

O ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E A NECESSIDADE DE SUA CONFORMAÇÃO À AUTONOMIA DO MÉDICO

THE LIST OF HEALTH PROCEDURES AND EVENTS OF THE NATIONAL SUPPLEMENTARY HEALTH AGENCY AND THE NEED TO CONFORM TO THE DOCTOR'S AUTONOMY

Clayton Reis¹

Guilherme Alberge Reis²

Gabriel Alves Fonseca³

¹ Pós-doutor em Responsabilidade Civil pela Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Responsabilidade Civil pela Universidade Estadual de Maringá. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Magistrado aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba. Professor da Universidade Tuiuti do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Advogado e parecerista jurídico.

² Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito Empresarial pelas Faculdades da Indústria. Bacharel em Direito e em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Curitiba. Vice-presidente da Comissão de Responsabilidade Civil da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná (2022/2024). Advogado.

³ Mestrando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduando em Direito Constitucional e em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Analista Jurídico do Conselho Regional de Contabilidade do Paraná. Advogado.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo geral explorar a relação entre a autonomia do médico para prescrever o tratamento reputado como mais adequado ao paciente e a desvinculação do procedimento prescrito ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Corolários desse objetivo geral, três objetivos específicos foram igualmente perquiridos: (1) analisar os contratos de plano de saúde e a ilicitude das cláusulas condicionantes da cobertura contratual ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar; (2) tratar da autonomia do médico e da aplicabilidade imediata do direito humano e fundamental à saúde; e (3) expor o caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Visando à concretização dos objetivos da investigação, a metodologia empregada resultou em uma análise bibliográfica, normativa e jurisprudencial sobre os pontos pesquisados, a partir de materiais como livros, artigos científicos, dissertações, leis e decisões judiciais relevantes.

PALAVRAS-CHAVE

Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde – Autonomia do médico – Direito à saúde.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Os contratos de plano de saúde e a ilicitude das cláusulas condicionantes da cobertura contratual ao Rol de Procedimentos e Eventos da ANS. 2. A autonomia do médico e a aplicabilidade imediata do direito humano e fundamental à saúde. 3. O caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS. Considerações finais. Referências.

REFERÊNCIA: REIS, Cleyton; REIS, Guilherme Alberge; FONSECA, Gabriel Alves. O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar e a necessidade de sua conformação à autonomia do médico. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 7, n. 2, Porto Alegre, p. 73-102, jul. 2023.

INTRODUÇÃO

Não é raro que as operadoras de planos de saúde restrinjam, mediante cláusulas contratuais, a cobertura de certos procedimentos, medicamentos ou tratamentos indicados pelos médicos aos seus pacientes, com fulcro no fundamento de que as solicitações não constam no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o qual, nessa linha argumentativa de negativa de cobertura, seria taxativo. Contudo, e em que pese sua adoção atual pela Quarta Turma e pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento pela taxatividade do aludido rol não é o mais adequado, sobretudo se sopesado com a necessidade de tutela efetiva da autonomia do médico para indicar o melhor tratamento ao paciente.

ABSTRACT

The general objective of this study was to explore the relationship between the doctor's autonomy to prescribe the treatment deemed most appropriate for the patient and the untying of the prescribed procedure to the List of Health Procedures and Events of the National Supplementary Health Agency. Corollary to this general objective, three specific objectives were equally pursued: (1) to analyze health insurance contracts and the illegality of clauses conditioning contractual coverage to the List of Health Procedures and Events of the National Supplementary Health Agency; (2) to deal with the doctor's autonomy and the immediate applicability of the human and fundamental right to health; and (3) to expose the exemplifying character of the List of Health Procedures and Events of the National Supplementary Health Agency. In order to achieve the research objectives, the methodology employed resulted in a bibliographic, normative and jurisprudential analysis of the researched points, based on materials such as books, scientific articles, dissertations, laws and relevant court decisions.

KEYWORDS

List of Health Procedures and Events – Doctor's autonomy – Right to health.

Outrossim, não se pode olvidar que os contratos de planos de saúde são submetidos não apenas aos princípios basilares do Direito contratual, como também à incidência do Código de Defesa do Consumidor, pelo que as cláusulas que condicionam a cobertura de tratamentos à previsão desses no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS são abusivas e nulas de pleno direito, posto que ameaçam o próprio objeto contratual de prestação de serviços de saúde. A saúde, aliás, é um direito humano e fundamental, que tem aplicabilidade imediata, inclusive às relações privadas entre operadoras de planos de saúde e beneficiários, e cuja consecução depende do resguardo da autonomia técnica do médico, a qual não pode ser limitada por um rol definido por uma resolução normativa que nem sequer tem natureza jurídica legal, e cuja taxatividade foi, recentemente, ainda mais fragilizada pela superveniência da Lei nº 14.454/2022.

Explorar, mesmo que sumariamente, algumas das nuances dessas questões constitui, pois, o objeto do presente artigo. A justificativa desse esforço investigativo se perfaz no fato de que, muito embora a taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS tenha sido rechaçada pela Lei nº 14.454/2022, essa questão tão foi totalmente dirimida e ainda subsiste, sobretudo pela resistência das operadoras de planos de saúde em se adaptarem ao entendimento de que o referido rol é exemplificativo.

Quanto aos objetivos que nortearam a presente pesquisa, estes foram precipuamente quatro, sendo um geral e os três restantes, específicos. O objetivo geral foi explorar a relação entre a autonomia do médico para prescrever o tratamento reputado como mais adequado ao paciente e a desvinculação do procedimento prescrito ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Corolários desse objetivo geral, os três objetivos específicos foram: (1) analisar os contratos de plano de saúde e a ilicitude das cláusulas condicionantes da cobertura contratual ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar; (2) tratar da autonomia do médico e da aplicabilidade imediata do direito humano e fundamental à saúde; e (3) expor o caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Visando à concretização dos objetivos da investigação, a metodologia empregada resultou em uma análise bibliográfica, normativa e jurisprudencial sobre os pontos pesquisados, a partir de materiais como livros, artigos científicos, dissertações, leis e decisões judiciais relevantes. Os materiais bibliográficos (livros, artigos científicos e dissertações) foram colhidos de autores com obras em áreas como o Direito Administrativo, o Direito Civil, o Direito Constitucional, o Direito do Consumidor e o Direito Médico e da Saúde. Já as leis

consultadas, em sentido amplo, foram, sobretudo, a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a Lei nº 9.656/1998 e a Lei nº 14.454/2022. Por fim, as decisões judiciais reputadas como mais relevantes e analisadas foram aquelas proferidas pela Quarta Turma e pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em que restou consignado o entendimento pela taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS.

Por fim, cumpre dizer, ainda a título introdutório, que a estrutura de desenvolvimento do presente trabalho foi desenvolvida de modo a abrigar, nos respectivos capítulos, a investigação decorrente dos três objetivos específicos. Tais capítulos serão, pois, abordados nas linhas subsequentes.

1 OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E A ILICITUDE DAS CLÁUSULAS CONDICIONANTES DA COBERTURA CONTRATUAL AO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS DA ANS

Primeiramente, importa entender o que é um contrato de plano privado de assistência à saúde, o qual pode ser conceituado como sendo o pacto celebrado entre uma entidade operadora e um beneficiário, no qual esse se obriga ao pagamento de uma contraprestação pecuniária e periódica (ainda que indiretamente, mediante benefício salarial), ao passo que aquela se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus financeiro, tão somente, nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente cobertas. Infere-se, pois, que os elementos fundamentais para o conceito de contrato de plano privado de assistência à saúde são a garantia de assistência à saúde e a garantia de cobertura financeira dos riscos dessa assistência (FIGUEIREDO, 2012, p. 167).

Quanto ao regime jurídico aplicável, a Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, inicialmente previu, em seu artigo 35-G (incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001), que as disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis em caráter meramente subsidiário aos contratos entre usuários e operadoras de planos privados de assistência à saúde (BRASIL, 2001). Posteriormente, a redação do artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.656/1998 foi alterada pela Lei nº 14.454/2022, de modo que passou a prever que as disposições do Código de Defesa do Consumidor têm aplicação simultânea com as demais prescrições legais que incidem sobre planos privados de assistência à saúde (BRASIL, 2022a). Diante dessa divergência de proposições, há de se distinguir, primeiramente, lei de norma.

Enquanto a norma é uma prescrição, a lei é a forma que reveste uma norma ou um conjunto de normas dentro de um ordenamento jurídico, sendo, pois, fonte do Direito, na medida em que é o revestimento estrutural da norma, lhe conferindo juridicidade (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 233). A partir dessa distinção, é possível visualizar, atualmente, a coexistência de duas normas distintas e antinômicas entre si no âmbito da mesma Lei nº 9.656/1998, uma no sentido da aplicabilidade subsidiária do Código de Defesa do Consumidor e outra no sentido da incidência simultânea do diploma consumerista com as demais disposições normativas aplicáveis aos planos privados de assistência à saúde.

E, a partir dos critérios clássicos para a solução de antinomias jurídicas no ordenamento (hierárquico, cronológico e de especialidade)⁴, não podem ser aplicados os critérios hierárquico e de especialidade, vez que as normas em comento estão revestidas pela mesma lei e ambas reportam ao regime jurídico dos planos privados de assistência à saúde. Resta, então, a aplicação do critério cronológico, tendo em vista que a norma de incidência simultânea do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, o artigo 1º, *caput*, teve a atual redação dada pela Lei nº 14.454/2022, ao passo que a norma de aplicabilidade subsidiária do diploma consumerista, isto é, o artigo 35-G, é anterior, pois foi inserida à Lei nº 9.656/1998 pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001.

Outrossim, não se pode olvidar que o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 1º, “*estabelece normas de proteção de defesa do consumidor; de ordem pública e interesse social*” (BRASIL, 1990a), sendo que a própria Constituição Federal traz, em seus artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, um mandado de tutela dos consumidores (BRASIL, 1988). Por essa razão, mediante o manejo hermenêutico do princípio instrumental de interpretação conforme a Constituição, o qual “*impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais*” (BARROSO, 2019, p. 289), já se mostrava possível e recomendável interpretar o artigo 35-G da Lei nº 9.656/1998 de modo a aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos planos privados de assistência à saúde não subsidiariamente, mas sim direta e complementarmente

⁴ A respeito desses critérios, Maria Helena Diniz assim sintetiza: “*A ordem jurídica prevê uma série de critérios para a solução de antinomias no direito interno, que são: 1) O hierárquico (lex superior derogat legi inferiori), baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra; a ordem hierárquica entre as fontes servirá para solucionar conflitos de normas em diferentes níveis, embora, às vezes, possa haver incerteza para decidir qual das duas normas antinômicas é superior. 2) O cronológico (lex posterior derogat legi priori), que remonta ao tempo em que as normas começaram a ter vigência, restringindo-se somente ao conflito de normas pertencentes ao mesmo escalão. 3) O de especialidade (lex specialis derogat legi generali), que visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos.*” (DINIZ, 2009, p. 487-488, grifos no original).

com as demais disposições normativas cabíveis, mesmo antes do reconhecimento expresso dessa possibilidade pela Lei nº 14.454/2022.

Tanto é assim que a aplicação direta do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde há muito é reconhecida pela jurisprudência, notadamente, pela do Superior Tribunal de Justiça, que solidificou esse entendimento na Súmula nº 469, aprovada em 2010 (BRASIL, 2010). Essa súmula foi cancelada em 2018 com a sobrevinda da Súmula nº 608, a qual manteve o posicionamento do enunciado sumular cancelado, mas com a única ressalva de que o diploma consumerista não seria aplicável aos contratos de plano de saúde administrados por entidades de autogestão (BRASIL, 2018b).

Com a devida vênia, essa ressalva é criticável e merece ser revisada⁵, seja em razão da Lei nº 9.656/1998 (a qual, mesmo antes da alteração promovida pela Lei nº 14.454/2022, já previa, no mínimo, a aplicabilidade subsidiária do diploma consumerista, em seu artigo 35-G), seja por conta da incidência imperativa da legislação consumerista quando verificáveis os elementos subjetivos e objetivos elencados nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.⁶ De qualquer modo, ao menos permanece assente o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor é diretamente aplicável à grande maioria dos contratos de planos privados de assistência à saúde.

Logo, as disposições contratuais dos planos de saúde não podem ser aplicadas de maneira simplista, com a mera subsunção indiscriminada da situação de saúde do beneficiário às normas contratuais, haja vista que o Código Consumerista atrai o “*reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*” (artigo 4º, inciso I) e o “*equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*” (artigo 4º, inciso III) (BRASIL, 1990a). Essa tratativa diferenciada visa à consecução de uma igualdade material entre os sujeitos integrantes da relação de consumo.

Cumprasse asseverar que mesmo o artigo 421-A, *caput*, do Código Civil (incluído pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica de 2019), segundo o qual “*os contratos civis*

⁵ Essa é a conclusão de Maria Helena Silveira Bonfim, que, em uma pesquisa percutiente sobre os fundamentos e as fragilidades da Súmula nº 608 do Superior Tribunal de Justiça, verificou que esse enunciado sumular enseja prejuízos substanciais à tutela dos usuários de planos de saúde mantidos por entidades de autogestão (BONFIM, 2018, p. 66).

⁶ Vale transcrever a redação dos mencionados artigos: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” (BRASIL, 1990a).

e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção” (BRASIL, 2019), faz uma ressalva aos regimes jurídicos previstos em leis especiais, como é o caso do regime trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual reconhece a presumida assimetria existente entre fornecedores e consumidores. Outrossim, mesmo para as relações contratuais que não são regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil estabelece, no artigo 113, § 1º, inciso IV (incluído pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica de 2019), que “*a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que [...] for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável*” (BRASIL, 2019). Também determina, no artigo 423, a interpretação mais favorável ao aderente em contratos de adesão com cláusulas ambíguas ou contraditórias (BRASIL, 2002).

Esses critérios hermenêuticos são plenamente aplicáveis aos contratos de plano de saúde, os quais, pela dicção do artigo 54, *caput*, do Código Consumerista, por terem suas cláusulas “*estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor [...], sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*”, são caracterizados como contratos de adesão. De qualquer modo, o artigo 47 do Código Consumerista prevê que “*as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*”, independentemente da natureza jurídica do contrato, bastando, pois, que haja a configuração de uma relação de consumo entre as partes. Nesse esforço de concretização de uma igualdade material entre os sujeitos participantes do mercado de consumo, o Código Consumerista elenca, no artigo 6º, inciso IV, “*a proteção [...] contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços*” como um direito básico do consumidor (BRASIL, 1990a).

E, em uma relação de consumo, são abusivas e nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em uma posição de desvantagem exagerada, ao restringirem direitos inerentes à própria natureza do contrato pactuado, ameaçando, pois, o próprio objeto contratual, conforme se extrai do artigo 51, inciso IV e § 1º, inciso II, do Código Consumerista (BRASIL, 1990a). Em sentido paralelo, mesmo para as relações contratuais não regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, o artigo 424 do Código Civil prevê que “*nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio*” (BRASIL, 2002).

Nessa esteira, as cláusulas dos contratos de plano de saúde que condicionam a cobertura ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS acabam por ameaçar o próprio objeto contratual, posto que implicam a restrição dos procedimentos necessários ao

tratamento de enfermidades listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), da Organização Mundial de Saúde – as quais devem ser cobertas por qualquer plano de saúde, por força do artigo 10, *caput*, da Lei nº 9.656/1998⁷ –, pelo que padecem de evidente abusividade, sendo, portanto, nulas de pleno direito, vez que colocam o beneficiário em uma desvantagem exagerada ao restringirem seu direito de ser cuidado com todos os procedimentos necessários ao seu tratamento. Ainda, a restrição do tratamento necessário ao beneficiário, a ser realizado com todos os procedimentos prescritos pelo competente profissional médico, ainda que não previstos expressamente no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, é igualmente incompatível com os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, o que exige, por conseguinte, uma interpretação das disposições contratuais que lhes seja conforme.⁸

Quanto ao princípio da boa-fé objetiva, ele não é, primeiramente, um cânone de interpretação para negócios jurídicos em geral (artigo 113 do Código Civil) e um *standard* comportamental a contratantes durante a conclusão e a execução do contrato (artigo 422 do Código Civil) (BRASIL, 2002). Também é um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, como enuncia expressamente o artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990a). Logo, é plenamente incidente sobre a relação contratual existente entre operadoras de planos de saúde e beneficiários.

Ora, ao negar a cobertura do tratamento do paciente de acordo com todos os procedimentos indicados pelo médico que o acompanha, a operadora de plano de saúde acaba por frustrar uma legítima expectativa do beneficiário, o qual, quando adere ao contrato de plano de saúde, espera a cobertura e a viabilização dos tratamentos de saúde que lhe sejam necessários. Afinal, do contrário, o beneficiário nem sequer aderiria ao contrato. Vê-se, assim,

⁷ Já em sua redação original, o artigo 10, *caput*, da Lei nº 9.656/1998 assim dispunha: “É instituído o plano ou seguro-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem ou centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doença e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde [...]” (BRASIL, 1998).

⁸ Como bem destaca Francisco Amaral, contemporaneamente, os princípios condicionam a própria interpretação normativa: “O primado dos princípios jurídicos faz crescer a importância do raciocínio jurídico e constitui-se na causa principal da necessidade de revisão dos temas tradicionais da ciência jurídica, permitindo reconhecer que a determinação da norma jurídica funda-se nos elementos do sistema, entre os quais, agora, os princípios jurídicos. O reconhecimento dos princípios como fundamentos constitutivos e normativos do direito e como elementos do sistema do Código Civil, conduz então à possibilidade de um novo modelo interpretativo, a interpretação conforme os princípios. Interpretar segundo um princípio significa formular uma regra com base na qual se resolve o caso em questão, modificando-se a convicção, comum na ciência do direito, de que as regras jurídicas já se encontram definidas antes da sua aplicação e que, portanto, a tarefa do juiz seja limitada a pescar a regra adaptada ao caso. A interpretação conforme os princípios, que pode ser simultânea com as outras modalidades, implica, portanto, a passagem metodológica da *ratio legis* à *ratio iuris*, isto é, do sentido da norma legal ao sentido dos fundamentos do próprio sistema, neste caso, os princípios jurídicos.” (AMARAL, 2017, p. 148-149, grifos no original).

que a negativa da operadora de plano de saúde em cobrir integralmente o tratamento do beneficiário é totalmente dissonante com o princípio da boa-fé objetiva, o qual, como *standard* comportamental, “*direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual*” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 282-283).

Há de ser observado, ainda, o princípio da função social do contrato, próprio de um contexto em que “*a compreensão da conduta dos contratantes deixa de ser visualizada pelo monopólio de suas vontades, posto submetida a padrões objetivos de controle social de legitimidade*” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 235). Por essa razão, tal princípio limita a liberdade contratual (artigo 421 do Código Civil) e, ao mesmo tempo, se apresenta como um preceito de ordem pública em face de convenções (artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil) (BRASIL, 2002). À luz dessa compreensão, não se questiona que o contrato de plano de saúde, como qualquer contrato, além de atender aos próprios interesses dos contratantes, também atende a um interesse social, o qual, no caso, é a materialização do direito à saúde.

Inclusive, embora a Constituição Federal disponha que “*a assistência à saúde é livre à iniciativa privada*” (artigo 199, *caput*), noutro vértice, prevê que “*são de relevância pública as ações e serviços de saúde*” (artigo 197), justamente pela fundamentalidade do direito envolvido, o qual tem alcance não apenas individual, mas também social (artigo 6º), sendo, portanto, de todos (artigo 196) (BRASIL, 1988). Tanto é assim que a Lei nº 8.080/1990 prevê, em seu artigo 2º, § 2º, que, em matéria de saúde, “*o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade*” (BRASIL, 1990b). Nessa esteira, as operadoras de planos de saúde “*têm grave compromisso com a qualidade do serviço que colocam à disposição de seus associados*” (KFOURI NETO, 2002, p. 380).

Destarte, as cláusulas dos contratos de plano de saúde que condicionam a cobertura contratual ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, além de serem abusivas e nulas de pleno direito, também atentam contra os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Logo, tais cláusulas são, juridicamente, eivadas de ilicitude.

Noutro vértice, não se descuida que a atividade econômica das operadoras de planos de saúde, como qualquer outra, é privilegiada pela liberdade de iniciativa e de concorrência, conforme se extrai dos artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput* e inciso IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), pelo que é perfeitamente lícito, do ponto de vista contratual, que determinadas enfermidades sejam excluídas da cobertura, desde que observadas as doenças listadas na vigente CID. Outrossim, os eventos excluídos devem ser previstos em cláusulas redigidas com clareza, destaque e que permitam uma compreensão imediata e fácil por parte

do beneficiário, conforme se extrai do artigo 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 16, inciso VI, da Lei nº 9.656/1998 (BRASIL, 1990a; BRASIL, 1998).

Em verdade, o que não se pode admitir é que, uma vez que o tratamento a determinada doença seja previsto contratualmente, a operadora de plano de saúde busque se sobrepor à recomendação médica ao beneficiário, sob a justificativa de que a prescrição não estaria prevista no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS. Trata-se, pois, de uma limitação injustificada e abusiva que, na prática, inviabiliza o contrato, o que é reforçado pelo fato notório de que a ciência médica está em constante evolução, vez que tratamentos novos, mais eficazes e com embasamento científico surgem com frequência, levando a uma assimetria regulatória, vez que a ANS não dá conta de manter o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde atualizado de acordo com as técnicas mais avançadas da prática médica.

Ademais, vez que o artigo 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor prevê que “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato” (BRASIL, 1990a), e considerando que o artigo 475 do Código Civil estipula que “a parte lesada pelo inadimplemento pode [...] preferir exigir-lhe o cumprimento” (BRASIL, 2002), é possível ao beneficiário requerer, inclusive pela via da tutela específica da obrigação em uma ação judicial que tenha como objeto o cumprimento de uma obrigação de fazer, à luz do artigo 84, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL 1990a), que a operadora de plano de saúde cubra os procedimentos prescritos pelo profissional médico competente, essenciais ao tratamento. E, sem prejuízo da obrigação de fazer, pode o beneficiário pleitear, ainda, uma compensação por eventuais danos morais sofridos – sendo a negativa de cobertura de tratamentos médicos, por parte das operadoras de planos de saúde, uma das excepcionais hipóteses em que se admite a ocorrência de danos morais advindos de um inadimplemento contratual⁹ –, quando presentes os pressupostos da responsabilidade civil¹⁰ e do dano moral.¹¹

⁹ Essa é a conclusão de Felipe Peixoto Braga Netto: “O caso mais comum – e grave, em nossa opinião – na jurisprudência do STJ de danos morais por inadimplemento contratual diz respeito a planos de saúde. Que se recusam a atender seus segurados quando eles precisam. [...] A recusa, aliás, [...] perfaz dano moral indenizável, segundo o STJ (trata-se enfim do mais claro exemplo de dano moral que resulta de descumprimento contratual).” (BRAGA NETTO, 2021, p. 237-238).

¹⁰ Fernando Noronha oferece uma síntese precisa dos pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil (dano, cabimento no âmbito de proteção de uma norma, fato gerador, nexo de causalidade e nexo de imputação): “O fato causador da responsabilidade terá [...] de ser antijurídico e deverá poder ser imputado a alguém; o dano, por sua vez, há de ser efetivo e deverá ter sido causado pelo fato gerador; além disso (e este será o último requisito), o dano deverá constituir lesão de um dos bens que a ordem jurídica queria proteger.” (NORONHA, 2013, p. 492).

¹¹ Um conceito jurídico de dano moral, mais bem referenciado como dano extrapatrimonial, é oferecido por Clayton Reis: “É evidente que buscar afinilar em um conceito objetivo o oceano de situações cotidianas que causam danos extrapatrimoniais pode dar ensejo a críticas e situações excepcionais que não poderiam se subsumir à definição. Contudo, de forma humilde, a partir de nossos estudos e vivência, buscamos criar um conceito próprio do instituto, nos seguintes termos: o dano extrapatrimonial é o dano causado por uma ofensa que atinja um patrimônio imaterial da vítima, desvinculado de qualquer expressão econômica imediata,

Afinal, a reparação por danos morais, além de ser uma garantia constitucional (artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal) e legal (artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil), se insere entre os direitos básicos do consumidor (artigo 6º, incisos VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor) (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990a; BRASIL, 2002). Logo, essa tutela não pode, de qualquer modo, ser restringida.¹² No entanto, a simples negativa de cobertura contratual por parte da operadora de plano de saúde não enseja uma automática reparação por danos morais, visto que precisa ser flagrantemente ilegal e abusiva, além de agravar o estado anímico do beneficiário ao expô-lo a um estresse emocional exacerbado em um momento de fragilidade, como nos casos em que se encontre acometido por uma grave doença.

Essas possibilidades que se apresentam ao beneficiário pela via judicial – quais sejam, a de cumprimento específico da obrigação de cobrir os procedimentos prescritos e a de compensação por eventuais danos morais – decorrem, como se expôs, da abusividade e nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais que condicionam a cobertura do plano de saúde ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, cuja restrição, inclusive por ser atentatória a princípios contratuais basilares, é ilícita.¹³ Essa restrição é, ainda, incompatível com a autonomia do médico para indicar o tratamento que reputar mais adequado ao paciente.

podendo ter reflexos íntimos consistentes em dor, humilhação, tristeza, vergonha e sentimentos afins, ou externos, prejudicando a boa fama ou reputação.” (REIS, 2019, p. 126).

¹² Inclusive, o próprio Código de Defesa do Consumidor dispõe, em seu artigo 25, *caput*, que “é vedada a estipulação de cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar” (BRASIL, 1990a). Afinal, como bem assinalam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, as normas do diploma consumerista “se intitulam, no art. 1.º, normas de ordem pública, logo, inafastáveis pela vontade das partes. Mesmo assim, em várias passagens o CDC menciona a ineficácia, ou a invalidade de previsões contratuais neste sentido. [...] No direito tradicional, a cláusula de exclusão da responsabilidade civil era, em princípio, permitida. Agora a obrigação de indenizar imposta aos fornecedores, solidariamente, ex vi art. 7.º, parágrafo único, e art. 25, §§ 1.º e 2.º, é imperativa, sendo nula tal cláusula (art. 25 do CDC c/c art. 166, VI, do CC/2002), e a única exceção, prevista apenas para pessoas jurídicas-consumidores, é concedida no art. 51, I, do CDC.” (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2013, p. 692, grifos no original).

¹³ A ilicitude desse tipo de cláusula restritiva é reforçada pela tratativa que o Código Civil confere à condição, isto é, à cláusula que, conforme dispõe o artigo 121, “derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto” (BRASIL, 2002). Quando uma condição, entre outras hipóteses, for contrária à lei, ela será ilícita (artigo 122 do Código Civil, *a contrario sensu*), podendo invalidar o negócio jurídico que lhe é subordinado (artigo 123, inciso II, do Código Civil) (BRASIL, 2002). Todavia, como aduz Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira, a condição apenas será ilícita se for contrária a uma lei imperativa, e não a uma lei dispositiva: “A lei cuja inobservância leva à ilicitude da condição será necessariamente a de caráter imperativo. Se a aplicação da norma pode ser afastada pelas partes, como sucede com as dispositivas, evidencia-se que não haverá ilicitude na condição que a ela não se conforme. Prevalecerá a disposição de vontade.” (OLIVEIRA, 2012, p. 307-308). Pois bem. É possível interpretar como uma condição a cláusula do contrato de plano de saúde que subordina o efeito da cobertura contratual de um procedimento ao fato deste constar no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, posto que a prescrição do referido procedimento será superveniente à aderência do beneficiário ao contrato (evento futuro) e poderá ocorrer a qualquer momento em que o beneficiário consultar um médico, sem um marco definido (evento incerto). Ocorre que tal condição, como já exposto alhures, é contrária a normas, direitos e princípios de ordem imperativa, contidos em diplomas como a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 9.656/1998 e o Código Civil, o que reforça sua ilicitude.

2 A AUTONOMIA DO MÉDICO E A APLICABILIDADE IMEDIATA DO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À SAÚDE

Não se pode olvidar que o Código de Ética Médica consagra a autonomia do médico entre os princípios fundamentais da Medicina (capítulo I), os direitos dos médicos (capítulo II) e os deveres da responsabilidade profissional do médico (capítulo III) (BRASIL, 2018a). Entretanto, mesmo que o Código de Ética Médica não resguardasse a autonomia do médico, essa prerrogativa ainda seria extraível da própria Constituição Federal, a partir de uma interpretação otimizada dos direitos fundamentais à liberdade de manifestação do pensamento (artigo 5º, inciso IV), de consciência (artigo 5º, inciso VI), de expressão da atividade intelectual e científica (artigo 5º, inciso IX) e de exercício profissional (artigo 5º, inciso XIII) (BRASIL, 1988).

Com efeito, não se pode perder de vista que a relação entre médico e paciente é uma relação linear que procura, de um lado, reconhecer o direito do paciente em se determinar de acordo com sua vontade no tocante à saúde e à vida e, de outro lado, resguardar o direito do profissional da saúde em apontar os procedimentos médicos convenientes para o paciente, sem, todavia, obrigá-lo a tanto. Trata-se, pois, de uma relação em que hão de ser sopesadas a autonomia da vontade do paciente (um dos princípios centrais da Bioética) e a autonomia profissional do médico (OLIVEIRA JUNIOR; OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2013, p. 91).

Quanto à autonomia profissional propriamente dita, talvez a dimensão mais fundamental, para além das dimensões econômica, política e organizacional, seja a da autonomia técnica, que pode ser conceituada como a independência para a tomada de decisões no exercício de uma profissão. Nesse sentido, aplicada à relação entre médico e paciente, a autonomia técnica se refere à capacidade de decisão do médico no contexto de uma relação terapêutica, o qual é um momento em que se diferencia a ciência médica do exercício da Medicina, isto é, a teoria da prática. Em face da complexidade e da subjetividade atinentes a esse julgamento, que envolve critérios técnico-científicos, éticos, sociais, históricos e morais, a autonomia técnica se torna fundamental para o trabalho médico (GARBIN, 2005, p. 6-7).

Destaca-se que a autonomia técnica do médico não é, por óbvio, irrestrita, vez que a própria relação entre médicos e pacientes não é desprovida de normatização, sendo, pois, uma relação jurídica, *“porque se submete a uma regulamentação, seja pelos códigos de ética, seja pela própria ordem jurídica, já que a profissão médica é liberada e legalizada pelo Estado, que a regula e disciplina”* (GIOSTRI, 2002, p. 38). Com efeito, privilegiar a autonomia técnica do profissional médico não é dar azo a prescrições sem respaldo científico. Isso

porque a autonomia médica pode e deve ser conformada tanto aos princípios centrais da Bioética¹⁴ quanto à observância da arte médica da generalidade de condutas e da arte médica dos atos individuais¹⁵, com a exigência de que haja a submissão da prescrição médica ao suporte técnico-científico sobre a eficácia dos procedimentos, medicamentos e tratamentos indicados ao paciente, sem o descuido das peculiaridades do caso concreto.

Inclusive, o Código de Ética Médica traz disposições de ajuste da atividade médica a um substrato científico, ao prever que: (a) *“nenhuma disposição [...] limitará a escolha [...] dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente”* (capítulo I, XVI); (b) *“no processo de tomada de decisões profissionais, [...] o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas”* (capítulo I, XXI); (c) é direito do médico *“indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente”* (capítulo II, II); (d) é vedado ao médico *“permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens [...] interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde”* (artigo 20); (e) é vedado ao médico *“deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”* (artigo 32); (f) é vedado ao médico *“divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente”* (artigo 113) (BRASIL, 2018a).

¹⁴ Como explica Maria Garcia, os princípios da Bioética *“constituem-se principalmente em três (alguns acrescem o princípio da não maleficência): os princípios da autonomia (autodeterminação), de beneficência (o maior bem do paciente) e de justiça (a distribuição equânime de benefícios e obrigações na sociedade)”* (GARCIA, 2012, p. 73).

¹⁵ No caso da Medicina, não há apenas uma arte médica aplicável à generalidade das condutas profissionais (*lex artis*), como também há a arte médica de cada ato individual (*ad hoc*), conforme bem explica Miguel Kfourti Neto: *“A lex artis ad hoc é o critério valorativo da correção do ato concretizado pelo profissional da medicina – arte ou ciência médica –, visando a verificar se a atuação é compatível – ou não – com o acervo de exigências e a técnica normalmente requeridos para determinado ato, observando-se a eficácia dos serviços prestados e a possível responsabilidade do médico/autor pelo resultado obtido. Levam-se em consideração, nessa análise, principalmente, as características pessoais do profissional, os recursos materiais de que dispõe, as peculiaridades inerentes à especialidade, a complexidade e importância do ato para a preservação da vida e o estado geral do paciente. Na aferição da conduta médica, tem-se em conta a generalidade de condutas profissionais diante de casos análogos. Toda profissão é regida por uma lex artis. Na medicina, porém, não obstante seu caráter geral, essa lex é aplicada a cada ato médico individualizado (ad hoc). Os fatores já mencionados e seus efeitos variam de caso a caso. Diversas são as avaliações, por conseguinte, do atendimento a um moribundo ou a um paciente com ligeiro mal-estar; de uma cesariana realizada por um só médico em hospital de zona rural, ou por uma equipe em grande centro urbano.”* (KFOURI NETO, 2010, p. 189-190, grifos no original).

Destarte, desde que conformada pelos princípios da Bioética e pelo estado da arte médica disponível, a autonomia profissional do médico, em especial em sua dimensão técnica, pode e deve ser privilegiada. Afinal, a garantia de saúde do paciente não pode ficar restrita a apenas um único e estanque tipo de protocolo clínico, tratamento ou meio de diagnóstico, sem a observância das peculiaridades do caso concreto, sendo que cabe exclusivamente aos médicos, por terem a expertise técnica para tal e por conhecerem pessoalmente as nuances do caso do paciente, mensurar qual é o melhor procedimento, medicamento ou tratamento, a fim de possibilitar que os pacientes exerçam sua própria autonomia de um modo mais eficiente¹⁶ e, assim, tenham a saúde efetivamente tutelada.

Não se pode perder de vista que a saúde é, conforme anuncia expressamente o artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.080/1990, “*um direito fundamental do ser humano*” (BRASIL, 1990b). A Constituição Federal a reconhece, nos artigos 6º e 196, como um direito fundamental social e de todos (BRASIL, 1988). Ainda, tratados internacionais de direitos humanos aderidos pelo Brasil a tratam como um direito humano, mais precisamente, o artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), internalizado pelo Decreto nº 591/1992 (BRASIL, 1992), e o artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), internalizado pelo Decreto nº 3.321/1999 (BRASIL, 1999).

¹⁶ Inclusive, é possível se pensar, no contexto da relação entre paciente e médico, que este pode exercer um “paternalismo libertário”, conceito desenvolvido por Richard Thaler e Cass Sunstein para indicar, sumariamente, que um “arquiteto da escolha” pode, por meio de informações e segundo parâmetros técnicos e científicos, induzir a uma determinada conduta desejável através de um incentivo (*nudge*), mas de modo que a liberdade individual de escolha dos indivíduos afetados seja mantida. Nas palavras dos referidos autores: “*Paternalistas libertários querem facilitar para que as pessoas sigam seu próprio caminho; eles não querem sobrecarregar aquelas que queiram exercer sua liberdade.*” (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 5). No original: “*Libertarian paternalists want to make it easy for people to go their own way; they do not want to burden those who want to exercise their freedom.*”. Ao analisarem o paternalismo libertário no âmbito da relação entre médico e paciente, Andrei Ferreira de Araújo Lima e Fernando Inglez de Souza Machado assim discorrem: “*Trazendo tal formulação ao contexto médico-hospitalar, o paternalismo libertário se articula a partir da figura do profissional médico – afinal, como detentor do conhecimento técnico e científico, a ele cabe o papel de ‘arquiteto da escolha’. Compete ao médico familiarizar o paciente com seu próprio quadro, transmitindo todas as informações pertinentes e necessárias à adequada compreensão do diagnóstico, dos possíveis tratamentos e procedimentos e das consequências da não intervenção. Inclusive, o profissional deve indicar – a partir da exposição dos riscos, das chances de sucesso e da efetividade de cada tratamento – a opção mais eficaz segundo parâmetros técnicos e científicos, confiando a escolha, contudo, ao paciente.*” (LIMA; MACHADO, 2021, p. 48-49).

E, sendo um direito humano e fundamental¹⁷, o direito à saúde goza de aplicabilidade imediata, inclusive às relações privadas. Isso ocorre por conta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, denominada por Luiz Edson Fachin (2015, p. 148) de “força irradiadora da Constituição”. Tal fenômeno operante nas relações entre particulares, também denominado de eficácia privada dos direitos fundamentais, *“tende a conciliar harmonicamente o princípio da autonomia privada com outros direitos fundamentais”* (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 41).

Com efeito, a própria Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, § 1º, que *“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*, bem como prescreve, no § 2º do mesmo artigo, que os direitos e as garantias com expressão constitucional *“não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”* (BRASIL, 1988). Nesse sentido, o direito humano à saúde previsto em tratados internacionais aderidos pelo Brasil como o PIDESC e o Protocolo de San Salvador também goza de aplicabilidade imediata.¹⁸

¹⁷ Falar que o direito à saúde é um direito humano e fundamental não é um pleonismo, já que, conforme explica George Marmelstein, há uma diferença entre os direitos humanos e os direitos fundamentais quanto ao âmbito de positivação: *“Outro conceito importante que geralmente é confundido com os direitos fundamentais é a ideia de direitos humanos, expressão utilizada para se referir aos valores que foram positivados na esfera do direito internacional. Quando se estiver diante de um tratado ou pacto internacional, deve-se preferir a utilização da expressão direitos humanos ao invés de direitos fundamentais. Falar em tratado internacional de direitos fundamentais não soa bem aos ouvidos. Do mesmo modo, à luz dessa classificação, não é tecnicamente correto falar em direitos humanos positivados na Constituição. Vale ressaltar que essa distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais é plenamente compatível com o texto constitucional. Toda vez que a Constituição se refere ao âmbito internacional, ela fala em ‘direitos humanos’. E, quando ela tratou dos direitos que ela própria reconhece, chamou de ‘direitos fundamentais’ [...]”* (MARMELESTEIN, 2019, s. p., grifos no original). Ainda assim, a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais cumpre uma finalidade meramente terminológica, posto que ambas as classes de direitos têm o mesmo conteúdo material de resguardo da pessoa humana, como bem aponta Anderson Schreiber: *“A ampla variedade de termos não deve gerar confusões. Todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. [...] Trata-se [...] do mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana.”* (SCHREIBER, 2013, p. 13).

¹⁸ Dada a interrelação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, ambas as classes de direitos devem ter aplicabilidade imediata, conforme bem elucida Flávia Piovesan: *“Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que tais normas merecem aplicação imediata.”* (PIOVESAN, 2018, p. 167). Ademais, pela lógica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, se a norma internacional oferecer uma tutela mais favorável à pessoa humana, ela deve prevalecer, a despeito de estar prevista ou não na Constituição do Estado, como se depreende da explicação de Valerio de Oliveira Mazzuoli: *“as normas internacionais de direitos humanos sempre prevalecem (no que forem mais benéficas) às normas de direito interno em vigor. Portanto, de acordo com a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos não há falar em qualquer prevalência de uma norma interna – inclusive a Constituição do Estado – sobre uma norma internacional de proteção, seja essa última proveniente do sistema global ou de algum dos sistemas regionais, se mais favorável ao ser humano (princípio pro homine). As conquistas já implementadas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos nesse sentido não retrocedem em face de qualquer posicionamento doutrinário ou jurisprudencial em contrário, uma vez que até mesmo a*

A saber, o significado da cláusula constitucional contida no § 1º do artigo 5º é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são de caráter preceptivo, e não meramente programático. Nesse sentido, os juízes devem aplicar diretamente as normas constitucionais para solucionar os casos concretos sob a sua apreciação, sem a necessidade de que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. Ademais, os juízes podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra normas infraconstitucionais, se essas não se conformarem ao sentido constitucional daqueles, já que devem se submeter no âmbito dos direitos fundamentais, os quais são normas diretamente reguladoras de relações jurídicas (BRANCO, 2018, p. 154). E, diante da aplicação direta dos direitos humanos e fundamentais, inclusive às relações privadas – o que é um aspecto denotativo da constitucionalização do Direito Civil¹⁹ –, não se pode admitir que a operadora de plano de saúde negue a cobertura integral do tratamento do beneficiário, cuja indicação parta do competente profissional médico, sob pena de afronta ao direito humano e fundamental à saúde do paciente.

Cumprido destacar que mesmo a doutrina constitucionalista que defende a linha de entendimento segundo a qual os direitos fundamentais se aplicam de maneira indireta, como parâmetro hermenêutico para a atuação de juízes e tribunais – que devem interpretar as cláusulas gerais e todas as normas infraconstitucionais conforme a Constituição –, reconhece, para certos casos, que “*se admite, quando necessário, a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, sobretudo em situações abusivas que envolvam partes em posições de clara desigualdade ou bens essenciais, que não devem ser sacrificados*” (BARROSO, 2019, p. 519, grifos no original).

Nessa última ressalva se enquadra, pois, a relação contratual existente entre operadoras de planos de saúde e beneficiários. Com efeito, nessa relação contratual, ambas as partes se encontram em uma situação de substancial desigualdade, sendo abusiva a negativa de cobertura dos procedimentos indicados pelo médico, posto que se está diante de um

Constituição de um dado Estado é considerada um simples fato diante do sistema internacional de proteção.” (MAZZUOLI, 2019, p. 4-5, grifos no original).

¹⁹ Entretanto, como aponta Paulo Lôbo, a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas é apenas um dos aspectos da constitucionalização do Direito Civil: “*A compreensão que se tem atualmente do processo de constitucionalização do direito civil não o resume à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, que é um de seus aspectos. Vai muito além. O significado mais importante é o da aplicação direta das normas constitucionais, máxime os princípios, quaisquer que sejam as relações privadas, particularmente de duas formas: a) quando inexistir norma infraconstitucional, o juiz extrairá da norma constitucional todo o conteúdo necessário para a resolução do conflito; b) quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis. Portanto, as normas constitucionais sempre serão aplicadas em qualquer relação jurídica privada, seja integralmente, seja pela conformação das normas infraconstitucionais.*” (LÔBO, 2013, p. 61).

contrato que, além de dever assegurar o tratamento a todas as doenças listadas na vigente CID, tem como objeto a prestação de um direito humano e fundamental, qual seja, o direito à saúde, essencial à consecução da dignidade da pessoa humana, não podendo, pois, ser sacrificado em prol de indevidas cláusulas contratuais restritivas²⁰, amparadas em rol que, em verdade, é meramente exemplificativo.

3 O CARÁTER EXEMPLIFICATIVO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS

Importa consignar que, embora um tratamento prescrito pelo médico ao seu paciente possa não estar expressamente previsto no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, esse constitui tão somente uma referência básica para a cobertura obrigatória mínima por parte da operadora de plano de saúde. Esse mesmo entendimento, isto é, o de que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS apresenta tão somente um piso em *numerus apertus* e não um teto em *numerus clausus*, era imediatamente extraível da Resolução Normativa nº 428/2017, que previa no artigo 1º, *caput*, que o referido rol “*constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência à saúde*” (BRASIL, 2017). Nesse mesmo sentido, a própria Lei nº 9.961/2000, que criou a ANS, dispõe, em seu artigo 4º, inciso III, que compete à aludida agência reguladora “*elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica*” (BRASIL, 2000).

É bem verdade que a Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS, que revogou a Resolução Normativa nº 428/2017, passou a considerar, em seu artigo 2º, o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde como taxativo (BRASIL, 2021). Tal posicionamento também passou a ser adotado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça desde o *overruling* ocorrido por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, em que restou consignado que “*é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas*” (BRASIL, 2020). Entretanto, essa não é a melhor interpretação possível.

²⁰ Em sentido paralelo, caminha a conclusão de Genival Veloso de França: “Por fim, é preciso que se entenda ser a saúde um bem público, inalienável e indivisível. Não pode ser fragmentada, dividida, tratada ocasionalmente ou com restrições, como quem trata de atividades meramente mercantis. É lamentável, sob todos os aspectos, que se configurem, numa relação entre paciente e prestador de serviços, doenças ou perturbações pouco lucrativas ou de atenção demorada e, por isso, fiquem fora da responsabilidade dos planos de saúde. É princípio constitucional ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação’. As entidades particulares, nesse aspecto, não podem fugir à regra. Têm de submeter-se à universalidade e à equidade do atendimento médico.” (FRANÇA, 2021).

Primeiramente, as resoluções normativas editadas pela ANS têm uma natureza jurídica infralegal e, nessa condição, não podem sobrepujar princípios e direitos expressamente previstos no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que o poder normativo atribuído às agências reguladoras não pode inovar na ordem constitucional e legal de regência, devendo, ao contrário, ser exercido em conformidade a ela. E a competência da ANS legalmente delegada, de forma literal, como exposto alhures, determina que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde será tão somente uma “referência básica”, isto é, um piso, e não um teto.

Formalmente, uma resolução normativa advinda de uma agência reguladora é um ato normativo que é secundário, pelo que não pode substituir um ato normativo primário, como uma lei. Nesse sentido, não pode uma agência reguladora, parte integrante do Poder Executivo, decidir por legislar ao invés de tão somente proceder à relevante regulação técnica (BOLONHA; BONIZATTO; RODRIGUES, 2020, p. 864). Assim, quando o artigo 10, § 4º, da Lei nº 9.656/1998 (cuja redação atual foi dada pela Lei nº 14.454/2022) prescreve que “*a amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar [...] será estabelecida em norma editada pela ANS*” (BRASIL, 2022a), não autoriza que a agência reguladora inove na ordem jurídica e tampouco colida com os princípios e os direitos presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

E isso nem sequer poderia ser feito, já que, por conta do princípio da legalidade insculpido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” (BRASIL, 1988), uma restrição de direitos apenas pode ser feita por lei em sentido formal, não podendo, pois, o ato normativo “*contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos*” (DI PIETRO, 2021, p. 122). Afinal, não se pode perder de vista que “*uma das mais intrincadas questões afetas às agências reguladoras e ao direito da regulação é sua compatibilização com o princípio da reserva legal, que ainda hoje é da essência do modelo democrático*” (BARROSO, 2002, p. 310).

Por decorrência do princípio da legalidade, resulta claro que as determinações normativas advindas das agências reguladoras não se cifram a aspectos estritamente técnicos, dado que esses podem, na forma da lei, provir de providências subalternas. E mesmo tais providências jamais poderão contrair o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira lhe distorcer o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos no sistema brasileiro, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, na

extensão e na intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam tutelar, e sem descuidarem, ainda, da razoabilidade (MELLO, 2019, p. 180-181).

Relativamente à competência normativa da ANS e conforme a redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001, em verdade, o artigo 10, *caput*, da Lei nº 9.656/1998 prevê que o plano-referência de assistência à saúde deve prover cobertura médico-ambulatorial e hospitalar das doenças listadas na vigente CID, excepcionadas tão somente as hipóteses previstas nos incisos do *caput* mesmo artigo, as quais, conforme o § 1º, serão objeto de regulamentação da agência reguladora (BRASIL, 2001). Contudo, isso não autoriza uma restrição abusiva da amplitude prevista para o segmento contratado pelo beneficiário, o colocando em desvantagem exagerada.

Ademais, embora a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça tenha se manifestado pela mudança de entendimento quanto ao caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, tal posicionamento não foi proferido em sede de recurso especial repetitivo. Portanto, à luz do artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil, esse posicionamento não possui força vinculante em sentido estrito e não é dotado de observância obrigatória pelos juízes e tribunais (BRASIL, 2015).

Em verdade, deve prevalecer o princípio da motivação, o qual possui não apenas guarida legal, mas também sede constitucional²¹, o que autoriza o magistrado a decidir conforme a tópica de cada caso concreto, a despeito de posicionamentos judiciais divergentes e não vinculantes, posto que a livre e fundamentada apreciação da lide tem fundamento na própria Constituição Federal. A livre e fundamentada apreciação da lide não elide, todavia, o direito das partes de, conforme prevê o artigo 369 do Código de Processo Civil, “*empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, [...] para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz*” (BRASIL, 2015).

Ainda, a Terceira Turma da Corte Superior, ao contrário da Quarta Turma, aponta o “*caráter meramente exemplificativo do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), reputando abusiva a negativa da cobertura, pelo plano de saúde, do*

²¹ Como bem discorrem Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, o princípio da motivação “*tem assento no art. 93, IX e X, da CF e dispõe que é imprescindível que toda e qualquer decisão judicial seja fundamentada, isso é, seja justificada e explicada, pela autoridade judiciária que a proferiu, a fim de que sejam compreensíveis as suas razões de decidir e se dê transparência à atividade judiciária, possibilitando-se seu controle pelas partes e pela sociedade como um todo. [...] Há também previsão expressa da indispensabilidade de motivação no Código de Processo Civil de 2015, nos arts. 11 e 489, §§ 1.º e 2.º. [...] Contudo, ainda que o princípio da motivação não estivesse expresso nem no texto constitucional e nem no Código de Processo Civil, é possível extrai-lo, mesmo que implicitamente, do próprio modelo político de Estado de Direito proposto pela Constituição.*” (WAMBIER; TALAMINI, 2018, p. 78).

tratamento considerado apropriado para resguardar a saúde e a vida do paciente” (BRASIL, 2022b). Com efeito, desde que observe as doenças listadas na vigente CID, a operadora de plano de saúde poderá eleger as enfermidades que serão cobertas pelo contrato, mas não poderá excluir o tratamento indicado pelo médico competente, inclusive porque o artigo 35-F da Lei nº 9.656/1998 (incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001) prevê que a assistência à saúde “*compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação*” (BRASIL, 2001). Logo, a inexistência de previsão no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS não significa que os procedimentos prescritos pelo médico do beneficiário possam simplesmente ser negados pela operadora de plano de saúde.

Ao se posicionar sobre a controvérsia, inclusive com vista a pacificar a divergência existente entre a Terceira e a Quarta Turmas, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial de nºs 1.886.929/SP e 1.889.704/SP, em 2022, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça definiu, por maioria, que, em regra, o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS é taxativo (BRASIL, 2022c; BRASIL, 2022d). Entretanto, a Segunda Seção da Corte Superior admitiu a possibilidade de cobertura de tratamentos não previstos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, mediante as seguintes condições, configuradoras de uma “taxatividade mitigada” do referido rol:

(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 (BRASIL, 2022c; BRASIL, 2022d, grifos no original).

Ocorre que, além do entendimento proferido pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência em Recurso Especial de nºs 1.886.929/SP e 1.889.704/SP ser desprovido de força vinculante em sentido estrito, por não ter sido, tal como o Recurso Especial nº 1.733.013/PR da Quarta Turma, julgado em sede de recursos repetitivos, houve, contra o referido julgamento, uma imediata e intensa reação. Essa resposta deu azo à visualização do fenômeno denominado de *backlash*, o qual, ao menos em seu sentido estrito, “*conota a reação institucional ou normativa dos demais Poderes a decisões do Judiciário*” (TAVARES, 2022, p. 14) ou, em uma perspectiva mais ampla,

designa reações sociais (*backlash* nacional) ou estatais (*backlash* internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos e decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Tribunais administrativos ou Órgãos Internacionais (v.g Cortes de Direitos Humanos), usualmente conservadoras do *status quo* (FONTELES, 2018, p. 31, grifos no original).

Foi possível visualizar, igualmente, a ocorrência de um *backlash* normativo, o qual, em regra, “*deriva da aliança entre o Executivo e o Legislativo contra o Judiciário ou da atuação isolada de um desses dois Poderes, produzindo regras jurídicas de neutralização das decisões judiciais*” (TAVARES, 2022, p. 17). Nesse contexto, contra a decisão proferida pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, houve a sobrevinda da Lei nº 14.454/2022, a qual, já em seu artigo 1º, anunciou sua finalidade, qual seja, a de “*estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar*” (BRASIL, 2022a), mediante alterações trazidas pelo artigo 2º, em face da Lei nº 9.656/1998.

Entre as inovações mais importantes, a Lei nº 14.454/2022 incluiu o § 12 ao artigo 10 da Lei nº 9.656/1998, para prever que “*o rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde*” (BRASIL, 2022a), em congruência com o artigo 1º, *caput*, da antiga Resolução Normativa nº 428/2017 e com o artigo 4º, inciso III, da Lei nº 9.961/2000, o que reforça o entendimento de que o referido rol apresenta apenas um piso de cobertura e não um teto. A Lei nº 14.454/2022 também inseriu o § 13 ao artigo 10 da Lei nº 9.656/1998, a fim de consignar que a cobertura de um tratamento ou procedimento não previsto no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS deverá ser efetuada pela operadora quando:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais (BRASIL, 2022a).

Como se vê, no que diz respeito à cobertura ulterior ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, os requisitos trazidos pela Lei nº 14.454/2022 são alternativos e em menor quantidade em relação aos requisitos cumulativos e mais rigorosos da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, o que favorece o acesso dos beneficiários de plano de saúde a um tratamento adequado e a procedimentos justificadamente prescritos pelo médico competente, ainda que não constantes no aludido rol. E, ao reforçar que o Rol de

Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS é apenas uma referência básica, a Lei nº 14.454/2022 caminhou ainda mais no sentido de que o referido rol é exemplificativo e não taxativo.

Ainda assim, essa questão tão foi totalmente dirimida, seja pela resistência das operadoras de planos de saúde em se adaptarem ao entendimento de que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS é exemplificativo, seja pelo argumento de que a Lei nº 14.454/2022 não teria aplicação retroativa sobre pedidos de cobertura contratual negados anteriormente à sua vigência. Em relação a esse último ponto, em verdade, a revisão de pedidos de cobertura negados na via administrativa ou mesmo na via judicial não se trata propriamente de uma aplicação retroativa da Lei nº 14.454/2022, mas sim de uma decorrência do reconhecimento de que a relação contratual entre operadora de plano de saúde e beneficiário é de trato continuado.²²

É preciso destacar, ainda, que mesmo a tese da taxatividade mitigada do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS não é a mais adequada. A um, porque, na prática, propicia que os contratos de plano de saúde tenham cláusulas com restrições ilícitas, inviabilizadoras da prestação do direito à saúde dos beneficiários e inobservantes à autonomia técnica do médico. A dois, porque tem o potencial de legitimar à ANS uma função legiferante a qual, além de não lhe competir exercer, reforçará tanto a sua captura regulatória²³ por parte das grandes operadoras quanto a assimetria informacional que a própria agência reguladora deve combater.

Não se pode olvidar que o processo normativo da ANS deve ser o de uma edição de normas com o fito de reversão do quadro crônico de assimetria de informação, em uma busca por meios que franqueiem aos beneficiários de planos de saúde as informações a eles necessárias (GUERRA; URTI, 2020, p. 83). Assim, deve haver a prevalência do direito fundamental de acesso à informação por todos (artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal), da transparência nas relações de consumo (artigo 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor) e do direito básico a uma informação adequada e clara aos consumidores (artigo

²² Inclusive, o próprio Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 505, inciso I, que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo [...] se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença” (BRASIL, 2015).

²³ O fenômeno da captura regulatória é sinteticamente explicado por Aluisio de Souza Martins: “O grande desafio das agências reguladoras é [...] equilibrar os interesses dos segmentos envolvidos na relação regulatória, ao mesmo tempo em que deverá atuar em prol do interesse coletivo. Quando ocorre um desequilíbrio no exercício da autonomia pelos entes reguladores, surge o chamado ‘risco da captura’, que implica na prevalência dos interesses de um dos polos em detrimento do interesse coletivo. [...] Vê-se que o fenômeno da captura se configura quando o ente regulador atua no interesse das empresas reguladas [...]” (MARTINS, 2010, p. 71).

6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor) (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990a). E, para tal, a ANS tem como papel reduzir a assimetria de informação existente entre as operadoras de planos de saúde e os beneficiários, e não o contrário, aprofundando-a e agindo como um agente regulador capturado pelo *lobby* de grandes empresas da saúde suplementar.²⁴

Por fim, não se despreza o complexo cálculo atuarial feito pelas operadoras de planos de saúde e tampouco a necessidade de que sua atividade seja viável do ponto de vista econômico-financeiro. O que se propõe, em verdade, é justamente a observância do princípio da equivalência material das prestações²⁵, de modo a evitar que, uma vez eleitas as doenças a serem cobertas pelo plano de saúde – e respeitadas as enfermidades previstas na CID vigente –, haja uma restrição na cobertura da doença do beneficiário que o coloque em excessiva desvantagem, com fulcro em uma cláusula contratual que aluda à suposta taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS como óbice para cobrir procedimentos que, embora não previstos, sejam justificadamente prescritos pelo médico competente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no presente artigo, é possível delinear algumas conclusões extraídas das questões alhures suscitadas, ainda que a análise doutrinária, normativa e jurisprudencial que foi realizada não tenha esgotado todo o objeto perquirido.

Primeiramente, viu-se que as cláusulas dos contratos de plano de saúde que condicionam a cobertura contratual ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, além de serem abusivas e nulas de pleno direito à luz do Código de Defesa do Consumidor – por ameaçarem o próprio objeto contratual de prestação efetiva de assistência à saúde –, também atentam contra os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, vez

²⁴ Como bem assinala Carlos Octávio Ocké-Reis, “faz sentido argumentar que, caso se pretenda incrementar o nível da qualidade da atenção médica privada, dever-se-ia acompanhar e monitorar os efeitos colaterais do movimento de concentração capitaneado pelas operadoras que detêm uma posição de liderança, com vistas à relativização do seu poder de mercado. Caso contrário, é possível imaginar que as ações regulatórias em busca da qualidade se convertam em medidas que acabem favorecendo os oligopólios privados, considerando-se que estes possuem claras vantagens competitivas para arcar com os custos de um programa dessa natureza, na ‘saúde suplementar’.” (OCKÉ-REIS, 2007, p. 1046).

²⁵ Como bem indica Paulo Lôbo, o princípio da equivalência material das prestações vem adquirindo cada vez mais importância nos contratos contemporâneos: “Talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência material das prestações, que perpassa todos os fundamentos constitucionais a ele aplicáveis. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. Esse princípio conjuga-se com os princípios da boa-fé objetiva e o da função social, igualmente referidos no Código Civil.” (LÔBO, 2018, p. 43).

que frustram as expectativas legítimas do beneficiário e fogem ao interesse social presente na concretização do direito à saúde. E, diante da ilicitude dessa restrição contratual, pode o beneficiário exigir, pela via judicial, o cumprimento específico da obrigação de cobrir os procedimentos prescritos, bem como a compensação por eventuais danos morais sofridos.

Ademais, como restou demonstrado, a autonomia profissional do médico não apenas encontra tutela no Código de Ética Médica, como também decorre de liberdades fundamentais asseguradas pela Constituição Federal, sendo a contraface da autonomia da vontade do paciente e conferindo ao médico, em sua dimensão técnica, a capacidade de tomar decisões no contexto da relação terapêutica, à luz da arte médica disponível e a fim de melhor resguardar a saúde do paciente. Saúde essa que é um direito fundamental e humano, com aplicabilidade imediata – mesmo sem uma mediação legislativa, posto que tal regime decorre da própria Constituição – e eficácia horizontal, inclusive às relações privadas entre operadoras de planos de saúde e beneficiários.

Ainda, conforme foi exposto alhures, o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS constitui tão somente uma referência básica para a cobertura obrigatória mínima por parte das operadoras de planos de saúde, não podendo ser reputado como taxativo e sim exemplificativo. Isso porque as resoluções normativas editadas pela ANS têm natureza jurídica infralegal e, nessa condição, não podem sobrepujar princípios e direitos expressamente previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, as operadoras de planos de saúde podem eleger as doenças a serem cobertas – sendo obrigatória a cobertura das doenças listadas na CID vigente –, mas não restringir procedimentos necessários ao tratamento das enfermidades cobertas.

Por fim, e diante, sobretudo, da necessidade de resguardo da autonomia profissional do médico para indicar os procedimentos que repute como indispensáveis para o adequado tratamento do paciente, conclui-se pela importância de afirmar o caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS. Esse entendimento, inclusive, foi reforçado com a sobrevinda da Lei nº 14.454/2022, o que pode contribuir para a pacificação da controvérsia discutida.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. Em: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOLONHA, Carlos; BONIZATTO, Luigi; RODRIGUES, Tayssa Cristine. Poder regulamentar e poder normativo das agências reguladoras: o caso da Resolução nº 433/2018 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), da ADPF 532 e demais desdobramentos. Em: *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 855-879, 2020.

BONFIM, Maria Helena Silveira. *A súmula 608 do STJ e seus efeitos na proteção ao consumidor: a aplicação do Código Civil aos planos de saúde de autogestão*. 72 f. Monografia de Graduação (Bacharelado em Direito) – Programa de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador (BA), 2018.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo manual de responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais: tópicos de teoria geral. Em: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Série IDP. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 135-191.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa – RN nº 428*, de 7 de novembro de 2017. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, [...]. Brasília: Diário Oficial da União, 08 nov. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa – RN nº 465*, de 24 de fevereiro de 2021. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde [...]. Brasília: Diário Oficial da União, 02 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.217*, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: Diário Oficial da União, 01 nov. 2018 (2018a).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Diário Oficial da União, 05 out. 1988.

BRASIL. *Decreto nº 591*, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília: Diário Oficial da União, 07 jul. 1992.

BRASIL. *Decreto nº 3.321*, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília: Diário Oficial da União, 31 dez. 1999.

BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 12 set. 1990 (1990a).

BRASIL. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 20 set. 1990 (1990b).

BRASIL. *Lei nº 9.656*, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília: Diário Oficial da União, 04 jun. 1998.

BRASIL. *Lei nº 9.961*, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 29 jan. 2000.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 11 jan. 2002.

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 17 mar. 2015.

BRASIL. *Lei nº 13.874*, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; [...]. Brasília: Diário Oficial da União, 20 set. 2019.

BRASIL. *Lei nº 14.454*, de 21 de setembro de 2022. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Brasília: Diário Oficial da União, 22 set. 2022 (2022a).

BRASIL. *Medida Provisória nº 2.177-44*, de 24 de agosto de 2001. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 27 ago. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no *Recurso Especial nº 1976123* – DF. Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma, 28 nov. 2022. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 09 dez. 2022 (2022b).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em *REsp nº 1.886.929* – SP. Rel.: Min. Luis Felipe Salomão. Segunda Seção, 08 jun. 2022. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 03 ago. 2022 (2022c).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em *REsp nº 1.889.704* – SP. Rel.: Min. Luis Felipe Salomão. Segunda Seção, 08 jun. 2022. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 03 ago. 2022 (2022d).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.733.013* – PR. Rel.: Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, 10 dez. 2019. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 20 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 469*. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. Segunda Seção, 24 nov. 2010. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 608*. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Segunda Seção, 11 abr. 2018. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 3018 (2018b).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil*: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: contratos. v. 4. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. 2018. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília (DF), 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

GARBIN, Helena. *As implicações dos planos e seguros de saúde no trabalho médico*: a questão da autonomia. 2005. 73 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Centro de Estudos sobre a Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana (CESTEH), Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP), Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), Rio de Janeiro (RJ), 2005.

GARCIA, Maria. Bioética e o princípio da autonomia: a maioria kantiana e a condição do autoconhecimento humano. Em: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (orgs.). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63-76.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica*: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002.

GUERRA, Sérgio; URTI, Maurício Soares. Análise de impacto regulatório: caso “ANS”: relatório de AIR/2017, ANS. Em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio (coords.). *Dinâmica da regulação*: estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 63-84.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Andrei Ferreira de Araújo; MACHADO, Fernando Inglez de Souza. Médico como arquiteto da escolha: paternalismo e respeito à autonomia. Em: *Revista Bioética*, Brasília, v. 29, n. 1, p. 44-54, jan./mar. 2021.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*: obrigações. v. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Aluisio de Souza. *Agências reguladoras e os riscos da captura pelos entes regulados*: estudo comparativo entre o direito regulatório norte-americano e o brasileiro. 2010. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Econômico) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília (DF), 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1-9.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Os desafios da ANS frente à concentração dos planos de saúde. Em: *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 12, n. 4, p. 1041-1050, 2007.

OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil*: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo: arts. 79 a 137. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de; OLIVEIRA, Euder Quintino de; OLIVEIRA, Pedro Bellentani Quintino de. Autonomia da vontade do paciente X autonomia profissional do médico. Em: *Journal of Cardiac Arrhythmias*, v. 26, n. 2, p. 89-97, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TAVARES, Marcelo Leonardo. O backlash institucional e normativo no Brasil e sua ocorrência no Direito Previdenciário e Assistencial. Em: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 59, n. 233, p. 11-33, jan./mar. 2022.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

