

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.876.630 - SP (2020/0125504-0)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : LUIZ ROBERTO MEIRELLES TEIXEIRA - SP112411
EDNEI ANGELO CORREA - SP245618
RECORRIDO : KARINE LISBOA SENWAITIS
ADVOGADO : MÁRCIO BORGES - SP159717

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NANCY ANDRIGHI (RELATOR):

Cuida-se de recurso especial interposto por UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP.

Ação: indenizatória c/c compensação de dano moral, ajuizada por KARINE LISBOA SENWAITIS, em face de UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, com os aditamentos de fls. 54-55 e 82-85, e-STJ, pleiteando o reembolso das despesas relativas à cirurgia plástica de redução de mamas para correção de hipertrofia mamária bilateral, cuja cobertura alega ter sido indevidamente recusada pela operadora do plano de saúde.

Sentença: o Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a UNIMED a reembolsar à autora todos os valores despendidos para a realização do procedimento cirúrgico, que totalizam a quantia de R\$ 12.264,00.

Acórdão: o TJ/SP, à unanimidade, deu provimento à apelação de KARINE e negou provimento à interposta pela UNIMED, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL PLANO DE SAÚDE Preliminar de cerceamento de defesa afastada - Ação julgada parcialmente procedente para compelir a seguradora ao custeio de procedimento de mamoplastia redutora, afastando a indenização por danos morais Alegação de que a cirurgia é meramente estética não prevista no Rol da ANS

Superior Tribunal de Justiça

Inadmissibilidade - Não pode ser considerada meramente estética a cirurgia plástica de mamoplastia redutora prescrita em virtude de hipertrofia mamária - Inteligência da Súmula nº 102 deste E. TJSP Danos morais configurados - Recurso da autora provido e recurso da ré não provido.

Recurso especial: aponta violação dos arts. 7º e 369 do CPC/2015, do art. 10 da Lei 9.656/98, e dos arts. 186, 927 e 944 do CC/2002, além do dissídio jurisprudencial.

Sustenta que “a dilação probatória é indispensável, tendo em mente as circunstâncias do caso concreto” pois, “ainda que a operadora não questione a indicação médica, é preciso abordar a questão envolvendo a natureza do procedimento solicitado pela autora/recorrida {se estética ou não}” (fl. 588, e-STJ).

Afirma que “o procedimento solicitado foi negado, já que não há contemplação no rol [de procedimentos e eventos em saúde] vigente pela RN 387/15 da ANS e Parecer Técnico nº 22 da ANS”, além da exclusão de cobertura no contrato (fl. 590, e-STJ).

Alega que “agiu seguindo as normas que regulamentam sua atividade” e que, por isso, “não houve conduta ilícita por parte da UNIMED SOROCABA” (fl. 591, e-STJ).

Salienta que o acórdão recorrido “está usurpando a competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar ao impor a cobertura de procedimentos não contemplado no ROL” (fl. 592, e-STJ).

Assevera que “os danos materiais devem ser rejeitados, na medida em que a negativa de cobertura é legítima e decorre da aplicação da lei ao caso concreto”; que “a situação concreta enfrentada nos presentes autos não ultrapassa a barreira do mero aborrecimento”; e que, “ainda que se reconheça o dever de indenizar, é certo que o valor arbitrado é excessivo, configurando verdadeiro enriquecimento indevido” (fls. 592-593, e-STJ).

Superior Tribunal de Justiça

Ao final, "requer o provimento deste Recurso Especial para reformar integralmente o v. Acórdão, julgando improcedente a presente acção; subsidiariamente, requer o provimento do presente, a fim de reduzir o valor dos danos morais, notadamente razão da manifesta contrariedade à legislação infraconstitucional (fl. 594, e-STJ).

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.876.630 - SP (2020/0125504-0)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : LUIZ ROBERTO MEIRELLES TEIXEIRA - SP112411
EDNEI ANGELO CORREA - SP245618
RECORRIDO : KARINE LISBOA SENWAITIS
ADVOGADO : MÁRCIO BORGES - SP159717

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZATÓRIA C/C COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. AMPLITUDE DE COBERTURA. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA. NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIA DE MAMOPLASTIA BILATERAL. PROCEDIMENTO INDICADO PARA TRATAMENTO DE HIPERPLASIA MAMÁRIA BILATERAL. RECUSA INDEVIDA CARACTERIZADA. DEVER DA OPERADORA DE INDENIZAR A USUÁRIA. AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DE AFLIÇÃO PSICOLÓGICA E ANGÚSTIA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA OU EMERGÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DELIMITADAS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DANO MORAL AFASTADO. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação indenizatória c/c compensação de dano moral ajuizada em 22/05/2017, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 04/03/2020 e atribuído ao gabinete em 09/06/2020.

2. O propósito recursal é dizer sobre: (X) o cerceamento de defesa; (X) a obrigação de a operadora de plano de saúde indenizar a beneficiária pelas despesas com a realização de cirurgia, após recusar a cobertura do procedimento; (X) a configuração e o valor arbitrado a título de compensação do dano moral.

3. A jurisprudência desta Corte orienta que a avaliação quanto à necessidade e à suficiência das provas demanda, em regra, incursão no

Superior Tribunal de Justiça

acervo fático-probatório dos autos e encontra óbice na súmula 7/STJ, bem como que não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, quando o Tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a prescindibilidade de produção probatória.

4. Nos termos do § 4º do art. 10 da Lei 9.656/1998, a amplitude da cobertura assistencial médico-hospitalar e ambulatorial, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, é regulamentada pela ANS, a quem compete a elaboração do rol de procedimentos e eventos para a promoção à saúde, 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 de Saúde – OMS, respeitadas as segmentações assistenciais contratadas.

5. O Plenário do STF reafirmou, no julgamento da ADI 2.095/RS (julgado em 11/10/2019, DJe de 26/11/2019), que “o poder normativo atribuído às agências reguladoras deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência”, razão pela qual os atos normativos exarados pela ANS, além de compatíveis com a Lei 9.656/1998 e a Lei 9.961/2000, dentre outras leis especiais, devem ter conformidade com a CF/1988 e o CDC, não lhe cabendo inovar a ordem jurídica.

6. Conquanto o art. 35-G da Lei 9.656/1998 imponha a aplicação subsidiária da lei consumerista aos contratos celebrados entre usuários e operadoras de plano de saúde, a doutrina especializada defende a sua aplicação complementar àquela lei especial, em diálogo das fontes, considerando que o CDC é norma principiológica e com raiz constitucional, orientação essa que se justifica ainda mais diante da natureza de adesão do contrato de plano de saúde e que se confirma, no âmbito jurisdicional, com a edição da súmula 608 pelo STJ.

7. Quando o legislador transfere para a ANS a função de definir a amplitude das coberturas assistenciais (art. 10, § 4º, da Lei 9.656/1998), não cabe ao órgão regulador, a pretexto de fazê-lo, criar limites à cobertura determinada pela lei, de modo a restringir o direito à saúde assegurado ao consumidor, frustrando, assim, a própria finalidade do contrato.

8. O que se infere da leitura da Lei 9.656/1998 é que o plano-referência impõe a cobertura de tratamento de todas as doenças listadas na CID, observada a amplitude prevista para o segmento contratado pelo consumidor e excepcionadas apenas as hipóteses previstas nos incisos do art. 10, de modo que qualquer norma infralegal que a restrinja mostra-se abusiva e, portanto, ilegal, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada.

9. O rol de procedimentos e eventos em saúde (atualmente incluído na Resolução ANS 428/2017) é, de fato, importante instrumento de orientação para o consumidor em relação ao mínimo que lhe deve ser oferecido pelas

operadoras de plano de saúde, mas não pode representar a delimitação taxativa da cobertura assistencial mínima, na medida em que o contrato não se esgota em si próprio ou naquele ato normativo, mas é regido pela legislação especial e, sobretudo, pela legislação consumerista, com a ressalva feita aos contratos de autogestão.

10. Sob o prisma do CDC, não há como exigir do consumidor, no momento em que decide aderir ao plano de saúde, o conhecimento acerca de todos os procedimentos que estão – e dos que não estão – incluídos no contrato firmado com a operadora do plano de saúde, inclusive porque o rol elaborado pela ANS apresenta linguagem técnico-científica, absolutamente ininteligível para o leigo. Igualmente, não se pode admitir que mero regulamento estipule, em desfavor do consumidor, a renúncia antecipada do seu direito a eventual tratamento prescrito para doença listada na CID, por se tratar de direito que resulta da natureza do contrato de assistência à saúde.

11. No atendimento ao dever de informação, deve o consumidor ser clara, suficiente e expressamente esclarecido sobre os eventos e procedimentos não cobertos em cada segmentação assistencial (ambulatorial, hospitalar – com ou sem obstetrícia – e odontológico), como também sobre as opções de rede credenciada de atendimento, segundo as diversas categorias de plano de saúde oferecidas pela operadora; sobre os diferentes tipos de contratação (individual/familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial), de área de abrangência (municipal, grupo de municípios, estadual, grupo de estados e nacional) e de acomodação (quarto particular ou enfermaria), bem como sobre as possibilidades de coparticipação ou franquia e de pré ou pós-pagamento, porque são essas as informações que o consumidor tem condições de avaliar para eleger o contrato a que pretende aderir.

12. Não é razoável impor ao consumidor que, no ato da contratação, avalie os quase 3.000 procedimentos elencados no Anexo I da Resolução ANS 428/2017, a fim de decidir, no momento de eleger e aderir ao contrato, sobre as possíveis alternativas de tratamento para as eventuais enfermidades que possam vir a acometê-lo.

13. A qualificação do rol de procedimentos e eventos em saúde como de natureza taxativa demanda do consumidor um conhecimento que ele, por sua condição de vulnerabilidade, não possui nem pode ser obrigado a possuir; cria um impedimento inaceitável de acesso do consumidor às diversas modalidades de tratamento das enfermidades cobertas pelo plano de saúde e às novas tecnologias que venham a surgir; e ainda lhe impõe o ônus de suportar as consequências de sua escolha desinformada ou mal informada, dentre as quais, eventualmente, pode estar a de assumir o risco à sua saúde ou à própria vida.

14. É forçoso concluir que o rol de procedimentos e eventos em saúde da

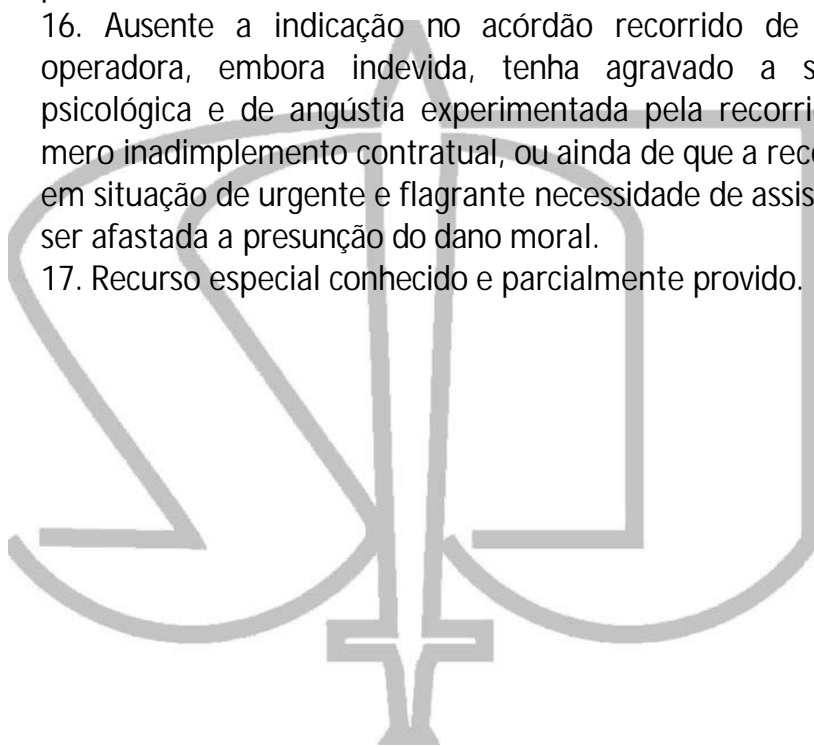
Superior Tribunal de Justiça

ANS tem natureza meramente exemplificativa, porque só dessa forma se concretiza, a partir das desigualdades havidas entre as partes contratantes, a harmonia das relações de consumo e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, de modo a satisfazer, substancialmente, o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo.

15. Hipótese em que a circunstância de o procedimento não constar do rol de procedimentos e eventos em saúde, não é apta a autorizar a operadora a recusar o seu custeio, sobretudo considerando que a cirurgia prescrita para a recorrida não se enquadra em nenhuma das hipóteses de exceção previstas no art. 10 da Lei 9.656/1998.

16. Ausente a indicação no acórdão recorrido de que a conduta da operadora, embora indevida, tenha agravado a situação de aflição psicológica e de angústia experimentada pela recorrida, ultrapassando o mero inadimplemento contratual, ou ainda de que a recorrida se encontrava em situação de urgente e flagrante necessidade de assistência à saúde, deve ser afastada a presunção do dano moral.

17. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.876.630 - SP (2020/0125504-0)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : LUIZ ROBERTO MEIRELLES TEIXEIRA - SP112411
EDNEI ANGELO CORREA - SP245618
RECORRIDO : KARINE LISBOA SENWAITIS
ADVOGADO : MÁRCIO BORGES - SP159717

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NANCY ANDRIGHI (RELATOR):

O propósito recursal é dizer sobre: (x) o cerceamento de defesa; (//) a obrigação de a operadora de plano de saúde indenizar a beneficiária pelas despesas com a realização de cirurgia, após recusar a cobertura do procedimento; (///) a configuração e o valor arbitrado a título de compensação do dano moral.

BREVE SÍNTESE DA DEMANDA

Segundo registrado no acórdão impugnado, a recorrida sofria “com fortes dores na região dorsal e nos ombros (escoliose dorso-lombar, acentuação da cifose torácica e da lordose lombar, processo degenerativo multiscal da coluna cervical e degeneração discal em T7-T8, cervicalgia, dorsalgia e lombalgias frequentes) e dermatite de repetição em virtude da hipertrofia mamária bilateral que a acometia, já tendo passado por diversos tratamentos conservadores, sem sucesso” (fl. 575, e-STJ), tendo-lhe sido prescrita a cirurgia plástica de redução das mamas.

Alega a recorrente, além da ocorrência de cerceamento de defesa, que a cirurgia realizada pela recorrida não está incluída no rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS (Anexo da Resolução Normativa ANS 387/15, vigente à época), razão pela qual se mostra devida a recusa de cobertura.

Para o TJ/SP, no entanto, além de não configurado o cerceamento de

defesa, “a cirurgia plástica, quando não realizada para fins meramente estéticos, não consta no rol taxativo de restrições do art. 10 da Lei 9.656/98” (fl. 575, e-STJ).

DO CERCEAMENTO DE DEFESA

Defende a recorrente a ocorrência de cerceamento de defesa, sustentando a necessidade de realização de prova pericial e de consulta a ANS previamente ao julgamento.

Sobre essa questão, verifica-se que o TJ/SP confirmou a sentença, no que tange ao julgamento antecipado da lide, reafirmando a desnecessidade de dilação probatória, por se tratar de questão exclusivamente de direito.

Sobre o tema, a jurisprudência desta Corte orienta que “a avaliação quanto à necessidade e à suficiência ou não das provas e a fundamentação da decisão demanda, em regra, incursão no acervo fático-probatório dos autos e encontram óbice no Enunciado 7 do STJ” (AgInt no AREsp 1.429.834/SP, Terceira Turma, julgado em 26/10/2020, DJe 29/10/2020; AgInt no REsp 1.850.724/RJ, Segunda Turma, julgado em 26/10/2020, DJe 28/10/2020), bem como que “não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa, com o julgamento antecipado da lide, quando o Tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a prescindibilidade de produção probatória, por se tratar de matéria eminentemente de direito ou de fato já provado documentalmente” (AgInt no AgInt nos EDcl no AREsp 850.552/PR, Quarta Turma, DJe de 19/5/2017; AgInt no AREsp 1.645.878/SP, Segunda Turma, julgado em 19/10/2020, DJe 23/10/2020; AgInt no REsp 1.548.228/RJ, Quarta Turma, julgado em 19/10/2020, DJe 26/10/2020).

Além do mais, não está em discussão a necessidade e a adequação do procedimento cirúrgico indicado para o tratamento da doença da recorrida e saber

se este procedimento deve ser ou não custeado pela operadora é questão de direito, que exige a análise da relação jurídica estabelecida entre as partes contratantes, a partir da legislação pertinente.

DA OBRIGAÇÃO DE A OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE
INDENIZAR A BENEFICIÁRIA PELAS DESPESAS COM A REALIZAÇÃO DE
CIRURGIA, APÓS RECUSAR A COBERTURA DO PROCEDIMENTO

Para que se possa decidir sobre a obrigação de a operadora de plano de saúde indenizar a beneficiária pelas despesas com a realização da cirurgia plástica, há de ser previamente analisada a natureza do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS.

Da natureza do rol de procedimentos e eventos em saúde da
ANS

No exercício de seu poder normativo, a ANS elaborou, e periodicamente atualiza, o rol de procedimentos e eventos em saúde, atualmente incluído na Resolução ANS 428/2017, o qual, segundo define a própria autarquia, contempla “procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e eventos em saúde, em cumprimento ao disposto na Lei nº 9.656, de 1998” (disponível em <http://ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/o-que-o-seu-plano-de-saude-deve-cobrir/o-que-e-o-rol-de-procedimentos-e-evento-em-saude>; acessado em 20/10/2020).

Até o julgamento do REsp 1.733.013/PR pela Quarta Turma (julgado em 10/12/2019, DJe de 20/02/2020), havia, no âmbito da Segunda Seção, o entendimento consolidado sobre a natureza meramente exemplificativa desse rol,

fundado nas regras e princípios do CDC, em especial no da interpretação mais favorável ao consumidor e no da boa-fé objetiva.

Firmou-se, então, a tese de que “é abusiva a recusa da operadora do plano de saúde de arcar com a cobertura do medicamento prescrito pelo médico para o tratamento do beneficiário, sendo ele *off label*, de uso domiciliar, ou ainda, não previsto em rol da ANS, e, portanto, experimental, quando necessário ao tratamento de enfermidade objeto de cobertura pelo contrato” (AglInt no REsp 1.849.149/SP, Terceira Turma, julgado em 30/03/2020, DJe de 01/04/2020; AgInt no AREsp 1.573.008/SP, Terceira Turma, julgado em 10/02/2020, DJe de 12/02/2020; AgInt no AREsp 1.490.311/SP, Quarta Turma, julgado em 17/09/2019, DJe de 03/10/2019; AgInt no REsp 1.712.056/SP, Quarta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe de 18/12/2018).

Sucedee, entretanto, que, ao julgar o REsp 1.733.013/PR, a Quarta Turma promoveu mudança do seu entendimento para decidir que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza taxativa, a partir dos seguintes fundamentos:

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

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

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 – grifou-se)

Instaurou-se, assim, a divergência entre a Terceira e a Quarta Turmas sobre essa questão complexa e de extrema relevância, pois seu deslinde condiciona a solução de diferentes outros pontos controvertidos relacionados aos contratos de planos de saúde, como o que ora se analisa.

De início, é oportuno trazer à colação o que estabelece o art. 10 da Lei 9.656/1998:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

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

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12; (Redação dada pela Lei nº 12.880, de 2013) (Vigência)

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

VIII - revogado

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

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

(...)

Superior Tribunal de Justiça

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS. (Vide Medida Provisória nº 1.665, de 1998) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Pelo § 4º do referido dispositivo, apontado como violado, o legislador atribuiu à ANS a competência para normatizar a amplitude da cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), da Organização Mundial de Saúde, incluída no plano-referência de assistência à saúde.

Por sua vez, a Lei 9.961/2000, que instituiu a ANS como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde, prevê, dentre as suas atribuições, a elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituem a referência básica para os fins do disposto na Lei 9.656/1998, e suas excepcionalidades.

No exercício desse poder normativo conferido pelo legislador, não se pode perder de vista, como adverte Leila Cuéllar, que os atos editados pelas agências reguladoras “não podem desrespeitar as normas e princípios de direito que lhes são superiores” e, por isso, lhes é “vedado modificar, suspender, derrogar ou revogar as normas e princípios constitucionais ou contrariar a lei, entendida em sentido amplo” (As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001. p. 124).

Nessa linha, o Plenário do STF reafirmou, no julgamento da ADI 2.095/RS (Relator(a): Min. Cármen Lúcia, julgado em 11/10/2019, DJe de 26/11/2019), que “o poder normativo atribuído às agências reguladoras deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência”, consoante se infere deste trecho do voto condutor do

acórdão:

Este Supremo Tribunal, na linha do acórdão de indeferimento da cautelar na presente ação, tem proclamado que o poder normativo atribuído às agências reguladoras deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência:

“O campo no qual o agente regulador atua com liberdade tem suas margens definidas pelos conteúdos que podem ser inequivocamente extraídos, senão da letra da lei, pelo menos do propósito claro e manifesto do legislador. Para ser legítima, a atuação normativa do agente regulador deve ser capaz de ser justificada como a integração de uma evidente escolha legislativa. Em outras palavras, a orientação seguida pelo Administrador deve necessariamente traduzir uma escolha previamente realizada pelo Legislador, que lhe confere autoridade, e não uma interpretação possível, entre tantas outras, de conceitos jurídicos indeterminados.

Isso em absoluto significa reduzir a regulação setorial ao preenchimento de lacunas e muito menos à execução mecânica da lei.

Dotada de inquestionáveis relevância e responsabilidade, a função regulatória só é dignificada pelo reconhecimento de que não é inferior nem exterior à legislação. Exercida em um espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente.

O poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas respectivas leis instituidoras consiste em instrumento para que dele lance mão o agente regulador de um determinado setor econômico ou social na implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial. No domínio da regulação setorial, a edição de ato normativo geral e abstrato (poder normativo) destina-se à especificação de direitos e obrigações dos particulares. Não permite a Constituição, no entanto, lhes seja emprestada força legislativa suficiente para criá-los ou extingui-los. O poder normativo atribuído às agências reguladoras vocaciona-se a 'traduzir, por critérios técnicos, os comandos previstos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional acerca do subsistema regulado'.

2 A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações.

Seu domínio próprio é o do preenchimento dos

espaços normativos deixados em aberto pela legislação, e não o da criação de novos espaços.

Hierarquicamente subordinado à lei, o poder normativo atribuído às agências reguladoras não lhes faculta inovar *ab ovo* na ordem jurídica, mormente para "impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas"

3. Vale ressaltar, ainda, que, sendo uma das justificativas centrais para a emergência da regulação setorial por agências independentes o elevado grau de segurança jurídica exigido pela complexidade das relações sociais no mundo contemporâneo, admitir alto grau de discricionariedade do agente regulador ou baixa vinculação da regulação aos limites impostos pela lei contraria a sua própria finalidade institucional, passando, as agências reguladoras, de agentes estabilizadores a fatores de instabilidade jurídica" (ADI 4093, Relatora a Ministra Rosa Weber, Dje. 29.4.2014).

Especificamente no tocante à ANS, a e. Ministra Carmen Lúcia, em decisão monocrática exarada nos autos da MC na ADPF 532/DF (DJE de 02/08/2018), por meio da qual suspendeu a eficácia da Resolução Normativa ANS 433/2018, manifestou, com propriedade, sua preocupação com "situações desarrazoadas de incerteza provocadas pelo advento de normas editadas fora do espaço legislativo próprio e com a garantia do devido processo legislativo que permite a transparência dos debates, das razões e das finalidades buscadas pelas normas, especialmente sobre direitos fundamentais". Conquanto a decisão tenha posteriormente perdido a eficácia, porque julgada prejudicada a ADPF 532/DF, em virtude da perda do objeto pela revogação superveniente do ato estatal impugnado, merecem destaque os seus fundamentos, por sua pertinência com o objeto deste recurso especial:

10. A segurança jurídica exigida nas contratações é também princípio determinante para respeito ao devido processo legislativo. É ele que assegura ao cidadão o conhecimento prévio do direito que se pretende estabelecer, suas razões e finalidades de cada norma, a participação da sociedade legitimador do ordenamento jurídico.

Por isso, normas editadas pelos órgãos e entidades administrativas não podem inovar a ordem jurídica, ressalva feita à expressa autorização constitucional e não com o objetivo de restringir direitos fundamentais.

A edição de norma administrativa que inaugura situação de constrangimento a direito social fundamental, como é o caso da saúde, não apenas pode vir a limitar esse direito, mas também instala situação da segurança e da confiança no direito e do direito, o que tem contribuído para a instabilidade das relações sociais brasileiras e, mais ainda, tem minado a confiança dos cidadãos nas instituições públicas.

Daí porque a observância da Constituição é urgente por todos nós, incluídos e principalmente, servidores do Poder Judiciário, atuando como guarda permanente da Lei que dá fundamento a todas as outras.

Permitir que órgãos e entidades administrativas inovem a ordem jurídica é anuir em que o direito seja instrumento insuficiente ou incapaz de dotar de segurança as relações sociais, a boa fé que está na base dos contratos firmados, a confiança que os negócios devem prover, tudo em contrariedade à conquista constitucional do Estado de Direito.

(...)

13. A saúde tida como direito fundamental da pessoa não pode ser tida apenas como ausência de doença, como afirmei, por exemplo, na ADPF n. 101, mas como estado de bem estar ocasionado pelas condições gerais que lhe asseguram segurança e confiança no seu entorno sóciopolítico e econômico. Esse direito é, portanto, posto em questão quando se configuram situações desarrazoadas de incerteza provocadas pelo advento de normas editadas fora do espaço legislativo próprio e com a garantia do devido processo legislativo que permite a transparência dos debates, das razões e das finalidades buscadas pelas normas, especialmente sobre direitos fundamentais.

A confiança em todo o sistema não pode ser diminuída ou eliminada por normas cuja correção formal é passível de questionamento judicial.

14. Causa estranheza que matéria relativa ao direito à saúde, de tamanha relevância social, e que a Constituição afirma que, no ponto relativo a planos específicos, somente poderá ser regulamentada nos termos da lei, e sem que a ela, aparentemente, se atenha, deixe de ser cuidada no espaço próprio de apreciação, discussão e deliberação pelos representantes do povo legitimamente eleitos para o Congresso Nacional, e seja cuidado em espaço administrativo restrito, com parca discussão e clareza, atingindo a sociedade e instabilizando relações e

umentando o desassossego dos cidadãos.

Daí porque, nesse momento processual, é recomendável que se assegure a estabilidade do atual sistema de saúde suplementar à luz da Constituição brasileira.

15. O negócio jurídico consubstanciado nos contratos de adesão propostos pelas operadoras de saúde devem obrigatoriamente observar os ditames constitucionais da máxima eficiência, da transparência, da legalidade e, ainda, ao art. 170 da Constituição do Brasil, segundo o qual:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...”. (grifou-se)

Não por outro motivo, aliás, Bruno Miragem, ao tratar do poder de regulação da ANS, alerta para um superdimensionamento dessa competência normativa secundária (regulamentar), a qual, segundo afirma, “tem dado causa à edição de regulamentos de frágil conformidade com as disposições e/ou o fundamento teleológico da Lei 9.656/98 e do Código de Defesa do Consumidor” (Curso de Direito do Consumidor. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 410).

Sob essa ótica, a primeira conclusão que se pode extrair é a de que os atos normativos exarados pela ANS, além de compatíveis com a Lei 9.656/1998 e a Lei 9.961/2000, dentre outras leis especiais, devem ter conformidade com a CF/1988 e o CDC, não lhe cabendo inovar a ordem jurídica.

Com relação à CF/1988, é inegável que os atos normativos devem afirmar a relevância pública atribuída aos serviços de saúde pelo texto constitucional, dada a importância social da atividade exercida pelas operadoras de planos de saúde ao contribuírem, ainda que em caráter suplementar, para a concretização do direito à saúde garantido a todos pelo constituinte (arts. 196, 197 e 199 da CF/1988). Nessa toada, afirmou o e. Ministro Marco Aurélio, no voto condutor da ADI 1.931/DF (Pleno, julgada em 07/02/2018, DJe de 08/06/2018)

que “a promoção da saúde, mesmo na esfera privada, não se vincula às premissas do lucro” e que “a atuação no lucrativo mercado de planos de saúde não pode ocorrer à revelia da importância desse serviço social, reconhecida no artigo 197 do Texto Maior”, *verbis*.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

No que tange ao CDC, observa Aurisvaldo Melo Sampaio: “mesmo os poderes normativo e regulamentar da ANS devem ser exercidos com observância das normas insertas no CDC, inclusive os seus princípios, revelando-se ilegais, ofensivos à ordem jurídica, sempre que desses limites discreparem, sujeitando-se ao controle judicial em tais hipóteses” (O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. São Paulo: RT, 2010. p. 267).

Acrescenta-se, ainda, a lição de Maria Stella Gregori:

A criação da ANS foi um marco importante para o mercado de saúde suplementar, à medida que o Estado sinalizava, de um lado, que esta atividade estava submetida aos princípios constitucionais da ordem econômica, da livre iniciativa e competição, por considera-los instrumentos agregadores de eficiência a esse mercado; e, de outro, que tais atividades deveriam ser desenvolvidas de acordo com decisões e regulamentações editadas por um órgão estatal responsável por autorizar, regulamentar e fiscalizar o exercício dessas atividades, de modo a permitir que a competição se desse de forma saudável e em benefício da sociedade como um todo.

(...)

Como já se ressaltou, a ANS não pode ser vista como um órgão de defesa do consumidor, nem integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor-SNDC, o que não quer dizer que o consumidor não seja beneficiário final de suas ações, pois é

Superior Tribunal de Justiça

a partir da busca pelo equilíbrio das relações e forças existentes no mercado que se poderá trazer maiores benefícios ao cidadão-consumidor, inclusive de forma coletiva e abrangente.

(...)

Na busca desse equilíbrio, a defesa do consumidor é perseguida, mas com foco no mercado, diferentemente dos órgãos próprios, integrantes do SNDC, que buscam essencialmente a satisfação do consumidor.

Insista-se, porém, que a diferença de foco entre os órgãos eminentemente consumeristas e a ANS não lhe retira sua função de instrumento, sem dúvida nenhuma, de proteção do consumidor e, ainda, conta com a disponibilização de canais de acesso para que o fornecedor faça suas consultas ou reclamações sobre o setor de saúde suplementar. (Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 48 e 80-81)

Impende ressaltar, por oportuno, que, embora a Lei 9.656/1998 seja a lei especial que regula os planos privados de assistência à saúde, há expressa menção em seu art. 35-G de aplicação do CDC aos contratos celebrados entre usuários e operadoras, sem falar nas outras 43 vezes em que o termo consumidor é mencionado na própria lei. E, conquanto o referido dispositivo legal imponha a aplicação subsidiária da lei consumerista, a doutrina especializada defende a sua aplicação complementar, em diálogo das fontes, como bem demonstra a supracitada professora Maria Stella Gregori:

O Código de Defesa do Consumidor, como já se disse, é lei geral principiológica e se aplica a toda relação de consumo, conforme afirma Rizzato Nunes: 'A Lei 8.078/1990 não revogou lei alguma. Ela ingressou no sistema jurídico, digamos assim, de forma horizontal, indo atingir toda e qualquer relação jurídica na qual se possa identificar num polo o consumidor, e n'outro o fornecedor, transacionando produtos e serviços'.

(...)

Denota-se, assim, perfeitamente admissível a aplicação cumulativa e complementar da Lei 9.656/1998 e do Código de Defesa do Consumidor aos contratos novos. Da lei geral extraem-se os comandos principiológicos aplicáveis à proteção do consumidor, ao passo que à legislação específica caberá reger, de forma minudenciada,

os planos privados de assistência à saúde.

Voltando a recorrer às lições de Claudia Lima Marques: 'Há cumulação de leis, complementaridade de leis, 'diálogo de fontes' e não 'subsidiariedade'. Subsidiariedade significa ordem de aplicação, aplica-se inicialmente uma lei e só após se aplicará a outra. Aqui há complementação, de ambas regulando ao mesmo tempo o mesmo caso, em diálogo, pois não são antinômicas as leis, ao contrário, ambas seguem princípios similares'.

(...)

Há de se concordar com tais posições, indo-se, no entanto, mais além, ao sustentar que, mesmo que não houvesse qualquer menção ao Código de Defesa do Consumidor na Lei 9.656/1998, ele estaria subjacente, por ter raiz constitucional e se tratar de lei principiológica. Nesse sentido, qualquer lei especial que vier regular um segmento específico que envolva, em um polo, o consumidor e, em outro, o fornecedor, transacionando produtos e serviços, terá de obedecer à Lei Consumerista, ainda que não haja remissão expressa. Como ensina Rizzato Nunes: '... na eventual dúvida sobre saber qual diploma legal incide na relação jurídica, no fato ou na prática civil ou comercial, deve o intérprete, preliminarmente, identificar a própria relação: se for jurídica de consumo, incide na mesma a Lei 8.078/1990'.

Por conseguinte, os consumidores de planos privados de assistência à saúde têm, em primeiro lugar, o direito de ver reconhecidos todos os direitos e princípios assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor, tanto na esfera da regulamentação administrativa, quanto na esfera judicial.

A interpretação da lei especial está subsumida no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC), o que leva à observância de seus direitos básicos (art. 6º do CDC), à interpretação das cláusulas contratuais em seu favor (art. 47 do CDC) e ao expurgo, por nulidade absoluta, de cláusulas contratuais abusivas (art. 51 do CDC).

(...)

Volta-se, nesse passo, a afirmar que o Código de Defesa do Consumidor tem raiz constitucional, portanto é hierarquicamente superior à Lei 9.656/1998, que, por sua vez, é posterior e especial. Como já foi visto, há complementariedade entre eles: o Código de Defesa do Consumidor regula todas as relações de consumo e a Lei 9.656/1998 regula as especificidades dos planos privados de assistência à saúde.

Compartilhando do entendimento de Marcelo Sodre cabe destacar que "as leis de defesa do consumidor, na exata medida em que fixarem princípios a serem perseguidos – e neste caso se tornarem leis principiológicas – terão superioridade em relação

às demais leis especiais". (Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 160-165)

Segue a mesma inteligência José Reinaldo de Lima Lopes, ao tratar da interpretação dos contratos de consumo e de planos de saúde:

Entendido que a Lei 9.656/98 encontra-se dentro do direito do consumidor, seus dispositivos devem ser interpretados dentre os princípios gerais ou contratuais da Lei 8.078/90.

Em primeiro lugar, o consumidor de plano de saúde (ou seguro saúde) continua a ter o direito a ver reconhecida a sua vulnerabilidade (art. 4º, I) tanto na esfera da regulamentação administrativa quanto na esfera judicial. Tem ainda aplicação muito relevante o inc. V do art. 4º, já que os fornecedores de planos e seguros se responsabilizam pela qualidade de seus serviços, inclusive tendo em conta a natureza continuativa da relação (cf. art. 17, IV, da Lei 9.656/98).

Continua tendo plena aplicação também o art. 6º, em todos os seus incisos, mas especialmente relevantes são alguns deles. O inc. III, por exemplo, que obriga a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços", vale dizer, informação adequada e clara sobre as restrições de atendimento, sobre os critérios de reajuste e sobre as diferenças entre o plano-referência e os outros planos. Na mesma ordem de ideias, publicidade enganosa e abusiva, assim como práticas e cláusulas abusivas são sujeitas à invalidação. O mesmo se diz do inc. V: como já vem fazendo a jurisprudência, é possível modificar e rever as cláusulas que se mostram abusivas no momento de sua execução, por desproporcionais ou, como bem diz a lei, "em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas". Finalmente, a facilitação de sua defesa, com as inversões de ônus da prova, como já vem sendo feito, bem como o reconhecimento da hipossuficiência verossímil, continuam tendo aplicação. Isso significa que mesmo que o contrato obedeça, *in abstracto*, as determinações da nova lei, ele ainda assim estará sujeito a revisões e calibrações na sua concreta execução.

De maneira geral continuam a valer também as regras de proteção contratual. A disposição do art. 47 prescreve que as cláusulas serão interpretadas da maneira mais favorável do consumidor. E valem simultaneamente as regras do art. 51, cujos objetivos fundamentais podem ser resumidos em preservar a comutatividade das prestações (o que interessa diretamente ao preço dos planos e às respectivas coberturas) e à não sujeição do consumidor a alterações unilaterais. Em vários pontos do art. 51 (*v.g.*, inc. IV, §1º, incs. II e III) menciona-se a excessiva onerosidade

ou a desvantagem exagerada. Tais situações podem e devem ser corrigidas ainda. Especialmente relevante é referência às circunstâncias peculiares do caso (art. 51, §1º, III).

Será que o cumprimento puro e simples da Lei 9.656/98 evitaria que certas cláusulas ou práticas fossem consideradas abusivas, ou que a elas se aplicassem estas regras do Código de Defesa do Consumidor? Creio que não. A regulação dos contratos, seja por lei, seja por ato administrativo constitui, a meu ver, um piso, sobre o qual os consumidores podem reivindicar direito específicos.

(...) Sempre que houver uma exploração dos planos ou dos seguros de saúde de forma lucrativa, por uma entidade que distribui lucros ou dividendos ou formas de lucro, receita, dividendos e remuneração aos prestadores de serviços e não aos consumidores, pode-se dizer que se está diante de uma forma capitalista de prestação de serviços, sujeita, pois, ao regime de mercado. E o mercado capitalista é o lugar onde se encontra o direito do consumidor. (Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 29-30 – grifou-se)

Essa orientação se justifica ainda mais diante da natureza de adesão do contrato de plano de saúde e se confirma, no âmbito jurisdicional, com a edição da súmula 608 pelo STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

Por isso, o poder atribuído à ANS de normatizar a Lei 9.656/1998 deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pelo legislador e em conformidade com os dispositivos constitucionais e consumeristas, ressaltando-se, apenas, os atos relativos aos contratos celebrados com as entidades de autogestão, os quais não se submetem ao CDC.

Então, quando o legislador transfere para a ANS a função de regulamentar as exceções às exigências mínimas a serem observadas pelo plano-referência de assistência à saúde (art. 10, § 1º, da Lei 9.656/1998), não cabe ao órgão regulador ampliá-las de modo a restringir ainda mais a cobertura determinada por lei, em prejuízo do consumidor.

Silvio Luís Ferreira da Rocha reforça essa ideia, ao criticar a Resolução Consu 10/1998, a primeira a dispor sobre a elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde:

Na Resolução 10, de 3 de novembro de 1998, que *dispõe sobre a elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica*, o Consu ao regulamentar o art. 10 da Lei 9.656, que trata dos procedimentos excluídos do plano hospitalar, adicionou os transplantes, à exceção de córnea e rim (art. 5º, parágrafo único, alínea A) ao rol dos procedimentos excluídos. Ora, essa resolução exorbitou do poder (dever) de regulamentar ao incluir o transplante (à exceção de córnea e rim) entre os procedimentos médicos excluídos do plano hospitalar porque o art. 10, nos incs. I a X, da Lei 9.656, não arrolou o transplante dentre os procedimentos excluídos. Assim, nesse caso, a resolução inovou com relação ao texto legal, acrescentando uma nova exclusão não contemplada pelo legislador, usurpando competência reservada tão-somente ao legislador de inovar a ordem jurídica. (Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 159 – grifou-se)

Igualmente, quando o legislador transfere para a ANS a função de definir a amplitude das coberturas assistenciais (art. 10, § 4º, da Lei 9.656/1998), não cabe ao órgão regulador, a pretexto de fazê-lo, criar limites à cobertura determinada pela lei, de modo a restringir o direito à saúde assegurado ao consumidor, frustrando, assim, a própria finalidade do contrato.

Mais uma vez, Silvio Luís Ferreira da Rocha bem exemplifica essa ideia ao analisar a Resolução Consu 11/1998, que dispõe sobre a cobertura aos tratamentos de todos os transtornos psiquiátricos codificados:

Na Resolução 11 o desrespeito aos limites legais deu-se de forma mais sutil. A referida resolução, a pretexto de disciplinar a cobertura ao tratamento de todos os transtornos

psiquiátricos, estipulou no art. 2º um mínimo obrigatório de cobertura, quando pela Lei 9.656 os transtornos psiquiátricos por estarem relacionados na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde não estavam sujeitos a limites de consulta ou internações. Assim, a grande conquista relacionada ao fim dos limites de consultas e internações assegurada pela Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, foi habilmente retirada pela Resolução 11 no que diz respeito aos transtornos psiquiátricos. Em outras palavras, a fim de assegurar um tratamento mínimo acabou por introduzir limites que haviam sido afastados pela Lei 9.656, que assegurou também aos transtornos psiquiátricos tratamento isento de limites de consultas ou internações. (Obra citada. p. 160 – grifou-se)

Adalberto Pasqualotto, na trilha desse raciocínio, afirma, com precisão:

(...) Levando em conta que o art. 10 [da Lei 9.656/1998] adota a Classificação Internacional de Doenças como cobertura referencial, os contratos segmentados não podem reduzi-la. A assistência deverá ser prestada segundo a modalidade contratada, não importa qual seja a doença. Em outras palavras, a segmentação pode ser feita apenas horizontalmente, não verticalmente.

Por isso mesmo, o art. 16, inc. VI [da Lei 9.656/1998], que impõe a indicação clara, nos contratos, dos eventos cobertos e excluídos, deve ser interpretado no sentido de que só podem ser excluídas as coberturas relativas aos segmentos não contratados pelo consumidor, além das exceções legais declinadas nos incisos do art. 10, sendo vedado ao operador criar exclusões estranhas à lei. (Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 49 – grifou-se)

Com efeito, o que se infere da leitura da Lei 9.656/1998 é que o plano-referência impõe a cobertura de tratamento de todas as doenças listadas na CID, observada a amplitude prevista para o segmento contratado pelo consumidor (ambulatorial; internação hospitalar; obstétrico; odontológico) e excepcionadas

apenas as hipóteses previstas nos incisos do art. 10, a saber: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Assim, qualquer norma infralegal que restrinja a cobertura de tratamento para as doenças listadas na CID, fora daquelas hipóteses excepcionais elencadas pela Lei 9.656/1998, mostra-se abusiva e, portanto, ilegal, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada.

Nessa senda, arremata Silvio Luís Ferreira da Rocha:

Há dúvida quanto à possibilidade de o plano ou seguro excluir da cobertura assistencial tratamentos relacionados a determinadas doenças. A redação original do art. 12 da lei 9.656, de 3 de junho de 1998, admitia a exclusão, pois facultava a oferta, contratação e vigência de planos ou seguros privados de assistência à saúde que contenham *redução* ou extensão da cobertura assistencial e do padrão de conforto de internação hospitalar, em relação ao plano-referência definido no art. 10. Esta redação foi modificada pela Medida Provisória 1.685, que faculta a oferta, a contratação e a vigência de planos ou seguros privados de assistência à saúde, nas segmentações previstas nos incs. De I a IV deste artigo, *respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura* definidas no plano ou seguro-referência de que trata o art. 10. Assim, pela modificação introduzida pela Medida Provisória 1.685 na redação do art. 12, foi proibida a exclusão do tratamento de doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas

Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde.

Portanto, a Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, veda a existência de cláusula excludente de cobertura às doenças constantes na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, e põe fim a inúmeros conflitos decorrentes de cláusulas de exclusão de doenças, como a Aids. (Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 68 – grifou-se)

É dizer, se a Lei 9.656/1998 estabelece que todas as doenças classificadas na CID estão incluídas no plano-referência, só se excluem da cobertura aqueles procedimentos e eventos relativos aos segmentos não contratados pelo consumidor, além das exceções legais declinadas nos incisos do art. 10, sendo vedado à operadora, para justificar eventual negativa de cobertura, alegar outras hipóteses de exclusão inseridas no contrato, mas estranhas à lei.

Logo, não cabe a ANS estabelecer outras hipóteses de exceção da cobertura obrigatória pelo plano-referência, além daquelas expressamente previstas nos incisos do art. 10 da Lei 9.656/1998, assim como não lhe cabe reduzir a amplitude da cobertura, excluindo procedimentos ou eventos necessários ao tratamento das doenças listadas na CID, ressalvadas, nos termos da lei, as limitações impostas pela segmentação contratada.

À ANS, portanto, incumbe detalhar os procedimentos e eventos listados pelo legislador nos incisos do art. 10 da Lei 9.656/1998 – como, de fato, o fez no § 1º do art. 20 da Resolução ANS 428/2017 – e definir a amplitude da cobertura para cada segmento de contratação – como, de fato, o fez nos arts. 21 a 24 da Resolução ANS 428/2017.

Essa, aliás, é a norma extraída do princípio da integralidade das ações, previsto no art. 4º, II, da Resolução ANS 428/2017, e do art. 20 do mesmo ato normativo, *verbis*: “A cobertura assistencial de que trata o plano-referência

compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998”.

Essa é, também, a norma extraída do art. 2º da Lei 9.661/2000, segundo o qual o rol de procedimentos e eventos em saúde garante e faz público o direito de cobertura assistencial dos beneficiários dos planos de saúde, contemplando procedimentos e eventos para a promoção à saúde, a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a CID, respeitadas as segmentações assistenciais contratadas.

Constata-se, pois, como ressaltou o e. Ministro Luis Felipe Salomão, no voto condutor do REsp 1.733.013/PR, que o rol da ANS “constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde”, enquanto importante instrumento de orientação quanto ao mínimo que lhe deve ser oferecido pelas operadoras de plano de saúde, mas não representa a delimitação taxativa da cobertura assistencial mínima, na medida em que o contrato de plano de saúde não se esgota em si próprio ou naquele rol, mas é regido, dentre outras, pela legislação especial e, sobretudo, pela legislação consumerista, com a ressalva feita aos contratos de autogestão.

Sob o prisma do CDC, não há como exigir do consumidor, no momento em que decide aderir ao plano de saúde, o conhecimento acerca de todos os procedimentos que estão – e dos que não estão – incluídos no contrato firmado com a operadora do plano de saúde, inclusive porque o rol elaborado pela ANS apresenta linguagem técnico-científica, absolutamente ininteligível para o leigo.

Igualmente, não se pode admitir que mero regulamento estipule, em desfavor do consumidor, a renúncia antecipada do seu direito a eventual

tratamento prescrito para doença listada na CID, por se tratar de direito que resulta da natureza do contrato de assistência à saúde.

Além do mais, a prescrição de determinado tratamento para a doença que acomete o beneficiário do plano de saúde, dentre todas as opções de tratamento possíveis, não se encontra na esfera de negociabilidade da operadora, porquanto é ato vinculado ao exercício regular da atividade do profissional de saúde e que é praticado segundo as condições pessoais de cada paciente, sob a responsabilidade daquele que o examina, diagnostica e acompanha.

Na prática, o que se espera do fornecedor, para o atendimento ao dever de informação, é que o consumidor seja clara, suficiente e expressamente esclarecido sobre os eventos e procedimentos não cobertos em cada segmentação assistencial (ambulatorial, hospitalar – com ou sem obstetrícia – e odontológico), como também sobre as opções de rede credenciada de atendimento, segundo as diversas categorias de plano de saúde oferecidas pela operadora; sobre os diferentes tipos de contratação (individual/familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial), de área de abrangência (municipal, grupo de municípios, estadual, grupo de estados e nacional) e de acomodação (quarto particular ou enfermaria), bem como sobre as possibilidades de coparticipação ou franquia e de pré ou pós-pagamento, porque são essas as informações que o consumidor tem condições de avaliar para eleger o contrato a que pretende aderir.

Por sinal, são essas as informações que a própria ANS leva em conta quando realiza a pesquisa de planos de saúde para auxiliar o consumidor a escolher a opção que melhor atenda às suas necessidades (disponível em: <https://www.ans.gov.br/gpw-beneficiario/pages/inicial.xhtml>; acessado em 03/11/2020).

Evidentemente, não é razoável impor ao consumidor que, no ato da

contratação, avalie os quase 3.000 procedimentos elencados no Anexo I da Resolução ANS 428/2017, a fim de decidir, no momento de eleger e aderir ao contrato, sobre as possíveis alternativas de tratamento para as eventuais enfermidades que possam vir a acometê-lo, como, a propósito, sugeriu a ANS em sua manifestação como *amicus curiae*, transcrita pelo e. Relator no voto condutor do REsp 1.733.013/PR, *verbis*:

34. Ao se admitir o caráter meramente exemplificativo do rol de cobertura definido pela ANS, descortina-se quadro de absoluta incerteza sobre os riscos que, de fato, estão sendo assumidos pela operadora de plano de saúde, do que decorre invariavelmente a impossibilidade de precificação adequada e, logo, de oferta de produto. De todo modo, não se pode ignorar que a flexibilização do rol de cobertura definido pela ANS traz consigo razoável risco de elevação exponencial do preço dos produtos, tornando as mensalidades mais caras.

(...)

60. Por óbvio, nada obsta que o paciente eleja a técnica que melhor lhe convenha para o tratamento de seu problema de saúde, sendo certo, contudo, que, tratando-se de plano de saúde, há limites a serem respeitados por ocasião da escolha. Como a base do financiamento do setor é o mutualismo, as preferências devem ser endereçadas no momento da formação do contrato. É sempre conveniente o registro de que o rol elaborado pela ANS constitui a referência básica a ser observada pelas operadoras, não havendo qualquer óbice para que eventuais acréscimos de cobertura sejam entabulados no momento da formação do contrato.

Chama a atenção que, ao defender a natureza taxativa do rol de procedimentos e eventos em saúde, a ANS considera a incerteza sobre os riscos assumidos pela operadora de plano de saúde, mas, estranha e lamentavelmente, desconsidera que tal solução implica a transferência dessa mesma incerteza para o consumidor, sobre o qual passam a recair os riscos que ele, diferentemente do fornecedor, não tem condições de antever e contra os quais acredita,

legitimamente, estar protegido, porque relacionados ao interesse legítimo assegurado pelo contrato.

Além disso, o reconhecimento da natureza taxativa desse rol esvazia, por completo, a razão de ser do plano-referência criado pelo legislador, que é garantir aos beneficiários, nos limites da segmentação contratada, o tratamento efetivo de todas as doenças listadas na CID, salvo as restrições que ele próprio estabeleceu na Lei 9.656/1998.

Por sinal, de nada adiantaria garantir a cobertura para todas as doenças listadas na CID, se não fosse assegurada a cobertura de todos os eventos e procedimentos necessários ao tratamento correspondente; seria, no jargão popular, dar com uma mão e tirar com a outra, circunstância que ainda se agravaria pelo fato de o consumidor saber – ou achar que sabe – o que lhe é dado, mas desconhecer o que lhe é tirado.

Igualmente não impressiona a afirmação quanto à impossibilidade de precificação adequada, pois, a par dos cálculos atuariais que permitem que as operadoras busquem o equilíbrio entre receitas e despesas, a ANS autoriza os reajustes visando à atualização da mensalidade, com o objetivo de evitar o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos e, por conseguinte, de manter a satisfatória prestação do serviço contratado. Assim, são previstos o reajuste anual, para compensar a variação de custos médico-hospitalares e/ou a sinistralidade, além do reajuste por variação de faixa etária do beneficiário.

Ainda com relação ao preço, não se pode ignorar que todo e qualquer evento ou procedimento excluído da cobertura contratual será custeado pelo próprio beneficiário que dele necessitar – tornando o serviço ainda mais custoso para o consumidor – ou pelo SUS – sobrecarregando ainda mais o sistema público – de tal modo que se mostra utópica a ideia de que o rol taxativo tornaria os planos

de saúde mais acessíveis, sobretudo à massa de desassistidos pelas políticas públicas de assistência à saúde.

A triste realidade é que o alto custo da assistência à saúde já constitui, por si só, uma barreira que torna os planos de saúde inacessíveis para mais de 70% da população brasileira, segundo a pesquisa nacional de saúde de 2019, divulgada recentemente pelo IBGE (disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101758.pdf>, acessado em 11/11/2020).

Em reforço a todos esses fundamentos, calham os argumentos do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor-Idec, também admitido como *amicus curiae* naquele mesmo processo (REsp 1.733.013/PR):

Assim, ainda que prestada pela iniciativa privada, a saúde não perde seu caráter de relevância pública, o que impõe restrições e cuidados a todos aqueles que decidem prestar serviços de saúde, seja na elaboração ou execução dos contratos com os consumidores contratantes.

Para tanto, os prestadores de serviço, incluindo todos os agentes que exploram a saúde como atividade econômica lucrativa, devem observar referidos ditames Constitucionais, além das disposições específicas da Lei de Planos de Saúde (Lei 9.656/98), bem como as normas e disposições regulamentares da ANS e do CONSU, sempre com base nos direitos e princípios dispostos no Código de Defesa do Consumidor, como se passará a demonstrar.

(...)

Em outras palavras, para cada segmentação corresponde uma amplitude de cobertura, não cabendo leitura taxativa do Rol de Procedimentos da ANS, uma vez que o conteúdo de tal Resolução Normativa tem que ser interpretado de forma harmônica com as demais estruturas normativas que dispõem sobre o assunto.

(...)

O principal argumento a ser relevado para entender o caráter exemplificativo do rol reside no fato de ser impossível aos consumidores a previsão dos procedimentos que podem vir a precisar, de um lado,

e o fato de a ANS não ter um processo contínuo de avaliação de seu rol de coberturas obrigatórias, implementando mudanças apenas a cada dois anos, a reboque das mudanças tecnológicas e procedimentais.

Ainda, o afastamento da responsabilidade da operadora em autorizar e custear o procedimento macula a finalidade do próprio contrato, que é justamente a assistência à saúde do consumidor.

Em síntese, o reconhecimento da natureza taxativa do rol de procedimentos e eventos em saúde, além de demandar do consumidor um conhecimento técnico que ele, por sua condição de vulnerabilidade, não possui nem pode ser obrigado a possuir, importa na criação de um impedimento inaceitável de acesso do consumidor às diversas modalidades de tratamento das enfermidades cobertas pelo plano de saúde e às novas tecnologias que venham a surgir, simplesmente porque ele não tem como prever a ocorrência dessas enfermidades ou a aparição dessas tecnologias, tampouco tem como conhecer os tratamentos possíveis, no momento da tomada de sua decisão para a celebração do contrato.

Em última análise, é conclusão que agrava a condição de vulnerabilidade do consumidor porque lhe impõe o ônus de suportar as consequências de sua escolha desinformada ou mal informada, dentre as quais, eventualmente, pode estar a de assumir o risco à sua saúde ou à própria vida.

Essa situação tão aflitiva e indesejável que se criaria para o consumidor faz lembrar as palavras de Jean Baptiste Henri Dominique Lacordaire, teólogo francês do século XVII, para quem, entre os fortes e os fracos, é a liberdade que oprime e a lei que liberta: aqui, de fato, o exercício da liberdade de contratar coloca as operadoras em posição de dominância sobre os usuários de plano de saúde, que são a parte fraca da relação jurídica estabelecida no contrato de adesão, e a lei que permite o equilíbrio material, protegendo-os de qualquer

abuso é, sem dúvida, o Código de Defesa do Consumidor.

Logo, na ponderação entre os interesses em conflito, o fiel da balança deve pender para a proteção da parte vulnerável, que é o consumidor beneficiário do plano de saúde, porque gozam as operadoras, ante a posição de superioridade – técnica, jurídica, fática e informacional – que ocupam nesse mercado, de melhores condições para analisar e contabilizar os riscos envolvidos, a fim de atender a finalidade do contrato, sem comprometer o seu equilíbrio econômico-financeiro.

Por todo o exposto, é forçoso concluir que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza meramente exemplificativa, porque só dessa forma se concretiza, a partir das desigualdades havidas entre as partes contratantes, a harmonia das relações de consumo e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, de modo a satisfazer, substancialmente, o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo.

Da hipótese dos autos

A partir da conclusão quanto à natureza exemplificativa do rol de procedimentos e eventos em saúde (atualmente incluído na Resolução ANS 428/2017), infere-se que a circunstância de nele não constar a cirurgia à que se submeteu a recorrida não é apta a justificar a recusa de custeio pela operadora.

Aliado a isso, extrai-se do acórdão recorrido que o procedimento não se enquadra em nenhuma das hipóteses de exceção previstas no art. 10 da Lei 9.656/1998, “não se tratando de procedimento meramente estético, mas consubstanciado em verdadeiro tratamento prescrito à autora que, à época sofria com fortes dores na região dorsal e nos ombros (escoliose dorso-lombar, acentuação da cifose torácica e da lordose lombar, processo degenerativo multiscal da coluna cervical e degeneração discal em T7-T8,

cervicalgia, dorsalgia e lombalgias frequentes) e dermatite de repetição em virtude da hipertrofia mamária bilateral que a acometia" (fl. 575, e-STJ).

Diante desse cenário, conclui-se que, tendo sido a cirurgia de cobertura obrigatória realizada às expensas da recorrida em virtude da recusa indevida de custeio pela operadora do plano de saúde, sobressai o dever desta de indenizar aquela, consoante decidiu, acertadamente, o TJ/SP.

DA CONFIGURAÇÃO E DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL

É sabido que, em regra, o simples inadimplemento contratual não gera, por si só, dano moral, mas a jurisprudência do STJ considera excepcional a hipótese de recusa injusta e abusiva, pela operadora de plano de saúde, de custeio de tratamento prescrito para o beneficiário, quando o inadimplemento agravar a situação de aflição psicológica e de angústia, sobretudo de quem se encontra em situação de urgente e flagrante necessidade de assistência à saúde.

No particular, entendeu o TJ/SP que "a afronta a entendimentos sumulados desta E. Corte restou incontroversa nos autos [referindo-se a sumula 102 do TJ/SP: '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], o que deveria ser de seu [da recorrente] pleno conhecimento, posto que, ao atuar diretamente com a prestação de serviços de plano de saúde, não lhe é dado infringir a lei ou a entendimento sumulado nesse sentido, o que configura incontroversamente, a prática de ato ilícito ensejador da obrigação do pagamento de indenização a título de danos morais, diante da injusta negativa de cobertura perpetrada " (fl. 577, e-STJ).

Como se pode constatar, não há qualquer indicação no acórdão recorrido de que a conduta da operadora, embora indevida, tenha agravado a situação de aflição psicológica e de angústia experimentada pela recorrida, ultrapassando o mero inadimplemento contratual, ou ainda de que a recorrida se encontrava em situação de urgente e flagrante necessidade de assistência à saúde, a autorizar a presunção do dano moral.

Noutra toada, o Juízo de primeiro grau consignou, na sentença, que “o procedimento não se afigurava urgente ou emergencial, e não obstante a negativa de cobertura, o procedimento cirúrgico do qual necessitava a autora [recorrida] foi realizado, não havendo nos autos informações acerca de eventual agravamento do seu estado de saúde, evidenciando a inocorrência de qualquer prejuízo (fl. 505, e-STJ).

Logo, há de ser parcialmente reformado o acórdão recorrido para afastar a configuração do dano moral, ficando prejudicada a análise quanto ao valor arbitrado para a sua compensação.

DA CONCLUSÃO

Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, apenas para afastar a condenação à compensação do dano moral.