

**AgInt no AGRavo EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.810.221 - GO (2020/0338260-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**  
**AGRAVANTE** : F H T (MENOR)  
**REPR. POR** : F M D A S T  
**ADVOGADOS** : HELAINE FERREIRA ARANTES - GO026268  
WANESSA FERREIRA RODRIGUES - GO041134  
**AGRAVADO** : UNIMED GOIÂNIA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO  
**ADVOGADOS** : LUIZ OTAVIANO DE VASCONCELOS CAMPOS - GO033204  
CAIO VINICIUS REYNOLDS TAVEIRA VALSECCHI - GO028200

## **RELATÓRIO**

### **O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):**

1. Cuida-se de agravo interno interposto em face da decisão monocrática de fls. 2.149-2.160 que, em observância ao rol da ANS, conheceu do AREsp para dar provimento ao recurso especial, julgando improcedente o pedido formulado na inicial.

Nas razões recursais, aduz o recorrente que o acórdão recorrido impôs o custeio pelo plano de saúde dos seguintes tratamentos: Psicologia com Método ABA, Fonoaudiologia, Terapia Ocupacional com método Bobath, Integração Sensorial, Musicoterapia e Equoterapia".

Pondera que, como o rol da ANS contempla serviços profissionais de fisioterapeuta e de terapeuta ocupacional, deve ser imposto o custeio dos métodos vindicados.

Aduz que o rol tem caráter meramente exemplificativo e que de modo algum pode ser considerado taxativo, devendo ser aplicado o CDC.

Obtempera que o entendimento diverge do perfilhado pela Terceira Turma, e que cabe unicamente ao médico assistente da própria parte autora delimitar o tratamento que obrigatoriamente será coberto pela operadora do plano de saúde, e que "o rol de procedimentos da ANS, não é atualizado com a mesma velocidade que surgem os avanços tecnológicos da medicina moderna, de forma que sempre existirá uma defasagem, que não pode ser ignorada, sob pena de se desnaturar a obrigação ajustada, impedindo-se o consumidor de ter acesso às evoluções médicas, o que torna ainda mais evidente a desvantagem excessiva a qual é colocado o consumidor".

É o relatório.

**AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.810.221 - GO (2020/0338260-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**  
**AGRAVANTE** : F H T (MENOR)  
**REPR. POR** : F M D A S T  
**ADVOGADOS** : HELAINE FERREIRA ARANTES - GO026268  
WANESSA FERREIRA RODRIGUES - GO041134  
**AGRAVADO** : UNIMED GOIÂNIA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO  
**ADVOGADOS** : LUIZ OTAVIANO DE VASCONCELOS CAMPOS - GO033204  
CAIO VINICIUS REYNOLDS TAVEIRA VALSECCHI - GO028200

**EMENTA**

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATO ESTATAL, DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, COM EXPRESSA PREVISÃO EM LEI, AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDA PELO PRÓPRIO LEGISLADOR PARA HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL, NO EXERCÍCIO DA MISSÃO INSTITUCIONAL DA ANS DE DEFENDER O INTERESSE PÚBLICO, NO ÂMBITO DA SAÚDE SUPLEMENTAR (ART. 3º, CAPUT, DA LEI N. 9.961/2000). CARACTERIZAÇÃO COMO EXEMPLIFICATIVO. DESRESPEITO À TRIPARTIÇÃO DE PODERES E PATENTE FATOR DE ENCARECIMENTO INSUSTENTÁVEL DA SAÚDE SUPLEMENTAR. ENUNCIADO N. 21 DAS JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ, PROPUGNANDO A OBSERVÂNCIA AO ROL, RESSALVADAS AS COBERTURAS ADICIONAIS CONTRATADAS. MÉTODOS QUE, À LUZ DOS PRECEITOS DE SAÚDE BASEADA EM EVIDÊNCIAS - SBE, NÃO TEM SEQUER EVIDÊNCIA DE EFICÁCIA, CONFORME NOTAS TÉCNICAS DO NAT-JUS. VINDICAÇÃO DE IMPOSIÇÃO DE COBERTURA, PELO JUDICIÁRIO, EM VERIFICADA SUPRESSÃO DO PODER REGULADOR DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA COMPETENTE. INVIABILIDADE.

1. Consoante entendimento perfilhado por este Colegiado, por clara opção do legislador se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000, a atribuição da ANS de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n.439/2018 da Autarquia, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o determinado pelo caput do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde (REsp 1733013/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO,

QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 20/02/2020).

2. Nesse precedente, melhor refletindo acerca do tema, à luz da legislação especial de regência e dos substanciosos subsídios técnicos trazidos pelos *amici curiae* - inclusive, no que diz respeito à postura manifestada pelos próprios Conselhos Profissionais e pela Secretaria Nacional do Consumidor no sentido de prestigiar o rol da ANS -, este Órgão julgador, em *overruling*, sufragou o entendimento de não ser correto afirmar ser abusiva a exclusão do custeio dos meios e dos materiais necessários ao tratamento indicado pelo médico assistente da parte que não estejam na relação editada pela Autarquia ou no conteúdo adicional contratual, diante dos seguintes dispositivos legais da lei de regência da saúde suplementar (Lei n. 9.656/1998): a) art. 10, § 4º, que prescreve a instituição do plano-referência, "respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12", com "amplitude das coberturas" "definida por normas editadas pela ANS"; b) art. 12, que estabelece serem facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º dessa Lei, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência mencionado no art. 10; c) art. 16, VI, o qual determina que dos contratos, dos regulamentos ou das condições gerais dos produtos de que cuidam o inciso I e o § 1º do art. 1º dessa Lei devem constar dispositivos que indiquem os eventos cobertos e excluídos.

3. A submissão ao rol da ANS, ao contrário da tese sustentada no presente recurso, a toda evidência, não privilegia nenhuma das partes da relação contratual, pois é solução concebida e estabelecida pelo próprio legislador para harmonização da relação contratual que, em linha com o que se deduz do Direito Comparado, apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade, como: utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS; observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências - SBE; e resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor. A ANS, como mencionado no precedente invocado com citação de escólio doutrinário especializado, por meio de suas Resoluções da Diretoria Colegiada, em cumprimento à vontade do legislador, formula políticas públicas incluindo tratamentos obrigatórios para os diversos tipos de produtos básicos, de modo a corrigir os desvios que a evolução da ciência médica acaba trazendo para as operadoras que exploram os planos e seguros privados de assistência à saúde. Malgrado trate-se de regulamentação infralegal, decorre de expressa delegação legal de competência, o que se configura mesmo necessário em vista do fato de que "a rapidez com que são editadas as regras é a mesma com que elas podem ser revogadas ou modificadas, caso produzam resultados contrários aos pretendidos. Estes efeitos não poderiam ser obtidos se fosse necessário o processo legislativo" (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada e anotada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 65-69).

4. Como segundo fundamento autônomo, a Nota Técnica NAT-Jus/UFMG

n. 29/2017, analisando os tratamentos Fonoaudiologia com os métodos ABA, Teacch, Pecs e Floortime, Terapia Ocupacional com Integração Sensorial e com os métodos ABA e Floortime, Psicoterapia Cognitivo Comportamental pelo método ABA, Equoterapia, Hidroterapia, Psicomotricidade e Musicoterapia, apresenta o parecer técnico de que não existem evidências científicas que corroborem a sua efetividade, e que também "não há justificativa clínica para utilização destes métodos em relação aos ofertados no rol da ANS".

5. No tocante ao tratamento multiprofissional pelo método Bobath, a Nota Técnica n. 29.219, elaborada pelo NAT-JUS NACIONAL/ Hospital Albert Einstein, em 18/3/2021, disponível no banco de dados E-natjus do CNJ, contém conclusão desfavorável ao custeio dessa terapia, pelas seguintes razões: a) "encontramos apenas um estudo, publicado em 1981, que avaliou a aplicação do método Bobath em 12 crianças, comparando com 10 crianças tratadas com o método Vojtá constituindo grupo controle. Não foram observadas diferenças significativas e, devido às inúmeras falhas metodológicas, os próprios autores concluem que mais estudos seriam necessários"; b) "Encontramos revisões sistemáticas que avaliaram diversas técnicas de fisioterapia para reabilitação de crianças com paralisia cerebral e em nenhuma delas foram encontrados ensaios clínicos avaliando o método de Bobath. Ademais, essas revisões concluem que a maioria dos estudos apresentam descrições incompletas sobre as intervenções e apresentam limitações metodológicas"; c) há "falta de evidências científicas que sustentem a superioridade dessa abordagem específica em relação às demais formas de reabilitação"; d) "mesmo que existisse evidência de superioridade, não há regulamentação específica que determine o que seja esse método nem certificação que garanta a sua adequada aplicação"; e) não há elementos técnicos para sustentar a presente solicitação (terapias baseadas no método de Bobath).

6. Por um lado, "segundo entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, até prova cabal em contrário, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras", "sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo" (AgInt nos EDcl no REsp 1834266/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/03/2021, DJe 25/03/2021). Por outro lado, consoante alinhavado em precedentes das duas Turmas da Primeira Seção do STJ, não é papel do Judiciário promover a substituição técnica por outra concepção defendida pelo julgador, tampouco efetuar o controle do mérito administrativo da atividade regulatória da ANS, sendo "incabível substituição da discricionariedade técnica pela discricionariedade judicial" (AgInt no REsp 1823636/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 16/09/2021).

7. "Conforme adverte a abalizada doutrina, o fenômeno denominado 'judicialização da saúde' exige redobrada cautela e autocontenção por parte de toda a magistratura, para não ser levada a proferir decisões

limitando-se ao temerário exame insulado dos casos concretos, que, somados, correspondem à definição de políticas públicas, feita sem qualquer planejamento (que o Judiciário, pela justiça do caso concreto, não tem condições de fazer) e sem atentar para as deficiências orçamentárias que somente se ampliam em decorrência de sua atuação, desprovida que é da visão de conjunto que seria necessária para a definição de qualquer política pública que se pretenda venha em benefício de todos e não de uma minoria'. Com efeito, o 'grande risco da concessão judicial indiscriminada [...] é que o *summum jus* (concessão de um direito individual mal investigado) se transforme em *summa injuria* (interesse coletivo desprotegido). Isto sem falar que o juiz se substitui ao Legislativo e ao Executivo na implementação de políticas públicas, concentrando em suas mãos uma parcela de cada um dos três Poderes do Estado, com sérios riscos para o Estado de Direito e para a segurança jurídica' (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos*)" (AgInt no AREsp 1619479/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/03/2021, DJe 05/04/2021).

8. Agravo interno não provido.



**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):**

2. O direito à saúde, de segunda geração ou dimensão, é denominado direito humano fundamental, e a Constituição Federal de 1988 foi a primeira Carta Política nacional que formalmente assim declarou, conforme se extrai da leitura dos arts. 6º, 196 e 200.

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que o texto constitucional não define expressamente o conteúdo do direito à proteção e promoção da saúde, indicando "**a relevância de uma adequada concretização por parte do legislador e, no que for cabível, por parte da administração pública**".

É dizer, no tocante às possibilidades e limites da exigibilidade do direito constitucional à saúde na condição de direito subjetivo, a pretensão de prestações materiais "demanda uma solução sobre o conteúdo dessas prestações, principalmente em face da ausência de previsão constitucional mais precisa". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.932-1.935)

Cumprido, a título de registro, trazer à baila o entendimento sufragado pela Segunda Turma do STF, por ocasião do julgamento do multicitado RE n. 201.819, de que é necessário cautela por parte do magistrado, já que, em princípio, "**a vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais não poderia jamais ser tão profunda, pois, ao contrário da relação Estado-cidadão, os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de Direito Privado**".

Na mesma toada, Claus-Wilhelm Canaris observa que, pelo fato de os direitos fundamentais, enquanto integrantes da Constituição, terem um grau mais elevado na hierarquia das normas que o direito privado, na verdade, o influenciam. No entanto, a Constituição não é, em princípio, o lugar correto, tampouco habitual, para regulamentar as relações entre cidadãos individuais e entre pessoas jurídicas (SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 225).

Ademais, como será visto adiante, no caso, há direitos constitucionais que socorrem a ré, **como o próprio art. 5º, II, da Lei Maior, que dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei**. Ora, leciona Pontes de Miranda que o "direito subjetivo é o que fica do *lado ativo*, quando a regra jurídica incide". "Não é possível conceber-se o direito subjetivo, quer histórica quer logicamente, *sem*

o *direito objetivo*, de modo que, incidindo a regra jurídica, ele seja o que 'resulta' do lado positivo da incidência". **Não há direito subjetivo sem regra jurídica**, "que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente". "Portanto, é erro dizer-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo; e ainda o é afirmar-se que foram simultâneos". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 5. Campinas: Bookseller, 2000, p. 269-271).

Com efeito, evidentemente, resguardado o núcleo essencial do direito fundamental, no tocante à saúde suplementar, são, sobretudo, a Lei n. 9.656/1988 e os atos regulamentares infralegais da ANS e do Conselho de Saúde Suplementar, expressamente prestigiados por disposições legais infraconstitucionais, que, representando inequivocamente forte intervenção estatal na relação contratual de direito privado (planos e seguros de saúde), conferem densidade normativa ao direito constitucional à saúde.

Dessarte, **eventuais decisões administrativas ou judiciais, à margem da lei, "escapam das previsões pretéritas", e têm o condão de agravar "a delicada situação financeira de inúmeras operadoras de planos de saúde, seguida de intervenções, liquidações ou aquisições de carteiras de clientes, ferem em última análise a própria confiança e expectativa dos consumidores, razão maior da contratação" do plano ou seguro de saúde. "O problema deixa de ser da operadora e passa a atingir toda a sociedade"**. (LOUREIRO, Francisco Eduardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 338).

A forte intervenção estatal na relação contratual e a expressa disposição do art. 197 da CF, deixa límpido que o serviço é de relevância pública, **extraindo-se da leitura do art. 22, § 1º, da Lei n. 9.656/1998, a inequívoca preocupação do legislador com o equilíbrio financeiro-atuarial dos planos e seguros de saúde, que devem estar assentados em planos de custeio elaborados por profissionais, segundo diretrizes definidas pelo Consu**.

As diretrizes da socialibilidade e eticidade foram alçadas pelo CC/2002 a postulados fundamentais. Nesse passo, os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais, consoante propugna a teoria preceptiva.

Em tese de doutorado, Rodrigo Toscano de Brito propugna que a idéia de equivalência, de equilíbrio, é a base ética das obrigações, bem rememorando o multicitado escólio de Migue Reale. Nesse sentido, **o princípio do equilíbrio econômico dos contratos revela-se como base ética de todo o direito obrigacional**:

Sabendo que as obrigações se realizam primordialmente por meio dos contratos, **fácil é notar que a idéia de equivalência, de equilíbrio, é a base ética das obrigações, como aliás deve-se frisar, a partir das**

lições de Miguel Reale.

[...]

**Aliás, Miguel Reale, em seu tradicional trabalho sobre a visão geral do Código Civil, é incisivo sobre o assunto, ao dizer: "O Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exige a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as consequências da cláusula *rebus sic stantibus*. Nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o direito obrigacional".**

**[...] pode o magistrado, em dada discussão contratual, perquirir sobre o que é justo e procurar o equilíbrio da contratação que esteja, eventualmente, arrebatada por um desequilíbrio, beneficiando uma das partes e prejudicando a outra.**

[...]

**É de igual forma importante dizer que os princípios sociais da equivalência material, da função social e da boa-fé objetiva não podem ser vistos de modo estanque, como se cada um partisse para o fronte em campanha solitária.**

[...]

Diz-se isso também para reverberar que o conceito de equivalência material conta, necessariamente, com a noção da boa-fé objetiva. De fato, os limites da relação interna entre os contratantes são encontrados a partir do dever de lealdade e de confiança, de forma que não há dúvida sobre o conteúdo necessário da boa-fé objetiva para o alcance da equivalência material.

[...]

**Ou seja, a necessidade de manutenção de um equilíbrio, durante todas as fases contratuais, deve ser considerada objetivamente, de forma que, havendo um deslocamento considerável ou distanciamento entre a prestação e a contraprestação, estas devem ser reaproximadas por critérios objetivos.**

[...]

No Brasil, sem embargo, quem melhor visualiza o princípio da equivalência material, dando sua dimensão mais realista e, principalmente, situando-o em relação aos demais princípios sociais, é Paulo Luiz Netto Lôbo. Com efeito, segundo ele, "o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização de interesses". (BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6-16)

Nos casos de contratos securitários (planos e seguros de saúde, que ostentam essa nítida feição), como é cediço, notadamente em vista dos avanços da atuária, há acesa controvérsia doutrinária acerca da inserção da álea como integrante do objeto do contrato de seguro ou plano de saúde, visto que, com o que recebe dos contratantes, se corretos os cálculos atuariais que realizou, a seguradora ou operadora do plano de saúde não apenas disporá dos recursos necessários aos pagamentos das prestações devidas, em razão dos eventos segurados que se verificarem e das despesas administrativas e operacionais relacionadas ao seu funcionamento, como também obterá lucro.

Destarte, em um ambiente de segurança jurídica, a atividade seguradora se



baseia em riscos, e não em incertezas, pois os riscos contidos na apólice, nos estritos termos em que foi elaborada, podem ser perfeitamente investigados e mensurados (POLIDO, Walter A. *Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: Direito do Consumidor*. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 13 e 17).

Nessa toada, anota a doutrina especializada que a viabilização da atividade de assistência à saúde envolve custos elevados, que terão de ser suportados pelos próprios consumidores, e "[...] **cabe ao Poder Judiciário um papel fundamental, o de promover uma interpretação justa e equilibrada da legislação pertinente à matéria**", sopesando "os interesses envolvidos **sem sentimentalismos e ideias preconcebidas**", "contando com o apoio técnico de profissionais qualificados". (FERREIRA, Cláudia Galiberne. PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (coords). *Curso de direito médico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 214-215)

Ora, leciona a doutrina que "o Código Civil postula pelo equilíbrio da contratação, independente da existência concreta de uma parte débil em determinado contexto. **O equilíbrio é pressuposto inerente a qualquer contratação, como imperativo ético do ordenamento jurídico**". (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 233-234)

3. Na inicial, deixando nítido na própria causa de pedir que buscava provimento jurisdicional em supressão da atribuição legal da ANS, o autor, ora recorrente narrou:

Entretanto, a empresa Requerida negou o tratamento de Equoterapia, Integração Sensorial, Musicoterapia e Terapia Comportamental pelo Método ABA (psicologia especializada em autismo), sob a alegação de não haver cobertura contratual.

[...]

O plano de saúde justifica a negativa apontando que os tratamentos requeridos, não apresentam cobertura contratual, bem como por não estarem elencados no rol de tratamentos previsto da ANS.

[...]

O argumento da empresa Requerida não encontra razão, pois é de entendimento pacificado da jurisprudência, que os procedimentos constantes da ANS, é um rol meramente exemplificativo e não taxativo.

A sentença anotou:

Não se tem dúvida da invalidade de cláusula que restringe o tratamento do paciente/autor pela simples ausência de previsão expressa no rol de procedimento da ANS, porquanto tal disposição restritiva à cobertura do tratamento se revela como uma barreira à concretização da expectativa legítima do consumidor, contrariando prescrição médica, enfraquecendo o elo contratual e ameaçando o seu objetivo, que é garantia do serviço de saúde de que necessita o requerente.

Por certo, não compete à operadora definir ou questionar a necessidade e técnicas empregadas nos tratamentos, procedimentos e terapias, se

indicadas por médico habilitado.

O acórdão recorrido, por seu turno, dispôs:

Assim, tenho por ilegal e abusiva a negativa de tratamento com especialistas em Análise Aplicada do Comportamento - ABA, (psicologia), incluindo fonoaudióloga, terapeuta ocupacional especialista em método Bobath, integração sensorial, musicoterapia e equoterapia, quando a prescrição médica indicar que essa metodologia é essencial para desenvolver com plenitude todas as capacidades de uma criança frente as dificuldades impostas pelo autismo.

[...]

Ademais, ao contrário do afirmado pela Apelante/R., o fato do tratamento ABA ser caracterizado como experimental, não afasta a necessidade de sua realização, já que orientado por profissional especializado no assunto "autismo" (mov. n° 03 -doc. 08).

Como visto, acolhendo a tese do recorrente, as instâncias ordinárias, renovada as vênias, simplesmente desconsideram o rol da ANS, suprimindo/usurpando as atribuições legais da Autarquia e violando a tripartição de poderes, **a par de tratar o relatório de profissional da saúde da própria parte autora, como se fora laudo de perito regularmente nomeado pelo Juízo para a produção da prova técnica.**

Ora, o "art. 10º, I, V, IX, da Lei n. 9.656/1998 [...], expressamente exclui da relação contratual a cobertura de **tratamento clínico** ou cirúrgico **experimental**, fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados e tratamentos não reconhecidos pelas autoridades competentes" (AgInt no REsp 1693941/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 10/09/2019).

Este Colegiado, por ocasião do julgamento do REsp 1.733.013/SP, perfilhou o entendimento de que, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n.9.961/2000, a atribuição da ANS de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde (no exercício da missão institucional da autarquia de defender o interesse público, no âmbito da saúde suplementar, consoante disposto no art. 3º, *caput*, da Lei n. 9.961/2000) que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n.439/2018 da Autarquia, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o determinado pelo *caput* do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde.

**Ponderou-se que a elaboração do rol, em linha com o que se extrai do Direito Comparado, submete-se a diretrizes técnicas relevantes de inegável e peculiar complexidade, como: I – a utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS; II – a observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências – SBE; e III – a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.**

Como esclarecido pelas substanciosas manifestações dos *amici curiae* ANS, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e Instituto Brasileiro de Atuária, o rol propicia a previsibilidade econômica necessária à precificação de planos e seguros de saúde. É que o menoscabo de "tais aspectos bem como a própria imposição pelos juízos de coberturas que não têm amparo na legislação vigente geram, muitas vezes, externalidades positivas para os consumidores e negativas para as operadoras de planos privados de assistência à saúde, resultando em distorções nos custos dos planos e, principalmente, nos seus cálculos e estudos atuariais, **impondo o oferecimento ao mercado de planos mais caros, que acabam restringindo o acesso de muitos consumidores a este mercado**" (SILVA, José Luiz Toro da. *Os limites ao poder de regular os planos privados de assistência à saúde*. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 168).

**Aliás, muito recentemente (19/10/2020), em sede de repercussão geral, por ocasião do julgamento virtual do RE 948.634/RS, o em. Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, consignou, *in verbis*:**

**Aliás, sejam essas avenças anteriores ou posteriores à Lei 9.656/1998, a previsão dos riscos cobertos, assim como a exclusão de outros, é inerente a todas elas. Isso obedece à lógica atuarial desta espécie contratual, pois, quanto mais riscos forem cobertos, mais elevado será o prêmio pago pela parte aderente.**

**Esses prêmios, ademais, são calculados de maneira a permitir que, em uma complexa equação atuarial, sejam suficientes para pagar as indenizações aos contratantes e para cobrir os custos de administração, além de, naturalmente, gerar os justos lucros às fornecedoras.**

Com efeito, renovada as vênias, é manifestamente descabido o entendimento de que, em todos os casos, em "havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS".

Retomando, salientou-se também, no declinado precedente deste Colegiado, que, por um lado, não se pode deixar de observar que o rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde **constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, em preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla**

**e vulnerável da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo representaria, na verdade, negar a própria existência do "rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população. Lamentavelmente, salvo os planos de saúde coletivo empresariais, subvencionados pelo próprio empregador, em regra, os planos de saúde, hoje em dia, são acessíveis apenas às classes média alta e alta da população.**

Por outro lado, esse entendimento de que o rol (ato estatal, com expressa previsão legal e imperatividade inerente, que vincula fornecedores e consumidores) é meramente exemplificativo, malgrado, a toda evidência, seja ato de **Direito Administrativo - devendo, ademais, a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas -, tem o condão de efetivamente padronizar todos planos de saúde**, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer "tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado", nega vigência aos dispositivos legais que determinam o plano básico de referência e a possibilidade de estabelecimento contratual de outras coberturas, efetivamente padronizando e restringindo a livre concorrência ao nitidamente estipular a mais ampla, indiscriminada e completa cobertura a todos os planos e seguros de saúde, o que, além dos mais, evidentemente, dificulta sobremaneira o acesso à saúde suplementar às camadas mais necessitadas e vulneráveis da população.

Por certo, como pontua a doutrina especializada, a lei atribui ao Consu e à ANS a competência de proceder à formulação infralegal da política de saúde.

A ANS, **como mencionado no precedente invocado, por meio de suas Resoluções da Diretoria Colegiada, em cumprimento à vontade do legislador, formula políticas públicas incluindo tratamentos obrigatórios para os diversos tipos de produtos básicos, de modo a corrigir os desvios que a evolução da ciência médica acaba trazendo para as operadoras que exploram os planos e seguros privados de assistência à saúde.** Malgrado trate-se de regulamentação infralegal, decorre de expressa delegação legal de competência, o que se configura mesmo necessário em vista do fato de que "a rapidez com que são editadas as regras é a mesma com que elas podem ser revogadas ou modificadas, caso produzam resultados contrários aos pretendidos. Estes efeitos não poderiam ser obtidos se fosse necessário o processo legislativo" (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada e anotada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 65-69).

O magistrado deve levar em consideração que, assim como o Direito, o próprio Judiciário pode afetar de forma clara os custos das atividades econômicas ao não apreciar detidamente todas as razões e os fatos da causa. Muito embora seja certo que há, é claro, uma vinculação de todas as relações contratuais à função social, "não se pode confundir a

função social do contrato com a justiça social a ser implementada pelo Estado através de políticas públicas" (TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 113-125).

**Conforme o abalizado escólio administrativista, o fenômeno da judicialização da saúde exige redobrada cautela e autocontenção por parte de toda a magistratura, para não ser levada a proferir decisões limitando-se ao temerário exame insulado dos casos concretos, "que, somados, correspondem à definição de políticas públicas, feita sem qualquer planejamento (que o Judiciário, pela justiça do caso concreto, não tem condições de fazer) e sem atentar para as deficiências orçamentárias que somente se ampliam em decorrência de sua atuação, desprovida que é da visão de conjunto", com sérios riscos para o Estado Democrático de Direito e para a segurança jurídica:**

As políticas públicas são metas e instrumentos de ação que o poder público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger. O tema relaciona-se com o da discricionariedade, seja na escolha do interesse público a atender, dentre os vários agasalhados pelo ordenamento jurídico, seja na escolha das prioridades e dos meios de execução. E aqui não se fala apenas da discricionariedade da Administração Pública. Fala-se, muitas vezes, até com maior razão, na própria discricionariedade do legislador ao definir políticas públicas com base em metas maiores postas pela Constituição.

Com efeito, a partir da ideia de que a definição de políticas públicas implica opções a serem feitas pelo poder público e que essas opções são externadas por variados instrumentos (Constituição, Emendas à Constituição, atos normativos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e de órgãos e entidades da Administração Pública), poder-se-ia fazer uma gradação levando em conta a própria hierarquia dos atos estatais. Existem metas fixadas pela própria Constituição, dirigidas a todos os entes da federação e aos três Poderes do Estado.

[...]

O Judiciário vem interferindo nas políticas públicas, na tentativa de suprir as lacunas deixadas pela inércia dos demais poderes. **Mas o faz a partir do exame de casos concretos, que, somados, correspondem à definição de políticas públicas, feita sem qualquer planejamento (que o Judiciário, pela justiça do caso concreto, não tem condições de fazer) e sem atentar para as deficiências orçamentárias que somente se ampliam em decorrência de sua atuação, desprovida que é da visão de conjunto que seria necessária para a definição de qualquer política pública que se pretenda venha em benefício de todos e não de uma minoria privilegiada pelo acesso à Justiça.**

[...]

**Pode o Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pela Administração Pública?**

**Rigorosamente, não pode o Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de**

**discricionabilidade legislativa ou administrativa.**

[...]

**Essa definição está fora das atribuições constitucionais do Poder Judiciário. Este pode corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, quando acionado pelas medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico, mas não pode substituir as escolhas feitas pelos Poderes competentes.**

[...]

**É relevante observar que, quando o Judiciário concede benefícios individuais — que acabam por interferir em políticas públicas fixadas e implementadas pelos demais Poderes — ele caminha em areias movediças. Todos os fundamentos em que se baseiam os defensores do controle judicial decorrem de conceitos jurídicos indeterminados, como dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, mínimo existencial, razoabilidade, proporcionalidade. Não há critérios objetivos que permitam definir, com precisão, o que é essencial para que se garanta a dignidade da pessoa humana, ou em que consiste o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou o mínimo existencial. E mesmo esse mínimo pode estar fora do alcance do poder público, pela limitação dos recursos financeiros. Não é por outra razão que o cumprimento das metas constitucionais exige planejamento. Também não é por outra razão que não se pode fugir inteiramente ao caráter programático das normas constitucionais inseridas no capítulo da ordem social e econômica.**

[...]

Em contato com juízes em aula ministrada na Escola Paulista da Magistratura, foram-me relatados alguns casos que justificam a cautela e maior pesquisa sobre a matéria de fato: um juiz, para dar cumprimento a uma receita médica, determinou a compra de medicação que, depois, ele veio a saber que se tratava de remédio para queda de cabelo. Outro estava preocupado porque soube que, a cada vez que se determinava a abertura de vaga em creche, uma criança que estava há longo tempo na fila de espera, era preterida para dar lugar àquela que foi beneficiada por ordem judicial.

**O grande risco da concessão judicial indiscriminada na área dos direitos sociais é que o *summum jus* (concessão de um direito individual mal investigado) se transforme em *summa injuria* (interesse coletivo desprotegido). Isto sem falar que o juiz se substitui ao Legislativo e ao Executivo na implementação de políticas públicas, concentrando em suas mãos uma parcela de cada um dos três Poderes do Estado, com sérios riscos para o Estado de Direito e para a segurança jurídica.** (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos*. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos#:~:text=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20de%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20pode%20opor%20interesses%20individuais%20e%20coletivos&text=O%20tema%20das%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas,juristas%20nos%20%C3%BAltimos%2010%20anos.>>. Acesso em: 10 de março de 2021)

Realmente, e como também salientado naquele precedente, com a modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os arts. 20 a 30 exigem dos operadores do Direito um viés consequencialista, tanto na tomada de decisões pelas autoridades administrativas - que passam também a ter um ônus maior de transparência, por meio de consultas públicas -, como para o Judiciário - que passa a ter a obrigação de levar em conta as consequências de suas decisões no mundo jurídico, no mundo fático, antes de proferi-las.

**No ponto, melhor refletindo acerca do tema, à luz da legislação especial de regência e dos substanciosos subsídios técnicos trazidos pelos amici curiae - inclusive, no que diz respeito à postura manifestada pelos próprios Conselhos Profissionais e pela Secretaria Nacional do Consumidor no sentido de prestigiar o rol da ANS -, o Colegiado, afastando-se do entendimento jurisprudencial originário da Terceira Turma sufragou o entendimento de que não ser correto afirmar ser abusiva a exclusão do custeio dos meios e dos materiais necessários ao tratamento indicado pelo médico, diante dos seguintes dispositivos legais da lei de regência da saúde suplementar (Lei n. 9.656/1998): a) art. 10, § 4º, que prescreve a instituição do plano-referência, "respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12", com "amplitude das coberturas" "definida por normas editadas pela ANS"; b) art. 12, que estabelece serem facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º dessa Lei, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência mencionado no art. 10; c) art. 16, VI, o qual determina que dos contratos, dos regulamentos ou das condições gerais dos produtos de que cuidam o inciso I e o § 1º do art. 1º dessa Lei devem constar dispositivos que indiquem os eventos cobertos e excluídos.**

Em vista dos mencionados dispositivos especiais de regência do microsistema da saúde suplementar, **como regra basilar de hermenêutica, no confronto entre as regras específicas e as demais do ordenamento jurídico, deve prevalecer a regra excepcional. Conforme a consagrada doutrina de Carlos Maximiliano, jamais poderá o juiz, a pretexto de interpretar, esvair a essência da regra legal ou substituí-la** (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 69).

De outro lado, quanto à invocação do diploma consumerista, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem levar em conta o art. 4º daquele diploma, que contém uma espécie de lente através da qual devem ser examinados os demais dispositivos, notadamente por estabelecer os objetivos da Política

Nacional das Relações de Consumo e os princípios que devem ser respeitados, entre os quais se destacam, no que interessa ao caso concreto, a "harmonia das relações de consumo" e o "equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

O magistério de Eros Roberto Grau explicita bem a forma como devem ser entendidos os objetivos e os princípios adotados pelo CDC, sobretudo no art. 4º:

[...] eu diria que o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor é uma norma-objeto, porque define os fins da política nacional das relações de consumo, quer dizer, ela define resultados a serem alcançados. **Todas as normas de conduta e todas as normas de organização, que são as demais normas que compõem o Código do Consumidor, instrumentam a realização desses objetivos, com base nos princípios enunciados no próprio art. 4º. Para que existem, por que existem essas normas? Para instrumentar a realização dos fins definidos no art. 4º. Assim, todas as normas de organização e conduta contidas no Código do Consumidor, devem ser interpretadas teleologicamente, finalisticamente, não por opção do intérprete, mas porque essa é uma imposição do próprio Código. O que significa isso? Sabemos que a interpretação não é uma ciência, é uma prudência. Nela chegamos a mais de uma solução correta, tendo de fazer uma opção por uma delas. A circunstância de existirem normas-objeto que determinam a interpretação de normas de organização e de conduta estreita terrivelmente a possibilidade dessa opção, **porque a única interpretação correta é aquela que seja adequada à instrumentação da realização dos fins, no caso, os fins estipulados no art. 4º do CDC.** (GRAU, Eros Roberto. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais, v. I), pp. 165-166, sem grifo no original).**

Essa é também a doutrina de Claudia Lima Marques ao assentar que, **como o CDC não regula contratos específicos, em casos de incompatibilidade há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios de especialidade e cronologia** (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 247).

Nesse seguimento, como bem observado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no REsp n. 80.036/SP, o Código de Defesa do Consumidor traça regras que presidem a situação específica do consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do direito das obrigações, todavia, **"[é] certo que, no que lhe for específico, o contrato" continua regido pela lei que lhe é própria** (REsp n. 80.036/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, QUARTA TURMA, julgado em 12/2/1996, DJ 25/3/1996, p. 8.586).

Ora, **a Segunda Seção já pacificou** que "as normas do CDC aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios



da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova" (EAREsp 988.070/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/11/2018, DJe 14/11/2018).

Não se pode perder de vista que se está a discutir direitos e obrigações da relação contratual que envolvem plano de saúde e usuário, e não o estabelecimento de obrigação de fazer ou de não fazer a terceiro, que nem mesmo integra a lide.

Outrossim, não se pode descuidar da realidade das coisas, posto que mesmo o correto e regular exercício profissional da Medicina, dentro das normas deontológicas da profissão, usualmente possibilita ao profissional uma certa margem de subjetividade, que, por vezes, envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas não podem nortear a elaboração do rol, como, por exemplo: a) predileção por determinado procedimento ou mesmo maior domínio técnico/especialização a envolver a prática; b) familiaridade maior com o manejo de determinado exame, sendo, por exemplo, notório que a interpretação de cada tipo usualmente abrange complexidade e requer preparação específica do profissional da área.

Nessa linha de intelecção, acerca do art. 10 da Lei dos Planos e Seguros de Saúde, **cumpra salientar as causas que levaram o legislador a instituir o plano-referência:** a) constitui verdadeiro plano básico, em atenção ao fato de que existe uma gradação das necessidades dos usuários dos planos e seguros privados de assistência à saúde; b) contém todas as variações que o artigo permite, e é destinado ao grande contingente de consumidores de menor poder aquisitivo ou posicionado em faixas nas quais a demanda por serviços médicos e assistenciais seja pequena, como entre a população mais jovem; c) a existência de planos básicos que se resumem a atendimentos em clínicas e centros médicos ambulatoriais das próprias operadoras ou em enfermarias de hospitais menos sofisticados, às vezes explorados pela própria operadora como o único disponível dessa espécie; d) o *produto* - sem sua oferta à contratação nenhuma operadora ou administradora poderá obter o registro para funcionar legalmente; e) **a necessidade de um plano mínimo criado pela lei para que ele se tornasse acessível à grande massa de desassistidos pelas políticas públicas de assistência médico-hospitalar, diminuindo o clamor dessas populações e tirando os argumentos dos críticos - "de qualquer modo, não deixa de ser um avanço, considerando que as classes sociais com menores níveis de renda já podem contar com alguma assistência efetiva, embora longe da ideal, mesmo que a custos elevados"** (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada e anotada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55-57).

Ademais, a doutrina anota que nos contratos as partes nem sempre

regulamentam inteiramente os seus interesses, deixando lacunas que devem ser preenchidas. Além da *integração supletiva*, cabível apenas diante de lacunas contratuais, há a denominada ***integração cogente***. **Esta se opera quando sobre a espécie contratual houver normas que devam obrigatoriamente fazer parte do negócio jurídico por força de lei. São normas que se sobrepõem à vontade dos interessados e integram a contratação por imperativo legal** (NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 73-74).

Nessa perspectiva, de um lado, é importante pontuar não haver dúvida de que não cabe ao Judiciário se substituir ao legislador, violando a tripartição de poderes e suprimindo a atribuição legal da ANS ou mesmo efetuando juízos morais e éticos, não competindo ao magistrado a imposição dos próprios valores de modo a submeter o jurisdicionado a amplo subjetivismo.

Confira-se:

**Não existe um critério superior justamente porque qualquer critério só seria justificável axiologicamente: um utilitarista poderia dizer que "prefere" o princípio da utilidade como critério de resolução dos conflitos axiológicos, ao passo que [...] poderia dizer que "prefere" o princípio da proporcionalidade, mas escolher entre um critério ou outro necessitaria da própria aceitação apriorística daquele princípio, ou seja, dependeria, em última instância, dos valores que o agente moral já aceita. Assumir essa postura, principalmente no contexto de tomada de uma decisão judicial, na qual o juiz precisa decidir qual das pretensões morais é justificada à luz dos princípios jurídicos, implica escolher arbitrariamente entre os princípios em conflito a partir das preferências pessoais do juiz.**

[...]

**É importante não confundir essas duas ordens de questões. Quando se diz que o direito manifesta os valores de uma sociedade concreta, precisamos deixar de lado a idéia de que a ética é o fundamento último do direito.**

[...]

**A idéia de que o direito deve sua legitimidade a valores éticos precisar ser abandonada, na medida em que depende de uma fundamentação metafísica abandonada historicamente, fundada na subordinação do direito positivo perante o direito natural.**

Essa relação de dependência precisa ser abandonada, o que não significa dizer que não existe uma ligação íntima entre direito e moral. De acordo com Habermas, essa relação é de complementariedade (Habermas, 1197, p. 142).

[...]

**O direito, ao contrário da moral, é obrigatório institucionalmente, ao passo que a moral é apenas um sistema simbólico que, contudo [...] se torna possível avaliar se o direito positivo está conferindo um *igual tratamento* às diferentes perspectivas éticas, ou se está sendo utilizado de modo a promover determinados valores em detrimento de outros.**

[...]

**O risco primordial da leitura da constituição como ordem concreta de valores é a imposição dos valores morais de uma doutrina abrangente a toda a sociedade, excluindo a possibilidade de diálogo racional acerca dos princípios constitucionais que regem uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo razoável.** (ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. *Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática*. Revista Direito GV, jul-dez 2008, p. 493-516)

Frisou-se que o rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. **Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente.**

Por todos, menciona-se o escólio de Bruno Miragem:

Embora seja um contrato com disciplina legal detalhada, assim como subordinado a intensa atuação regulatória - por intermédio das normas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar -, não é errado dizer que muito do seu perfil atual é fruto de construção jurisprudencial - em especial a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. O elevado nível de litigiosidade entre fornecedores e consumidores contribui para esse protagonismo judicial.

[...]

**Da mesma forma, os elevados custos do setor de saúde no Brasil e no mundo, que pressionam a atividade do fornecedor e a sustentabilidade desses sistemas contratuais.**

[...]

Há, contudo, prestação de serviços de trato sucessivo, ou seja, contratos de fazer de longa duração e que possuem uma grande importância social e individual.

[...]

**Uma das grandes dificuldades em relação ao contrato de seguro e planos de assistência à saúde diz respeito à manutenção do equilíbrio das prestações no tempo.**

[...]

**Desse modo, exige uma adequada divisão de ônus e benefícios, na linha de que os estudos sobre contratos relacionais no Brasil vem desenvolvendo, dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso terá de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto na identificação de deveres específicos ao fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente [...].** (MIRAGEM, Bruno. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Orgs.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a*

jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018, p. 299-310).

O precedente tem a seguinte ementa:

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). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDADA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE.

1. A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. O art. 4º, III e XXXVII, atribui competência à Agência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/1998, além de suas excepcionalidades, zelando pela qualidade dos serviços prestados no âmbito da saúde suplementar.

2. Com efeito, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000, a atribuição dessa Autarquia de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o determinado pelo caput do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde.

3. A elaboração do rol, em linha com o que se deduz do Direito Comparado, apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade, como: utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS; observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências - SBE; e resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

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 detido 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.

5. Quanto à invocação do diploma consumerista pela autora desde a exordial, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem reverência ao princípio da especialidade e ao disposto no art. 4º daquele diploma, que orienta, por imposição do próprio Código, que todas as suas disposições estejam voltadas teleologicamente e finalisticamente para a consecução da harmonia e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

6. O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente.

7. No caso, a operadora do plano de saúde está amparada pela excludente de responsabilidade civil do exercício regular de direito, consoante disposto no art. 188, I, do CC. É incontroverso, constante da própria causa de pedir, que a ré ofereceu prontamente o procedimento de vertebroplastia, inserido do rol da ANS, não havendo falar em condenação por danos morais.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1733013/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 20/02/2020)

Por um lado, **a boa-fé objetiva** restringe o exercício abusivo de direitos, impondo que as partes colaborem mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com **o contrato** - que **não é um mero instrumento formal de registro das intenções** -, e também **encontra a sua vinculação e limitação na função econômica e social do contrato, visando a fazer com que os legítimos interesses da outra parte, relativos à relação econômica nos moldes pretendidos pelos contratantes, sejam salvaguardados** (TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38-39).

Por outro lado, se ocorrem motivos que justifiquem a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para a decretação da nulidade ou da resolução do contrato, **nunca para a modificação do seu conteúdo** - o que se justifica, ademais, como decorrência do próprio princípio da autonomia da vontade, uma vez que **a possibilidade de intervenção do juiz na economia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar** (GOMES, Orlando. (THEODORO JÚNIOR, Humberto (atual.). *Contratos*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 36).

Cumprе observar, ademais, que **a segurança das relações jurídicas depende da lealdade, da equivalência das prestações e contraprestações, da confiança recíproca, da efetividade dos negócios jurídicos, da coerência e clarividência dos direitos e deveres.** (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32).

O Desembargador Renato Luís Dresch, membro do Comitê Executivo Nacional de Saúde do CNJ, em artigo doutrinário, alerta que o fato de os contratos de saúde suplementar se sujeitarem ao Código de Defesa do Consumidor não significa que a cobertura deve extrapolar os limites do acordo. Cumprе ao Poder Judiciário: **a) agir com cautela para evitar decisões desastrosas, com a autorização de acesso a medicamentos, produtos e serviços sem base em evidência científica ou por falta de cobertura contratual, porque isso causa abalo indevido na sustentação econômica das operadoras de saúde, e também devido ao fato de que o aumento da sinistralidade norteia o aumento das mensalidades do ano seguinte, penalizando indevidamente os demais consumidores, além de causar uma desestruturação administrativa;** b) coibir o argumento do máximo de acesso a medicamentos, produtos ou procedimentos de saúde em relação aos quais não haja evidência científica ou que estejam fora dos padrões de cobertura contratual, sob o risco de comprometimento financeiro com a quebra das regras de atualidade dos planos de saúde (DRESCH, Renato Luís. *As medidas de otimização da judicialização: o Nat-jus e as Câmaras Técnicas*. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 122-126).

Por conseguinte, invocando o princípio da função social do contrato, insculpido no art. 421 do CC, não se pode descuidar de que o modelo se baseia no conceito de mutualismo, que vem da área de seguros: um grupo de pessoas se junta, cotiza-se e gera-se uma receita por meio do pagamento individual da mensalidade, sendo o valor total arrecadado usado para pagar as despesas decorrentes do atendimento à saúde de integrantes desse grupo. Como são várias pessoas, os custos se diluem, o preço do plano se reduz, e elas podem ter acesso a serviços que teriam dificuldade de custear individualmente (CESCHIN, Maurício. *A saúde dos planos de saúde*. São Paulo: Schwarcz, 2014, p. 122).

**Como salientado, em âmbito doutrinário, pelo Ministro Marco Aurélio Mello, em situações que desbordam das coberturas contratuais, entender que as operadoras são obrigadas a prestar qualquer coisa de que o cliente necessite acaba por levar à ruptura do equilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos, 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 (MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança jurídica e Equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO,**

**Luiz Augusto Ferreira; SILVA, Marcos Paulo Novais; LEITE, Francine (Orgs.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15).**

A postura do Poder Judiciário é de elevada importância para a concretização da segurança jurídica, notadamente pela entrega de uma prestação jurisdicional previsível que não atente contra a confiança legítima do jurisdicionado (NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010 [Série IDP], *passim*).

4. Nesse passo, consoante proposta da I Jornada de Direito da Saúde, realizada pelo CNJ **acolhida em precedente da Quarta Turma**, para propiciar a prolação de decisão racionalmente fundamentada, na linha do que propugna o Enunciado n. 31 da I mencionada Jornada, o magistrado de primeira instância deve "obter informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais, etc".

Note-se:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DE TRATAMENTO CLÍNICO OU CIRÚRGICO EXPERIMENTAL E MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA. EXPRESSA EXCLUSÃO LEGAL. USO OFF LABEL. POSSIBILIDADE, EM SITUAÇÕES PONTUAIS. CONFUSÃO COM TRATAMENTO EXPERIMENTAL. DESCABIMENTO. EVIDÊNCIA CIENTÍFICA, A RESPALDAR O USO. NECESSIDADE.

[...]

6. Assim, **como a questão exige conhecimento técnico e, no mais das vezes, subjacente divergência entre profissionais da saúde (médico assistente do beneficiário e médico-perito da operadora do plano), para propiciar a prolação de decisão racionalmente fundamentada, na linha do que propugna o Enunciado n. 31 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, o magistrado deve "obter informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais, etc"**.

[...]

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1729566/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 30/10/2018)

Ora, é bem de ver que a estrutura administrativa do Poder Judiciário há muito já está devidamente aparelhada com núcleos de apoio técnico em saúde, para prestar subsídio aos magistrados nessas demandas, pois, desde a Resolução n. 238/2016 do CNJ.

Outrossim, conforme notícia o *site* do CNJ, **desde maio de 2017 o projeto está implementado em todos os tribunais nacionais**, fornecendo aos juízos **notas técnicas, elaboradas com base em dados científicos e da medicina baseada em evidências, no prazo máximo de até 72h, in verbis:**

**A partir de maio, as decisões dos magistrados nessas ações**

judiciais serão amparadas em laudos técnicos, elaborados por especialistas na chamada evidência científica. O projeto, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Ministério da Saúde e outras instituições, prevê a capacitação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus) vinculados aos tribunais, para uso do sistema que vai subsidiar os magistrados de todo o país em ações judiciais na área de saúde. Já existem 30 notas técnicas sobre medicamentos elaboradas pelos Núcleos e prontas para serem disponibilizadas ao Judiciário do país.

O projeto foi inaugurado no ano passado pela presidente do CNJ, ministra Cármen Lúcia, e vem sendo desenvolvido pelo Comitê Executivo Nacional do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ, supervisionado pelo conselheiro Arnaldo Hossepian. Nesta segunda-feira (27/3), integrantes do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ, estiveram reunidos na sede do CNJ ajustando formulários que serão utilizados pelos juízes para encaminhar os pedidos de notas técnicas aos especialistas. **As notas técnicas, elaboradas com base em dados científicos e da medicina baseada em evidências, terão de ser enviadas no prazo máximo de até 72hs.**

[...]

400 mil processos – A implementação das ferramentas técnicas tem como objetivo contribuir para que os magistrados possam julgar de maneira mais segura e qualificada as ações de saúde que tramitam na Justiça, assim como prevenir a excessiva judicialização da saúde no país. Atualmente, há cerca de 400 mil processos ligados ao tema tramitando nos tribunais brasileiros, envolvendo **desde pedidos de medicamentos, passando por cirurgias, até litígios contra planos de saúde.**

**A ideia do CNJ é criar um grande banco de dados à disposição dos magistrados, a partir dos laudos produzidos pelos NATs, com análises baseadas em evidências científicas, e em alguns casos, com a certificação dada pelo Centro Cochrane do Brasil.**

“Enquanto não temos condições de dar ao juiz de direito conhecimento técnico, baseado em evidência científica, de que aquilo que está sendo pedido não é pertinente, é natural que, entre o potencial risco de vida e o indeferimento de liminar, o magistrado – vivenciando esse dilema – acabe deferindo a liminar”, afirmou o conselheiro Arnaldo Hossepian.

**Uma próxima reunião do Comitê do Fórum da Saúde, Ministério da Saúde e Hospital Sírio-Libanês, marcada para o dia 24 de abril, deverá estabelecer os parâmetros para o funcionamento das tutorias, que irão capacitar os NATs dos Tribunais espalhados por todo o país.**

[...]

Histórico – A iniciativa do Conselho se deu a partir da assinatura de um termo de cooperação com o Ministério da Saúde, que estabeleceu parceria para a criação de um banco de dados com informações técnicas para subsidiar os juízes que se deparam com demandas relacionadas à saúde e a capacitação dos alimentadores desse sistema. O sistema foi desenvolvido em parceria pelos departamentos de tecnologia do CNJ e do Tribunal Federal da 4ª Região (TRF-4, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná). Caberá ao CNJ resguardar as informações e torná-las acessíveis aos juízes. Ao longo de três anos, o hospital Sírio-Libanês investirá, por meio do



Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde, cerca de R\$ 15 milhões, para criar a estrutura da plataforma e capacitar os profissionais que atuam nos NATs existentes no Brasil e selecionados pelo projeto.

Em setembro de 2016, o CNJ aprovou a Resolução n. 238, determinando regras para a criação e a manutenção de comitês estaduais de saúde, bem como a especialização de varas em comarcas com mais de uma vara de fazenda pública. Entre as atribuições dos comitês está a de auxiliar os tribunais na criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituídos de profissionais da saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências.

(Disponível

em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84538-laudo-para-ajudar-juizes-em-causas-de-saude-comeca-a-ser-utilizado-em-maio>>. Acesso em: 29 de setembro de 2017)

Nesse particular, é interessante mencionar os Enunciados n. 02 e 18 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ e transcrever os seguintes:

**ENUNCIADO N.º 21**

**Nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n.º 9.656/98, recomenda-se considerar o rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas.**

**ENUNCIADO N.º 23**

Nas demandas judiciais em que se discutir qualquer questão relacionada à cobertura contratual vinculada ao rol de procedimentos e eventos em saúde editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, recomenda-se a consulta, pela via eletrônica e/ou expedição de ofício, a esta agência Reguladora para os esclarecimentos necessários sobre a questão em litígio.

Com efeito, como segundo fundamento autônomo, a Nota Técnica NAT-Jus/UFMG n. 29/2017, analisando os tratamentos Fonoaudiologia com os **métodos ABA, Teacch, Pecs e Floortime, Terapia Ocupacional com Integração Sensorial** e com os métodos ABA e Floortime, **Psicoterapia Cognitivo Comportamental pelo método ABA, Equoterapia, Hidroterapia, Psicomotricidade e Musicoterapia**, apresenta o parecer técnico de que **"não há justificativa clínica para utilização destes métodos em relação aos ofertados no rol da ANS"** (Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/8828>>. Acesso em: 20 de maio de 2021).

**No mesmo diapasão, acerca da terapia ocupacional com integração sensorial, é a recentíssima nota técnica n. 48.747, elaborada pelo NAT-JUS/SP, em 1/10/2021, disponível no banco de dados E-natjus do CNJ, com conclusão desfavorável, assentando que "a literatura científica não mostra superioridade (ou inferioridade) das metodologias solicitadas sobre outros métodos de reabilitação"**de

portadores de TEA (autismo).

No tocante ao tratamento multiprofissional pelo método Bobath, a Nota Técnica n. 29.219, elaborada pelo NAT-JUS NACIONAL/Hospital Albert Einstein, em 18/3/2021, disponível no banco de dados E-natjus do CNJ, contém conclusão desfavorável ao custeio dessa terapia, pelas seguintes razões: a) "encontramos apenas um estudo, publicado em 1981, que avaliou a aplicação do método Bobath em 12 crianças, comparando com 10 crianças tratadas com o método Vojta constituindo grupo controle. Não foram observadas diferenças significativas e, devido às inúmeras falhas metodológicas, os próprios autores concluem que mais estudos seriam necessários"; b) "Encontramos revisões sistemáticas que avaliaram diversas técnicas de fisioterapia para reabilitação de crianças com paralisia cerebral e em nenhuma delas foram encontrados ensaios clínicos avaliando o método de Bobath. Ademais, essas revisões concluem que a maioria dos estudos apresentam descrições incompletas sobre as intervenções e apresentam limitações metodológicas"; c) há "falta de evidências científicas que sustentem a superioridade dessa abordagem específica em relação às demais formas de reabilitação; d) "mesmo que existisse evidência de superioridade, não há regulamentação específica que determine o que seja esse método nem certificação que garanta a sua adequada aplicação"; e) não há elementos técnicos para sustentar a presente solicitação (terapias baseadas no método de Bobath).

Cumprido esclarecer que, no tocante ao método de alto custo ABA (Applied Behavioral Analysis, ou Análise Comportamental Aplicada), vindicado nos autos, a par das notas técnicas já mencionadas na decisão monocrática ora embargada, elucida a nota técnica n. 45.655 do Nat-jus/MDJ-TJRS, emitida em 19/9/2021 (com conclusão justificada desfavorável à imposição de seu custeio pelo SUS), acerca do que seja esse método multiprofissional, pontuando que pode ser aplicado por diversos profissionais:

Quanto ao método específico ABA (Applied Behavioral Analysis, ou Análise Comportamental Aplicada) é uma terapia que tem origem na psicologia comportamental.

Trata-se de um campo científico de estudo da psicologia chamado de "Behaviorismo", que observa, analisa e busca explicar a associação entre o ambiente, o comportamento humano e a aprendizagem, servindo-se, para isso, de métodos baseados em princípios comportamentais.

A Análise Comportamental Aplicada é uma técnica de intervenção comportamental intensiva que busca reforçar comportamentos desejáveis e diminuir comportamentos indesejáveis.

Quando aplicada ao TEA, tem como objetivo substituir os comportamentos indesejados por respostas mais adaptativas, desenvolvendo habilidades sociais e motoras nas áreas de comunicação e autocuidado.

Diversos profissionais podem aplicar o método (psicólogos, pedagogos, terapeutas ocupacionais, entre outros), desde que tenha treinamento em análise de comportamento.

Existem poucos estudos comparando ABA com outros modelos de tratamento e esses estudos têm limitações metodológicas.

Apesar das limitações metodológicas, estudos (incluindo revisões sistemáticas) que avaliaram os programas intensivos de intervenção comportamental para TEA, dentre eles o método ABA, demonstram benefícios no controle dos principais sintomas e comportamentos desadaptativos.

Embora o método ABA pareça ser eficaz quando comparado com intervenções de controle (por exemplo, educação especial, treinamento parental), não está claro que o ABA seja superior a outros métodos de terapia comportamental.

[...]

Conclusão Justificada: Não favorável

Ademais, e não menos relevante, como elucidado na bem recente Nota Técnica do Nat-jus/MT n. 46.575, elaborada em 13/9/2021, nem mesmo seria factível essa imposição às operadoras de plano de saúde, "uma vez que existem poucos cursos de pós-graduação no Brasil em análise em comportamento e específico em Terapia ABA".

Note-se:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. REVALORAÇÃO JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DOS ÓBICES PREVISTOS NAS SÚMULAS 5 E 7, DO STJ. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO MÉDICO NÃO PREVISTO NO ROL DA ANS. COBERTURA. NÃO OBRIGATORIEDADE. EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL. ROL TAXATIVO. MÉTODO ABA. NOTA TÉCNICA Nº 135 DO BANCO DE DADOS E-NATJUS DO CNJ. AUSÊNCIA DE SUPERIORIDADE TÉCNICA APTA A JUSTIFICAR A EXCEPCIONALIDADE DA COBERTURA. COPARTICIPAÇÃO APÓS NÚMERO MÍNIMO DE SESSÕES. JULGAMENTO EXTRA PETITA. PARCIAL PROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência já consolidada desta Corte, a análise do recurso especial não esbarra nos óbices previstos nas Súmulas 5 e 7, do STJ, quando se exige somente o reenquadramento jurídico das circunstâncias de fato e cláusulas contratuais expressamente descritas no acórdão recorrido.

2. As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a custear tratamento médico não incluído no rol de procedimentos na ANS, em razão da necessidade de preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema suplementar de assistência à saúde (Quarta Turma, RESP 1.733.013/PR, DJe 20.2.2020).

3. ?No banco de dados E-natjus do CNJ, na linha da tese suscitada pela operadora do plano de saúde desde a contestação, consta a nota técnica 133 com conclusão não favorável ao Método ABA, por não haver evidências fortes de superioridade com relação às 'terapias convencionais'. E a mesma conclusão se extrai também da Nota Técnica n. 135, a evidenciar que, a par de ser questão de clara atribuição, conferida por lei, ao Poder Executivo, a exclusão dessa cobertura de alto custo, pela ótica da Ciência atual, nem sequer parece se mostrar desarrazoada." (AgInt no AREsp 1544749/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2020, DJe 15/12/2020).

4. Conquanto admitida, em tese, a coparticipação do segurado para as

sessões que excedem o limite mencionado, não é possível examinar o tema no caso dos autos, por falta de pedido. (Aglnt no AREsp 1574594/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/6/2020, DJe 18/6/2020) 5. Agravo interno a que se dá parcial provimento. (Aglnt no REsp 1876830/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2021, DJe 08/10/2021)

Portanto, a par de ser questão de atribuição do Poder Executivo, a exclusão da cobertura vindicada, à luz dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS, como visto, não parece, pela ótica da Ciência atual, mostrar-se claramente desarrazoada, mormente a ponto de justificar a usurpação da atribuição legal da Autarquia especializada, mediante intervenção do Poder Judiciário na relação contratual.

De fato, consoante precedentes da Segunda Turma do STJ, **não é papel do Judiciário promover a substituição técnica por outra concepção defendida pelo julgador, tampouco efetuar o controle do mérito administrativo de atos da ANS, sendo "incabível substituição da discricionariedade técnica pela discricionariedade judicial":**

ADMINISTRATIVO. AÇÃO PROPOSTA CONTRA A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR OBJETIVANDO A NULIDADE DE DISPOSITIVOS DA RESOLUÇÃO ANS 195/2009. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA MANTIDA PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. INDEVIDA INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. CONFIGURAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DA PARTICULAR. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Conforme resumido no parecer do Ministério Público Federal, "[o] ponto controvertido gira em torno de definir a legalidade da alteração promovida pelos arts. 8º e 14 da Resolução 195/09 da ANS, segundo a qual é da pessoa jurídica contratante a responsabilidade pelo pagamento das parcelas do plano de saúde coletivo, afastando a sistemática anterior, em que as pessoas físicas eram diretamente responsáveis pelo pagamento, figurando a pessoa jurídica como simples intermediária entre a operadora e os beneficiários do Plano de Saúde" (fl. 347-e).

2. A Corte de origem consignou que "[a] regra inserta no artigo 14 da Resolução extrapola os limites do poder regulamentar atribuído à ANS e do regramento legal e fere o princípio da proporcionalidade, por inadequadas e desnecessárias ao atingimento da finalidade perseguida"; assim, "[a] ANS acabou por prejudicar o sistema de planos de saúde coletivos como um todo, extrapolando sua competência normativa" (fl. 229-e).

3. **Com razão a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS quando sustenta que "o que se observa da d. decisão recorrida é a substituição da orientação técnica empregada pela Autarquia, que conformou os mencionados dispositivos normativos, por outra concepção defendida pela eminente magistrada, mas que não pode sobrepor-se à atividade legalmente conferida à ANS"; em outras palavras: incabível substituição da discricionariedade técnica pela discricionariedade judicial** (fls. 301/302-e).

4. De fato, o afastamento das normas que atribuem à pessoa jurídica contratante do plano de saúde a responsabilidade pelo pagamento devido à

operadora, nas circunstâncias do caso, **resultou em indevida interferência do Poder Judiciário na atividade regulatória desempenhada pela ANS, a qual possui respaldo na discricionariedade técnica.** Como não está evidenciada nenhuma ilegalidade no caso concreto, **a atuação do Judiciário resulta em indevida incursão no mérito do ato administrativo.**

5. **No mesmo sentido decidiu a Primeira Turma em caso análogo,** "ao reformar parcialmente a sentença de procedência do pedido autoral, mantendo a anulação dos arts. 8º, 9º e 14 da Resolução ANS nº 195/2009, o Tribunal de origem não fundamentou sua decisão na eventual existência de extrapolação dos limites regulamentários e normativos da ANS, mas, sim, em um juízo de valor que transpassa o próprio mérito administrativo que levou à edição da referida resolução normativa (Aglnt nos EDcl no REsp 1834266/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe de 25/3/2021).

6. Agravo interno não provido.

(Aglnt no REsp 1823636/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 16/09/2021)

-----  
-----  
ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. **AGÊNCIA REGULADORA. PODER REGULAMENTAR E NORMATIVO. LIMITES. RESOLUÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. MÉRITO ADMINISTRATIVO. JUÍZO DE VALOR VEDADO AO PODER JUDICIÁRIO. PROVIMENTO DO APELO NOBRE MONOCRATICAMENTE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA.**

1. Inexiste violação ao princípio da Colegialidade pela decisão singular, haja vista que, nos termos do art. 255, § 4º, III, do RISTJ, o Relator pode dar provimento ao recurso especial se o acórdão recorrido for contrário à jurisprudência deste Sodalício, tal como ocorre na hipótese.

2. A matéria veiculada no apelo nobre prescinde do reexame fático-probatório dos autos, sendo suficiente o confronto dos termos do julgado a quo com os dispositivos da lei federal.

3. Do mesmo modo, não procede a arguição de violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015, em razão da rejeição dos aclaratórios, uma vez que toda a matéria necessária ao deslinde da discussão foi analisada, não se podendo confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

4. Segundo entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, **até prova cabal em contrário, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras.**

5. In casu, ao reformar parcialmente a sentença de procedência do pedido autoral, mantendo a anulação dos arts. 8º, 9º e 14 da Resolução ANS nº 195/2009, o Tribunal de origem não fundamentou sua decisão na eventual existência de extrapolação dos limites regulamentários e normativos da ANS, mas, sim, em um juízo de valor que transpassa o próprio mérito administrativo que levou à edição da referida resolução normativa.

6. Na forma da iterativa jurisprudência deste Sodalício, no que diz respeito

# *Superior Tribunal de Justiça*

ao controle jurisdicional dos processos e atos administrativos, o Poder Judiciário está limitado ao exame da regularidade formal, à luz do princípio da legalidade, sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo.

7. Agravo interno a que se nega provimento.

(Aglnt nos EDcl no REsp 1834266/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/03/2021, DJe 25/03/2021)

**5.** Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

