativo ao RPES significa suprimir da cobertura assistencial obrigatória os procedimentos que possam vir a ser mais adequados ao tratamento de determinada enfermidade prevista na CID, de modo a dificultar o fornecimento de uma verdadeira assistência à saúde integral. Isso certamente servirá para confundir o consumidor que, por não compreender o que é RPES, acreditará estar plenamente segurado quando, na verdade, não terá acesso aos tratamentos que não foram arrolados pela ANS, arriscando com isso a sua saúde, e em certos casos a própria vida.

Por fim, ressalta-se que o próprio CDC estipula como *Princípio da Política Nacional de Relações de Consumo* a presença do Estado voltada para proteger o consumidor. Sendo assim, ao regulamentar o setor de saúde suplementar, não caberia à ANS restringir o alcance da cobertura assistencial obrigatória prevista no art. 10 da Lei nº 9.656/1998. Tal medida apenas privilegiaria os interesses das operadoras ao invés de favorecer o beneficiário-consumidor, verdadeiro alvo da proteção.

Pelas razões expostas, a interpretação que confere caráter exemplificativo ao RPES é a única que se mantém coerente com o sistema normativo do setor de saúde suplementar e com o microssistema jurídico de proteção do consumidor.

6.3 Interpretação teleológica

O elemento teleológico da interpretação jurídica é o que busca a compreensão dos objetivos perseguidos pela norma, para, a partir daí, precisar seus limites e contornos. A interpretação teleológica encontra-se expressamente consagrada no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “*na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”. Cabe então indagar sobre a finalidade a qual se voltam as mencionadas leis, bem como o contexto que justificou sua edição.

As Lei nº 9.656/1998 e nº 9.961/2000 foram editadas em período no qual as queixas contra planos de saúde se encontravam dentre as cinco primeiras causas de reclamações às Fundações de Defesa e Proteção do Consumidor (PROCON) de São Paulo, Brasília e

Rio de Janeiro. Na época, em torno de 1.660 operadoras de planos de saúde, responsáveis por aproximadamente 40 milhões de beneficiários, operavam sem qualquer regulamentação específica voltada para seus serviços.⁸⁹ Assim, os mencionados diplomas nascem a partir da luta dos movimentos de defesa do consumidor em prol de regulamentação capaz de impedir que as operadoras se valessem de cláusulas contratuais abusivas para auferir lucros desproporcionais às expensas de seus consumidores. Nas palavras de Daniel Macedo:

“O setor dos planos e seguros de saúde no Brasil sempre foi visto como o paraíso da autonomia privada, ancorado na parcimoniosa previsão legal existente nos arts. 129 e 130 do Dec.-lei n. 73/66. Mesmo antes do aparecimento da Lei n. 9.656/98 as gritantes falhas do sistema passaram a ficar evidentes, em especial com o advento do Código de Defesa do Consumidor. Limitações de coberturas, carências, exclusões por idade, aumentos abusivos para citar alguns exemplos eram parte (e ainda são em menor medida) da realidade do segurado. A edição da Lei n. 9.656/98 conjugada com o advento de toda uma estrutura normativa protetiva do direito do usuário de plano de saúde representou forte intervenção estatal nos domínios econômicos privados impondo limites aos mandos e desmandos do próspero ramo dos negócios de assistência à saúde. O dirigismo contratual com a intervenção estatal fundamenta-se na impostergável necessidade de afirmar o equilíbrio das relações contratuais com viés massificado que, historicamente, tiveram a marca e o efeito do desequilíbrio na relação entre o mais forte, diante de sua concentração de Poder, e o mais fraco, o consumidor, este sempre sujeito a amargar necessidades insatisfeitas.”⁹⁰

⁸⁹ Os seguros de saúde operavam sob a regulamentação do Decreto Lei nº 73 de 1966, que, na realidade, tratava do sistema geral de seguros privados, não possuindo qualquer norma voltada especificamente para a relação entre operadora de planos de saúde e usuários. Cf. Eurípedes Balsanufu Carvalho e Luiz Carlos de Oliveira Cecílio. “A regulamentação do setor de saúde suplementar no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas.” In: *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, nº 9, volume 23, 2007, p. 2167-2177.

⁹⁰ Daniel de Macedo Alves Pereira. *Planos de saúde e tutela judicial de direitos: teoria e prática*. Op. Cit., p. 156.

Nesse sentido, a regulação dos planos privados de assistência se deu sob a perspectiva de que as relações de consumo firmadas no âmbito da saúde possuem um diferencial elementar: trata-se de contratos que lidam com a satisfação das necessidades mais básicas do ser humano, como a garantia da sua integridade psicofísica e, em última instância, da própria vida. Ciente de que nesse cenário a vulnerabilidade do consumidor é ainda maior, o legislador fixou parâmetros contratuais que devem ser observados pelos planos de saúde. Destacam-se, por exemplo, os dispositivos da Lei nº 9.656/98, que proíbem as operadoras de impor limitações ao número de consultas médicas, exames e de prazo para internação hospitalar, inclusive em leitos de alta tecnologia (art. 12, I, “b” e II, “a”) e de impedir que consumidores mais idosos ou com alguma deficiência ingressem no plano de saúde (art. 14). Na mesma toada, vale ressaltar o art. 4º, inciso XXXVI da Lei nº 9.961/2000, segundo o qual caberá à ANS “*articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990*”.

Insere-se nesse conjunto de normas criadas para reequilibrar a relação contratual entre usuários e operadoras, o fornecimento obrigatório de cobertura que, nos limites da respectiva segmentação, abranja o tratamento de todas as doenças listadas na CID (art. 10 da Lei nº 9.656/98). Ao exigir a oferta dessa assistência ampla a todos os consumidores, o legislador buscou impedir que os contratos excluíssem tratamentos que, embora mais eficazes, fossem de custo elevado. A propósito, registra Maria Stella Gregori:

“A obrigação da globalização da assistência, ao incluir a cobertura de todas as doenças previstas na CID, tornou defesa a exclusão de patologias, bem como a limitação de procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos. As operadoras vendiam a ideia da integralidade da cobertura, mas deixavam à conta do SUS os procedimentos de alta complexidade e custos elevados. Determinaram livremente as condições contratuais, delimitando o que era e o que não era coberto.”⁹¹

⁹¹ Maria Stella Gregori. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, livro eletrônico, RB-8.2

Sob tal perspectiva, entende-se que as interpretações do § 4º do art. 10 da Lei nº 9.656/1998 que atribuem à ANS competência para restringir a cobertura instituída no *caput* deste dispositivo não se coadunam com a finalidade para a qual ele foi criado. De fato, não faz sentido supor que o legislador – no afã de proteger o direito fundamental à saúde do consumidor – estabeleceu, no art. 10, *caput*, a obrigação das operadoras cobrirem os tratamentos de todas as doenças listadas na CID, apenas para depois permitir, no § 4º, que a ANS restringisse essa cobertura, por meio de normas regulamentares.

6.4 Interpretação histórica

Como se sabe, o elemento histórico recorre à intenção do legislador, no momento da elaboração do ato normativo, com o intuito de auxiliar na compreensão dos significados e limites do preceito interpretado.⁹²

Aplicado ao caso, esse elemento corrobora a tese de que a mencionada lei foi criada com o propósito de obrigar os planos de saúde a fornecerem mais ampla cobertura assistencial em prol dos beneficiários. Veja-se, a propósito, a redação do único preceito contido no projeto de lei que originou a Lei nº 9.656/1998: “Art. 1º: *É vedado às empresas privadas de seguro-saúde, de planos de assistência médica, de medicina de grupo e semelhantes incluir, nos contratos destinados a assegurar atendimento médico-hospitalar, cobertura ou ressarcimento dessas despesas, cláusulas de exclusão de tratamento de qualquer doença ou lesão*”.⁹³ Por mais que o referido projeto tenha sofrido inúmeras alterações, a sua essência se manteve presente na redação de diversos preceitos da Lei nº 9.656/1998, como em seus dispositivos que preveem a cobertura obrigatória do *plano-referência*.

⁹² Cf. Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Op. cit., p. 137-147.

⁹³ Este dispositivo continha parágrafo único que excepcionava a obrigatoriedade de alguns tratamentos que hoje se encontram listados no art. 10 da Lei nº 9.656/1998.

Ainda, vale ressaltar que, mesmo após a sua publicação, essa lei foi objeto de diversas alterações voltadas à garantia de maior proteção dos consumidores. A redação inicial de seu art. 12, por exemplo, previa que os contratos poderiam conter “*redução ou extensão*” da cobertura fixada no art. 10, que estabelece a oferta obrigatória dos tratamentos de todas as doenças listadas na CID.⁹⁴ No entanto, poucos meses após a vigência da lei, foi editada a Medida Provisória nº 1.685-5/98, que modificou a redação do mencionado dispositivo para afastar a possibilidade de redução dessa cobertura. Após a alteração, o art. 12 passou a prever expressamente que os planos fornecidos pelas operadoras deverão observar as “*respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano ou seguro-referência de que trata o art. 10*”, redação que se mantém até hoje. Portanto, não há dúvidas quanto ao fato de que a Lei nº 9.656/1998 não permite a comercialização de planos que, respeitados os limites das segmentações contratadas, não cubram o tratamento efetivo de todas as doenças listadas na CID. Daí por que atribuir caráter taxativo ao RPES vai de encontro à evolução normativa da Lei nº 9.656/1998, que nasce com o propósito de conferir assistência integral ao consumidor e que, por meio de sucessivas alterações, vai se aperfeiçoando no alcance desse objetivo.

Desse modo, conclui-se que a única interpretação das Leis nº 9.656/1998 e nº 9.961/2000 compatível com o imperativo constitucional do direito fundamental à saúde, da proteção do consumidor e com os elementos tradicionais da hermenêutica jurídica é aquela que, ao reconhecer a competência da ANS para detalhar os procedimentos de fornecimento obrigatório pelos planos (art. 10, § 4º da Lei nº 9.656/1998), observa que tal função deverá sempre ser exercida à luz da cobertura obrigatória já delineada pelo legislador. Desse modo, o RPES nunca poderá representar delimitação taxativa dessa cobertura, que, de acordo com o art. 10 da Lei nº 9.656/1998, tem de abarcar todos os possíveis tratamentos que se façam necessários à reabilitação do consumidor.

⁹⁴ Veja-se a redação original do art. 12 da Lei nº 9.656/98: “*São facultadas a oferta, a contratação e a vigência de planos ou seguros privados de assistência à saúde que contenham redução ou extensão da cobertura assistencial e do padrão de conforto de internação hospitalar, em relação ao plano referência definido no art. 10, desde que observadas as seguintes exigências mínimas: [...]*”

7. Limites do poder normativo da ANS, legalidade e restrição a direitos fundamentais: a ilegalidade do art. 2º da Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS

O princípio da legalidade subordina a criação de deveres e obrigações à edição de lei. A Constituição Federal, nesse sentido, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II). Por um lado, tal princípio é corolário da democracia, pois exige que as normas jurídicas que pautam a vida social e que restringem a liberdade individual sejam aquelas aprovadas por representantes eleitos pelas próprias pessoas.⁹⁵ Por outro, a legalidade serve como freio ao poder estatal, na medida em que, ao contrário do que ocorre com os particulares, o Estado só pode agir na presença de fundamento legal para a sua conduta – diretriz que se traduz no princípio constitucional da legalidade administrativa (art. 37, *caput*).⁹⁶ A legalidade concretiza, ainda, o princípio da separação de poderes, ao atribuir a função precípua de elaborar normas de conduta a poder estatal diferente daqueles que têm a incumbência de aplicá-las, evitando, assim, a concentração excessiva de atribuições em uma única instituição.⁹⁷

É entendimento comum que o princípio da legalidade se manifesta sob duas dimensões diversas: a preeminência ou preferência da lei e a reserva de lei.⁹⁸ A preeminência da lei implica que todo e qualquer ato infralegal será inválido se estiver em contraste com a lei. A reserva de lei, por sua vez, significa que determinadas matérias somente podem ser reguladas mediante lei formal, vedado o uso de qualquer outra espécie normativa para

⁹⁵ Para uma análise filosófica dessa exigência, veja-se Jürgen Habermas. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁹⁶ Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe” (Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98).

⁹⁷ Cf. Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 233.

⁹⁸ Luís Roberto Barroso. “Apontamentos sobre o princípio da legalidade”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

inovar na matéria. Nesse sentido, como observou Alexandre de Moraes em trabalho doutrinário, “*se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei*”.⁹⁹

É certo, porém, que na sociedade contemporânea, marcada pela elevada complexidade e dinamismo, o legislador não tem como exercer, de maneira monopolista, a função normativa. Nesse cenário, há tendência de transferência de uma parcela dessa função a outras instituições, como ocorre com as agências reguladoras – entidades estatais independentes, organizadas sob a forma de autarquias especiais, dotadas de um grau maior de autonomia e investidas de competência para regulação setorial.¹⁰⁰ Essas entidades, a partir da sua *expertise*, podem reunir condições mais adequadas para normatizar determinadas matérias revestidas de caráter eminentemente técnico. No caso da saúde complementar, isso ocorreu por meio da criação da ANS pela Lei nº9.961/2000, que atribuiu à agência poderes normativos.

De todo modo, a doutrina e a jurisprudência já assentaram que as agências reguladoras, no exercício de suas competências normativas, não podem jamais violar a lei. Como destacou Carlos Ari Sundfeld, “*não há divergência quanto ao reconhecimento de que a Administração tem que respeitar a primazia da lei*”.¹⁰¹ Além disso, agências também não podem dispor, de modo substantivo, sobre matéria sujeita à reserva absoluta de lei. No caso da reserva legal, porém, como é muitas vezes impossível o esgotamento da disciplina de determinados assuntos pelo legislador, exige-se, ao menos, que as decisões fundamentais sobre a matéria estejam contidas na lei.¹⁰²

Pois bem. Não há dúvidas de que o Poder Legislativo, por meio da Lei nº 9.961/2000 e do art. 1º § 1º da Lei nº 9.656/98, conferiu à ANS a competência para normatizar e fiscalizar a atuação das operadoras no setor de saúde suplementar. No âmbito

⁹⁹ Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 45

¹⁰⁰ Cf. Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit., p.

¹⁰¹ Carlos Ari Sundfeld. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 256.

¹⁰² Cf. Gustavo Binenbojm. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*.

desta competência, o legislador, como já visto, atribuiu expressamente à agência reguladora a função de regulamentar as hipóteses de tratamento que foram excluídas do plano-referência (art. 10, § 1º da Lei nº 9.656/98) e de estabelecer a amplitude das coberturas assistenciais (art. 10, § 4º da Lei nº 9.656/98). Contudo, ao fazê-lo, o legislador fixou parâmetros que devem ser obrigatoriamente observados pela ANS. É que, como já explicado exaustivamente, a Lei nº 9.656/98, ao instituir o plano-referência em seu art. 10, *caput*, estabeleceu a cobertura obrigatória de tratamento de todas as doenças listadas na CID, ressaltando as próprias exceções estipuladas no dispositivo e os limites da segmentação contratada. Em seu art. 12, também definiu as exigências mínimas que devem conter em cada plano segmentado.

Assim, como já exposto anteriormente, a leitura correta do §1º e §4º do art. 10 é aquela que atribui à agência reguladora a função de (i) detalhar os tratamentos que, por se inserirem nas exceções estipuladas em lei, não serão cobertos; e de (ii) *estabelecer rol exemplificativo* de tratamentos que deverão ser fornecidas pelos planos, o que, por óbvio, não exclui outras que venham a se tornar necessárias para enfrentamento das enfermidades reconhecidas pela CID.

Portanto, não cabe à ANS, no exercício de sua função normativa, excluir tratamentos que, apesar de imprescindíveis para determinados pacientes, não serão obrigatoriamente ofertados pelas operadoras, restringindo, assim, os limites da cobertura fixada em lei. Contudo, ao estabelecer no art. 2º da Resolução Normativa nº 465/2021 que “[p]ara fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde”, a agência reguladora excluiu do alcance da cobertura obrigatória outros tratamentos que, embora não previstos no rol, possam ser necessários para os usuários dos planos de saúde, seja porque apresentam técnica mais avançada, por se afigurarem mais adequados às condições específicas do paciente, na avaliação do seu médico, ou porque simplesmente ainda não foram analisados pelo órgão regulador. Nesse sentido, é indubitoso que a referida resolução violou a lei, tornando-se por isso inválida.

Mas não é só. A questão também mobiliza outra dimensão do princípio da legalidade: a reserva legal para restrição a direitos fundamentais. Como se sabe, praticamente

todos os direitos fundamentais podem ser eventualmente restringidos em favor da tutela de outros bens jurídicos de estatura constitucional, e o direito fundamental à saúde não é exceção. Porém, nessas hipóteses, a validade da medida restritiva está condicionada à observância de uma série de requisitos formais e materiais,¹⁰³ dentre os quais figura justamente a exigência de lei formal. Como consignou Jane Reis Gonçalves Pereira, “a reserva de lei formal em matéria de direitos fundamentais significa a impossibilidade de a Administração Pública adotar medidas restritivas de direitos fundamentais sem fundamento legal ou constitucional”. Isso porque, se os direitos fundamentais consagram os valores mais relevantes de determinado ordenamento jurídico, é necessário que a grave decisão de restringi-los seja tomada pelos representantes eleitos pelo próprio povo, por meio de amplo processo deliberativo pautado pelo pluralismo.

É verdade que a literatura vem relativizando parcialmente essa exigência, diante da complexidade de muitos temas que envolvem os direitos fundamentais. Passou-se a admitir, a partir da experiência constitucional germânica, o detalhamento por normas administrativas de medidas restritivas de direitos previstas em lei. De todo modo, nesse caso, a lei deve no mínimo conter as decisões básicas sobre a matéria: é a chamada *teoria da essencialidade*.¹⁰⁴

Ocorre que, no presente caso, a restrição ao direito fundamental à saúde imposta pela ANS não possui base legal. Pelo contrário, como destacado acima, a lei aponta no sentido contrário, dela se inferindo a natureza exemplificativa do rol de procedimentos da ANS, ao contrário do que estabelece a Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS. Em outras palavras, ao editar norma que diminuiu a ampla gama de procedimentos abarcados pela cobertura assistencial obrigatória, a ANS claramente restringiu o direito fundamental à saúde dos beneficiários sem que houvesse autorização legislativa nesse sentido. Desse

¹⁰³ Veja-se, a propósito, Gilmar Ferreira Mendes. “Os limites dos limites”. In: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 241-314; Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126-182; Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 297-384.

¹⁰⁴ Cf. Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 248-351.

modo, conclui-se que tal medida também feriu o princípio da legalidade por desrespeitar a reserva legal para restrição a direitos fundamentais.

8. Insustentabilidade dos argumentos em favor do caráter taxativo do RPES: a falácia do aumento dos preços dos planos privados de assistência à saúde e da insolvência de suas operadoras

Na jurisprudência do STJ, a 4ª Turma modificou antiga orientação do tribunal que atribuía *caráter exemplificativo* ao RPES para entender pela sua *natureza taxativa*. Seguindo voto proferido pelo Min. Luis Felipe Salomão, a Turma consignou que conferir natureza exemplificativa ao rol “*acaba por levar à ruptura do equilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos [contratos de planos de saúde], situação que, embora favoreça o indivíduo que pleiteou a intervenção judicial, pode prejudicar o universo de beneficiários do plano caso a seguradora não possua condições financeiras de arcar com os custos*”. Também acrescentou que tal interpretação tem o condão de “*encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde*”, além de “*reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população*”.¹⁰⁵

Diante da centralidade de tais argumentos para a tese que atribui caráter taxativo ao RPES, cabe aqui analisá-los, a fim de verificar sua compatibilidade com a realidade do setor de saúde suplementar.

Primeiramente, é preciso assentar a premissa lógica de que as mensalidades atuais fixadas pelos planos de saúde não irão aumentar, caso o Superior Tribunal de Justiça venha a reafirmar a natureza exemplificativa do rol de procedimentos editado pela ANS. Afinal, há vários anos a jurisprudência no país vinha afirmando a natureza exemplificativa ao RPES, de modo que os *custos adicionais gerados por reivindicações de procedimentos não contidos no rol certamente já foram precificados* pelas operadoras, no momento de fixação das suas mensalidades.

¹⁰⁵ STJ, REsp 1.733.013, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 10/12/2019, DJe 20/02/2020.

Assentada essa premissa, cumpre verificar se a atribuição de caráter exemplificativo à listagem elaborada pela ANS é capaz de comprometer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de planos de saúde, a ponto de ameaçar a própria sustentabilidade do mercado de saúde suplementar.

Ora, dados empíricos indicam que não. Estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) sobre o desempenho das operadoras de planos de saúde entre 2014 e 2018 – período em que a jurisprudência era pacífica em atribuir caráter exemplificativo ao RPES – demonstrou que, apesar da estagnação da economia brasileira, o “*lucro líquido per capita de planos de saúde mais que dobrou em quatro anos*”. E, mesmo com a perda de mais de 3 milhões de usuários diante do desemprego e da queda de renda, as operadoras faturaram R\$ 192,1 bilhões em 2018.¹⁰⁶ É ver-se:

“As empresas de planos de saúde faturaram R\$ 192,1 bilhões em 2018. Em 2014, a receita do setor somou R\$ 123,8 bilhões, havendo crescimento do valor no período, mesmo diante de uma queda de cerca de 3,3 milhões no número de usuários, que passou de 50,5 milhões, em 2014, para 47,2 milhões, em 2018. Nesse período, o lucro líquido per capita no mercado de planos de saúde mais que dobrou, considerada atualização para valores constantes de 2018, passando de R\$ 75,7 em 2014 para R\$ 185,8 em 2018. No mesmo sentido, o lucro líquido agregado desse mercado também mais que dobrou em termos reais no período, de R\$ 3,825 bilhões para R\$ 8,755 bilhões. Enquanto isso, a taxa de sinistralidade – que é a razão entre despesas assistenciais em relação à receita – caiu de 0,850 para 0,832, no mesmo período.”

Outro estudo realizado pelo IPEA analisou, a partir de dados fornecidos pela ANS, o desempenho econômico-financeiro das oito operadoras líderes do mercado de planos de saúde entre os anos de 2007 e 2019. A pesquisa indicou que, apesar da redução do

¹⁰⁶ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Carlos Octávio Ocké-Reis, Rodrigo Mendes Leal e Simone de Souza Cardoso. *Nota Técnica nº 97: Desempenho do Mercado de Planos de Saúde*, 2021, p.7/8.

percentual da população com cobertura de planos de saúde no contexto da crise econômica, “a média dos ativos totais dessas operadoras cresceu substancialmente no período, saindo de um patamar de cerca de R\$ 2,5 bilhões, em 2007, para o patamar de R\$ 8,6 bilhões, no último trimestre de 2019, a preços constantes deste último período”.¹⁰⁷ E, particularmente em 2015, “quando as empresas com registro ativo na CVM tiveram, na média, uma taxa de lucro negativa (-5%) devido à recessão, o conjunto dessas operadoras apresentaram uma lucratividade de 14%”. Por fim, obteve-se a seguinte conclusão:

“A análise desses resultados financeiros indica que as operadoras líderes cresceram e tiveram um desempenho extraordinário no período analisado. Transcende o escopo desta nota técnica uma investigação pormenorizada dos elementos que proporcionaram esse resultado, mas é possível associá-lo a uma política regulatória favorável ao aumento dos lucros e à expulsão da “seleção adversa”. Outra explicação, que vem ganhando cada vez maior peso na literatura sobre o segmento, seria uma mudança na lógica de operação dessas operadoras no sentido de uma maior financeirização.”

Diante desse cenário, destaca-se que nem mesmo em períodos de grave crise econômica a lucratividade das operadoras restou ameaçada. Assim, os argumentos que sugerem o desequilíbrio atuarial dos planos de saúde caso reconhecida a natureza exemplificativa do rol elaborado pela ANS parecem não possuir lastro na realidade do mercado de saúde suplementar. À uma, porque durante todo o período analisado pelas pesquisas vigorou jurisprudência amplamente favorável à cobertura de procedimentos excluídos do RPES, e, como visto, a margem de lucro das operadoras se manteve constantemente elevada. À duas, porque, como frisado pela referida pesquisa, os extraordinários resultados de desempenho das operadoras também decorrem de política regulatória que garante a rentabilidade dessas empresas. É que a própria Lei nº 9.656/1998, em seu art. 16, XI, prevê a possibilidade de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias, de modo a

¹⁰⁷ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Carlos Octávio Ocké-Reis, Norberto Montani Martins e Daniel Chaves Drach. *Nota Técnica nº 96: Desempenho econômico-financeiro das operadoras líderes do Mercado de Planos de Saúde (2007-2019)*, 2021.

garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tal reajuste pode se dar em razão do aumento dos custos médico-hospitalares, incidindo anualmente sobre todas as modalidades de planos de saúde, ou, em razão do aumento da sinistralidade, casos em que incidirá somente sobre planos de saúde coletivos – que correspondem à 80% dos planos de assistência médica. O STJ, inclusive, possui jurisprudência no sentido de que “*a majoração das mensalidades do plano de saúde em virtude da sinistralidade é possível, a partir de estudos técnico-atuariais, para buscar a preservação da situação financeira da operadora*”.¹⁰⁸

Por fim, os defensores da natureza exaustiva do rol editado pela ANS argumentam que uma cobertura obrigatória limitada aos procedimentos definidos nesta lista se traduzirá em preços mais acessíveis, já que as operadoras poderão antever os custos decorrentes dos tratamentos reivindicáveis e, assim, não repassarão valores adicionais ao consumidor que seriam decorrentes da imprevisibilidade dos serviços abarcados.

Este argumento, na verdade, pode servir apenas à proteção de interesses financeiros das operadoras de planos de saúde. Em contrapartida, a sociedade pode ser forçada a arcar com os custos de uma maior demanda no Sistema Único de Saúde (SUS) por tratamentos mais caros e complexos, ao passo que o consumidor sofrerá com uma “*promessa ilusória de uma assistência adequada*”.¹⁰⁹ Isto porque, como bem consignou Maria Stella Gregori, “*o consumidor visa a contratar um plano de saúde para ter atendimento assistencial que dê conta das incertezas futuras e com qualidade de atendimento*”.¹¹⁰ Ou seja, ao diminuir a cobertura assistencial obrigatória, coloca-se em risco legítima expectativa do beneficiário que, por arcar com a sua contraprestação por tanto tempo, espera poder usufruir da garantia de uma assistência integral no futuro.

¹⁰⁸ STJ, AgInt no REsp 17227888, Quarta Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 07/12/2020; DJe 28/09/2020; STJ, AgInt no AREsp 1558822, Quarta Turma, Min. Antônio Carlos Ferreira, DJe 05/03/2021; STJ, AgInt no REsp 1656653, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 15/12/2017.

¹⁰⁹ CONJUR. Maria Stella Gregori. A volta à baila dos planos de saúde. 15 de setembro de 2021. Acessado em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-15/garantias-consumo-volta-baila-planos-saude>>.

¹¹⁰ CONJUR. Maria Stella Gregori. A volta à baila dos planos de saúde. 15 de setembro de 2021. Acessado em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-15/garantias-consumo-volta-baila-planos-saude>>.

Assim, é fácil perceber que a exegese que atribui caráter taxativo ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde pode levar apenas ao aumento ainda maior da margem de lucro das operadoras de planos de saúde, enquanto inviabiliza a garantia de assistência integral ao beneficiário-consumidor. Por isso, adotar tal interpretação significa privilegiar os interesses econômicos do mercado de saúde suplementar em detrimento do direito fundamental à saúde e da proteção do consumidor, em clara violação aos art. 197 e 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988. E, como bem disse a Min. Cármen Lúcia, “[s]aúde não é mercadoria. Vida não é negócio. Dignidade não é lucro”.¹¹¹

9. Síntese conclusiva: o RPES tem natureza exemplificativa, mas mesmo que não tivesse, o custeio de tratamentos baseados no método ABA para Transtornos do Espectro Autista estaria obrigatoriamente coberto pelos planos de saúde, por se enquadrar no referido rol

Após detida análise das questões concernentes tanto ao tratamento de TEA pelo método ABA, quanto à natureza do RPES, passo a sintetizar as principais conclusões do parecer.

De início, mesmo que se entenda no sentido da *natureza taxativa do rol*, ainda assim será devida a cobertura do tratamento pelo ABA. Como visto, não se trata, em nenhuma hipótese, de método experimental, ou que possa ser enquadrado em qualquer das outras exceções previstas no art. 10 da Lei 9.656/1998. Na verdade, o ABA é reconhecido por diversas instituições, como o Ministério da Saúde brasileiro e a própria Agência Nacional de Saúde Suplementar. Aliás, foi para permitir o tratamento escolhido pelos médicos de pessoas com TEA que a ANS editou a Resolução Normativa nº 469/2021, na qual tornou ilimitado o número de sessões com fonoaudiólogos, psicólogos e terapeutas ocupacionais. O equívoco da agência reguladora, no entanto, é entender que, caso a operadora de plano de saúde não disponha de profissionais qualificados em sua rede credenciada, será do

¹¹¹ STF, ADPF 532-MC, decisão monocrática da Pres. Min. Cármen Lúcia, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14/07/2018, DJe 03/08/2018.

beneficiário o ônus de arcar com o tratamento ou, então, adequar-se a algum dos disponibilizados. Não. A legislação do setor de saúde suplementar não faculta às operadoras decidir sobre quais tratamentos estarão disponíveis. Se é a própria ANS quem reconhece que tratamentos como ABA estão abarcados pelo rol, então, caso não haja profissionais habilitados em sua estrutura, o custeio deve recair integralmente sobre a operadora de plano de saúde.

De todo modo, a melhor interpretação das normas não é aquela que atribui natureza taxativa ao RPES – o que vale também para a taxatividade mitigada. Pelo contrário: a *natureza exemplificativa do RPES* decorre da exegese que melhor concretiza o direito fundamental à saúde – seja por sua irradiação no ordenamento, seja por sua eficácia entre particulares – e o mandamento constitucional de proteção do consumidor (que, no contexto do direito à saúde, está em posição de hipervulnerabilidade frente às operadoras). Nessa linha, ademais, os elementos sistemáticos, teleológicos e históricos da interpretação jurídica convergem para o entendimento de que o plano-referência previsto na Lei 9.656/1998 é – como indica seu nome – apenas uma *referência* não exaustiva, que não pode desproteger o paciente-beneficiário-consumidor em seu momento de maior necessidade.

Ademais, embora seja inequívoca a importância do equilíbrio econômico-financeiro do setor, não são procedentes os argumentos de que a manutenção do entendimento da natureza exemplificativa do RPES traria qualquer desequilíbrio atuarial insuperável. Em primeiro lugar, tratando-se até recentemente de jurisprudência pacífica e estável das Cortes Superiores, tal variável certamente já foi incorporada e precificada nos cálculos atuariais dos planos. Em segundo lugar, há um dado da realidade capaz de afastar qualquer argumento do plano teórico: mesmo com a referida jurisprudência, as operadoras de saúde vêm aumentando seus astronômicos lucros, em que pese a grave crise econômica brasileira. E sequer se pode afirmar, com certeza, que a mudança de entendimento efetivamente traria a redução dos preços dos planos de saúde: como acontece em diversos mercados, o resultado poderia ser apenas o aumento da margem de lucro dos atores econô-

micos que atuam no setor. Ademais, uma consequência prática da adoção da tese da taxatividade seria aumentar a sobrecarga do SUS, com procedimentos caros e complexos, em momento em que o financiamento do sistema já se encontra fortemente pressionado pelo teto de gastos. Seria favorecer os planos, em detrimento do restante da sociedade.

Por todas essas razões, não há dúvida de que a natureza do rol é exemplificativa.

10. Resposta aos quesitos

Com base no que foi exposto, passo a responder aos quesitos formulados pelo Consulente.

a) O método ABA (Applied Behavior Analysis) encontra-se coberto pelo rol de procedimento e eventos em saúde elaborado pela ANS para tratamento do Transtorno do Espectro Autista (TEA)?

Sim. O Transtorno do Espectro do Autismo (TEA) está previsto na CID, organizada e atualizada pela OMS. Dentre os múltiplos tratamentos disponíveis para enfrentar essa condição, um dos mais avalizados por estudos científicos é o método ABA – *Applied Behavior Analysis* ou, em português, Análise Comportamental Aplicada.

Quanto à inclusão no RPES, a ANS já se manifestou em mais de uma oportunidade pela cobertura do método ABA. Em um primeiro momento, na Nota Técnica nº 196/2017/ANS, a agência reguladora rejeitou a proposta de alteração da Diretriz de Utilização (DUT) de “consulta/sessão com psicólogo (com diretriz de utilização)” para incluir expressamente “*Psicoterapias no método ABA*”. Mas, ao fazê-lo, justificou-se dizendo que “*Psicoterapias no método ABA estão contempladas na sessão de psicoterapia*”, o que tornaria desnecessária a alteração. Em um segundo momento, a Agência Nacional de Saúde Suplementar editou a Resolução Normativa nº 469/202/ANS para estabelecer “[c]obertura obrigatória em número ilimitado de sessões para pacientes com”

TEA nos tratamentos com fonoaudiólogo e com psicólogo e/ou terapeuta ocupacional. Essa alteração no RPES, segundo a própria agência reguladora, teve por objetivo possibilitar os diversos tratamentos para TEA, inclusive pelo método ABA, decisão que deve ficar a cargo do médico responsável pelo paciente-beneficiário, que é quem detém a prerrogativa de indicar o tratamento mais adequado, dentre aqueles cientificamente comprovados. A agência reguladora entende, porém, que as operadoras de saúde não são obrigadas a manter profissionais especialistas no método ABA em sua rede credenciada. No caso de inexistência de profissionais credenciados, a operadora estaria desobrigada de custear o referido tratamento. Essa posição, no entanto, é manifestamente ilegal.

Com efeito, mesmo que o RPES tivesse natureza taxativa – e ele não a possui – a cobertura mínima por plano de saúde exigiria apenas (i) a existência de doença classificada na CID e (ii) tratamento previsto no RPES, recomendado pelo médico que acompanha o paciente. Preenchidos esses dois requisitos – como é o caso do tratamento ABA, conforme reconhecido pela própria ANS – não pode a operadora negar cobertura por conta da mera inexistência de profissional habilitado em sua rede credenciada.

b) Os pareceres do Núcleo de Apoio ao Judiciário (NAT-Jus) devem ser considerados vinculantes para o Judiciário?

Não. Os pareceres dos NAT-Jus não são vinculantes. Afinal, o art. 371 do CPC/2015 estabelece a *livre convicção fundamentada do juiz* – também conhecida como *sistema de persuasão racional*. Nesse modelo, o magistrado deve formar seu convencimento de acordo com todo o conjunto probatório dos autos, mas a liberdade no exame das provas fica condicionada às regras da lógica, da experiência e também dos meios científicos. Ao entendimento do NAT-Jus, portanto, podem ser contrapostos outros pareceres técnicos, documentos ou perícias, tudo de modo a demonstrar a natureza científica de determinado tratamento e sua necessidade para o paciente – esse é, aliás, o espírito do art. 472 do CPC.

Ademais, os pareceres dos NAT-Jus não poderiam ser vinculantes pois sequer há posicionamento unânime entre os diversos órgãos dos tribunais, ao menos quanto a questão específica do método ABA. No banco de dados do sistema e-NatJus, embora haja diversos pareceres desfavoráveis à cobertura do tratamento ABA, também é possível encontrar muitos outros que o recomendam. Essa incoerência apenas reforça o caráter meramente consultivo de tais laudos.

Por outro lado, devem ser devidamente sopesadas pelos juízes, em suas decisões sobre a matéria, as posições de instituições nacionais e internacionais amplamente favoráveis à eficácia do método ABA, o posicionamento institucional da ANS, que considerou o método em questão incluído no RPES, e, especialmente, as decisões legítimas do médico responsável por cada paciente com TEA. Afinal, este conhece melhor as especificidades de condição de saúde de seu paciente, e goza da sua confiança e da sua família.

c) A interpretação constitucionalmente adequada das Leis nº 9.656/1998 e nº 9.961/2000 conduz à compreensão sobre o caráter taxativo ou exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde (RPES) editado pela ANS?

Ela conduz à tese do caráter exemplificativo do rol. Em primeiro lugar, a correta interpretação das normas que regem o setor de saúde suplementar deve levar em consideração a eficácia irradiante do direito fundamental à saúde e a sua incidência nas relações entre particulares. Sob essa perspectiva, tais normas não podem ser interpretadas de modo a criar, injustificadamente, limitações à garantia da saúde e da integridade psicofísica dos beneficiários de planos de saúde. É por isso que a exegese que atribui caráter taxativo ao RPES deve ser afastada: este entendimento não garante aos beneficiários-consumidores acesso a procedimentos terapêuticos que, apesar de não constarem no rol, podem vir a ser mais adequados ao tratamento de determinada enfermidade prevista na CID, ou gerar melhores respostas para seus quadros clínicos específicos.

Ademais, a tese da taxatividade também não condiz com o sistema normativo do setor de saúde suplementar e com o microssistema jurídico de proteção do consumidor –

também aplicável na matéria, na linha da teoria do diálogo de fontes, e nos termos da Súmula 608 do STJ. Afinal, atribuir ao RPES caráter taxativo agrava ainda mais a condição de *hipervulnerabilidade* dos beneficiários-consumidores frente às operadoras, violando, assim, o *princípio da proteção efetiva do consumidor*, contido nas normas do CDC e nos dispositivos constitucionais que estabelecem a defesa do consumidor como garantia fundamental e princípio geral da ordem econômica (art. 5º, XXXII e art. 170, V).

A interpretação que melhor mantém a coerência dos dispositivos contidos nas Lei nº 9.656/1998 e nº 9.961/2000 é aquela que, sem negar a competência da ANS para estabelecer a “*amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar*” (Art. 10, § 4º), reconhece que essa atribuição deve ser exercida à luz das normas do *caput* e § 2º do art. 10 da Lei nº 9.656/1998, as quais exigem que os planos contenham a cobertura obrigatória dos tratamentos efetivos de todas as doenças listadas na CID (*plano-referência*), excluindo-se apenas as terapias expressamente excepcionadas nos incisos do mencionado dispositivo, e aquelas que não se inserem nos limites do respectivo plano segmentado.

Esta tese é reforçada pela lei em seu art. 35-F da Lei nº 9.656/98, que prevê a oferta obrigatória de “*todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação [...] da saúde*” pelas operadoras, respeitados os limites da lei e do segmento contratado.

A exegese que sustenta a natureza taxativa do RPES também contraria as razões pelas quais foram editadas as Leis nº 9.656/1998 e nº 9.961/2000 – frutos de importante conquista dos movimentos de defesa do consumidor - e a finalidade do dispositivo que confere à ANS a função de estabelecer “*a amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar*” (Art. 10, §4º da Lei nº 9.656/1998). É que tal artigo buscou conferir ao consumidor, às operadoras e aos próprios profissionais da saúde importante instrumento de orientação quanto aos tratamentos que deverão ser cobertos pelos planos de saúde, mas de modo algum pretendeu excluir da cobertura outros procedimentos e terapias que pudessem ser necessárias para o tratamento do paciente. Por fim, tem-se que a exegese da taxatividade não condiz com a própria evolução normativa da Lei nº 9.656/1998, que em seu projeto inicial apresenta o propósito de conferir assistência integral ao consumidor, e que, por meio de sucessivas alterações, vem sendo aperfeiçoada na busca desse objetivo.

d) O art. 2º da Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS, ao prever o caráter taxativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde (RPES) editado pela ANS, violou os limites da delegação legislativa contida na Lei nº 9.656/1998 e restringiu indevidamente direitos fundamentais?

Sim. O poder normativo das agências reguladoras é condicionado e limitado pela lei, como impõe o princípio constitucional da legalidade. Ademais, normas ditadas por agência não podem instituir restrições a direitos fundamentais – como o direito à saúde – já que a matéria se sujeita ao princípio da reserva legal.

A Lei nº 9.656/1998, ao atribuir à ANS a competência para regulamentar os tratamentos excluídos do plano-referência (art. 10, §1º) e estabelecer a amplitude das coberturas assistenciais (art. 10, § 4º), fixou parâmetros que devem ser obrigatoriamente observados pelo órgão regulador. Eles se encontram nos próprios contornos da cobertura obrigatória estabelecida pelo legislador em seu art. 10, *caput* (plano-referência), que, como visto, deve abarcar os tratamentos de todas as doenças listadas na CID, ressalvadas apenas as exceções previstas no próprio dispositivo. Logo, conclui-se que a ANS, ao estabelecer o caráter taxativo do RPES no art. 2º da Resolução Normativa nº 465/2021, excedeu os limites materiais da delegação legislativa, porque excluiu do alcance da cobertura obrigatória outros tratamentos que, embora não previstos no rol, podem ser necessários para a assistência à saúde em enfermidade listada na CID.

Esta limitação de acesso à tratamentos obrigatórios, além de violar a lei, representa ainda restrição a direito fundamental – o direito a saúde – por ato infralegal, o que ofende o princípio da reserva legal das restrições aos direitos fundamentais.

e) Que impactos sobre o direito fundamental à saúde teria o reconhecimento do suposto caráter taxativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde (RPES) da ANS, seja sob a perspectiva dos usuários dos planos de saúde, seja sob a perspectiva do Sistema Único de Saúde (SUS)?

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL

FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Sob a perspectiva dos usuários dos planos, a tese do caráter taxativo fragilizaria a proteção do seu direito à saúde, pois eles poderiam perder acesso a tratamentos fundamentais para sua saúde e vida, porventura não contemplados no RPES. Ademais, a sua hipervulnerabilidade na relação com as operadoras seria reforçada com a adoção dessa tese.

Na perspectiva do SUS – e da população em geral, usuária desse sistema público – a tendência seria de geração de aumento de gastos, pois os pacientes que não conseguissem obter os tratamentos no âmbito da saúde suplementar tenderiam a procurar o SUS, inclusive por meio de demandas judiciais. Esse aumento de gastos poderia impactar gravemente o SUS, em momento em que o sistema já se encontra subfinanciado, por conta da contenção de despesas públicas decorrente da imposição do teto de gastos pela Emenda Constitucional nº 95. Em resumo, as operadoras de planos de saúde – que já detêm no Brasil grande poder econômico e boa margem de lucratividade – tenderiam a ganhar financeiramente, em detrimento da tutela ao direito fundamental à saúde tanto dos usuários dos planos como do público em geral, usuário do SUS. Esse resultado é francamente incompatível com os valores inclusivos e solidarísticos da Constituição de 88, acolhidos pela legislação infraconstitucional – notadamente pelas Leis nº 9.656/98, nº 9.961/2000 e Código de Defesa do Consumidor, pertinentes à matéria.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 26 de abril de 2022.



DANIEL SARMENTO

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ

Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ

Visiting Scholar na Yale Law School