

A QUESTÃO DA TAXATIVIDADE OU EXEMPLIFICARIEDADE DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS À LUZ DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 14.454/22: PRIMEIRAS IMPRESSÕES

Marcos Antônio Ribeiro de Moura Brito¹

Introdução

O presente artigo, dados os limites e objetivos a que se propõe, não pretende esgotar ou aprofundar a questão relativa à natureza *taxativa* ou *exemplificativa* do *Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde*, regulamentado pela Agência Nacional de Saúde - ANS²; o seu escopo é bem mais modesto, visando apenas promover uma revisão do que recentemente ocorreu nessa matéria, mormente à vista da promulgação da Lei nº 14.454/22.

Por esse motivo, optei por apresentar as minhas primeiras impressões sobre o tema, detendo-me no modo pelo qual o assunto foi tratado na Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS, nos Embargos de Divergência nos Recursos Especiais nº 1.886.929 e nº 1.889.704 e na Lei nº 14.454/22, sempre com menção aos mais recentes julgados do *Superior Tribunal de Justiça* e do *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* que abordaram a controvérsia.

Com isso, espero ser capaz de, mesmo que em pequena medida, colaborar com os debates que naturalmente serão travados acerca desse tópico.

¹ Juiz Titular da 29ª Vara Cível. Magistrado integrante do Centro de Estudos e Debates - CEDES

² Atualmente se encontra em vigor a Resolução Normativa- RN nº 465/21, que atualizou o referido rol.

Recapitulando fatos de interesse

Como cediço, o alcance do *Rol de Procedimentos em Eventos e Saúde*, juntamente com as controvérsias referentes aos reajustes de mensalidades, constituem o fator mais significativo quando se trata da judicialização da saúde suplementar.

A despeito disso, o tema era pacífico nos tribunais porque o *Superior Tribunal de Justiça*, por suas Turmas de Direito Privado, cristalizara o entendimento de que se tratava de rol meramente exemplificativo, o que acarretava, como efeito cascata, a adoção desse entendimento pelas Instâncias Ordinárias.

Entretanto, o Tribunal da Cidadania, por sua Colenda 4ª Turma, em 10 de dezembro de 2019, passou a considerar como taxativo o referido rol, decisão tomada nos autos do Recurso Especial nº 1.733.013/PR.

Abriu-se, a partir de então, uma divergência entre as 3ª e 4ª Turmas do *Superior Tribunal de Justiça*, posto que a primeira manteve a jurisprudência anterior, controvérsia que acabou desembocando no julgamento dos Embargos de Divergência nos Recursos Especiais nº 1.886.929 e nº 1.889.704, por meio dos quais a Segunda Seção concluiu que a natureza do referido rol de procedimentos era a da *taxatividade mitigada*.

Entre os julgamentos do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, ocorrido em dezembro de 2019, e dos Embargos de Divergência nos Recursos Especiais nº 1.886.929 e nº 1.889.704, datados de 08 de junho de 2022, a *Agência Nacional de Saúde – ANS* editou a Resolução Normativa – RN nº 465, de 24 de fevereiro de 2021, que expressamente declarou a taxatividade do rol, em seu artigo 2º, *verbis*:

“Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde”.

Finalmente, em 21 de setembro de 2022, foi promulgada a Lei nº 14.454/22, tratando exatamente do tema, e aparentemente em contradição ao que foi disposto pela ANS e julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Das conclusões do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência nos Recursos Especiais nº 1.886.929 e nº 1.889.704 face aos termos da Lei nº 14.454/22 no que tange à taxatividade ou exemplificabilidade do rol de procedimentos da ANS

Considerando a extensão dos julgados e a brevidade que deve comandar estes apontamentos, dispense-me de transcrevê-los na íntegra e contento-me com reproduzir os seguintes trechos de sua ementa:

“10. Diante desse cenário e buscando uma posição equilibrada e ponderada, conforme o entendimento atual da Quarta Turma, a cobertura de tratamentos, exames ou procedimentos não previstos no Rol da ANS somente pode ser admitida, de forma pontual, quando demonstrada a efetiva necessidade, por meio de prova técnica produzida nos autos, não bastando apenas a prescrição do médico ou odontólogo que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os contidos no Rol de cobertura mínima. Deveras, como assentado pela Corte Especial na esfera de recurso repetitivo, REsp n. 1.124.552/RS, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. Ressaltou-se nesse precedente que: a) não é possível a ilegítima invasão do magistrado em seara técnica à qual não é afeito; b) sem dirimir a questão técnica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendido da prova dos autos; c) nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais” (sublinhei).

“11. Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com

tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS (sublinhei).

Percebe-se que, de acordo com o que foi decidido, o rol é, em regra, *taxativo*, de modo que a operadora de plano ou seguro saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista. Excepcionalmente, *será possível a cobertura indicada pelo médico-odontólogo assistente, desde que: a) não exista substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS; b) a incorporação do procedimento indicado não tenha sido expressamente indeferida pela ANS; c) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; d) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais e estrangeiros; e e) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área de saúde.*

Importante assinalar que, pelos termos da redação, os requisitos possibilitadores da *excepcional* admissão da cobertura de tratamento não previsto no *rol* da ANS são *cumulativos*,

ou seja, devem estar todos presentes para que se possa reconhecê-la, assunto que retomarei mais adiante.

Da superveniência da Lei n° 14.454, de 21 de setembro de 2022

A Lei n° 14.454, de 21 de setembro de 2022, publicada na referida data, a partir da qual passou a ter vigência (art. 3º), acresceu os parágrafos 12 e 13 ao artigo 10 da Lei n° 9.656/98, *verbis*:

§ 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais”. (NR)

Com a superveniência da Lei n° 14.454/2022, foi suscitada, perante a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, *Questão de Ordem* no Recurso Especial n° 1.882.957/SP, da relatoria da Eminente Ministra Nancy Andrichi, com vistas à instauração de Incidente de Assunção de Competência para que se estabelecesse uma orientação acerca das consequências decorrentes da alteração legislativa, mas a questão foi rejeitada ao fundamento de que a matéria há de ser submetida a debates, fazendo-se necessário um entendimento firme e sedimentado, nos termos do § 4º do artigo 927 do Código de Processo Civil. Faço notar que, durante o julgamento,

foi ventilado que a mudança legislativa teria estabelecido a natureza *exemplificativa mitigada* do rol (informativo nº 764, de 28 de fevereiro de 2023).

Nos autos do Recurso Especial nº 2.019.618/SP, da 3ª Turma, o *Superior Tribunal de Justiça* parece indicar que a Lei nº 14.454/22 instituiu um *rol exemplificativo* com condicionantes.

Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. OBRIGAÇÃO DE A OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE CUSTEAR MEDICAMENTO IMPORTADO NÃO REGISTRADO NA ANVISA. ATENDIMENTO AO CONCEITO DE SAÚDE BASEADA EM EVIDÊNCIAS (SBE) DO ROL TAXATIVO MITIGADO E DO ROL EXEMPLIFICATIVO COM CONDICIONANTES. TEMA 990. APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO (DISTINGUISHING) ENTRE A HIPÓTESE CONCRETA DOS AUTOS COM A QUESTÃO DECIDIDA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL DA CLÁUSULA CONTRATUAL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 16/09/2019, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 23/11/2021 e atribuído ao gabinete em 25/08/2022.
2. O propósito recursal consiste em decidir sobre (i) a obrigação de a operadora de plano de saúde custear medicamento importado para o tratamento da doença que acomete a beneficiária, o qual, não consta no rol da ANS e, apesar de não registrado pela ANVISA, possui autorização para importação; e (ii) o cabimento da compensação por dano moral.
3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.
4. A prescrição do tratamento medicamentoso pelo médico assistente da beneficiária-recorrida está amparada no conceito de

saúde baseada em evidências - SBE, em consonância seja com a tese da taxatividade mitigada do rol da ANS, firmada pela Segunda Seção, no julgamento dos EREsp 1.886.929/SP e dos EREsp 1.889.704/SP (DJe 03/08/2022), seja com a tese do rol exemplificativo com condicionantes, da Lei nº 14.454/2022.

5. Segundo o entendimento consolidado pela 2ª Seção no julgamento do REsp 1.712.163/SP e do REsp 1.726.563/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos, "as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA" (Tema 990 - julgado em 01/09/2020, DJe de 09/09/2020).

6. A autorização da ANVISA para a importação do medicamento para uso próprio, sob prescrição médica, é medida que, embora não substitua o devido registro, evidencia a segurança sanitária do fármaco, porquanto pressupõe a análise da Agência Reguladora quanto à sua segurança e eficácia, além de excluir a tipicidade das condutas previstas no art. 10, IV, da Lei 6.437/77, bem como nos arts. 12 c/c 66 da Lei 6.360/76.

7. Necessária a realização da distinção (*distinguishing*) entre o entendimento firmado no precedente vinculante e a hipótese concreta dos autos, na qual o medicamento (PURODIOL 200mg/ml) prescrito à beneficiária do plano de saúde, embora se trate de fármaco importado ainda não registrado pela ANVISA, teve a sua importação autorizada pela referida Agência Nacional, sendo, pois, de cobertura obrigatória pela operadora de plano de saúde.

8. A orientação adotada pela jurisprudência desta Corte é a de ser possível, em determinadas situações fáticas, afastar a presunção de dano moral na hipótese em que a recusa de cobertura pelo plano de saúde decorrer de dúvida razoável na interpretação do contrato, por não configurar conduta ilícita capaz de ensejar o dever de compensação.

9. Hipótese em que a atuação da operadora esta revestida de aparente legalidade, a afastar a ocorrência do ato ilícito caracterizador do dano moral.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp n. 2.019.618/SP, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 29/11/2022, DJe de 1/12/2022).

Ao que tudo indica, o *Superior Tribunal de Justiça* vai se encaminhando no sentido de que o rol, com a nova lei, passou a ser *exemplificativo mitigado* ou *com condicionantes*.

O *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, por seu turno, tem decidido que o rol é exemplificativo:

Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer. Decisão agravada deferitória da tutela de urgência para determinar que o Réu autorize e custeie o procedimento cirúrgico para transplante bilateral de pulmão. Manutenção. Agravado diagnosticado com fibrose pulmonar progressiva. Laudo médico atestando a necessidade e urgência do procedimento. Presença dos requisitos do artigo 300 do CPC.

1. À luz da Lei nº 14.454/2002, o rol de procedimentos e medicamentos da ANS é uma listagem de cobertura mínima obrigatória para os planos de saúde, não havendo que se falar em rol taxativo. O rol é exemplificativo.

2. O Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu art. 47, que "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor", sendo que o art. 51, em seus incisos IV e XV, considera nulas de pleno direito, as cláusulas que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade" e que "estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor". Súmula 340, TJRJ.

3. Havendo cobertura contratual para a doença, considera-se abusiva a restrição ou limitação de procedimentos, tratamentos médicos, número de sessões, ou meios indicados pelo médico da parte, sendo dele a prerrogativa de escolher o método ou técnica adequados para o tratamento do paciente.

4. Na perspectiva das relações consumeristas, é ônus das operadoras de saúde a comprovação da ineficácia do tratamento ou procedimento prescrito por médico, ou, a inexistência de recomendações pela CONITEC ou de, ao menos, um órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais, tudo conforme disposto no art. 10, § 13, I e II da Lei 14.454/2022.

5. Multa aplicada de forma correta, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Súmulas 210 e 340 do TJRJ.

6. Precedentes deste Tribunal

7. Desprovimento do recurso.

(0029928-88.2023.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO - Julgamento: 22/06/2023 - DECIMA NONA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 25ª Câmara Cível)

APELAÇÃO CÍVEL. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO "LECTRUM". SENTENÇA QUE CONFIRMOU A TUTELA DE URGÊNCIA PARA CUSTEIO DO TRATAMENTO E CONDENOU A APELADA A PAGAR AO APELANTE O VALOR DE R\$ 15.000,00 A TÍTULO DE DANOS MORAIS. ACERTO DO DECISUM, QUE SE MANTÉM. Incontrovérsia nos autos quanto aos fatos de a menor ANA ser beneficiária de contrato de assistência médico-hospitalar fornecido pela operadora-apelante (fls. 18); de que em 2021, com sete anos de idade, ela foi diagnosticada com puberdade precoce central (CID 10: E 228) (fls. 38); de que, diante do quadro, os

profissionais que lhe assistiam indicaram tratamento com o medicamento acetato de leuprorrelina ("Lectrum") (fls. 41); de que houve negativa de cobertura por parte da operadora, ao fundamento ausência de previsão contratual e legal (fls. 46). Operadora que, em seu recurso, insistiu na tese de que não estava obrigada a custear o procedimento objeto da lide porquanto ele não se encontrar expressamente previsto no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar, o qual teria caráter exaustivo. Validade de cláusula contratual que restringe a cobertura de determinadas doenças. Todavia, é vedado à operadora, caso cubra o tratamento da doença, limitar os procedimentos, técnicas e materiais a serem utilizados pelo médico assistente para alcançar os mais efetivos resultados. Contrato firmado entre as partes não excluiu expressamente o tratamento da doença apresentada pela apelada, de modo que não existe qualquer respaldo para a negativa. Súmula nº 340/TJRJ. Laudo médico adunado aos autos que não só especificou o CID do caso, como ainda esclareceu as consequências que poderiam advir em caso de não tratamento ("menarca precoce, com repercussão psicológica, além de perda estatural pelo fechamento precoce da cartilagem de crescimento"). Apelante que não desincumbiu de seu ônus processual de produzir prova técnica apta a infirmar a conclusão do laudo médico em questão. Rol de procedimentos da ANS que possui caráter meramente exemplificativo de cobertura mínima. Medicação prescrita que é essencial e adequada ao êxito do tratamento médico, sob pena de desvirtuar a própria finalidade do contrato, que é a preservação da vida e da incolumidade do paciente. Lei nº 14.454/2022, que acrescentou o § 13 ao art. 10 da Lei nº 9.656/1998 e estabeleceu, assim, que o rol de procedimentos e eventos editado pela ANS possui caráter exemplificativo, e não taxativo. Pontue-se, finalmente, que é firme o entendimento jurisprudencial de que cabe ao médico e não ao operador do plano a indicação do tratamento capaz de atender as necessidades e tratar o quadro clínico do paciente, sobretudo no presente caso, com o

objetivo de proporcionar ao paciente a maior probabilidade de êxito para melhorar sua qualidade de vida e evitar possíveis pioras do quadro de desenvolvimento físico e psicológico. Súmulas nº 210 e 211/ TJRJ. Acerto da sentença ao reconhecer a obrigatoriedade de cobertura. Danos morais que se deram in re ipsa, surgidos da própria falha por parte da operadora na prestação de seus serviços em conduta violadora de direitos da personalidade da vítima. Quantum reparatório. Utilização do método bifásico para arbitramento. Valorização, na primeira fase, do interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria. Destaque, na segunda fase, de circunstâncias próprias do caso concreto, relacionadas à gravidade do fato em si, às consequências para a vítima e à situação econômica do ofensor. Vítima que contava à época com sete anos de idade e foi diagnosticada com puberdade precoce, pelo que lhe foi receitado por seu médico o ativo objeto da lide. Apelada que é das maiores operadoras de plano de saúde do país e reiteradamente nega cobertura a procedimentos prescritos a seus clientes. Compensação corretamente fixada em R\$ 15.000,00 apta a atender aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e em sintonia com precedentes da Corte. Majoração dos honorários, pela sucumbência recursal, para 15% sobre o valor da condenação. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(0002075-44.2021.8.19.0075 - APELAÇÃO. Des(a). ALCIDES DA FONSECA NETO - Julgamento: 13/07/2023 - SETIMA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 12ª CÂMARA CÍVEL)

Parece-me que a melhor interpretação do texto se dá no sentido de que o rol é *exemplificativo* (§ 12), sendo certo que, no caso de não estar o procedimento previsto no referido rol, ainda assim deve ser autorizado pela operadora, desde que: *a) exista a comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou b) existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema*

Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.

Conveniente ressaltar que, ao contrário do que se deu no julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que a excepcionalidade da admissão de procedimento fora do rol da ANS dependia de requisitos *cumulativos*, assunto de que tratei linhas acima, a lei impõe requisitos *alternativos*, ou seja, basta que um deles se faça presente para que a cobertura seja obrigatória.

Por isso, considero existir grande contraste entre o que foi decidido pelo *Superior Tribunal de Justiça* e o que foi disposto pelo legislador.

Isso porque, para o Tribunal da Cidadania, se houvesse, *no rol, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista ou, não havendo, existisse substituto terapêutico, não se acataria a indicação do médico-odontólogo assistente, ressalvada as hipóteses especialíssimas enumeradas no acórdão.*

O legislador inverteu essa lógica; *há que preponderar a indicação do médico-odontólogo assistente de procedimento não relacionado no rol, mesmo que este contemple procedimento vinculado àquela doença ou substituto terapêutico, exigindo-se, todavia, as especificidades trazidas no § 13.*

E mais: os requisitos traçados pelo *Superior Tribunal de Justiça* para o reconhecimento da excepcionalidade de cobertura fora do rol de atendimentos são *cumulativos*, ao passo que o § 13 da lei em comento enuncia requisitos *alternativos*, bastando ver que, no primeiro caso, as condições são encadeadas e terminam com o conectivo “e”; na segunda hipótese, os incisos do § 13 são separados pelo conectivo “ou”.

Da superação ou OVERRULING

Acerca do período transcorrido entre o julgamento dos Embargos de Divergência pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça e a promulgação da nova lei, parece-me que não há que se falar em direito intertemporal porque a decisão do *Superior Tribunal de Justiça* (tivesse ou não efeito vinculante³) não constituía texto legal em seu sentido estrito, ou seja, não estava em vigência, mas deveria ou não (a depender do entendimento) ser aplicada vinculativamente aos casos posteriores à publicação do acórdão.

³ Discutir a força de vinculação das decisões proferidas nos Embargos de Divergência demandaria um novo artigo e em nada contribuiria para as conclusões do presente trabalho.

Ocorre que, com a promulgação da Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022, deu-se a *superação (overruling)* do precedente, eis que tal *padrão decisório* ficou desfalcado das circunstâncias fáticas e jurídicas que o sustentavam, não sendo mais possível a interpretação de que o rol seja taxativo ou taxativo mitigado.

Como cada juiz ou tribunal pode reconhecer e declarar o *overruling*, desde que fundamente a sua decisão, aos processos não julgados – parece-me - não se aplicará o antigo precedente, respeitando-se apenas, e se o caso, a coisa julgada.

Do artigo 2º da Resolução Normativa RN 465/21 da ANS em face da Lei nº 14.454/22.

Como referido acima, a *Resolução Normativa RN 465/21 da ANS* expressamente declarou que o *Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde* que atualizava possuía natureza *taxativa*, o que já é bastante questionável porque o legislador apenas conferiu à agência “**o exercício do poder regulamentar sobre procedimentos, eventos e medicamentos que por disposição legal (incisos I a X do art. 10 da Lei n. 9.656/98) estão fora da cobertura médico-ambulatorial-hospitalar**”⁴, ressaltando-se que “**a norma infralegal, por taxativa disposição constitucional (CRFB, art. 84, IV) não permite a restrição do conteúdo das disposições legais, destinando-se, em rigor, exclusivamente à sua fiel execução**”⁵.

Seja como for, mesmo que se atribuísse força normativa ao artigo 2º da Resolução RN nº 465/21 da ANS, a sua incompatibilidade frente à Lei nº 14.454/22 acarretaria a sua revogação, nos termos do § 1º do Decreto-Lei nº 4.657/42.

Do ônus da prova

Assentada a premissa de que o *rol tem natureza exemplificativa*, a questão mais tormentosa passa a ser aquela que diz respeito a quem cabe comprovar que o tratamento proposto, por não se inserir do rol da ANS, *a) possui a comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou b) se funde em recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista*

⁴ PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos**. Saraiva, 2020, pág. 159.

⁵ MADUREIRA, Cláudio e GARCIA, Leonardo de Medeiros, *apud* PEREIRA, Daniel de Macedo Alves, *op.cit.*, págs. 159 e 160.

recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.

O problema se torna ainda mais agravado se considerarmos que, com grande frequência, os pedidos são feitos em sede de tutela de urgência, em situações limite em que os juízes se veem obrigados a proferir decisões sem maiores subsídios de ordem técnica.

A despeito das normas de direito de saúde complementar que inequivocamente incidem sobre a espécie, parece-me que deve preponderar o fato de que, *na maior parte das vezes*, a relação entre usuário e operadora de plano de saúde é de consumo, razão pela qual o ônus da prova de que, no caso concreto, o direito à cobertura não assiste ao usuário, mas, na verdade, é da operadora do plano (além do que a prova a ser produzida é bem fácil para a operadora e quase impossível para o consumidor).

Entendo que o mínimo que o consumidor precisa provar é que, de acordo com o seu médico-odontólogo assistente, o procedimento escolhido é o mais indicado e apto ao tratamento da enfermidade ou condição do paciente; toda a demais prova incumbe à operadora do plano.

Nos contratos de plano de saúde não sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor (administrados por entidade de autogestão), o ônus da prova relativo à ausência dos requisitos do § 13 do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 (incluído pela Lei nº 14.454/22) incumbe à operadora do plano de saúde, considerando-se que a ela, em razão de sua *expertise*, é bastante fácil o acesso aos elementos probatórios, ao contrário do que se dá com o usuário, para o qual a obtenção de tais elementos é extremamente difícil (carga dinâmica do ônus da prova – art. 373, § 1º, do CPC).

Registro que, em sede de tutela de urgência, já havia precedentes do *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, mesmo antes da Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022, esposando o entendimento de que os documentos que instruem a exordial, uma vez que demonstrem ser o tratamento proposto o mais indicado, bem como que a hipótese é de emergência, já autorizam o deferimento da tutela de urgência, sendo certo que eventual ausência dos requisitos previstos no § 13 do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 deverá ser comprovada pela operadora, mediante dilação probatória, inexistindo perigo de irreversibilidade da medida porque a questão poderá ser eventualmente resolvida no plano financeiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. DEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA, PARA DETERMINAR AO RÉU QUE AUTORIZA A INTERNAÇÃO

DO AUTOR, EM DIA E LOCAL PREVIAMENTE DESIGNADOS, BEM COMO TODO O MATERIAL NECESSÁRIO PARA A REALIZAÇÃO DO ATO, SOB PENA DE MULTA COMINATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DO FORNECIMENTO DE ALGUNS DOS MATERIAIS, POR NÃO ATENDEREM ÀS DIRETRIZES PREVISTAS NO ROL DA ANS. PACIENTE, MENOR IMPÚBERE, PORTADOR DE SÍNDROME DE WOLFF-PARKINSON-WHITE, NECESSITANDO SER SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO INDICADO NO LAUDO MÉDICO ACOSTADO AOS AUTOS DE ORIGEM, O QUAL, APARENTEMENTE, ENCONTRA-SE PREVISTO NO ROL DE COBERTURA MÍNIMA OBRIGATÓRIA ESTABELECIDO PELA ANS. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA QUE EXCLUI O CUSTEIO DOS MEIOS E MATERIAIS NECESSÁRIOS AO MELHOR DESEMPENHO DO TRATAMENTO DA DOENÇA. ESCOLHA DO TRATAMENTO QUE CABE AO MÉDICO ASSISTENTE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº 211 E 340, DESTES E. TJRJ. RECUSA INDEVIDA POR PARTE DA RÉ. TAXATIVIDADE DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS, RECONHECIDA PELO C. STJ, QUE, CONTUDO, COMPORTA EXCEÇÕES. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA VERGASTADA, CONSISTENTES NA PROBABILIDADE DO DIREITO E NO PERIGO DE DANO, COM BASE NOS DOCUMENTOS ATÉ ENTÃO APRESENTADOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 300, DO CPC/15. AUSÊNCIA DE IRREVERSIDADE DA MEDIDA. QUESTÃO QUE PODERÁ SER EVENTUALMENTE RESOLVIDA NO PLANO FINANCEIRO. APLICAÇÃO DO ART. 302, I, DO CPC/15. SOLUÇÃO QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU À EVIDENTE

PROVA DOS AUTOS. SÚMULA Nº 59, DESTE E. TJRJ. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(0053541-74.2022.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). MAURO DICKSTEIN - Julgamento: 27/10/2022 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL)

Quanto à fixação do ônus da prova na fase do saneamento do feito, para direcionar o julgamento da causa, entendeu o *Tribunal Fluminense* que incumbe à operadora do plano de saúde demonstrar que não se encontram presentes os requisitos excepcionais que autorizariam a recusa:

APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. AUTORA QUE PLEITEIA O FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO INFLIXIMBE 100MG, BEM COMO INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, CONFIRMANDO A TUTELA ANTERIORMENTE CONCEDIDA, PARA CONDENAR A RÉ AO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO PLEITEADO, AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO DE CUNHO MORAL NO IMPORTE DE R\$8.000,00 (OITO MIL REAIS), ALÉM DE CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM R\$2.000,00 (DOIS MIL REAIS), NOS TERMOS DO ART.85, §8ª DO CPC. INCONFORMISMO DE AMBAS AS PARTES. AUTORA QUE SUSTENTA A NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DO DANO MORAL, ANTE O CARÁTER PREVENTIVO E PEDAGÓGICO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL, BEM COMO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PLANO DE SAÚDE QUE, POR SUA VEZ, ASSEVERA A LEGALIDADE DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS, A TAXATIVIDADE DO ROL

DA ANS, NÃO TENDO PRATICADO QUALQUER CONDUTA IRREGULAR A DEFLAGRAR INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, CUJO ARBITRAMENTO SE DEU EM VALOR DESPROPORCIONAL. POR FIM, AFIRMA A IMPOSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE, DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS POR APRECIACÃO EQUITATIVA, DEVENDO SER ARBITRADOS EM CONSONÂNCIA COM O ART. 85, §2º DO CPC. PRETENSÃO RECURSAL DA AUTORA QUE NÃO MERECE PROSPERAR, ASSISTINDO RAZÃO EM PARTE, NO ENTANTO, À RÉ. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUTORA QUE É PORTADORA DE RETOCOLITE ULCERATIVA, COM ACOMETIMENTO RETOSSIGMOIDEANO. NEGATIVA DE COBERTURA QUE SE REVELA ABUSIVA. PLANO DE SAÚDE QUE PODE ESTABELEECER AS DOENÇAS QUE TERÃO COBERTURA, MAS NÃO O TIPO DE TRATAMENTO A SER UTILIZADO. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 211 DA SÚMULA DESTE TRIBUNAL. ART. 51, IV, E § 1º DO CDC. SÚMULA 340 DO TJRJ. TAXATIVIDADE DO ROL DA ANS QUE ADMITE EXCEÇÕES, ANTES MESMO DO ADVENTO DA LEI 14.454/2022 QUE CONFERIU NATUREZA EXEMPLIFICATIVA A ALUDIDO ROL, NOS TERMOS DO ART.10, §13 DE REFERIDO TEXTO LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SUBSTITUTO TERAPÊUTICO PELO PLANO DE SAÚDE, ÔNUS ESSE QUE SE LHE IMPUNHA, SENDO INQUESTIONÁVEL A EFICÁCIA DO TRATAMENTO COM O MEDICAMENTO APONTADO PELO MÉDICO ASSISTENTE QUE, INCLUSIVE, POSSUI REGISTRO VÁLIDO JUNTO À ANVISA. TAMPOUCO O PLANO DE SAÚDE INDICOU PROCEDIMENTO INSERIDO NO ROL DA ANS QUE, NO CASO CONCRETO, SEJA EFICAZ, EFETIVO E SEGURO PARA COMBATER A

ENFERMIDADE QUE ACOMETE A AUTORA. LAUDO MÉDICO QUE DEVE PREVALECER. DANO MORAL IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO ADEQUADAMENTE FIXADO, ENCONTRANDO-SE DE ACORDO COM OS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RELATIVAMENTE AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, VERIFICA-SE QUE ASSISTE RAZÃO AO PLANO DE SAÚDE, EIS QUE NÃO INCIDE NA HIPÓTESE O §8º DO ART. 85 DO CPC, SENDO CERTO QUE, COMO VISTO, HOVE CONDENAÇÃO DA OPERADORA EM VERBA INDENIZATÓRIA, DEVENDO SER APLICADO, IN CASU, O §2º DO ART. 85 DO CPC, SENDO O VALOR DA CONDENAÇÃO, POIS, A RESPECTIVA BASE DE CÁLCULO. DESPROVIMENTO DO RECURSO DA AUTORA E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DA RÉ.

(0021160-10.2018.8.19.0208 - APELAÇÃO. Des(a). ALVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA - Julgamento: 01/11/2022 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)

Obviamente, deve o juiz, ao sanear o feito, conceder à operadora do plano de saúde ampla possibilidade de produção de provas, sem o que restarão violados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição da República).

De recente julgado do Supremo Tribunal Federal que parece corroborar os apontamentos até aqui apresentados⁶

Por meio de seu sítio na rede mundial de computadores, o Supremo Tribunal Federal comunicou que foi determinado o arquivamento das ações que tratavam do rol de cobertura dos planos de saúde por entenderem os Srs. Ministros, por maioria, que, com a edição da Lei nº 14.454/22, a questão foi solucionada pelo Poder Legislativo.

⁶ Colaboração da Eminente Juíza Cristina de Araújo Góes Lajchter que me deu a conhecer a existência da decisão.

Reproduzo a notícia:

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), na sessão virtual encerrada em 9/11, determinou o arquivamento das ações que tratavam do rol de cobertura dos planos de saúde. A matéria era tratada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7193 e nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 986 e 990, mas, com a edição da Lei 14.454/2022, que disciplinou a matéria, a maioria do Plenário entendeu que a questão foi solucionada pelo Poder Legislativo.

Nas ações, o Podemos, a Rede Sustentabilidade e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) questionavam dispositivos das Leis 9.961/2000 e 9.656/1998 e da Resolução Normativa 465/2021 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que tratam dos procedimentos e eventos em saúde e pediam a declaração de inconstitucionalidade de qualquer limitação à cobertura dos planos de saúde, excluindo este ou aquele procedimento (rol taxativo).

Solução legislativa

Em seu voto pelo não conhecimento das ações, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, apontou que a Lei 14.454/2022 deu nova redação à Lei 9.656/1998. Com isso, reconheceu a exigibilidade de tratamentos não previstos no rol da ANS, desde que sua eficácia seja comprovada cientificamente ou haja recomendações à sua prescrição feitas pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec) ou por órgãos de avaliação de tecnologias em saúde de renome internacional.

Na avaliação do relator, a norma deu à controvérsia uma solução legislativa, antes inexistente e, com isso, as ações perderam

o objeto. Esse entendimento foi seguido pelos ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Divergência

Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, as ministras Rosa Weber (presidente) e Cármen Lúcia e o ministro Ricardo Lewandowski. Primeiro a divergir, Fachin considerou que as ações não perderam o objeto, porque a nova legislação não resolve sozinha a controvérsia. Segundo ele, ela não revoga diretamente a norma da ANS nem orienta a atuação judicial.

Ele votou, assim, por assentar que o rol de procedimentos e eventos em saúde seja considerado meramente exemplificativo. Para ele, a previsão de rol taxativo viola o direito constitucional à vida e à saúde integral, já que retira de cobertura novas doenças que podem surgir e gera discriminação indireta, com impacto diferenciado sobre a população com deficiência e ou com doenças raras e complexas.

Outros pontos

O Plenário também examinou as ADIs 7088 e 7183, ajuizadas pela Associação Brasileira de Proteção aos Consumidores de Planos de Saúde - Saúde Brasil e pelo Comitê Brasileiro de Organizações Representativas das Pessoas com Deficiência (CRPD). Além do rol, eles questionavam os prazos máximos para a atualização do rol e para processo administrativo sobre o tema, a composição da Comissão de Atualização do Rol e os critérios para orientar a elaboração de relatório pela comissão. Contudo, esses pedidos, por maioria, foram julgados improcedentes.

Barroso considerou os prazos razoáveis e concluiu que a resolução da ANS garante a presença de representantes de entidades de defesa do consumidor, de associações de usuários de planos de saúde e de organismos de proteção dos interesses das pessoas com deficiências e patologias especiais na comissão. Em relação aos critérios para o relatório, o ministro disse que a avaliação econômica contida no processo de atualização e a análise do impacto financeiro da incorporação dos tratamentos demandados são necessárias para garantir a manutenção da sustentabilidade econômico-financeira dos planos de saúde”.

Conclusão

Expostas as minhas primeiras impressões sobre o tema, e jamais desejando esgotar o debate, mas apenas contribuir com ele, passo a relacionar as conclusões a que cheguei:

- 1) A polêmica referente à natureza jurídica do *Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde* baixado e atualizado pela ANS se encerrou com a promulgação da Lei nº 14.454/22, que fez incluir os parágrafos 12 e 13 no artigo 10 da Lei nº 9.656/98, de cuja combinação se extrai que o referido rol é exemplificativo.
- 2) Por consequência da constatação mencionada no item anterior, não mais prevalecem o artigo 2º da Resolução Normativa RN 465/21 da Agência Nacional de Saúde, por incompatível com a nova ordem legislativa, e as teses a que chegou o Superior Tribunal de Justiça nos autos dos *Embargos de Divergência nos Recursos Especiais nº 1.886.929 e nº 1.889.704, ante a sua superação*.
- 3) O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os Embargos de Divergência nos Recursos Especiais acima referidos, estabeleceu que se houvesse no rol, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista ou, não havendo, existisse substituto terapêutico, não se acataria a indicação do médico assistente, ressaltando as hipóteses especialíssimas referidas nos acórdãos.
- 4) A Lei nº 14.454/22, invertendo a lógica do julgado do Superior Tribunal de Justiça, dispôs que há de preponderar a indicação do médico assistente de procedimento não relacionado

no rol, mesmo que este contemple procedimento vinculado àquela doença ou substituto terapêutico, exigindo-se, todavia, as especificidades trazidas no § 13.

- 5) Para o Superior Tribunal de Justiça, os pressupostos que autorizam a mitigação da taxatividade do rol da ANS são *cumulativos*, ao passo que os requisitos previstos nos incisos I e II do § 13 do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 (incluído pela Lei nº 14.454/22) não são *cumulativos*, mas *alternativos*, bastando que um deles se faça presente para que a cobertura seja autorizada pelas operadoras do plano de saúde.
- 6) Para os fins dos parágrafos 12 e 13 do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 (incluídos pela Lei nº 14.454/22), os documentos que instruem a exordial, confeccionados pelo médico assistente, uma vez que demonstrem ser o tratamento proposto o mais indicado, bem como que a hipótese é de emergência, já autorizam o deferimento da tutela de urgência, sendo certo que eventual ausência dos requisitos previstos no § 13 deverá ser comprovada pela ré, mediante dilação probatória, inexistindo perigo de irreversibilidade da medida porque a questão poderá ser eventualmente resolvida no plano financeiro.
- 7) Nos contratos de plano de saúde sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, o ônus da prova relativo à ausência dos requisitos do § 13 do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 (incluído pela Lei nº 14.454/22) incumbe à operadora do plano de saúde, preponderando a hipossuficiência do consumidor (artigo 6º, VIII, da legislação de regência).
- 8) Nos contratos de plano de saúde não sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor (administrados por entidade de autogestão), o ônus da prova relativo à ausência dos requisitos do § 13 do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 (incluído pela Lei nº 14.454/22) incumbe à operadora do plano de saúde, considerando-se que a ela, em razão de sua *expertise*, é bastante fácil o acesso aos elementos probatórios, ao contrário do que se dá com o usuário, para o qual a obtenção de tais elementos é extremamente difícil (carga dinâmica do ônus da prova – art. 373, § 1º, do CPC).
- 9) Considerando-se que o ônus probatório incumbe à operadora do plano de saúde, deverá o juiz conceder-lhe ampla possibilidade de produção probatória (artigo 5º, LV, da Constituição da República).