

Estado da publicação: Não informado pelo autor submissor

# A aplicação prioritária do rol de procedimentos obrigatórios na saúde suplementar (pre-print)

Juan Biazevic

<https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.6266>

Submetido em: 2023-06-16

Postado em: 2023-06-26 (versão 1)

(AAAA-MM-DD)

## **A aplicação prioritária do rol de coberturas obrigatórias da ANS na saúde suplementar (*pre-print*)**

*The prioritized application of the mandatory procedures list in private healthcare system (pre-print)*

JUAN BIAZEVIC

Bacharel em Direito, Mestre e Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito, todos pela Universidade de São Paulo (USP). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor universitário.

<https://orcid.org/0000-0003-2540-0361>

### **Resumo**

Nesta versão preliminar, que resume parte de minhas hipóteses de pesquisa, defendo que a melhor interpretação para os limites de cobertura nos planos de saúde, mesmo após a edição da Lei nº 14.454/2022, é a que reconhece a existência de prioridade de aplicação da regulação da ANS. A possibilidade de prescrever tratamento não regulamentado é excepcional no sistema e pressupõe simultaneamente: (1) a insuficiência da regulação para o tratamento da patologia; e (2) evidências científicas de eficácia.

Também apresento um brevíssimo resumo do argumento que defendi em minha tese de doutorado sobre os limites de cobertura dos planos de saúde, tese desenvolvida antes das modificações operadas na legislação. Na ocasião, afirmei que o rol de coberturas era, em princípio, taxativo, mas admitia ampliação quando os custos do procedimento não regulamentado alcançavam os custos do procedimento equivalente objeto de regulação.

É possível afirmar, a partir da comparação entre os dois argumentos, que o sistema, antes, encontrava no conceito de custo o seu limite operacional. Agora, com a nova redação legislativa, o funcionamento do contrato ocorre em torno do conceito de efetividade.

**Palavras-chave.** Direito do consumidor. Regulação. Direito à saúde. Planos de saúde. Limites de cobertura.

## Abstract

In this preliminary version, which summarizes part of my research hypotheses, I argue that the best interpretation for the coverage limits in health plans, even after the enactment of Law No. 14.454/2022, is the one that recognizes the existence of a priority application of ANS regulation. The possibility of prescribing unregulated treatment is exceptional in the system and presupposes simultaneously: (1) the insufficiency of regulation for the treatment of the pathology; and (2) scientific evidence of effectiveness.

I also present a brief summary of the argument I defended in my doctoral thesis on the coverage limits of health plans, a thesis developed before the modifications made to the legislation. At the time, I stated that the list of coverage was, in principle, exhaustive but allowed for expansion when the costs of the unregulated procedure reached the costs of the equivalent regulated procedure.

It is possible to affirm, based on the comparison between the two arguments, that the system previously found its operational limit in the concept of cost. Now, with the new legislation, the functioning of the contract revolves around the concept of effectiveness.

**Keywords.** Consumer law. Regulation. Right to health. Private health plans. Coverage limits.

Em minha tese de doutorado, escrita durante o ano de 2019, analisei a questão dos limites de cobertura dos planos de saúde a partir de categorias normativas mais gerais, buscando compreender os seus fundamentos teóricos e como eles se relacionam com outras áreas do saber igualmente importantes, em especial a economia e a saúde<sup>1</sup>. O trabalho então partiu da premissa de que, em uma dimensão ideal, o contrato de plano de saúde deve atender simultaneamente duas exigências que se contrapõem: (1) os limites de cobertura devem ser os mais amplos possíveis; e, simultaneamente, (2) o contrato deve ser o mais acessível em termos econômicos. Estas são pretensões antagônicas. Ampliar a quantidade de procedimentos disponíveis não se faz sem pressionar o aumento do custo da atividade. Essa contraposição acaba por introduzir

---

<sup>1</sup> BIAZEVIC, Juan Paulo Haye. *Interpretação dos contratos: os limites de cobertura dos planos de saúde*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2020.

na análise do contrato o problema econômico da escassez: como atender necessidades quase infinitas em um mundo de recursos limitados? A questão não é nova e coloca-se tanto na saúde suplementar como na prestação pública dos serviços de saúde. Defendi não ser possível equacionar essa questão apenas com referências retóricas a posições jurídicas existenciais. Qualquer compreensão séria do tema deve buscar na economia da saúde os parâmetros possíveis para atender ambas as dimensões ideais.

Muita coisa se alterou no direito brasileiro após o depósito da tese. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu, tal como em parte defendi no trabalho, que a melhor interpretação da legislação então vigente, tanto nos planos descritivo como justificativo, era o convencional e não o universal. Nas palavras utilizadas no debate, ela reconheceu que o rol de coberturas seria taxativo<sup>2</sup>. Apesar disso, a 3ª Turma manteve o entendimento antigo, de que o rol seria exemplificativo. A controvérsia apenas foi solucionada em 2022, quando as Turmas se reuniram na Segunda Seção e definiram que a melhor interpretação do direito brasileiro era a de que o rol deveria ser, em princípio, taxativo, admitindo-se a mitigação sempre que: (1) não existisse substituto terapêutico na regulação ou (2) o paciente tivesse esgotados os procedimentos nela previstos<sup>3</sup>. Em ambos os casos, exigia-se a demonstração de eficácia científica do tratamento postulado a partir de critérios de medicina baseada em evidências.

A decisão foi interpretada por muitos como uma limitação inaceitável ao direito dos consumidores. Diversos parlamentares criticaram abertamente a decisão tomada<sup>4</sup> e o Poder Legislativo, passados menos de 4 meses da decisão tomada, aprovou modificações na Lei de Plano de Saúde, buscando restabelecer o entendimento anterior. Assim, embora a Lei nº 14.454/2022 afirme que o rol aprovado pela Agência Nacional de Saúde é a referência básica dos planos privados (art. 10, §12), impõe às operadoras o dever de custeio de tratamentos não previstos na regulação, desde que prescritos por profissional da saúde e existam comprovações científicas de eficácia (art. 10, §13). A legislação não exige que se esgote o rol para buscar tratamento fora da lista de referência. Os únicos requisitos são a prescrição por um profissional da saúde e evidências científicas.

---

<sup>2</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.733.013-PR. Brasília/DF, julgado em 10 de dezembro de 2019, publicado em 20 de fevereiro de 2020.

<sup>3</sup> Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.889.704/SP. Brasília/DF, julgado em 08 de junho de 2022, publicado em 3 de agosto de 2022.

<sup>4</sup> Por exemplo, a Senadora Mara Gabrilli discursou no plenário afirmando: “Imagine o impacto direto na vida de milhões de famílias, que já se desdobram para arcar com o alto custo de um plano de saúde no nosso país. Quando a gente fala que o rol taxativo mata, não é um exagero. Essa decisão afeta, sim, a vida de muita gente” (<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/10/decisao-do-stj-une-senado-contra-limitacao-de-tratamentos-em-planos-de-saude>, acesso em 09/05/2023).

Essa modificação legislativa alterou o material jurídico disponível na etapa pré-interpretativa para a determinação dos critérios de correção das interpretações do setor. Em verdade, ela alterou a própria estrutura lógica a partir da qual o sistema estava estruturado. É possível compreender essa modificação a partir do conceito de custo-efetividade para entrega de procedimentos. Minha interpretação antes da reforma, embora não fosse majoritária na jurisprudência, era de que o conceito de custo era central para a determinação do conceito de adimplemento do contrato. Após a modificação legislativa, o direito brasileiro passa a operar a partir do conceito de efetividade, colocando os custos em um segundo plano. Vejamos cada uma dessas estruturas lógicas.

## **O sistema antes da Lei nº 14.454/2022**

Apesar de, à época, a interpretação majoritária do Superior Tribunal de Justiça reconhecer a natureza exemplificativa do rol de coberturas, defendi no trabalho que a melhor interpretação do material jurídico disponível no sistema brasileiro era a de que o rol de coberturas era, em princípio, de natureza taxativa. No vocabulário empregado no trabalho para distinguir as teses, o rol não seria de cobertura universal, mas de cobertura convencional. O usuário não titularizava o direito de custeio de todo e qualquer procedimento reconhecido como eficaz pela comunidade dos médicos, mas apenas o custeio daquilo que tinha fonte na regulação ou no contrato. As razões de sustentação dessa proposição foram longamente apresentadas. A maior parte delas pode ser reconduzida ao problema da escassez dos recursos. Como vivemos em um mundo com recursos limitados, determinar com clareza como empregar de forma mais eficiente aquilo que foi arrecadado é uma exigência de justiça distributiva que permite, sem prejudicar demasiadamente os recursos dos usuários, alcançar soluções mais amplas de atenção à saúde.

A partir dessa afirmação, lancei um desafio de natureza interpretativa. Invocando a teoria dos contratos relacionais e dentro de um modelo dworkiniano de interpretação da prática jurídica, afirmei ser possível ampliar os limites de cobertura sem prejudicar os custos envolvidos. Isso ocorreria sempre que (a) os custos para a entrega de um procedimento não regulamentado alcançassem (b) os custos do equivalente procedimento regulamentado. Assim, haveria uma automática ampliação dos limites de cobertura para alcançar os novos procedimentos de custos não superiores aos que as operadoras já eram obrigadas a entregar aos usuários. Chamei essa proposta de modelo de cobertura relacional, porque ele utiliza a teoria

relacional contratual para atualizar o conceito de adimplemento perfeito, adequando-o à evolução do conhecimento científico na área da saúde.

É possível perceber que essa interpretação, portanto, está estruturada a partir da ideia de custo para a realização dos procedimentos em saúde. É claro que isso não significa afirmar que a eficácia não desempenha nenhum tipo de papel relevante, afinal a operadora não possui o dever jurídico, qualquer que seja o custo envolvido, de custear a realização de procedimentos sem eficácia científica. A eficácia é pressuposto para a entrega dos procedimentos, mas é o conceito de custo que limita aquilo que poderá ser exigido.

## **O sistema após a Lei nº 14.454/2022**

O atual desenho legislativo determina que o rol de procedimentos obrigatório constitui referência básica, mas ressalva a existência de dever de custeio de tratamento fora da regulação atendidos certos pressupostos. Duas são as possíveis interpretações da legislação atual: (1) a primeira afirma que houve a positivação de um modelo de cobertura universal, que impõe às operadoras o dever jurídico de custear todo e qualquer procedimento prescrito que possua evidência científica de eficácia; (2) a segunda reconhece que a regulação, por ser a referência básica, possui prioridade de aplicação, podendo apenas ser afastada quando aquilo que foi regulamentado não for suficiente para a atenção à saúde. Trata-se de posição muito próxima àquilo que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em 2022. Não me parece que a afirmação de que o sistema adotou um modelo universal de cobertura seja a melhor interpretação do direito brasileiro. Diversos são os motivos. Eles são interdependentes, mas podem ser apartados por questões didáticas.

O primeiro motivo é de planejamento de política de saúde pública. Afirmar que o usuário titulariza o custeio de qualquer procedimento com eficácia científica prescrito por um médico é transferir o planejamento da política pública de atenção à saúde para consultórios particulares. O agente regulador, em um plano ideal, deve pretender fazer o melhor possível com os recursos arrecadados da comunidade. Não é possível planejar a atenção à saúde, como importante política de direito social, transferindo o dever de determinar aquilo que será entregue para particulares.

O segundo motivo é econômico. Os interesses de quem regula uma política pública em saúde não são os mesmos interesses dos agentes que atuam no mercado da saúde. As diversas empresas que exploram o setor têm como objetivo majorar os resultados financeiros da atividade, aumentando sua participação no mercado. Várias são as estratégias utilizadas para a realização desse objetivo. Para além dos gastos em publicidade, as empresas atuam diretamente

junto aos profissionais da saúde, muitas vezes exagerando os benefícios terapêuticos das novas técnicas desenvolvidas. A realidade da medicina demonstra que, muitas vezes, os profissionais da saúde atualizam seus conhecimentos através da participação em congressos patrocinados por essas empresas ou através de visitas de seus representantes. Dessa forma, porque a saúde é um mercado explorado pela iniciativa privada, imprescindível valorizar os métodos de validação de novos procedimentos através da medicina baseada em evidências, evitando que, sem a evidência de benefícios terapêuticos verdadeiros, a indústria se aproprie indevidamente dos valores arrecadados.

O terceiro motivo é o da necessidade do desenvolvimento de uma política séria de proteção regulatória das relações de consumo. A proteção regulatória aqui deve ser compreendida em duas dimensões. Na dimensão de proteção à saúde, viola o propósito moral do contrato submeter o usuário a tratamento que ainda não foi totalmente validado pelos rigorosos testes da medicina baseada em evidências. Afinal, a avaliação dos novos procedimentos e o prévio reconhecimento de sua eficácia é imprescindível para a proteção da saúde individual. Na dimensão da proteção econômica, evitar o desperdício de recursos em procedimentos cujos benefícios não foram totalmente demonstrados diminui a pressão pelo aumento das mensalidades devidas, mantendo o setor acessível aos consumidores de menor poder aquisitivo.

O quarto motivo está relacionado à concorrência entre as operadoras de saúde. O setor da saúde suplementar, pelos altos custos envolvidos em seu funcionamento, é um setor que tende à concentração, reduzindo a concorrência. O modelo universal de cobertura gera nova pressão pelo aumento dos custos, agravando ainda mais a tendência de concentração do setor em poucos agentes<sup>5</sup>.

Finalmente, é possível apontar os prejuízos para o sistema público de saúde. A majoração dos preços, com a exclusão dos consumidores de menor poder aquisitivo, aumentará a demanda pelos serviços públicos de saúde. O já assoberbado o sistema público de saúde deverá enfrentar o aumento na demanda, exigindo novas fontes de custeio, com a consequente majoração dos tributos devidos.

Em suma, os problemas gerados por tal proposição revelam que ela não apresenta os melhores motivos de moral política que justificam o funcionamento do contrato. A proposição,

---

<sup>5</sup> Pesquisa realizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) constatou uma redução no número de operadoras de saúde em atividade de 32% entre os anos de 2010 e 2020. A mesma pesquisa revelou que as 10 maiores empresas da área concentravam 73% do total dos beneficiários, enquanto o restante do mercado estava dividido entre 700 operadoras (CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cadernos do Cade: Mercado de Saúde Suplementar: condutas*. Brasília/DF, dezembro de 2021).

a pretexto de proteger o usuário do serviço e ampliar a dimensão do máximo da atenção à saúde, gera irracionalidades capazes de comprometer a existência do setor e afastar consumidores de menor poder aquisitivo.

A melhor leitura do direito brasileiro revela que adotamos um modelo de aplicação prioritária da regulação. Em regra, o usuário de planos de saúde possui o direito individual de receber tudo aquilo que consta da regulação ou do contrato celebrado (art. 10, §12). Excepcionalmente, demonstrada a incapacidade das fontes convencionais de solucionar o problema de saúde e havendo evidência científica de eficácia, surge o dever de custeio para a operadora do procedimento prescrito não regulamentado (art. 10, §13). A exceção importa moralmente porque corrige um problema que decorre da criação de um rol obrigatório: atender a saúde das pessoas quando o procedimento necessário para a atenção à saúde não foi objeto de regulação. Estabelecer essa ordem de prioridades evita os riscos decorrentes da proposição que defendia o modelo universal de cobertura e, simultaneamente, não abandona o usuário do serviço em caso de necessidade. Esse modelo é o que apresenta as melhores justificativas de moral política para o funcionamento do contrato e, por essa razão, deve ser considerada a melhor interpretação do direito.

Em quais contextos usuário do serviço pode exigir tratamento fora da regulação? Isso ocorre em duas situações: (1) quando houver a prescrição de tratamento sem equivalente na regulamentação; (2) nos casos de prescrição de tratamento não regulamentado com maior nível de eficácia do que outro presente na regulação, independentemente de seu custo financeiro. Ambas as situações evidenciam hipóteses de insuficiência regulatória para o tratamento da saúde individual, reclamando solução através da aplicação da regra do art. 10, §13.

Agora fica claro o que afirmei no início. No modelo anterior, a possibilidade de ampliação do rol de coberturas tinha um óbice no custo do procedimento. O modelo atual não possui o mesmo impedimento. Todo o debate quanto ao surgimento do direito individual será desenvolvido em torno da eficácia científica daquilo que foi prescrito, independentemente dos custos envolvidos. Nosso modelo legislativo apenas determina análise de eficácia científica. Isso não significa afirmar que resolvemos o problema da escassez dos recursos. Estudos empíricos deverão analisar como um sistema articulado nesses moldes é capaz de conviver com o ideal da acessibilidade econômica.



## **Declaração de Conflito de Interesses**

Declaro que não possuo nenhum conflito de interesses relacionado ao artigo que estou submetendo para publicação. Não há nenhuma influência financeira, pessoal, profissional ou qualquer outro tipo de conflito que possa comprometer a objetividade, a imparcialidade ou a integridade dos resultados apresentados neste trabalho.

## **Referências**

BIAZEVIC, Juan Paulo Haye. *Interpretação dos contratos: os limites de cobertura dos planos de saúde*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2020.

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

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Decisão do STJ une Senado contra limitação de tratamentos em planos de saúde*. Agência Senado. Brasília, 10 de jun. de 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/10/decisao-do-stj-une-senado-contra-limitacao-de-tratamentos-em-planos-de-saude>, acesso em 09/05/2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.733.013-PR. Brasília/DF, julgado em 10 de dezembro de 2019, publicado em 20 de fevereiro de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.889.704/SP. Brasília/DF, julgado em 08 de junho de 2022, publicado em 3 de agosto de 2022.

CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cadernos do Cade: Mercado de Saúde Suplementar: condutas*. Brasília/DF, dezembro de 2021.

## Este preprint foi submetido sob as seguintes condições:

- Os autores declaram que estão cientes que são os únicos responsáveis pelo conteúdo do preprint e que o depósito no SciELO Preprints não significa nenhum compromisso de parte do SciELO, exceto sua preservação e disseminação.
- Os autores declaram que os necessários Termos de Consentimento Livre e Esclarecido de participantes ou pacientes na pesquisa foram obtidos e estão descritos no manuscrito, quando aplicável.
- Os autores declaram que a elaboração do manuscrito seguiu as normas éticas de comunicação científica.
- Os autores declaram que os dados, aplicativos e outros conteúdos subjacentes ao manuscrito estão referenciados.
- O manuscrito depositado está no formato PDF.
- Os autores declaram que a pesquisa que deu origem ao manuscrito seguiu as boas práticas éticas e que as necessárias aprovações de comitês de ética de pesquisa, quando aplicável, estão descritas no manuscrito.
- Os autores declaram que uma vez que um manuscrito é postado no servidor SciELO Preprints, o mesmo só poderá ser retirado mediante pedido à Secretaria Editorial do SciELO Preprints, que afixará um aviso de retratação no seu lugar.
- Os autores concordam que o manuscrito aprovado será disponibilizado sob licença [Creative Commons CC-BY](#).
- O autor submissor declara que as contribuições de todos os autores e declaração de conflito de interesses estão incluídas de maneira explícita e em seções específicas do manuscrito.
- Os autores declaram que o manuscrito não foi depositado e/ou disponibilizado previamente em outro servidor de preprints ou publicado em um periódico.
- Caso o manuscrito esteja em processo de avaliação ou sendo preparado para publicação mas ainda não publicado por um periódico, os autores declaram que receberam autorização do periódico para realizar este depósito.
- O autor submissor declara que todos os autores do manuscrito concordam com a submissão ao SciELO Preprints.