

Binenbojm: O rol de procedimentos da ANS e seu caráter taxativo

09/09/2021

Está em discussão perante o STJ se o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, disciplinado nas Resoluções Normativas nº 428/2017 e 470/2021 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), tem caráter taxativo ou exemplificativo. O argumento a favor do caráter exemplificativo funda-se em leitura ampliada dos artigos 10, §4º, da Lei nº 9.656/1998 e 4º, III, da Lei nº 9.961/2000, segundo a qual seria *"abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura"* [1]. Por essa visão, a rejeição a qualquer tratamento recomendado por um médico caracterizaria conduta abusiva das operadoras de planos de saúde, ainda que não previsto no contrato de seguro e no rol da ANS, chegando-se ao paroxismo de condená-las ao pagamento de indenizações por danos morais [2].



Por outro lado, a ANS e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) [3] adotam

entendimento pela taxatividade do rol. Essa segunda linha baseia-se na visão do plano de saúde como um contrato de seguro, com seus elementos estruturantes: 1) o pagamento de um prêmio — a importância devida pelo consumidor; 2) o oferecimento, pelo segurador, de uma *garantia* na eventualidade de ocorrência de um *sinistro*; e 3) a existência de um *risco* estimado, precificado e transferido pelo segurado ao segurador, qualificado pela sua *adversidade* (isto é, pelo potencial gerador de consequências danosas para o segurado) e pela sua *predeterminação*. Tal equação gera, ao final, um *risco segurado predeterminado* [4], que reflete a relação contratual entre as partes e permite que a seguradora calcule e estime a reserva de caixa necessária para arcar com os dispêndios decorrentes de possíveis sinistros de todos os seus consumidores (a denominada *base mutuária*) [5]. Essa relação de equivalência entre prêmio, garantia e risco resulta, assim, no equilíbrio atuarial da relação securitária dos planos de saúde [6], cuja quebra afeta não só o contrato *individualmente considerado*, mas se desdobra em *consequências sociais graves*. A *sustentabilidade* do mercado de saúde suplementar depende da estabilidade dessas variáveis.

O propósito do rol de procedimentos é mitigar as assimetrias informacionais entre as OPS e seus segurados quanto à *cobertura* dos planos de saúde. Dado o desconhecimento dos consumidores quanto aos tratamentos necessários para remediar ou prevenir possíveis doenças, o legislador optou por excluir da livre disposição entre as partes a estipulação da *garantia* destes contratos, definindo um *conteúdo mínimo* que deve constar de todos os planos de saúde ofertados no Brasil. Dito de outra forma: há uma cobertura que está fora da zona de negociação entre as partes. Resta verificar, à luz do marco regulatório de saúde suplementar, se essa garantia deve ser ampla e irrestrita (rol exemplificativo) ou limitada aos procedimentos definidos pela ANS (rol taxativo).

A exegese ampliativa elastece, sem limites determináveis previamente, a *cobertura do risco* que deve ser oferecida pelas operadoras aos seus consumidores. Na prática, a seguradora fica obrigada a custear o tratamento recomendado ao paciente mesmo que esse procedimento não esteja previsto na listagem elaborada e atualizada periodicamente pela ANS e não tenha sido contratado como cobertura adicional. Nesse cenário, é impossível antever os custos. E isso se refletirá diretamente na *base mutuária*, comprometendo a solvência das operadoras de planos de saúde [7]. Portanto, ante a lógica securitária desses contratos, não basta que os potenciais *sinistros* (isto é, as doenças que acometem os consumidores) sejam predeterminados, mas também as garantias que lhe são oferecidas (e.g., tratamentos, exames, medicamentos) o sejam. Um contrato de plano de saúde que siga uma lógica *ampla e aberta* de tratamentos fixados *a posteriori* dificulta (quando não inviabiliza) uma relação atuarialmente equilibrada.

Por essas razões, a única interpretação compatível com o equilíbrio do sistema de saúde suplementar e a lógica securitária dos planos de saúde é aquela em que o RPES é considerado exaustivo. Se não houver previsibilidade quanto à extensão dos tratamentos assegurados aos consumidores [8], os planos de saúde tendem a se tornar insustentáveis, contrariando as finalidades subjacentes à edição da Lei nº 9.656/1998 e da Lei nº 9.961/2000. Nesse cenário, perdem não apenas as operadoras, mas todos os consumidores.

Isso não significa, repita-se, que tratamentos excluídos do rol de procedimentos não possam ser contratados. Caso seja do interesse do consumidor, essa negociação é plenamente viável, desde que seja estabelecido um prêmio específico para garantir um equilíbrio atuarial compatível com os riscos adicionais assumidos pelas operadoras. O *plano-referência* serve, assim, para que os consumidores possam comparar os custos e benefícios de cada produto, escolhendo aqueles mais adequados às suas necessidades.

Em suma: a ampliação dos serviços garantidos — que não é levada em conta quando do cálculo do prêmio, já que promovida pelos tribunais — afeta a capacidade das operadoras na definição do equilíbrio atuarial do contrato de seguro. A partir de uma ótica sistêmica, que considere o impacto da judicialização da saúde no setor de seguros, verifica-se que a ampliação hermenêutica do rol de procedimentos traz desequilíbrio ao mercado de planos de saúde, contrariando os objetivos de sua criação. Os efeitos sistêmicos de tais medidas, revelam uma situação que conduz a verdadeiros *paradoxos regulatórios* pois, no limite, são contrários aos interesses dos próprios consumidores.

A partir dos objetivos institucionais da ANS e de uma interpretação teleológica dos artigos 10, §4º, da Lei nº 9.656/1998 e 4º, III, da Lei nº 9.961/2000, percebe-se que a atividade regulatória deve ser orientada para o desenvolvimento de um setor de saúde suplementar *equilibrado e sustentável*. Ademais, a racionalidade securitária inerente aos contratos de seguro-saúde demanda previsibilidade quanto aos elementos estruturantes do contrato (prêmio, risco e cobertura), de modo que a alteração unilateral de um desses pilares — *in casu*, por decisões judiciais esparsas em casos concretos — pode comprometer o equilíbrio atuarial do contrato. Daí se poder afirmar o caráter taxativo do rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela ANS, o qual é incompatível com uma lógica aberta de coberturas fixadas *a posteriori*.

Além disso, verifica-se que eventual interpretação ampliativa dos dispositivos legais relativos ao RPES pode: 1) esvaziar a competência atribuída à ANS pelo Poder Legislativo para adoção de medidas regulatórias voltadas a equilibrar o setor de saúde suplementar de forma *ampla e sistêmica*; e 2) produzir outras consequências nocivas para o setor como um todo, afetando-se, de modo específico, a *concorrência*, com prejuízo para todos os envolvidos; a *eficácia do direito constitucional à saúde* (artigo 196, CRFB), pois a interferência no equilíbrio atuarial dos planos de saúde privados contribui para o encarecimento de mensalidades, dificultando o acesso de *consumidores* presentes e futuros aos planos e retirando-lhes a confiabilidade assegurada pelo rol de procedimentos no que tange à segurança dos procedimentos ali elencados; e, ainda, o *Sistema Único de Saúde (SUS)*, que terá sua demanda aumentada.

Afigura-se ainda ilógico que, após a realização de sucessivos estudos técnicos e econômicos previstos na regulamentação para a atualizar o rol de procedimentos, os procedimentos e tratamentos nele incluídos sejam apenas exemplificativos, podendo ser acrescidos de quaisquer outros procedimentos que não passaram pelo mesmo escrutínio da ANS e da sociedade, já que o processo de atualização do rol conta com a ampla participação dos interessados. Desse quadro decorre, portanto, um *dever de deferência* às capacidades institucionais da agência reguladora, que deve se projetar sobre os litígios envolvendo relações contratuais entre as operadoras e seus consumidores.

Vale destacar, por fim, que tanto a ANS como o legislador têm sido sensíveis à necessidade de atualização contínua e mais expedita do rol de procedimentos, de modo a incorporar as novas tecnologias em saúde à cobertura mínima dos planos. Com efeito, a Resolução Normativa nº 470/2021 (ANS) reduziu o prazo anteriormente em vigor para a atualização do rol, enquanto a Medida Provisória nº 1.067, de 2/9/2021, fixou esse prazo em 120 dias, prorrogáveis por mais 60 dias, valendo o silêncio da ANS como inclusão automática da proposta. O caminho do avanço é esse: conciliar o respeito aos contratos e à expertise da ANS, com atualizações contínuas e cada vez mais céleres do rol de procedimentos.



[1] STJ, AgRg no AREsp 634.543/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 05/03/2015, DJ 16/03/2015.

[2] Para se ter uma noção concreta da interferência do Poder Judiciário no setor, vale conferir estudo elaborado pela ANS no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (SCHEFFER, M. C.; TRETTEL, D. B.; KOZAN, J. F.. "Judicialização na saúde suplementar". In: LOZER, A. C. et al (Org.). *Conhecimento técnico-científico para qualificação da saúde suplementar*. Brasília: ANS, 2015. pp. 135-144). A pesquisa analisou 4.059 decisões de segunda instância proferidas pelo TJSP que tratavam de saúde privada. Dessas, 47,67% (1.935) discutiam cobertura de procedimento, incluindo diversos casos não previstos contratualmente ou no rol de procedimentos da ANS. A ausência de previsão contratual ou regulamentar, contudo, não foi aceita como argumento de defesa dos réus na maior parte dos casos. De acordo com o estudo, aproximadamente 90% (3.575) das decisões analisadas foram favoráveis aos consumidores. Ainda segundo levantamento encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Saúde "registrou um crescimento, em sete anos, de aproximadamente 13 vezes nos gastos com demandas judiciais, alcançando R\$ 1,6 bilhão em 2016" (disponível em: <<https://bit.ly/2lVi3Mk>>; acesso em 15/09/2019). Para o setor privado, o quadro não é diferente (cf. <<https://bit.ly/2kirzJ3>>; acesso em 15/09/2019).

[3] Na I Jornada de Direito à Saúde, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, foi editado o Enunciado nº 21, que recomendou interpretação no sentido de que o Rol de Procedimentos da ANS seja considerado obrigatório e taxativo: "Nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei nº 9.656/98, recomenda-se considerar o rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas".

[4] A predeterminação do risco é essencial para caracterizar o contrato de seguro e submetê-lo à regulação setorial. Afinal, "uma definição do contrato de seguro que dispensasse o risco seria, formalmente, inatácável: o segurador obrigar-se-ia, contra um 'prêmio', a realizar, a favor do beneficiário, uma prestação convencionada, no caso de ocorrer determinado evento aleatório. Mas tal contrato, a ser juridicamente viável, redundaria numa simples aposta" (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 487).

[5] "O seguro, em sua essência, constitui transferência do risco de uma pessoa a outra. Tecnicamente, só se torna possível quando o custeio é dividido entre muitas pessoas, por número amplo de segurados. Embora o contrato de seguro seja negócio jurídico isolado e autônomo entre segurador e segurado, somente se torna viável se existe base mutualista para custeá-lo e um amplo número de segurados. Cabem à ciência atuária o exame estatístico e o cálculo de seguros de determinado segmento social. São feitos cálculos aproximados dos sinistros que ordinariamente ocorrem, efetuando-se complexos estudos de probabilidade. O mutualismo constitui a base do seguro." (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Contratos em Espécie*. v. 3. 7ª ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Estudo comparado com o Código Civil de 1916. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007, p. 335; grifou-se).

[6] Isso significa que para cada contrato assinado, há um estudo técnico de riscos, voltado a estimar, com base em dados e estatísticas, custos e receitas futuros da operação, assentada sob um modelo de repartição simples, e não de capitalização. Os recursos arrecadados em dado período destinam-se a custear os gastos desse mesmo período pela seguradora.

[7] Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Atuária afirma que "o atuário ao desenvolver os cálculos atinentes ao preço de um plano de saúde para ser comercializado pela operadora, levará em consideração as características registradas na ANS e sua previsão contratual para estimar o custo das coberturas acordadas no produto. Ou seja, se o produto regulamentado ou adaptado não estiver registrado na ANS com cobertura adicional ou não houver tal previsão contratual, significa que a cobertura obrigatória a ser seguida pela operadora será tão somente aquela mínima definida pelo rol de procedimentos da ANS, e a precificação se utilizou dessa premissa para ser elaborada. A realização de qualquer procedimento que não esteja descrito na Nota Técnica de Registro de Produto registrada na ANS e nos instrumentos contratuais, poderá implicar em riscos financeiros para a operadora, pois seu custo não terá sido contemplado no preço da contraprestação quando da avaliação atuarial" (manifestação apresentada no REsp nº 1.733.013/PR, e-STJ fl. 1362/1363).



[8] Registre-se que, atualmente, o equilíbrio atuarial dos planos de saúde deve levar em conta possíveis custos e impactos econômico-financeiro decorrentes da incorporação de novos procedimentos no RPES, conforme estipulado pela RDC ANS nº 28/2000 e suas alterações. No entanto, a garantia prevista na legislação de que novos procedimentos serão acompanhados de estudos de impacto financeiro pela ANS garante uma margem de previsibilidade às OPS, permitindo que o risco securitário seja calculado do ponto de vista atuarial. Justamente por isso, tal hipótese é totalmente distinta da afirmação de um rol meramente exemplificativo, em que se torna impossível prever quais procedimentos e tratamentos serão impostos, de forma súbita, pelo Poder Judiciário.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-set-09/binenbojm-rol-procedimentos-ans-carater-taxativo/>