

# A JURISPRUDÊNCIA DO STJ ACERCA DA TAXATIVIDADE DO ROL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Jullia Araujo dos Santos<sup>1</sup>

Estevão Schultz Campos<sup>2</sup>

Resumo. O presente estudo contempla uma análise das principais teses conflitantes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca da natureza jurídica do rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, à luz da Teoria da Justiça de John Rawls. O artigo inicia-se com uma abordagem da Teoria da Justiça de John Rawls e a relaciona com o direito constitucional à saúde e com o papel da ANS. Em seguida, trata da controvérsia instaurada no âmbito do STJ acerca do rol, destacando as principais decisões, a fim de eleger o entendimento que mais garante efetividade à Carta Política.

Palavras-Chave: Constituição; Saúde Suplementar; John Rawls.

THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE JURISPRUDENCE CONCERNING THE TAXATIVITY OF THE AGENCY OF SUPPLEMENTARY HEALTH'S LIST IN THE LIGHT OF JOHN RAWLS' THEORY OF JUSTICE

---

<sup>1</sup>Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Adventista (UNASP) – Campus São Paulo.

<sup>2</sup>Advogado, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP, sob a orientação do Professor Cláudio de Cicco. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo.

**Abstract.** This study includes an analysis of the main theses of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) about the legal nature of the list of procedures and events in health established by the Brazilian Agency of Supplementary Health (ANS), in the light of John Rawls' Theory of Justice. The article begins with an approach to John Rawls's Theory of Justice and relates it to the constitutional right to health and the ANS' role. Then, it deals with the controversy established within the scope of the STJ regarding the role, listing the main arguments of each thesis. Finally, it chooses the understanding that most guarantees effectiveness to the Political Charter, therefore, legal security.

**Keywords:** Constitution; Supplementary Health; John Rawls.

**Sumário.** Introdução. 1. A Teoria da Justiça de John Rawls. 2. O Direito à saúde segundo a Constituição Federal. 3. A Agência Nacional de Saúde Suplementar. 4. A jurisprudência do STJ sobre o rol. 5. A necessidade de uma resposta adequada. Considerações Finais. Referências.

## INTRODUÇÃO



caráter dirigente da Constituição Federal impõe ao Estado o dever de assegurar o acesso igualitário à saúde, o que pode ser promovido tanto na esfera pública quanto na privada. Em relação a esta última, em 2019, foi levantada uma controvérsia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da natureza jurídica do rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela Agência Nacional de Saúde.

Por um lado, a tese da taxatividade alega a necessidade de promover o equilíbrio financeiro entre as operadoras dos planos privados e os beneficiários, visto que a ausência de um limite agrava o risco da atividade, fazendo com que o valor das

mensalidades aumentem. Em contrapartida, os defensores da não taxatividade afirmam que deve prevalecer a defesa do consumidor, o qual não detém conhecimento para avaliar o rol no momento de aderir ao contrato. Ademais, ressaltam que a taxatividade do rol protege os interesses privados das empresas, já que é comum negarem a cobertura de algum procedimento não arrolado com o objetivo de aumentar o lucro.

À vista disso, faz-se necessário alcançar uma resposta adequada a fim de promover segurança jurídica em relação às demandas de saúde. Dessa forma, o presente artigo visa a analisar as principais decisões do STJ sobre o assunto, à luz da Teoria da Justiça de John Rawls, para identificar a tese que garante maior eficácia à Constituição, logo, maiores oportunidades de acesso à saúde.

## 1 A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

John Rawls, em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, tem por objetivo apresentar um modelo do justo alcançado por meio de um contrato social hipotético com o qual todos os indivíduos concordam a agem no sentido de cumprí-lo. Para chegar a tal resultado, o filósofo sugere que todos estejam em uma mesma posição inicial de igualdade, cobertos por um véu de ignorância que não os permite conhecer seu real *locus* social e econômico na sociedade, nem os seus dotes naturais e crenças políticas e religiosas:

A ignorância reveste-se do não conhecimento da circunstância contingencial capaz de potencializar a desigualdade. Assim, a igualdade da posição original confunde-se com a ignorância, por auxiliar na distribuição de direitos sem privilegiar determinados grupos; mas igualando-os em direitos e obrigações. (SANTOS, 2017, p.54)

Nesse cenário, os indivíduos tendem a fazer escolhas que favoreçam a todos, independentemente de suas condições particulares. Assim, escolhem dois princípios básicos para

fundamentar o ordenamento jurídico da sociedade, a serem aplicados de forma progressiva. O primeiro estabelece que todos devem ter acesso ao mais amplo espectro de liberdades básicas, enquanto o segundo determina que todos tenham acesso às mesmas oportunidades, afirmando que as diferenças sociais e econômicas somente serão aceitáveis se beneficiarem ao máximo os menos favorecidos:

A primeira afirmação dos dois princípios é a seguinte:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (RAWLS, 1971, p. 64)

Dessa forma, com base nessa concepção de justiça, são elaborados a Constituição e o ordenamento jurídico da sociedade, que, em último estágio, serão aplicados pelos magistrados, momento em que já não mais haverá o véu da ignorância, logo, as situações particulares de cada caso poderão ser conhecidas.

Consequentemente, tem-se uma sociedade ordenada, visto que os princípios são publicamente reconhecidos e respeitados pelas instituições políticas, sociais e econômicas, num sistema equitativo de cooperação do qual todos se beneficiam:

Rawls introduz o pensamento sobre sua justiça apontando para a institucionalização do justo, em primeiro momento, para que após ocorra a reverberação e implementação na sociedade. Tudo começa por instituições justas. Tais instituições são conformadoras da teoria da justiça escolhida na posição inicial, conforme exposto alhures. (SANTOS, 2017, p. 122)

## 2 O DIREITO À SAÚDE SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Segundo Rawls (1971), após escolherem os princípios, os indivíduos passam a conhecer apenas os fatos genéricos

relevantes da sociedade em que estão inseridos, por exemplo os recursos naturais, o nível de desenvolvimento econômico e a cultura política. A partir disso, escolhem uma carta política regida por esses princípios, os quais refletirão sobre todo o ordenamento jurídico.

Analisando a Constituição Federal Brasileira de 1988, identifica-se o princípio de equidade de liberdades e oportunidades quando é garantido o acesso igualitário a direitos, tais como a saúde, e quando é imposto como objetivo da República a promoção de uma sociedade livre, justa e igualitária e também do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outros meios de discriminação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

No artigo 196, a Carta Magna prevê a saúde como direito de todos, cabendo ao Estado implementar políticas públicas que garantam o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Trata-se, portanto, de norma de conteúdo programático que revela o caráter dirigente da Carta Magna, uma vez que vincula os Poderes Estatais à obrigação de assegurar tal direito de forma universal. Nesse sentido, afirma o Ministro Celso de Mello, no Recurso Extraordinário Com Agravo 1.235.983:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade,

substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impositivo dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.<sup>3</sup>

Além disso, pode-se identificar na Constituição a noção de cooperação social proposta por John Rawls, uma vez que o artigo 199 permite que os serviços de saúde também sejam prestados por pessoas jurídicas de direito privado, de forma complementar ou suplementar:

Ainda, como forma de primar pela aplicação dos princípios constitucionalizados, Rawls prevê a necessidade da conformação das instituições sociais. Isso porque o 'principal problema da justiça distributiva é a escolha de um sistema social' (SANTOS, 2017, p. 125)

Portanto, a promoção do direito à saúde se dá tanto na dimensão pública quanto na privada. A primeira consiste no Sistema Único de Saúde (SUS), através do qual os serviços são prestados diretamente pelo Estado ou por seus delegados, em caráter complementar, constituindo uma rede hierarquizada e descentralizada que integra todos os entes federados.

Por outro lado, a dimensão privada de prestação dos serviços de saúde se dá de forma supletiva, por meio da contratação de planos de saúde, o que configura relação de consumo, conforme a Súmula nº 608 do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.”. No mesmo sentido, o artigo 35-G da Lei 9.656/98 (lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde) determina a aplicação subsidiária do CDC aos contratos entre usuários e operadoras de planos de saúde privados. Ademais, a iniciativa privada está condicionada ao cumprimento dos princípios da Ordem Econômica, contidos no artigo 170, dentre os quais encontra-se a defesa do consumidor,

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 393175/RS, Relator MIN. CELSO DE MELLO. Julgado em 12/12/2006. Disponível em <https://reidir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 6 ago. 2022.

a fim de que sejam cumpridos os ditames da justiça social e assegurada a todos uma existência digna.

### 3 A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Com fulcro em regulamentar o sistema privado de saúde, especificamente as operadoras dos planos, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia em regime especial, foi criada pela Medida Provisória 1.928/99 (convertida na Lei 9.961/2000) e tem sua finalidade determinada pelo artigo 3º:

Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. (BRASIL, 2000)

Sendo assim, a Agência Nacional de Saúde Suplementar cumpre com os ditames do Estado Regulador, uma vez que tem por finalidade institucional a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. Isso significa que, diante da permissão constitucional para a exploração dos serviços de saúde por entidades privadas, a ANS tem por escopo equilibrar os interesses coletivos dos consumidores, e os individuais das empresas.

Para tanto, o artigo 4º, III da Lei 9.961/2000 confere à agência a competência de elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde os quais servirão de referência básica para os fins da Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados.

Nesse sentido, o artigo 10 afirma que o plano-referência de assistência à saúde é instituído com 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 da Saúde, respeitadas as exigências mínimas do artigo 12 e a amplitude estabelecida em norma editada pela ANS:

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:

(...)

§ 4º A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS. (BRASIL, 1998)

A atualização da lista de cobertura obrigatória mínima, segundo o §7º do artigo 10, se dá por meio de processo administrativo, a ser concluído no prazo de 180 dias, a partir do protocolo do pedido, e conta com o assessoramento da Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, que apresentará relatório contendo I) as evidências científicas acerca da viabilidade e eficácia do medicamento, produto ou procedimento analisado; II) a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às coberturas já previstas; III) a análise de impacto financeiro da aplicação da cobertura.

#### 4 A JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE O ROL

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência era pacífica no sentido do rol elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar ser meramente exemplificativo. A controvérsia surge, porém, em 2019, com o Recurso Especial 1.733.023 que contou com pareceres da própria ANS, do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, da Associação Brasileira de Planos de Saúde, entre outros. Ao final, diante das considerações, a 4ª Turma do STJ aplicou à lide a tese segundo a qual o rol é taxativo.



Os principais argumentos que justificaram a mudança do posicionamento amparam-se no equilíbrio econômico da relação entre a operadora do plano de saúde e o beneficiário. Isso porque, de acordo com a ANS, a flexibilização do rol cria uma insegurança para as empresas, visto que o preço dos planos são calculados com base na probabilidade de demandas segundo a cobertura mínima prevista pela lei. Dessa forma, se não houver parâmetro para o cálculo, a tendência é aumentar o valor das mensalidades, o que afasta o consumidor médio e inviabiliza o mercado.

Em 24 de fevereiro de 2021, a ANS publicou, por meio da Resolução Normativa 465/2021, a atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde, estabelecendo-o como taxativo, facultando às operadoras oferecer cobertura maior que a obrigatória, por iniciativa própria ou por previsão contratual:

Art. 2º Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde. (BRASIL, 2021)

Posteriormente, em março de 2021, a 3ª Turma, no julgamento do Recurso Especial 1.876.630, defendeu o caráter exemplificativo do rol, reiterando os argumentos já defendidos em decisões anteriores. No acórdão, o STJ invocou a própria Súmula nº 608, segundo a qual os contratos de plano de saúde são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, com exceção dos planos administrados por entidades de autogestão.

Assim, a 3ª Turma pendeu para o lado do consumidor, alegando que a sua proteção obedece aos mandamentos constitucionais e não deve ser afastada para garantir os interesses lucrativos das empresas. Nessa linha de interpretação, afirmou que a leitura da Lei 9.656/98 (Lei dos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde) sugere que o plano-referência abarca todas as doenças listadas pela CID (Classificação Estatística

Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde), com exceção dos incisos do artigo 10. Portanto, não seria razoável exigir do consumidor, no momento de aderir ao contrato, o conhecimento técnico suficiente para avaliar os cerca de 3.000 procedimentos elencados no Anexo I da Resolução ANS 428/2017 e decidir sobre as alternativas de tratamento em eventual necessidade. Nesse sentido, afirma o acórdão:

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.<sup>4</sup>

Em junho de 2022, o STJ fixou a tese da taxatividade mitigada, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929. No acórdão, foram reiterados os argumentos apresentados no Recurso Especial 1.733.023, entretanto, foram estabelecidos parâmetros objetivos para que exceções ao rol fossem aceitas, conforme as especificidades da reivindicação:

Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da

---

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma Recurso Especial nº 1.876.630 - SP. Relator MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Julgado em: 09/03/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205674670/inteiro-teor-1205674690>. Acesso em: 29 jul. 2022.

ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.<sup>5</sup>

Dessa forma, o Tribunal concluiu que há de se observar e confiar na competência da ANS de elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, o que é feito com base em critérios técnicos, que consideram sob uma perspectiva coletiva os princípios de avaliação de tecnologias em saúde, princípios da saúde baseada em evidências e a manutenção do equilíbrio financeiro do setor. Dessa forma, tem-se uma garantia de proteção ao consumidor contra a possível subjetividade do médico-assistente que pode recomendar um tratamento não incluso no rol sem a devida fundamentação técnica. Além disso, entende o Tribunal que não convém ao Judiciário, ao adotar a tese do rol exemplificativo, substituir a discricionariedade técnica da Agência pela discricionariedade judicial.

Logo após a publicação do acórdão, diversas entidades emitiram notas lamentando a decisão, afirmando tratar-se de um retrocesso e um risco a milhões de beneficiários. Por exemplo, o Instituto Lagarta Vira Pupa, em conjunto com Autismo Niterói Trocas, Associação Amor RN, NAIA Autismo, Síndrome do Amor, Famílias que Lutam, Onda Autismo, Mães Atípicas RS,

---

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma Recurso Especial nº 1.886.929 - SP. Relator MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Julgado em: 09/03/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205674670/inteiro-teor-1205674690>. Acesso em: 29 jul. 2022.

Brasil de Amigos, Bruno Henrique Advocacia, Advogado dos Autistas, Varella Guimarães Advocacia, Adriana Monteiro Advocacia e PCD Vale, afirmou que o entendimento pela taxatividade vai de encontro ao bloco constitucional, dificultando o acesso à saúde por pessoas em razão de sua deficiência, sob a alegação do perigo de desequilíbrio financeiro não demonstrado efetivamente, já que a própria natureza do contrato aleatório pressupõe a assunção dos riscos decorrentes do negócio.

Também houve manifestações dos usuários de planos de saúde temerosos de terem o tratamento interrompido, haja vista a imediata propositura de liminares por parte das operadoras a fim de recusar a cobertura de tratamentos reivindicados em processos em curso. A título de exemplo, cita-se a decisão do Agravo de Instrumento 2128952-94.2022.8.26.0000, interposto no Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado no mesmo dia da fixação da tese da taxatividade mitigada. Na decisão, o desembargador Galdino Toledo negou o pedido do plano de saúde para interromper a cobertura do tratamento com o método ABA de uma criança autista, sob o fundamento de que a situação é urgente e se enquadra na hipótese de exceção da cobertura mínima.

A preocupação também reside na possibilidade dos tribunais de instâncias inferiores aplicarem a regra da taxatividade mitigada fixada pelo acórdão de maneira reiterada, de modo que o entendimento se consolide em uma súmula, que, mesmo não sendo vinculante, constitui instrumento utilizado para reduzir demandas e inviabilizar a interposição de recursos nos termos do artigo 932, IV, a do CPC, como criticado por Streck:

A possibilidade de se obter “respostas corretas” não está, pois, na vinculação (pura e simples) dos precedentes judiciais, mas, sim, na fundamentação/justificação da síntese hermenêutica que somente ocorre na aplicação. Precedentes transformados em pautas gerais – e é preciso insistir nessa afirmação – proporcionam a cisão (metafísica) entre direito e fato, palavra e coisa, significante e significado, para ficar apenas em alguns dos dualismos que conforma(ra)m as duas metafísicas. (STRECK, 2011, p. 376)

## 5 NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA ADEQUADA

De acordo com Lenio Luiz Streck, em países de modernidade tardia como o Brasil, os quais encontram dificuldade para implementar direitos sociais garantidos por Constituições dirigen-tes, o Judiciário deve ter um papel maior do que zelar pela mera aplicação dos procedimentos democráticos e pelo equilíbrio entre os Poderes. Para além disso, deve ser instrumento concretizador de direitos, segundo a realidade fática, sem que se recorra ao ativismo ou à filosofia de consciência:

Em síntese, a corrente substancialista – que, insisto, não pode ser confundida com qualquer filiação à filosofia da consciência ou a ativismos judiciais – entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, o direito produzido democraticamente, especialmente o dos textos constitucionais. (STRECK, 2011, p. 86)

Antes da controvérsia, pessoas com necessidades específicas acionavam o Judiciário para que as operadoras de saúde fossem obrigadas a fornecer um tratamento não inscrito no rol, mas que fosse essencial a sua saúde. Como o entendimento majoritário era de que o rol é exemplificativo, as chances de se obter uma liminar favorável eram maiores. Com a adoção da nova tese, essa expectativa diminui.

Agora, há grandes chances da tese da taxatividade ser aplicada pelos tribunais inferiores de forma subsuntiva, sob a justificativa da necessidade de reduzir demandas judiciais, seguindo a lógica da teoria do discurso, criticada por Streck, uma vez que não considera a conteudística, ou seja, a realidade fática, dispensando o intérprete do dever de fundamentar, por entender que a fundamentação já está na tese. Com isso, põe-se em risco a vida e a saúde de milhões de beneficiários de planos privados, diante da incerteza da possibilidade do julgador entender preenchidos os parâmetros fixados pelo acórdão do recurso para haver

a mitigação.

Ao considerar a realidade fática do consumidor, entende-se que nem todos terão tempo e recursos financeiros suficientes para adquirir um conjunto probatório que demonstre a necessidade de se excepcionar o rol da ANS, nos termos da tese fixada pelo STJ, a qual tem por requisitos que I) a cobertura demandada não tenha tido sua inclusão no rol expressamente indeferida pela agência; II) que tenha eficácia comprovada; III) que haja recomendações de órgãos técnicos renomados e, se possível, IV) que o magistrado dialogue com especialistas na área, incluindo a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar. Portanto, embora prevista a mitigação da taxatividade, a exceção não será facilmente alcançada, o que dificulta o acesso à saúde por aqueles que possuem uma demanda específica.

Diante disso, nota-se que o entendimento do rol não ser taxativo, pacífico até 2019, configurava um controle difuso do Judiciário, que, diante do caso concreto, buscava dar máxima efetividade à Constituição e garantir o acesso à saúde. Nesse sentido, Streck afirma:

Ora, considero o controle difuso o modo democrático – por excelência – de capilarização da Constituição, maneira de instrumentalizar os direitos fundamentais sociais no caso concreto, além da possibilidade de afastar, como questão prejudicial, o ato normativo inconstitucional. Ou seja, é exatamente por intermédio do controle difuso que essas questões relacionadas à concretização dos direitos fundamentais à saúde, educação etc., podem ser, de pronto, atendidas, em cumprimento aos ditames da Constituição. (STRECK, 2011, p. 149)

Portanto, segundo ele, qualquer teoria jurídica deve buscar respostas que promovam a concretização de direitos e o afastamento de decisionismos. É isso que Rawls (1971) faz ao propor que o princípio da igualdade equitativa de oportunidades tenha o papel de assegurar o sistema de cooperação social como um sistema de justiça procedimental pura, ou seja, a correta aplicação dos dois princípios básicos de justiça produzirá um

resultado justo. O autor ainda afirma que uma das formas de promover justiça é decidir os casos semelhantes de forma semelhante, a fim de evitar arbitrariedades e decisões fundadas em outras razões que não os princípios básicos de justiça. Além disso, a aplicação das leis se dá no último estágio, no qual, diferentemente da situação original, todos já possuem pleno conhecimento de suas posições e peculiaridades na sociedade, logo, os magistrados devem se ater ao caso concreto.

Num mesmo sentido, Lenio Streck, defensor da teoria da descontinuidade, afirma que os juízes têm o dever de não deixarem se levar pela discricionariedade que conduz às múltiplas decisões, mas sim proferir uma resposta correta, consoante a Constituição Federal, considerando todo o conjunto principiológico, a fim de promover a integralidade do direito por meio da coerência:

Numa palavra: parece despidendo referir que a resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva. Do mesmo modo, a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Corre-se o risco de produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição. (STRECK, 2011, p. 86)

No âmbito de proteção do consumidor, a tese da taxatividade afirma que é necessário confiar no papel da ANS de desenvolver o rol de procedimentos básicos, processo que conta com uma gama de profissionais que o fazem sob o ponto de vista tecnológico e econômico, a fim de chegar a um conjunto que satisfará os usuários em geral e de ter uma previsibilidade dos preços a serem cobrados. Por outro lado, os defensores da não taxatividade entendem que não se pode descartar a possibilidade de um indivíduo ter necessidades específicas que demandem um procedimento diverso, fato melhor percebido pelo seu médico pessoal, quem acompanha de perto a situação. Ademais, embora seja possível a contratação adicional para tratamentos não

previstos, esta última corrente entende não ser razoável transformar o acesso à saúde ainda mais oneroso ao consumidor.

Conforme Rawls (1971), pode-se afirmar que essas necessidades específicas decorrem da distribuição natural de características, que não é justa nem injusta. A questão da justiça deve ser analisada com base na forma como as instituições lidam com os fatos naturais. Portanto, a tese defendida pela ANS segue uma lógica utilitarista, pois defende que o rol é suficiente já que abarca procedimentos capazes de promover o maior saldo líquido de satisfações, ou seja, que contempla os beneficiários em geral. Tal ponto de vista é criticado pelo referido autor:

Quando o princípio da utilidade é satisfeito, entretanto, não existe essa garantia de que todos se beneficiem. A obediência ao sistema social pode exigir que alguns, em especial os menos favorecidos, renunciem a benefícios em favor de um bem maior para todos. (RAWLS, 1971, p. 163)

O principal argumento levantado pelos defensores da taxatividade tem a ver com o equilíbrio financeiro da relação contratual, visto que, sem uma margem concreta dos procedimentos que serão ofertados, não há outra alternativa a não ser elevar o valor das mensalidades a fim de que haja receita suficiente para cobrir eventual risco decorrente de uma demanda peculiar que requeira altos gastos. Assim, como os planos de saúde baseiam-se no princípio do mutualismo, isto é, a colaboração mensal de cada beneficiário para cobrir as diligências, não seria justo aumentar a mensalidade de todos, sendo que há a possibilidade de contratação em apartado, pois isso afastaria o consumidor médio.

Entretanto, segundo a tese da não taxatividade, o reajuste anual das mensalidades já é um instrumento de equilíbrio financeiro da relação contratual, que, por sinal, já vem sendo aplicado de forma abusiva, conforme informações da Folha de São Paulo<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> COLLUCCI. Cláudia. Após lucro de 50% na pandemia, planos de saúde coletivos sobem 16%. Folha de São Paulo, 27 jul. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/06/apos-lucro-de-50-na-pandemia-planos-de->



que apontam um reajuste em torno de 16% dos planos de saúde coletivos por adesão, mesmo diante da queda dos custos do setor em 2020, haja vista a redução de procedimentos como cirurgias, consultas e exames em detrimento da pandemia, o que resultou em um lucro de em média 50%.

Nota-se, então, que a lógica do capital está se sobrepondo aos direitos fundamentais à vida e à saúde. Diante disso, há de se atentar ao real interesse das empresas na taxatividade do rol, conforme denunciado pelo parecer do Conselho Nacional de Saúde, que figurou como *amicus curiae* no Recurso Especial 1.733.023:

Trabalhando numa lógica de lucro, os planos de saúde comumente negam procedimentos necessários e geralmente já oferecidos pelo SUS, com o argumento de o procedimento não estar previsto no Rol. Isso faz com que o SUS seja responsável por determinado atendimento, sem o respectivo ressarcimento, porque, nos termos da Resolução Normativa nº 358/2014 e da Instrução Normativa nº 45/14, da ANS, serão ressarcidos ao SUS apenas os procedimentos prestados pelo SUS aos usuários de planos de saúde previstos no Rol ou em contrato.<sup>7</sup>

Na mesma linha, o parecer da Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde, também no Recurso Especial 1.733.023, afirmou que o rol estabelece o mínimo obrigatório, mas não de forma exaustiva como as operadoras defendem para que tenham o condão de negar cobertura a fim de economizar e aumentar o lucro:

Os indeferimentos se dão por ordem da operadora. As empresas de seguros e planos de saúde contratam médicos para negar cobertura, a fim de encaminhar pacientes para o SUS e economizar para a empresa, fazendo com que os seus lucros aumentem. Ou seja, os indeferimentos não se dão por questões técnicas e sim por questões de interesses.

---

saude-coletivos-sobem-16.shtml. Acesso em: 5 ago. 2022.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.733.254 - RS. Relator MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Julgado em: 19/04/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/574192656>. Acesso em: 29 jul. 2022.

Diante disso, faz-se necessário ressaltar que as empresas que prestam serviços de saúde atuam no interesse social, devendo a iniciativa privada ser moldada pelos ditames da justiça social, assegurada a defesa do consumidor, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal. Portanto, são instituições que, de acordo com a Teoria de Justiça de John Rawls, deveriam agir em cooperação social, de forma que suas atividades de exploração econômica beneficiem a sociedade como um todo.

Sendo assim, diante da recusa de procedimentos pelo setor privado, a tendência é gerar mais demandas para o SUS, que já se encontra sobrecarregado e sofre com a redução de 20% do orçamento em relação ao ano de 2021<sup>8</sup>. Isto posto, percebe-se que a situação contraria o princípio da diferença proposto por John Rawls, visto que a desigualdade econômica que permite que uma parcela da sociedade contrate serviços privados de saúde deveria conferir maiores oportunidades de acesso ao sistema público pelos menos afortunados.

Ante a controvérsia jurisprudencial agora instaurada, foi proposto pelo Senador Randolfe Rodrigues o Projeto de Lei 396/2022 com o objetivo de alterar a Lei 9.656/98 para estabelecer que a regulação pela ANS não excluirá a obrigação das operadoras de planos privados de saúde cobrirem procedimentos, medicamentos e eventos necessários à melhor atenção à saúde do consumidor ou beneficiário e outros. A justificativa do projeto baseia-se no argumento de que a interpretação que conclui pela não taxatividade é a que melhor atende aos direitos fundamentais previstos pela Constituição. Assim, o entendimento diverso se afastaria da lógica de proteção integral dos direitos fundamentais à vida e à saúde para dar lugar à proteção da acumulação de lucros por parte de poucos em detrimento da qualidade de vida e bem estar de muitos. Dessa forma, a utilização da

---

<sup>8</sup>HARTMANN, Marcel. Para 2022, Ministério da Saúde perde 20% do orçamento de 2021. GZH Saúde, 14 fev. 2022. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2022/02/para-2022-ministerio-da-saude-perde-20-do-orcamento-de-2021-ckzn60gan008c015p17sn3f43.html>. Acesso em: 5 ago. 2022.

fundamentação de decisões judiciais na elaboração de normas demonstra o poder de influência do Judiciário sobre o Legislativo na concretização de direitos, como explica Streck:

Assim, ao argumento de que a concretização de direitos via Judiciário (jurisdição constitucional) enfraquece a cidadania e coloca em risco a própria democracia, cabe lembrar que não há qualquer registro de que a democracia brasileira tenha sido colocada em xeque diante das decisões judiciais concessivas de direitos, consideradas “jurisprudência de valores”, “ativismo judicial” etc. Ao contrário, há um conjunto de avanços sociais, fruto de pressões de movimentos sociais, que têm recebido o selo jurídico, a partir da jurisprudência dos tribunais e, em determinadas situações, “convalidadas” por legislações emanadas do Poder Legislativo. (STRECK, 2011, p. 189)

Portanto, vê-se que a iniciativa legislativa harmoniza-se com a tese majoritária do STJ que opta pela não taxatividade do rol. Além disso, confere maior segurança jurídica aos beneficiários de planos de saúde, ao contrário da tese da taxatividade mitigada que deixa o consumidor à mercê da análise pelo órgão julgador acerca do preenchimento dos requisitos necessários para excepcionar o rol, o que exige do requerente recursos financeiros e temporais, nem sempre disponíveis, para sustentar uma demanda judicial.

Por conseguinte, à luz da Teoria de Justiça, esse entendimento é o que mais garante efetividade à Carta Política e promove a integralidade do direito, uma vez que harmoniza os ditames constitucionais com o Código de Defesa do Consumidor e convalida as pretéritas decisões judiciais no mesmo sentido. Consequentemente, amplia as possibilidades de acesso à saúde, mirando em oportunidades equitativas para os consumidores que, pela distribuição natural, possuam necessidades de tratamento, medicamento ou procedimento não arrolados, mas essenciais à manutenção de sua vida.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a Constituição Federal de 1988 à luz da Teoria da Justiça de John Rawls, pode-se inferir que o direito ao acesso universal à saúde está de acordo com o princípio da igualdade de oportunidades, além de conferir à Carta Magna um caráter programático ao determinar que sua garantia é dever do Estado, o que pode ser cumprido diretamente ou por entidades privadas, de forma complementar ou suplementar.

Diante disso, as empresas fornecedoras de planos de saúde, embora tenham interesses individuais, isto é, o lucro, devem colaborar para a consecução de um direito social, atuando segundo os mandamentos constitucionais no que Rawls denomina cooperação social. Isso porque a correta aplicação da Constituição, na qual estão inseridos os princípios básicos de justiça aderidos no contrato social, promove o bem de todos, sem distinções. Assim, a fim de garantir o equilíbrio entre interesses individuais e coletivos, cabe à Agência Nacional de Saúde Suplementar elaborar um rol de procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória.

Quanto à divergência jurisprudencial acerca da natureza do rol, uma resposta adequada faz-se necessária para garantir a segurança jurídica e a integralidade do direito. Nesse panorama, recorre-se à ideia de resposta correta de Lenio Luiz Streck, segundo o qual é aquela que melhor se coaduna com a Constituição Federal e que promove a integralidade do direito.

Portanto, afirma-se que essa resposta é dada pela tese da não taxatividade do rol, entendimento majoritário dos tribunais e objeto do Projeto de Lei 396/2022. A justificativa se dá conforme o princípio da diferença contido na Teoria da Justiça de Rawls, que admite a existência de desigualdades sociais e econômicas somente se trouxerem benefícios aos menos favorecidos. Assim, a cobertura de medicamentos, procedimentos e tratamentos não arrolados, mas necessários para tratar uma demanda peculiar, não representa grave risco econômico pois decorre da própria natureza da atividade. Outrossim, vê-se que a

recusa em fornecê-los está atrelada ao objetivo de ganho de lucro e não a um risco evidente, já que a receita dos planos de saúde cresceu nos últimos anos em decorrência da pandemia.

Com isso, diante da relação contratual entre operadoras de planos de saúde e beneficiários, sobre a qual recai o Código de Defesa do Consumidor, entende-se que a proteção da iniciativa privada configura prejuízo ao consumidor, polo vulnerável. Isso porque ante a recusa de cobertura, o beneficiário ou terá de recorrer ao SUS, aumentando as demandas do sistema público e prejudicando os que já esperam atendimento por não terem condições financeiras de contratar serviços privados, ou deverá realizar contratações adicionais, o que tornará o acesso à saúde ainda mais oneroso, pois, as mensalidades já são vultosas em razão dos reajustes anuais.

Portanto, o caráter exemplificativo do rol aumenta as oportunidades de acesso à saúde pelos que necessitam de um tratamento alternativo em razão de uma condição específica. Ademais, protege o consumidor, o qual, pela sua vulnerabilidade técnica, não tem conhecimento necessário para analisar a lista de cobertura mínima no momento da adesão ao contrato e confia que uma eventual demanda será atendida pela operadora.



## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9961.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm). Acesso em: 3 ago. 2022.
- BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm). Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no artigo 35 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga a Resolução Normativa – RN nº 428, de 7 de novembro de 2017, a Resolução Normativa – RN n.º 453, de 12 de março de 2020, a Resolução Normativa – RN n.º 457, de 28 de maio de 2020 e a RN n.º 460, de 13 de agosto de 2020. 24 fev. 2021. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw==>. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 392/2022. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, para estabelecer que a regulação pela Agência Nacional de Saúde Suplementar não excluirá a obrigação de as operadoras de planos privados de assistência à saúde cobrirem procedimentos, medicamentos e eventos necessários à melhor atenção à saúde do consumidor ou beneficiário e outros. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151946>. Acesso em 6 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma Recurso Especial nº 1.876.630 - SP. Relator MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Julgado em: 09/03/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205674670/inteiro-teor-1205674690>. Acesso

em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma Recurso Especial nº 1.886.929 - SP. Relator MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Julgado em: 09/03/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205674670/inteiro-teor-1205674690>. Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.733.254 - RS. Relator MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Julgado em: 19/04/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/574192656>. Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 608. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Diário da Justiça: Edição nº 2414, Brasília, DF, 17 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 393175/RS, Relator MIN. CELSO DE MELLO. Julgado em 12/12/2006. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 6 ago. 2022.

COLLUCCI, Cláudia. Após lucro de 50% na pandemia, planos de saúde coletivos sobem 16%. Folha de São Paulo, 27 jul. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/06/apos-lucro-de-50-na-pandemia-planos-de-saude-coletivos-sobem-16.shtml>. Acesso em: 5 ago. 2022.

HARTMANN, Marcel. Para 2022, Ministério da Saúde perde 20% do orçamento de 2021. GZH Saúde, 14 fev. 2022. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2022/02/para-2022-ministerio-da-saude-perde-20-do-orcamento-de-2021-ckzn60gan008c015p17sn3f43.html>. Acesso em: 5 ago.

2022.

- Instituto Lagarta Vira Pupa et al. Rol Taxativo Mata: Mobilização nacional contra o Rol Taxativo. 7 jun. 2022. Disponível em: <https://www.lagartavirapupa.com.br/roltaxativomata>. Acesso em: 4 ago. 2022.
- RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, 1971. Editora Martins Fontes.
- SANTOS, Estevão Campos dos. O LIBERALISMO DE JOHN RAWLS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL: O princípio da distribuição e o Federalismo Fiscal Tributário. Dissertação (Mestrado), Função Social do Direito nas Constituições, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso, 2011. Editora Saraiva.
- VIAPIANA, Tábata. Apesar de decisão do STJ, TJ-SP mantém liminares contra planos de saúde. Conjur, 22 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-22/apesar-decisao-stj-tj-sp-mantem-liminares-operdo-ras>. Acesso em: 4 ago. 2022.