

**AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.544.749 - SP (2019/0214970-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**  
**AGRAVANTE** : L MM (MENOR)  
**REPR. POR** : E MMM  
**ADVOGADO** : DEBORA LUBKE CARNEIRO - SP325588  
**AGRAVADO** : UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO  
**ADVOGADOS** : DAGOBERTO SILVERIO DA SILVA - SP083631  
JOSE LUIS BESSELER - SP223432  
BRUNO GUERIN - SP337062  
VICTOR GABRIEL NAIDHIG DE SOUZA E OUTRO(S) - SP330578

## **RELATÓRIO**

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

1. Cuida-se de agravo interno interposto em face da decisão monocrática de fls. 455-460 que, em reconhecimento das atribuições legais da ANS para estabelecimento do rol, conheceu do AREsp para dar provimento ao recurso especial julgando improcedente o pedido formulado na exordial.

Nas razões recursais, aduz o recorrente que "é portador de transtorno do espectro autista, tendo sido diagnosticado e acompanhado, desde então, por uma profissional que recomendou o tratamento com FONOTERAPIA COM MÉTODO ABA".

Reconhece que "a UNIMED nega a liberação do tratamento terapêutico prescrito por não se tratar de procedimento que conste no Rol da ANS".

Obtempera que o laudo de seu próprio médico assistente pode fazer prova da necessidade da terapia e que "Faz-se necessário entender que não existe apenas um método ou sistema de tratamento e intervenção para pessoas portadoras de transtorno do espectro autista. Cada paciente tem suas necessidades individuais que mudam de acordo com a idade. As técnicas de tratamento devem ser baseadas na avaliação minuciosa do paciente".

Afirma que o entendimento de que a ANS tem a atribuição legal de estabelecer o rol de procedimentos é apenas da Quarta Turma, não tendo respaldo no âmbito da Terceira Turma do STJ, e que "se não obsta a cobertura da doença não pode deixar de arcar com o custo do tratamento, sob risco de limitar o tratamento previsto em contrato. Não pode o plano de saúde estabelecer exclusões genéricas no contrato de saúde, fazendo com que o consumidor tenha que acessar outros documentos (resoluções da ANS) para saber o que contratou, sendo que somente assina o contrato".

Diz que "o recurso especial interposto pelo plano deveria ter o seu seguimento

# *Superior Tribunal de Justiça*

negado por confrontar com o disposto nos enunciados de Súmulas 05 e 07 desta Egrégia Corte".

Admite que a recorrida oferece os tratamentos convencionais, mas que deve ser concedido o que for prescrito pelo médico assistente da própria parte.

É o relatório.



**AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.544.749 - SP (2019/0214970-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**  
**AGRAVANTE** : L M M (MENOR)  
**REPR. POR** : E M M M  
**ADVOGADO** : DEBORA LUBKE CARNEIRO - SP325588  
**AGRAVADO** : UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO  
**ADVOGADOS** : DAGOBERTO SILVERIO DA SILVA - SP083631  
JOSE LUIS BESSELER - SP223432  
BRUNO GUERIN - SP337062  
VICTOR GABRIEL NAIDHIG DE SOUZA E OUTRO(S) - SP330578

**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 EXEMPLIFICATIVO. ILEGALIDADE. REQUERIMENTO DE IMPOSIÇÃO DE CUSTEIO DE TERAPIA MULTIDISCIPLINAR COMPORTAMENTAL, COM UTILIZAÇÃO DO MÉTODO ABA. INCONTROVERSA AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA RELAÇÃO EDITADA PELA AUTARQUIA E RECONHECIMENTO, NO RECURSO, DE QUE HÁ EFETIVO FORNECIMENTO DE TRATAMENTOS CONVENCIONAIS. COBERTURA CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA. ENTENDIMENTO PERFILHADO PELA CORTE LOCAL ESTABELECEENDO DE ANTEMÃO QUE DEVE SER SEMPRE CONCEDIDO AQUILO QUE FOR PRESCRITO PELO MÉDICO ASSISTENTE DA PRÓPRIA PARTE AUTORA, INDEPENDENTEMENTE DO ROL DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA ANS E ATÉ MESMO DO CARÁTER MERAMENTE EXPERIMENTAL. 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 substanciais 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. Ademais, ainda que assim não fosse, 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 n. 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.

4. A elaboração do rol submete-se a diretrizes técnicas 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. Por conseguinte, cumpre 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).

5. Agravo interno não provido.



**VOTO**

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

**2. Não comporta acolhida a irresignação.**

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 o 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**".

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 Cavalcante 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 Miguel Reale. Nesse sentido, **o princípio do equilíbrio econômico dos contatos 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 contatos 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)

Nessa toada, 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, o autor narrou:**

Cumpre ainda informar que, pelos mesmos motivos aduzidos, o Requerente já interpôs outra ação sob no 1010260-15.2016.8.26.0114, que tramitou na la Vara Cível de Campinas, solicitando **Psicoterapia com método ABA** e que fora julgada procedente. No entanto, devido a nova prescrição médica, se faz necessária a propositura da presente.

[...]

DA PRESCRIÇÃO MÉDICA PARA O TRATAMENTO DE **REABILITAÇÃO MULTIDISCIPLINAR COM:**

**FONOTERAPIA COM MÉTODO ABA.**

[...]

**Inobstante os fatos acima elencados, fato já de notório conhecimento dos usuários do plano de saúde e do Judiciário, é que o referido procedimento não é oferecido pela empresa uma vez que não constam no rol de procedimentos da ANS.**

[...]

Ora Exa., a UNIMED CAMPINAS nega a liberação do **tratamento terapêutico multidisciplinar solicitado** e, devido ao seu alto custo [...].

[...]

Em relação à negativa de cobertura para tratamento não previsto no Rol da ANS - Agência Nacional da Saúde, deixou a requerida de agir de acordo com os ditames legais, conforme Súmula 102 do TJ/SP, senão vejamos:

**A sentença anotou:**

Em seguida, contestou o feito (fls. 124/145). Alegou que o autor não cumpriu com o ônus que lhe competia, por não trazer aos autos a negativa da cobertura, nem demonstrar urgência ou emergência. **No mais, suscitou a prevalência do equilíbrio negocial, ponderando que o procedimento requerido pelo autor é experimental, de alto custo, não há demonstração de resultado efetivo, além da metodologia ter cunho eminentemente educacional e, portanto, não goza de cobertura contratual.** Pleiteou pela improcedência da ação. Juntou documentos.

[...]

Primeiramente, cabe lembrar que o rol de cobertura da ANS é meramente exemplificativo, contendo apenas o mínimo obrigatório de procedimentos a serem cobertos pela operadora do plano de saúde. No mesmo passo, resta indubitavelmente abusiva a cláusula que restringe a cobertura e impõe limite

de sessões de tratamento, nos termos do artigo 51, incisos I e IV do Código de Defesa do Consumidor.

[...]

Desta forma, tal argumento da ré de seguir o que consta no referido rol da ANS não prevalece, eis que uma listagem emitida por órgão regulador não pode se sobrepor à lei 9.656/98. Em outras palavras, não pode limitar o que a lei não restringiu, ainda mais no terreno de uma orientação normativa.

O acórdão recorrido, por seu turno, dispôs:

Em apelação a ré sustenta que as coberturas obrigatórias dos planos de saúde regulamentados são determinadas pelo Art. 10, da L.

9656/98, que diz que é instituído o plano referência de assistência à saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no artigo 12 desta Lei.

Acosta o parecer da ANS sobre a não cobertura legal para o tratamento ABA por não estar contemplado no rol de procedimentos vigente.

[...]

Assevera que não bastasse a demanda tratar de método alternativo considerado experimental a ser empregado nas sessões de fonoaudiologia devidamente autorizadas pela Apelante, os mesmos, não possuem cobertura legal e contratual. Frisa que a simples leitura da Lei 9656/98 é bastante para demonstrar que a prestação de serviços é restrita aos procedimentos constantes nas Resoluções da ANS ou simplesmente denominado rol da ANS.

[...]

No relatório juntado aos autos (fls. 27), o do médico de confiança do paciente lhe prescreveu o acompanhamento fonoaudiológico com especialista em método "ABA".

Esclarece-se que a falta de previsão no rol de procedimentos obrigatórios da ANS não desobriga a cobertura, de modo que a tese defendida não convence. Já sedimentado na jurisprudência que referido rol da ANS não pode servir de base para exclusão de procedimentos, pois não acompanha a evolução técnica e científica da medicina, **restando a questão superada à luz das Súmula nº 102 deste Sodalício:**

**"Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento de sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS".**

Conforme exposto na própria exordial (causa de pedir e pedido), o autor pretende a imposição de terapia - fonoterapia comportamental - multidisciplinar, que não integra o rol da ANS, invocando o acórdão recorrido, *data venia*, insólita Súmula local estabelecendo de antemão que, havendo indicação do Médico assistente do próprio autor da ação, é sempre abusiva a negativa de quaisquer cobertura de custeio de tratamentos, até mesmo se for sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

Como visto, acolhendo a tese da recorrente, as instâncias ordinárias, renovada as vênias, simplesmente desconsideraram o rol da ANS, suprimindo as atribuições legais da

Autarquia e violando a tripartição de poderes, a par de tratar o relatório do próprio médico da parte autora, como se fora laudo de perito regularmente nomeado pelo Juízo para produção de provas, sob o crivo do contraditório.

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 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 submete-se a diretrizes técnicas 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. (grifou-se)

Retomando, salientou-se, 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 é meramente exemplificativo, devendo 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, dificulta o acesso à saúde suplementar às camadas mais necessitadas e vulneráveis da população.**

**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 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).

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, cumpre 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 ESTABELECIDA 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).

Cumpra 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. Cumpra 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. Dessarte, ao estabelecer, de antemão com base em Súmula local, que, havendo indicação do médico assistente, nunca prevalece a negativa de cobertura, *data venia*, na verdade, o entendimento, além de em muitos casos ser temerário, é, em linha de princípio, incompatível com o contraditório, a ampla defesa, e com a natural imparcialidade que se espera e legitima a magistratura.

Nesse passo, consoante proposta da I Jornada de Direito da Saúde, realizada pelo CNJ **acolhida em recente 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**

# Superior Tribunal de Justiça

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)

Com efeito, 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, consoante a Resolução n. 238/2016 do CNJ, aquela Corte administrativa determinou às administrações dos tribunais, o seguinte:

Resolução Nº 238 de 06/09/2016

Ementa: Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais,

**CONSIDERANDO que a judicialização da saúde envolve questões complexas que exigem a adoção de medidas para proporcionar a especialização dos magistrados para proferirem decisões mais técnicas e precisas;**

**CONSIDERANDO as diretrizes formuladas pela Resolução CNJ 107, de 6 de abril de 2010, que estabeleceu a necessidade de instituição de Comitês da Saúde Estaduais como instância adequada para encaminhar soluções para a melhor forma de prestação jurisdicional em área tão sensível quanto à da saúde;**

[...]

CONSIDERANDO a deliberação do Plenário do CNJ no Ato Normativo 0003751-63.2016.2.00.0000 na 18ª Sessão Virtual, realizada em 30 de agosto de 2016;

RESOLVE:

**Art. 1º Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais criarão no âmbito de sua jurisdição Comitê Estadual de Saúde, com representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuário do sistema suplementar de saúde que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada estado.**

**§ 1º O Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para**

**elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do art. 156 do Código de Processo Civil Brasileiro.**

[...]

§ 3º As indicações dos magistrados integrantes dos Comitês Estaduais de Saúde serão realizadas pela presidência dos tribunais respectivos ou de acordo com norma prevista em regimento interno dos órgãos, de preferência dentre os magistrados que exerçam jurisdição em matéria de saúde pública ou suplementar, ou que tenham destacado saber jurídico na área da saúde.

[...]

§ 5º Os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) terão função exclusivamente de apoio técnico não se aplicando às suas atribuições aquelas previstas na Resolução CNJ 125/2010.

Art. 2º Os tribunais criarão sítio eletrônico que permita o acesso ao banco de dados com pareceres, notas técnicas e julgados na área da saúde, para consulta pelos Magistrados e demais operadores do Direito, que será criado e mantido por este Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo Único. Sem prejuízo do contido no caput deste artigo, cada tribunal poderá manter banco de dados próprio, nos moldes aqui estabelecidos.

[...]

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

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, a título de mero e oportuno registro, consultando o banco de dados E-natjus do CNJ, consigno que, na linha da tese suscitada no recurso especial, constatei que, de fato, há nota técnica n. 133 sobre o Método ABA, constando as seguintes conclusões, in verbis:

Conclusão Justificada: Não favorável Conclusão: Não há evidências fortes de superioridade da psicoterapia comportamental pelo método ABA em relação a psicoterapia padrão.

[...]

Há evidências científicas? Não.

Observo que a mesma conclusão se extrai também da Nota Técnica n. 135 a, *data maxima venia*, evidenciar que, a par de ser questão de atribuição do Poder Executivo, a **exclusão dessa cobertura notoriamente de alto custo, à luz dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS, como visto, não parece, pela ótica da Ciência atual, se mostrar claramente desarrazoada, mormente a ponto de justificar a supressão da atribuição legal da Autarquia Federal especializada**, mediante a intervenção do Poder Judiciário na relação contratual.

Note-se:

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 EXEMPLIFICATIVO. ILEGALIDADE. FISIOTERAPIA PELO MÉTODO THERASUIT. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA RELAÇÃO EDITADA PELA AUTARQUIA OU NO CONTEÚDO ADICIONAL DO CONTRATO. COBERTURA CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA. MÉTODO, ADEMAIS, TIDO PELO CFM COMO MERAMENTE EXPERIMENTAL, SEM EVIDÊNCIA CIENTÍFICA DE SUPERIORIDADE COM RELAÇÃO À FISIOTERAPIA CONVENCIONAL, SEGUNDO O NAT-JUS NACIONAL E PARECER DAQUELE CONSELHO FEDERAL. IMPOSIÇÃO DE



CUSTEIO AO PLANO DE SAÚDE. 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. Ademais, a Nota Técnica n. 9.666, elaborada pelo NAT-JUS NACIONAL, em 7/8/2020, disponível no banco de dados E-natjus do CNJ, contém, na mesma linha da tese sustentada no recurso especial pela ora agravada, conclusão desfavorável ao custeio da terapia TheraSuit, pelos seguintes fundamentos: a) "foi verificada a escassez de estudos robustos acerca do tema, destacando uma revisão sistemática com metanálise que evidenciou que o referido efeito do protocolo com o Método Therasuit foi limitado e heterogêneo"; b) "o Conselho Federal de Medicina, em seu PARECER CFM Nº 14/2018, publicado em maio de 2018 concluiu que as terapias propostas (TheraSuit e PediaSuit) ainda carecem de evidência científica que lhes deem respaldo e devem ser entendidas apenas como intervenções experimentais"; c) em "suma, o parecer técnico do CFM supramencionado concluiu que: "[...] no momento, não há parâmetros de superioridade do uso de métodos fisioterápicos que utilizam vestimentas especiais. A prescrição

médica pode restringir-se à solicitação de fisioterapia intensiva" convencional.

4. O "art. 10º, I, V, IX, da Lei n. 9.656/1998 testilhando com as súmulas locais invocadas, 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). No mesmo diapasão, propugna o Enunciado de Saúde Suplementar n. 26 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ ser lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental.

**5. Por um lado, o menoscabo de "tais aspectos bem como a própria imposição pelos juízos de coberturas que não têm amparo na legislação vigente [...] 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).**

Por outro lado, cumpre 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 participantes dos planos individuais e coletivos de saúde, 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).

6. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1497534/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 23/10/2020)

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

É como voto.