

## Guerra Monte: Planos e rol da ANS, o que permanece sem resposta

Continua [parte 1](#).

### Voto da ministra Andrihgi e o STF

Ao manifestar o seu entendimento de que o rol da ANS é meramente exemplificativo, acompanhada pelos ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro, a Ministra Nancy Andrihgi refutou os argumentos das operadoras baseada em precedentes do Supremo Tribunal Federal e estudos científicos



O voto da Eminente Ministra, que é digno de completa

transcrição e reprodução pelo seu acerto, foi inaugurado enfrentando brilhantemente a questão que deve ser a primeira a ser dirimida sempre que se está analisando um setor regulado: A agência reguladora tem competência para a prática de tal ato? Essa regulação está adequada ao sistema constitucional?

Em outras palavras: a ANS tem a legítima prerrogativa de elaborar normas que restrinjam o exercício do direito à saúde? Normas que limitem a cobertura? A Lei nº 9.656/1998 autoriza a ANS a restringir a liberdade, igualdade, propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas?

Então, antes de se ponderar o custo-benefício entre as partes contratantes, deve-se analisar se a lei confere à autarquia a prerrogativa de editar atos normativos nessa seara, o que, por sua vez, traz à tona a discussão sobre a necessidade de densidade legislativa mínima<sup>[1]</sup>.

Verificando a legislação pertinente, o sistema constitucional e a interpretação dos tribunais, não pode haver resposta diferente às perguntas acima que não seja negativa. No presente caso a competência regulamentar da ANS se subordina à moldura legislativa, que é a Lei nº 9.656/98, a qual não lhe autoriza a ampliar ou agravar exigências, mas regulamentar as exceções e exigências mínimas de cobertura previstas no texto legal. A referida lei define que a finalidade do Plano Privado de Assistência à Saúde é garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, *vide* art. 1º, inciso I. Ademais, trata de cobertura básica de referência com as hipóteses de exceção à cobertura, *vide* art. 10 e 12.



Impende observar que na redação originária do artigo 12, *caput*, havia previsão da possibilidade de redução da cobertura, prerrogativa que foi suprimida com a alteração promovida pela MP nº 2.177/2001. Não há, portanto, autorização no arcabouço normativo para restrição prévia de cobertura além das dispostas no artigo 10. Além disso, o artigo 35-F dispõe que a assistência prevista na 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”.

No que tange ao controle do exercício, por órgão público, da competência reguladora que lhe foi delegada, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em outras oportunidades<sup>[2]</sup>, destacando a submissão ao princípio da legalidade.

A ministra Nancy Andrichi rememorou que o STF já analisou a matéria sobre a cobertura dos planos no julgamento da ADI/DF 1.931, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio, em que se discutia a constitucionalidade do previsto na Lei nº 9.656/1998, MP nº 1.730-7/1998 e suas reedições. Os artigos 10 e 12 da Lei nº 9.656/1998 foram objeto de discussão.

Naquela época, o argumento em prol das operadoras foi o mesmo do intentado perante o STJ: impossibilidade de estabelecer contratualmente o valor máximo a ser atendido. Outros pontos que foram objeto de insurgência delas na ADI/DF 1.931 foram: a obrigação do plano de cobrir internação sem limite de prazo, custear despesas de acompanhantes dos internados, a obrigação de reembolsar despesas com hospital ou médico não credenciado ao plano e a vedação ao aumento da mensalidade de usuários a partir dos 60 anos.

O voto do relator foi categórico ao considerar que:

*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. (...) A observância do que determinado pela autoridade clínica consiste em pressuposto mínimo de qualidade do serviço prestado. Descabe articular com a extravagância, presumindo fraudes na atuação de profissionais da saúde. Eventuais ilícitos praticados devem ser repreendidos na seara apropriada, sem constituírem regra geral, tampouco justificativa para prestação inadequada de serviços. 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.* <sup>[3]</sup>

Espera-se que esse entendimento seja mantido, sob pena de não se observar a vedação ao retrocesso.

Especificamente sobre a atuação da ANS e as novas normativas que disciplinam o rol como taxativo, o STF deverá expressar o seu entendimento na análise da ADI nº 7.088/DF e aguarda-se que nessa oportunidade seja exercido "o papel de controle tanto da constitucionalidade das delegações legislativas de fato, encobertas por remissões legais sem um mínimo de densidade, quanto pela fiscalização quanto à exorbitância da legalidade por parte dos atos normativos das agências, quando ultrapassarem o linde de comando necessário e indispensável à execução dos comandos legais"<sup>[4]</sup>.



## **Dose de realidade e as exceções fixadas pelo STF**

O voto-vista do ministro Villas Bôas Cueva, seguido pelo relator, foi no sentido de consagrar o rol taxativo mitigado e inovou acrescentando parâmetros, os quais passarão a ser sopesadas junto com as circunstâncias fáticas do mercado.

### **"1 – o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo;"**

Além dos argumentos aduzidos na conclusão da tese vencedora, anteriormente tratados nesse artigo, os ministros que a defenderam argumentaram que a taxatividade do rol garantiria maior segurança. Contudo, o rol não é exaustivo, como reconheceu a própria ANS no Parecer Técnico N° 39/GCITS/GGRAS/DIPRO/2021 a respeito da cobertura de abordagens, técnicas e métodos usados no tratamento do Transtorno do Espectro Autista (TEA), a saber:

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. Este princípio norteador garante o livre exercício profissional e inibe 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. O eventual lapso de descrição poderia ensejar a ausência de cobertura a determinada técnica, abordagem ou método.[\[5\]](#)

Fazendo um aparte sobre o tratamento de TEA: ao inserir a Análise do Comportamento Aplicada (ABA) no campo de consulta ao rol, não se encontra resultado. Entretanto, na Nota Técnica 196/2017, a ANS considerou que a intervenção baseada na ABA está incluída na sessão de psicoterapia presente no rol. As operadoras de planos de saúde, ainda assim, continuam defendendo que métodos[\[6\]](#) e abordagens não estão previstos no rol. O ministro Luís Felipe Salomão, ao expressar seu voto, mencionou que os tratamentos de pessoas com autismo foram incluídos no rol de procedimento da ANS, com sessões em número ilimitado.

Retomando a discussão geral, outro exemplo tormentoso se refere a procedimentos realizados por técnica de laser, em que, em alguns casos, a cobertura deve ser presumida conforme o laser indicado pelo médico assistente, mas "os procedimentos 'Implante de anel intraestromal', 'Facectomia sem implante' e 'Facectomia com lente intra-ocular com ou sem facoemulsificação', apesar de inseridos no rol, se executados por técnica a laser não possuem cobertura obrigatória[\[7\]](#), e a Ablação Prostática à Laser, opção cirúrgica minimamente invasiva, também está excluída do rol.

Registre-se ainda que a mastoplastia ou mamoplastia para correção da hipertrofia mamária, cirurgia de redução das mamas em casos de problemas de saúde, não está prevista no rol de acordo com a ANS[\[8\]](#).



Esses são alguns exemplos que mostram que diante de qualquer omissão real ou aparente no rol da ANS, as operadoras, se guiadas pela decisão da Segunda Seção do STJ, negarão a cobertura. Esse é mais um aspecto que vai ensejar ainda mais judicialização. Essa falta de definição de pormenores no rol será utilizada como justificativa de negativa de cobertura pelas operadoras, dificultará a configuração de ilegalidade da negativa e, conseqüentemente, extirpará a possibilidade de responsabilização das empresas por essa conduta. Qualquer pretensão de responsabilização civil terá que ser direcionada à ANS com pouca ou nenhuma perspectiva de êxito.

Constata-se, portanto, que inexistente aos usuários a segurança festejada pelas operadoras no dia 08 de junho. O contexto é ainda mais gravoso para os casos de urgência, quando o Judiciário não tem tempo hábil para verificar com rigor e atender satisfatoriamente, seja em caso de cirurgia, fornecimento de alimentação enteral em *home care*, ECMO, quimioterapia por via oral etc. Demandas dessa natureza por usuários de planos de saúde, conseqüentemente, serão direcionadas para o Sistema Único de Saúde.

**"2 – a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao Rol;"**

Esse é mais um ponto de redução de despesas para as operadoras às custas dos usuários.

Foi mencionado, mais de uma vez, no voto vencedor, que nenhum país do mundo impõe uma lista aberta de procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória pelos planos de saúde. Nessa seara, qualquer análise isolada é equivocada. Para comparar modelos, seria necessário aprofundar o estudo sobre: padrões de doença; o sistema público de saúde de cada país; o investimento em Pesquisa & Desenvolvimento; a relação entre a indústria farmacêutica e de equipamentos hospitalares com as operadoras de planos de saúde; a formação e cultura dos profissionais de saúde, bem como dos usuários no uso dos serviços de saúde; a ocorrência de verticalização<sup>[9]</sup>; se há cobertura do fornecimento de medicamentos; a extensão do rol; qual a natureza do órgão regulador do setor, as suas atribuições; compatibilização com o respectivo ordenamento jurídico; a participação popular; a renda dos usuários; qual o nível de desenvolvimento econômico, social e político, dentre outros. Logo, uma afirmativa pincelada, sem a devida acomodação, não pode servir de muleta para questionar o praticado no Brasil.

Outro pilar que deve ser discutido acerca do exigido na decisão se refere ao direcionamento para a cura. Quando se fala em cura, também se restringe a cobertura. Muitas vezes existe um procedimento apto à cura previsto no rol da ANS, mas não é o mais indicado de acordo com determinadas condições de saúde do paciente. A exemplo de procedimentos menos invasivos, que além da cura proporcionam uma recuperação mais rápida e menor possibilidade de infecção.

Podem ser citadas algumas lentes intraoculares que não constam no rol e proporcionam melhor adaptação para os pacientes, principalmente idosos. Outro exemplo é o procedimento de prostatectomia, que consta no rol sem a descrição sobre o modo de execução, se simples ou radical pela via robótica. Esse segundo proporciona menor risco de incontinência urinária, disfunção erétil, menos sangramentos, menos tempo de sonda e retorno do paciente mais rápido às atividades normais.



Todo o narrado representa uma pequena amostra de uma infinidade de alternativas que a comunidade médica pode prescrever para a melhora do paciente que restará sem cobertura do plano de saúde em razão do procedimento em si, sua forma de execução ou a sua finalidade estar excluída do rol de cobertura que a Segunda Seção do STJ e a ANS entendem como taxativo.

Continua [parte 3](#).

[1] Para o estudo sobre o tema, cf: CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A “reserva de densificação normativa” da lei para preservação do princípio da legalidade. *In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

[2] **RMS 28487**, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 14-03-2013 PUBLIC 15-03-2013; **ADI 4874**, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019; **ADI 1668**, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 22-03-2021 PUBLIC 23-03-2021

[3] **ADI 1931**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 07-06-2018 PUBLIC 08-06-2018, p. 6-8 do voto do relator.

[4] NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras**. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 133.

[5] Agência Nacional de Saúde Suplementar. PARECER TÉCNICO Nº 39/GCITS/GGRAS/DIPRO/2021 COBERTURA: ABORDAGENS, TÉCNICAS E MÉTODOS USADOS NO TRATAMENTO DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. 2021. p.2. 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](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).

[6] A ANS na Nota Técnica 196/2017 refere a ABA como método, mas ABA é uma ciência. Mais informações a respeito do tratamento ABA, disponíveis em: <https://abpmc.org.br/>.

[7] Agência Nacional de Saúde Suplementar. PARECER TÉCNICO Nº 17/GEAS/GGRAS/DIPRO/2020, [http://www.ans.gov.br/images/stories/parecer\\_tecnico/uploads/parecer\\_tecnico/\\_PARECER\\_TECNICO\\_N\\_2020\\_LASER\\_EM\\_OFTALMOLOGIA\\_v.2020\\_-\\_Copia.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/parecer_tecnico/uploads/parecer_tecnico/_PARECER_TECNICO_N_2020_LASER_EM_OFTALMOLOGIA_v.2020_-_Copia.pdf)



[8] Agência Nacional de Saúde Suplementar. PARECER TÉCNICO Nº 19/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021, COBERTURA: MAMA E SISTEMA LINFÁTICO (MASTECTOMIA / MASTOPLASTIA). Disponível em: [https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/acesso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans/2020/parecer\\_tecnico\\_no\\_19\\_2021\\_mama\\_e\\_sistema\\_linfatico\\_mastectomia\\_\\_mastoplastia.pdf](https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/acesso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans/2020/parecer_tecnico_no_19_2021_mama_e_sistema_linfatico_mastectomia__mastoplastia.pdf)

[9] A verticalização é uma temática ainda pouco discutida no nosso país e que apresenta uma crescente, verificando-se o aumento de estruturas próprias de hospitais, clínicas e laboratórios, das operadoras de planos de saúde, ao mesmo tempo em que há descredenciamento em massa de estabelecimentos de saúde de qualidade.