

Sophia Brito: Análise crítica do Tema 1.069 do STJ

05/10/2023

O setor de saúde suplementar acompanhou atento o desfecho do julgamento do Tema Repetitivo nº 1.069 pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), que teve como relator o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. O acórdão foi publicado em 19/9/2023. No centro desse caso estava o REsp nº 1.870.834/SP figurando como paradigma principal, e o REsp nº 1.872.321/SP atuando como paradigma secundário. Ambos os recursos foram afetados em outubro de 2020.



O sistema de precedentes vinculantes, especialmente o julgamento de

recursos extraordinário e especial repetitivos, é uma ferramenta essencial do Código de Processo Civil (CPC) para estabelecer a jurisprudência como guia para a aplicação do direito, desde que seja oferecida uma resolução efetiva à disputa identificada. Há de ser ressaltado e criticado, no entanto, a escolha do paradigma secundário, haja vista se tratar de um processo que tramita em segredo de justiça.

A transparência e a possibilidade das partes que possuem conflitos idênticos ou semelhantes consultarem a integralidade dos processos que levaram à formação de uma tese jurídica é indispensável e, no caso concreto, teve um impacto direto na própria formação do precedente, como discutiremos em breve.

É fundamental enfatizar que a formação adequada dos precedentes vinculantes depende da participação efetiva das partes, da análise cuidadosa dos argumentos apresentados e da consideração das peculiaridades de cada caso. Portanto, sendo a transparência e a publicidade elementos imprescindíveis a qualquer processo judicial, mas notadamente àqueles representativos de controvérsias, tal violação pode prejudicar a confiança no sistema de precedentes vinculantes e suscitar dúvidas sobre a validade e a justiça das decisões.

O ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva encaminhou ofício à Sociedade Brasileira de Cirurgia Bariátrica e Metabólica (SBCBM) buscando a contribuição do órgão para esclarecer a questão repetitiva em julgamento. O parecer técnico emitido pela SBCBM abordou uma questão fundamental:

"A discussão não deve ser o que é reconstutivo e o que é estético, mas sim, o que pode comprometer funcionalmente a vida da paciente. Ser de caráter reconstutivo, todas as cirurgias são (o que não quer necessariamente dizer que devam ser cobertas pelos planos de saúde). Sabemos bem que os planos de saúde vivem um delicado equilíbrio financeiro e ter que atender todas as demandas por cirurgias plásticas dos pacientes bariátricos pesaria muito nessa equação."

Ao avaliar as particularidades do caso concreto, mesmo que o REsp nº 1.870.834/SP discutisse a recusa de apenas um procedimento, qual seja, dermolipectomia de coxas, a SBCBM listou dez códigos diferentes, provavelmente provenientes do REsp nº 1.872.321/SP, cuja prescrição médica está em segredo de justiça. A conclusão do parecer técnico foi que apenas três procedimentos tinham caráter reparador.

Como o voto do relator ressalta, *"não é qualquer cirurgia plástica que estará coberta para os pacientes que se submeteram à cirurgia bariátrica, mas tão somente aquelas de natureza reparadora, devidamente indicadas pelo médico assistente"*. Ocorre que a solução dada pelo STJ no caso do REsp nº 1.872.321/SP foi completamente contrária à tese

previamente estabelecida pela própria Corte:

Assim, aplicando a tese repetitiva, constata-se que a abdominoplastia, a mamoplastia, a dermolipectomia de braços e coxas, *entre outros*, são procedimentos que efetivamente se prestam a finalidades reparadoras ao paciente pós-cirurgia bariátrica, tendo sido inclusive incorporados ao SUS. São, portanto, de cobertura obrigatória pelo plano de saúde, de modo que o acórdão recorrido não merece reparos.

Surpreendentemente, a 2ª Seção do STJ ignorou completamente o parecer técnico da SBCBM, apesar de ter sido parte do voto do ministro relator. A decisão contrariou os procedimentos indicados pelo órgão como "cunho estritamente estético" ou "reparador apenas quando comprovado", e negou provimento ao REsp nº 1.872.321/SP.

Aprofundando a análise da tese estabelecida pelo tribunal e do próprio julgamento dos recursos, os ministros parecem ter desconhecido as regulamentações, a aplicação dos precedentes judiciais e até mesmo a posição da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que atuou como *amicus curiae* no processo.

Isso é notável, considerando que o acórdão mencionou os embargos de divergência sobre a taxatividade do Rol da ANS (EREsp nº 1.886.929/SP e 1.889.704/SP), ressaltando que qualquer mitigação estava condicionada, dentre outros requisitos, à não inclusão expressa do procedimento pela agência reguladora. No entanto, a ANS esclareceu em sua manifestação no processo que:

"[...] REVISÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE – 2018, houve discussão no Grupo Técnico do COSAÚDE, de proposta apresentada pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP), que visava à inclusão, no rol, dos procedimentos corretivos de mama feminina (com ou sem utilização de prótese), mama masculina, braquioplastia (correção de lipodistrofia braquial) e flancoplastia (correção de lipodistrofia trocantérica) para pacientes com grande perda ponderal [...]"

Por fim, houve consenso no grupo pela recomendação de não incorporação dos procedimentos 'mama feminina (com ou sem utilização de prótese), mama masculina, braquioplastia (correção de lipodistrofia braquial), flancoplastia (correção de lipodistrofia trocantérica)' ao Rol [...]"

Portanto, a incorporação dos procedimentos e tratamentos supracitados, abarcados por esse tema do STJ, já foi objeto de não recomendação de incorporação no Rol da Saúde Suplementar."

Aliás, por mais que a ação tenha sido proposta antes da vigência da Lei nº 14.454/2022 e que o próprio STJ tenha decidido anteriormente que a referida legislação não se aplicaria retroativamente (AgInt no AgREsp nº 2.178.731/SC), o acórdão do Tema nº 1.069 considerou que *"a Lei nº 14.454/2022 promoveu alteração na Lei nº 9.656/98 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"*, como se fosse aplicável ao caso em comento.

Durante o julgamento iniciado em 09/08/2023, o ministro relator propôs uma tese no sentido de que, havendo dúvidas acerca da natureza estética ou não de uma cirurgia, poderia ser realizada junta médica. Na oportunidade, a ministra Nancy Andriighi pediu vistas, pois a questão de quem arcaria com os custos da junta médica supostamente não estaria claramente definida, apesar de a ANS já ter regulamentado essa questão no artigo 9º e §§ da Resolução Normativa nº 424/2017. No entanto, o voto-vista da ministra Nancy Andriighi foi aceito e aderido integralmente ao voto do relator, resultando nas seguintes teses:

Teses para os fins do artigo 1.040 do CPC/2015: 1) é de cobertura obrigatória pelos planos de saúde a cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional indicada pelo médico assistente, em paciente pós-cirurgia bariátrica, visto ser parte decorrente do tratamento da obesidade mórbida, e, 2) havendo dúvidas justificadas e razoáveis quanto a o caráter eminentemente estético da cirurgia plástica indicada ao paciente pós-cirurgia bariátrica, a operadora de plano de saúde pode se utilizar do procedimento da junta médica, formada para dirimir a divergência técnico-assistencial, *desde que arque com os honorários dos respectivos profissionais e sem prejuízo do exercício do direito de ação pelo beneficiário, em caso de parecer desfavorável à indicação clínica do médico assistente, ao qual não se vincula o julgador.*

Curiosamente, essa tese, ao indicar a realização de junta médica em procedimentos não listados no Rol da ANS, parece contrariar explicitamente a regulamentação da própria agência, conforme estabelecido no artigo 3º, inciso II da RN nº 424/2017. Não sendo suficiente, finaliza deixando lacunas significativas quanto ao peso e a autoridade da junta médica no contexto do processo judicial. Isto porque, embora tenha sido proposta a possibilidade de realizar uma junta médica nos casos em questão, o STJ se preocupou mais em reafirmar uma norma da ANS publicada desde 2017 acerca do ônus do custeio da junta do que em fornecer orientações claras sobre como essa avaliação médica se integraria ao processo decisório do Tribunal.



Essa incerteza sobre o papel e a autoridade da junta médica no processo judicial irá conduzir a litígios adicionais e à necessidade de esclarecimentos futuros por parte do Tribunal, prejudicando a eficácia da decisão e aumentando a complexidade dos casos envolvendo cobertura de procedimentos pós-bariátrica por parte dos planos de saúde.

Em síntese, a tese firmada pelo Tema Repetitivo nº 1.069 pelo STJ completamente parece ser vazia de significado, pois: 1. a realização de junta médica quando há divergência técnico-assistencial é regulamentada pela ANS através da RN nº 424 desde 2017; 2. o custeio dos honorários do desempatador também está regulamentado desde 2017 pela mesma resolução normativa; 3. nunca foi negado o direito de ação ao beneficiário que teve parecer desfavorável na junta médica dos procedimentos efetivamente previstos no Rol da ANS, tanto é que o STJ foi instado a resolver essa questão em razão do volume grande de processos sobre o tema; e 4. o Poder Judiciário nunca esteve vinculado ao resultado da junta médica. Assim, apesar dos esforços da Corte Especial em abordar essa questão complexa, a decisão resultou em uma série de desafios e incertezas que merecem atenção e revisão.

A escolha do paradigma secundário, que tratava de um processo em segredo de justiça, gera questionamentos sobre a transparência e a publicidade necessárias para a formação adequada de precedentes vinculantes. A participação efetiva das partes e a consideração cuidadosa das peculiaridades de cada caso são elementos cruciais na formação desses precedentes, e a falta de transparência pode minar a confiança no sistema judiciário.

Além disso, a decisão do STJ desconsiderou o parecer técnico emitido pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Bariátrica e Metabólica (SBCBM), que destacou a importância de avaliar o impacto funcional na vida do paciente. A divergência entre a decisão do Tribunal e as recomendações da ANS também cria ambiguidades e incertezas significativas. A questão da junta médica, embora tenha sido mencionada na tese firmada, permanece obscura em termos de seu peso e autoridade no processo judicial.

Em última análise, passados três longos anos desde a afetação dos recursos paradigmas, o cenário de insegurança e ambiguidade persiste no que diz respeito à cobertura de procedimentos pós-bariátricos pelos planos de saúde. A tese vazia firmada pelo STJ carece de fundamentação sólida e deixa questões importantes em aberto. Essa prolongada indefinição sobre o tema afeta não só a operadora de saúde, como também o beneficiário, por isso, a colaboração entre órgãos reguladores, profissionais de saúde, operadoras de planos e o Judiciário é essencial para fornecer diretrizes claras e justas que garantam o acesso adequado a esses procedimentos, ao mesmo tempo em que consideram as limitações financeiras das operadoras de planos de saúde. Somente assim poderemos alcançar uma resolução efetiva e equitativa para essa controvérsia existente no setor de saúde suplementar.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-out-05/sophia-brito-analise-critica-tema1069-stj/>