

INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS REGULATÓRIAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Hannah Lara Fonseca da Silva Amaral

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida. Pós graduada em Direito Militar pela Faculdade Cidade Verde. Advogada.

Resumo – São de conhecimento geral as inúmeras demandas recebidas pelo Poder Judiciário provenientes das diversas lides que envolvem os contratos de plano de saúde e, em especial, as que objetivam a garantia de cobertura dos procedimentos não previstos no contrato e nem nas normas reguladoras. Nesse contexto, discute-se o posicionamento do Estado-Juiz, que desconsidera as normas reguladoras elaboradas pela ANS, visto que afronta o princípio da Separação dos Poderes, bem como suprime a competência legal da ANS. Assim, defende-se que as decisões que não observam os limites contratuais podem gerar efeitos danosos à atividade das operadoras de planos de saúde.

Palavras-chave – Saúde Suplementar. Inobservância das normas regulatórias. Constituição. Poder Judiciário.

Sumário – Introdução. 1. Do marco regulatório e do ativismo judicial. 2. Da Taxatividade do Rol De Procedimentos e Eventos Em Saúde. 3. Do impacto regulatório e das divergências entre o estado-regulador e Estado-juiz. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute sobre o acentuado ativismo judicial em confronto com as normas regulatórias elaboradas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS; Pretende-se demonstrar que o fato de o consumidor buscar a satisfação do pleito no âmbito do Poder Judiciário, devido ao seu inconformismo, não pode ser fator determinante para a formação de juízo, uma vez que se faz necessário analisar as questões de cunho regulatório, pois quando não observadas podem causar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Discutem-se também as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir apreciar se o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde vigente é taxativo ou exemplificativo, analisando a decisão exarada no Resp nº 1.733.013/PR, pelo 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

A Lei nº 9.656/1998 é considerada o marco regulatório do segmento de saúde suplementar no Brasil, no que diz respeito às inovações e à sua incidência sobre os contratos de plano de saúde, permitindo avanços expressivos na organização do setor, na ampliação da qualidade dos serviços prestados pelas operadoras e no estabelecimento de garantias aos

beneficiários, possibilitando mudanças estruturais que refletiram diretamente na ampliação da assistência à saúde dos brasileiros.

Em termos gerais, a regulação visa a corrigir e atenuar as falhas do mercado de assistência médica pré-paga (convênios ou planos de saúde), tal como a divergência de informações entre clientes, operadoras e provedores de serviços que são geradas pela contratação cada vez mais massificadas, despersonalizadas e objetivadas e, principalmente, a seleção dos riscos a serem suportados pelas operadoras (limites da cobertura médica).

No entanto, muitas vezes, no âmbito judicial, as normas regulatórias não são observadas, surgindo a seguinte questão: é possível que a falha na prestação jurisdicional da saúde pelo Estado - em prover adequadamente a saúde a todos os cidadãos - faça com que os planos de saúde assumam a responsabilidade por serviços ou atendimentos não previstos em contratos?

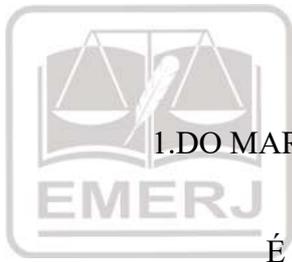
Há grande discussão sobre o tema na jurisprudência, sendo certo que, recentemente, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Resp nº 1.733.013/PR decidiu que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde é exemplificativo e não taxativo, conforme dispõe a Resolução Normativa elaborada pela ANS.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a Lei dos planos de Saúde (Lei nº 9.656/1998) e a criação da ANS, bem como ponderando os motivos pelos quais o Poder Judiciário não pode intervir nas normas elaboradas pelo Poder Executivo.

Em seguida, no segundo capítulo, será demonstrado que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde vigente é taxativo. Neste capítulo, procura-se desconstruir o entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que decidiu que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde é exemplificativo.

No terceiro capítulo pretende-se analisar os impactos das decisões que não observam os limites contratuais e, assim, podem gerar efeitos danosos a atividade das operadoras de planos de saúde, já que o ativismo judicial em confronto com as normas regulatórias, traz o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos entre as operadoras e seus beneficiários.

Por fim, destaca-se que abordagem do objeto desta pesquisa que o método adotado para este trabalho segue uma análise qualitativa, a partir da análise do entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, com objetivo de descaracterizar o entendimento deste juízo, bem como o pesquisador pretende se valer da bibliografia, legislação, doutrina e jurisprudência, analisadas na fase exploratória da pesquisa, visando defender a sua tese.



1. DO MARCO REGULATÓRIO E DO ATIVISMO JUDICIAL

É imperioso esclarecer que a Lei nº 9.656/1998¹ é considerada o marco regulatório do segmento de saúde suplementar no Brasil, no que diz respeito às inovações e à sua incidência sobre os contratos de plano de saúde, permitindo avanços expressivos na organização do setor, na ampliação da qualidade dos serviços prestados pelas operadoras e no estabelecimento de garantias aos beneficiários, possibilitando mudanças estruturais que refletiram diretamente na ampliação da assistência à saúde dos brasileiros.

Certo é que, até a promulgação desta lei, operadoras atuavam sem regulamentação e não estavam sujeitas à fiscalização específica, baseadas apenas apenas pelo Código Civil de 1916².

Ao longo dos anos, em decorrência da livre atuação das operadoras mercado de saúde suplementar, verificou-se a necessidade de intervenção do estado sobre setor. Contudo, existiam divergências quanto aos limites e objetivos dessa regulação.

A regulação do setor de saúde suplementar surgiu após mais de 30 anos de operações sem controle do governo, sendo certo que com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, os consumidores passaram a ter mais proteção, tendo este apresentado estrutura jurídica que deve nortear as relações de consumo³.

Valido ressaltar que o acolhimento de demandas pelos Procons beneficiou os consumidores em seus conflitos com as operadoras de planos de saúde.

Assim, houve a necessidade de intervenção estatal, visando a corrigir e a atenuar as falhas do mercado, como as exclusões de atendimento e as mensalidades abusivas, e somente após a promulgação da Lei nº 9.656/98, o setor de saúde suplementar ganhou a sustentação legal para que se iniciassem as ações de regulamentação.

Em termos gerais, a regulação visava a corrigir e a atenuar as falhas do mercado de assistência médica pré-paga, tal como a divergência de informações entre clientes, operadoras e provedores de serviços gerados pela contratação cada vez mais massificada, despersonalizada, objetiva e, principalmente, a seleção dos riscosa serem suportados pelas operadoras .

¹BRASIL. Lei nº 9.656, de 13 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm> Acesso em: 31 ago. 2021.

²BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm> Acesso em: 31 ago. 2021.

³ SALAZAR, A.L.; RODRIGUES, K.; NUNES JÚNIOR, V.S. Assistência privada à saúde: regulamentação, posição do IDEC e reflexos no sistema público. In: BRASIL/MS. *Direito sanitário e saúde pública*, v. 1, 2005. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf> Acesso em: 31 ago. 2021.



Nesse sentido, ao regular o setor e enquadrar todos os entes atuantes no mercado de suplementação à saúde, aumentou-se a base de controle e fiscalização pelo governo, reduzindo-se não só a divergências de informações, mas também a evasão fiscal.

Certo é que a LPS provocou o descontentamento das operadoras de planos de saúde, no que tange a violação do ato jurídico perfeito, eis que o judiciário passou a aplicar a nova lei à todos os contratos de plano.

Nesse interim, há de se ressaltar a importância da ANS, que foi criada com o propósito de regular, controlar, normatizar e fiscalizar o setor de assistência suplementar à saúde, a fim de produzir o equilíbrio adequado entre os consumidores, operadoras de planos de saúde, seguradoras, prestadores de serviços.

Foi estabelecido o constante monitoramento do mercado, por meio do envio obrigatório pelas operadoras de informações técnicas e financeiras, permitindo a Administração Pública promover análises e acompanhar a evolução dos contratos, principalmente os custos dos procedimentos, condição essencial para a autorização de aumento da contraprestação pecuniária dos planos individuais.

A entidade é uma autarquia federal, instituída sob um regime especial, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, vinculada ao Ministério da Saúde, subordinada às diretrizes fixadas pelo Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), que tem o propósito de regular, controlar, normatizar e fiscalizar o setor de assistência suplementar à saúde, a fim de produzir o equilíbrio adequado entre os diversos interessados assegurando a qualidade dos serviços prestados a higidez econômico-financeira das empresas que atuam no mercado em questão.

Cumpra repisar que o mercado de suplementação à saúde já estava em plena atividade e sem nenhum tipo de ente normalizador próprio, exceto para as seguradoras de plano de saúde que tinham seu aspecto econômico financeiro até então regulados pela SUSEP.

Conforme o demonstrado até o presente momento, verifica-se que a saúde suplementar, prestada a partir das operadoras de planos privados de saúde, encontra-se prevista no art. 199 da CF/88⁴ e possui regulamentação específica exercida pelo Poder Executivo por meio de leis federais nº 9.656/98, além das resoluções normativas expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), evidenciado assim o poder normativo desta.

⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.



Não obstante a grande alteração no setor gerada pela Lei nº 9.656/98⁵ e normas regulamentadoras expedidas pela ANS ao longo desses anos, gerando um maior controle das atividades das operadoras de planos privados de saúde e diminuindo os abusos até então existentes, são recorrentes as insatisfações dos beneficiários/consumidores em relação às coberturas contratadas junto a tais operadoras, insatisfações essas que na maioria das vezes são levadas ao Poder Judiciário gerando o chamado fenômeno da “judicialização da saúde suplementar”.

Nesse sentido, importante mencionar que mesmo com a regulamentação do setor de forma a impor limites às operadoras de planos privados de assistência à saúde e garantir a aplicação dos direitos aos consumidores, estes acabaram por se insurgirem em relação aos serviços contratados. Estas insurgências, na maioria dos casos são referentes as negativas de coberturas assistenciais por falta de previsão contratual ou regulamentar, especificamente quanto ao rol de procedimentos da ANS.

Certo é que o beneficiário do plano privado de saúde ao discordar dessas negativas ajuíza ações em face das operadoras, no intuito de obter a cobertura que acredita possuir. Por esta razão, o número de ações com pedidos de maior cobertura de procedimentos, medicamentos e materiais não previstos nos contratos de planos de saúde cresceu exponencialmente nos últimos 20 anos. Tal fenômeno é chamado de judicialização da saúde, sendo que não atinge apenas a esfera da saúde suplementar, mas a saúde como um todo.

Assim, por diversas vezes, os consumidores de planos de saúde ingressam em juízo, contra a operadora, com ação de obrigação de fazer, requerendo mais do que o previsto contratualmente ou do que é disposto na Lei nº 9.656/98.

Henrique Freire de Oliveira Souza, elucida a respeito da incorporação de novas tecnologias em saúde como um dos motivos para requerimento judicial, por parte de consumidores, de procedimentos que extrapolam as previsões contratuais, legais ou regulamentares.

Assim, diz Souza⁶ que:

Por conta disso, uma vez judicializada a matéria, por meio das decisões respectivas as “cláusulas limitativas são anuladas e/ou modificadas e novas interpretações são dadas ao contrato; e isso, algumas vezes, em absoluta desconsideração da Lei, das Resoluções da ANS, ou mesmo do CDC”

⁵Ibidem.

⁶SOUZA, Henrique F. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. IN: CARNEIRO, Luiz A. F. *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.121-155.

Desta maneira, o Poder Judiciário ao decidir de tal forma, acaba por contrariar a própria regulamentação do setor de saúde suplementar, atuando de forma intervencionista no Estado-Regulador, muitas vezes em verdadeiro “ativismo judicial”⁷.

Não há dúvidas de que o Poder Judiciário pode e deve exercer o controle dos atos administrativos regulatórios praticados pelo Poder Executivo, conforme dizeres do art. 5º, XXXV da CF/88⁸: “ - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No entanto, o Poder Judiciário, nesses casos, exerce sua função em conformidade com as leis que legitimam a elaboração de regulamentos normativos.

Diferentemente, na situação ora analisada, as tutelas levadas ao Poder Judiciário não dizem respeito ao controle da elaboração dos atos normativos por parte da ANS e sua conformidade com a lei, mas sim pedidos que extrapolam os limites impostos pela referida ANS, como no caso de se requerer coberturas não previstas no rol de procedimentos.

Note-se que os atos normativos da ANS, no fenômeno da judicialização da saúde suplementar, não estão sendo objeto de discussão perante o Estado-Juiz e sim se discute a amplitude do direito à saúde em face à regulamentação da ANS, pelos fundamentos que serão oportunamente analisados.

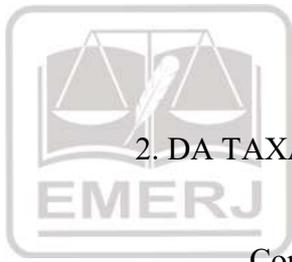
Dessa forma, muitas decisões proferidas pelo poder judiciária são contrárias as normas regulamentares expedidas pela ANS, existindo, assim verdadeira divergência entre o que determina o Estado-Regulador (representado pela ANS) e os entendimentos exarados pelo Estado-Juiz.

Observa-se aqui a ocorrência de um desequilíbrio entre os Poderes, diante da ilegitimidade do judiciário em determinar demandas que vão de encontro às escolhas feitas pelo mérito administrativo, deslocando para o judiciário uma parcela da função política pertencente ao Executivo.

Nesse contexto, para que se possam compreender as decisões do Estado-Juiz em favor dos consumidores em detrimento das operadoras de planos privados de saúde, que muitas vezes são contrárias aos limites assistenciais estabelecidos pelo rol de procedimentos elaborado pelo Estado-Regulador, deve-se analisar quais fundamentos estão sendo utilizados, para então verificar o impacto de tais decisões no setor de saúde suplementar.

⁷BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Synthesis*. Rio de Janeiro, v. 5 n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁸BRASIL, op. cit., nota 6.



2. DA TAXATIVIDADE DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE

Como esclarecido no capítulo anterior, a Lei dos Planos de Saúde (LPS) visa à implantação de regras para a comercialização e oferecimento de planos de saúde, com o intuito precípua de oferecer segurança jurídica aos consumidores e operadoras de planos de saúde que comercializassem tal serviço no mercado da saúde suplementar.

Nesse passo, a Lei nº 9.961/2000⁹ veio criar a autarquia federal e estabelecer suas competências, sendo importante ressaltar o art. 4º, XLI:

Art. 4º Compete à ANS:

(...)

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

(...)

XLI - fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo: (Vide Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Assim, o poder normativo é uma das prerrogativas atribuídas às agências reguladoras.

Ressalta-se que a essência dos planos de saúde é a proteção dos riscos associados a doenças e acidentes pessoais que afetem a saúde do consumidor, que são eventos de natureza aleatória, imprevisíveis e indesejados pelo consumidor, seguindo-se um cálculo de previsão de riscos x valor a ser pago.

Tem-se, assim, a caracterização do risco protegido: a doença ou o acidente pessoal. Tratam-se de eventos incertos em sua grande maioria, e cuja ocorrência independe da vontade das partes. O financiamento dos planos de saúde ocorre na forma mutual, em regime de repartição simples. Todos contribuem para um fundo comum, administrado pela Operadora, do qual serão obtidos os recursos para o pagamento das indenizações devidas durante o período de vigência da cobertura.

É importante assegurar e garantir o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos contratos com base no tipo de contrato e até mesmo período em que foi contratado, considerando a cobertura a que dispõe.

Extrai-se do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/98¹⁰, c/c o art. 4º, III, da Lei n.º

⁹BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm> Acesso em: 31 ago. 2021.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

9.961/2000¹¹, que é atribuição desse órgão elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na LPS.

No mesmo sentido, o Enunciado n. 21 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ estabelece que se considere, nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n. 9.656/98, o rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas Resoluções da ANS ressalvadas as coberturas adicionais contratadas.

O art. 2º da Resolução nº 439/18 garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e reabilitação de todas as enfermidades que compõe a estatística internacional de doenças e problemas relacionados com a saúde; o seu art. 4º apresenta diretrizes técnicas relevantes de inegável e peculiar complexidade como a avaliação de tecnologias em saúde e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contrato.

Nesse sentido, ANS estabelece para os planos constituídos antes de 1º de janeiro de 1999, não adaptados e ainda vigentes, a cobertura obrigatória a ser garantida é a que consta das cláusulas contratuais acordadas entre as partes. Assim, as coberturas disponibilizadas pelos planos de saúde devem observar o disposto no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde vigente.

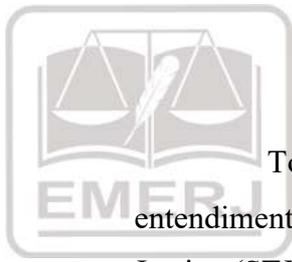
Entretanto, recentemente, a Quarta Turma do STJ alterou seu entendimento no julgamento do REsp. nº 1.733.013/PR, fundamentando se trata de ato estatal, do regime jurídico de direito administrativo, com expressa previsão em lei, ao qual se submetem fornecedores e consumidores da relação contratual de direito privado, confira-se:

é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.

Ressalta-se que o art. 2º da Resolução Normativa nº 465 de 2021¹², que atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde vigente, estabelece que “Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde”.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 11.

¹²BRASIL. *Resolução normativa nº 465*, de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDAMw=>>> Acesso em: 31 ago. 2021.



Todavia, o ponto em destaque para estudo deste artigo é a divergência dos entendimentos da Suprema Corte, em especial pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹³, que entende que “o fato de o procedimento não constar no rol da ANS não significa que não possa ser exigido pelo usuário, uma vez que se trata de rol exemplificativo”.

Para tais juristas, o fato de o procedimento médico não constar no rol de procedimentos da ANS não significa que este não seja de cobertura obrigatória ao beneficiário.

Desse modo, em observância ao Princípio da Legalidade e a norma regulatória, o rol não deve ser visto como um rol meramente exemplificativo, sob pena de negar a própria existência de um rol mínimo de procedimentos, e conseqüentemente, por em risco o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar.

O princípio da legalidade visa a isonomia e a garantia constitucional, determina que todos os órgãos do Estado, isso é, todos os organismos que exercem poder público, devem atuar em observância às leis, mesmo nas hipóteses em que é permitido (por uma lei), o exercício de certa discricionariedade.

Em síntese, ressalta o ministro Luis Felipe Salomão que considerar o rol exemplificativo contraria os dispositivos legais que preveem o plano básico de referência e a possibilidade de contratação de outras coberturas, acaba por restringir a livre concorrência, estabelecendo "a mais ampla, indiscriminada e completa cobertura a todos os planos e seguros de saúde".

Nessa toada, a ausência de cobertura mínima padronizaria todos os planos de saúde, determinando que este tenha que disponibilizar todo e qualquer tratamento prescrito pelo médico.

Inclusive, negaria a vigência aos dispositivos legais que estabelecem um plano básico de referência e a possibilidade de estabelecimento contratual de outras coberturas, efetivamente padronizando e restringindo a livre concorrência ao nitidamente estabelecer a mais ampla, indiscriminada e completa cobertura a todos os planos e seguros de saúde, o que nega vigência aos dispositivos mencionados.

Nesse interim, cumpre salientar que não pode o judiciário substituir o legislador, uma vez que afronta o princípio da Separação dos Poderes, bem como suprime a

¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1442296/SP*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857293424/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1442296-sp-2019-0037741-0/inteiro-teor-857293472?ref=serp>>. Acesso em: 31 ago.2021.

competência legal da ANS.

Critica-se a aceitação do rol como exemplificativo, uma vez que a atualização deste vem ocorrendo de forma rápida e dinâmica e que o rol mínimo é garantia do consumidor para assegurar direito à saúde com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população.

Assim, admitir que este seja considerado meramente exemplificativo é negar acesso à saúde suplementar à mais ampla faixa da população, visto que o valor dos planos aumentaria, afetando diretamente a relação contratual entre os planos de saúde e consumidores.

3. DO IMPACTO REGULATÓRIO E DAS DIVERGÊNCIAS ENTRE O ESTADO-REGULADOR E ESTADO-JUIZ

Muito embora haja regulamentação para o setor de forma a impor limites às operadoras de planos privados de assistência à saúde e garantir a aplicação dos direitos aos consumidores, estes acabaram por se insurgirem em relação aos serviços contratados, como, por exemplo, as negativas de coberturas assistenciais por falta de previsão contratual ou regulamentar, especificamente quanto ao Rol de Procedimentos da ANS.

O aumento do número de ações com pedidos cobertura de procedimentos, medicamentos e materiais não previstos nos contratos de planos de saúde cresceu exponencialmente nos últimos 20 anos, sendo certo que tal fenômeno é chamado de judicialização da saúde e que não atinge apenas a esfera da saúde suplementar, mas a saúde como um todo.

Os pontos mais judicializados se referem a pedidos assistenciais que ultrapassam as disposições contratuais ou da própria norma reguladora e os defeitos na prestação de serviços efetivados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, alegando-se, com frequência, inexistir correta interpretação das disposições contratuais.

Ressalta-se que Barroso¹⁴ ensina que a “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

Nos casos em que os beneficiários ao ajuizarem ações, nas quais a regulamentação é

¹⁴BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Synthesis*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 24. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 22 set. 2021



de competência exclusiva de órgão da Administração Indireta, há a transferência competência do Poder Executivo ao Poder Judiciário.

É sabido que, por diversas vezes, os consumidores de planos de saúde ingressam em juízo, contra a operadora, com ação de obrigação de fazer, requerendo mais do que o previsto contratualmente ou do que é disposto na Lei nº 9.656/98¹⁵.

Henrique Freire de Oliveira Souza, elucida a respeito da incorporação de novas tecnologias em saúde como um dos motivos para requerimento judicial, por parte de consumidores, de procedimentos que extrapolam as previsões contratuais, legais ou regulamentares. Por conta disso, uma vez judicializada a matéria, por meio das decisões respectivas as “cláusulas limitativas são anuladas e/ou modificadas e novas interpretações são dadas ao contrato; e isso, algumas vezes, em absoluta desconsideração da Lei, das Resoluções da ANS, ou mesmo do CDC”¹⁶.

Menciona, ainda, que comuns são as decisões determinando a cobertura: de medicamentos sem registro na ANVISA; de tratamentos experimentais; de procedimentos ainda não incluídos no rol da ANS (no caso de Contratos Novos); e de procedimentos excluídos expressamente de contratos ou não previstos quando da assinatura de contratos (no caso de Contratos Antigos)¹⁷.

Assim, o Poder Judiciário, ao decidir de tal forma, acaba por contrariar a própria regulamentação do setor de saúde suplementar, atuando de forma intervencionista no Estado-Regulador, muitas vezes em verdadeiro *ativismo judicial*.

Não se tem dúvidas de que o Poder Judiciário pode e deve exercer o controle dos atos administrativos regulatórios praticados pelo Poder Executivo, o qual está atrelado ao chamado “sistema de freios e contrapesos”, previsto no art. 5º, XXXV, CRFB/88, *in verbis*: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

De acordo com o glossário da Conselho Nacional do Ministério Público¹⁸, a expressão freios e contrapesos significa que:

o sistema em que os Poderes do Estado mutuamente se controlam, como, por exemplo, o Legislativo julga o presidente da República e os ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade; o presidente da República tem o poder de veto aos projetos de lei e o Poder Judiciário pode anular os atos dos demais Poderes em casos de inconstitucionalidade ou de ilegalidade.

Assim sendo, deve o Poder Judiciário exercer sua função em conformidade com as leis

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁶SOUZA, op. cit., nota 8.

¹⁷Ibidem, p.146.

¹⁸CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *CNMP*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8040-freios-e-contrapesos>>. Acesso em: 26 out. 2021.

que legitimam a elaboração de regulamentos normativos.

Entretanto, na situação ora analisada, as tutelas levadas ao Poder Judiciário não dizem respeito ao controle da elaboração dos atos normativos por parte da ANS e sua conformidade com a lei, mas sim pedidos que extrapolam os limites impostos pela agência reguladora, como no caso de se requerer coberturas não previstas no rol de procedimentos.

Desse modo, o que se discute com a judicialização da saúde suplementar é a amplitude do direito à saúde em face da regulamentação da ANS, visto que muitas decisões proferidas pelo poder judiciário são contrárias as normas regulatórias, existindo, assim verdadeira divergência entre o que determina o Estado-Regulador (representado pela ANS) e os entendimentos exarados pelo Estado-Juiz.

Inclusive, há casos em que a ANS se posiciona no sentido de que a negativa de cobertura é válida, mas o magistrado decide de forma desfavorável à Operadora de Planos de Saúde.

Nesse sentido, Gomes¹⁹ traz uma explicação sobre o ativismo judicial:

Podemos observar o quão maléfico pode vir a ser a quantidade de processos envolvendo as prestadoras de Saúde Suplementar em face de necessidade do usuário em buscar tutela a qual não está assegurada contratualmente. Esse tipo de ação gera um ônus para as empresas não podem prever, vindo a abalar estrutura financeira e conseqüentemente correr sérios riscos em agravar a qualidade de seu atendimento, podendo ainda, vir a fechar as suas portas e deixando toda uma classe desassistida em detrimento de privilegiar alguns. Constitucionalmente a saúde é um direito de todos e dever do Estado, assim dispõe os termos do Art. 196 da CF. No entanto, não distante das demais promoções de políticas sociais públicas que estão muito aquém da realidade e necessidade da população, a saúde de baixa qualidade prestada pelo aparelhamento estatal abre margem para o surgimento da iniciativa privada atuar no setor de promoção a saúde.

Não obstante, tem-se que a atuação do Estado-Juiz em contrariedade ao Estado-Regulador ofende o sistema de saúde suplementar como um todo, sobretudo se somada essa premissa de que o Poder Judiciário possui “conhecidas limitações técnicas para tratar do assunto na medida em que a formação dos magistrados não contempla aspectos essenciais da área da saúde e, nem sempre, dispõem de recursos técnicos para consultar antes de decidirem”²⁰.

Não se tem dúvidas de que a ANS, no âmbito de seu poder normativo, é dotada de “discrecionabilidade técnica”, ou seja, pautada em conhecimentos técnicos específicos acerca

¹⁹GOMES, Damara Torres. *Os impactos financeiros da judicialização da saúde em operadoras de saúde suplementar*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70676/os-impactos-financeiros-da-judicializacao-da-saude-em-operadoras-de-saude-suplementar>>. Acesso em: 22 set. 2021.

²⁰CARLINI, Angélica Lúcia. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 18.



da matéria regulada, quando o Estado-Juiz não possui esse conhecimento.

O Poder Judiciário, com o objetivo de garantir o melhor tratamento ao beneficiário, algumas vezes acaba por aumentar o lucro do fornecedor de uma tecnologia ainda não efetivamente comprovada, aumentando o risco do paciente.

Ao lado de intervenções necessárias, tem havido um elevado número de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias oncológicas, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos²¹.

Ressalta-se que, por diversas vezes, o Judiciário transmite à Operadora de Planos de Saúde a responsabilidade constitucional do Estado em promover e garantir saúde aos cidadãos.

O fortalecimento às ações de saúde no Poder Judiciário é decorrente de uma série de atributos inerentes à cidadania e que enquanto os Poderes Executivo e Legislativo se mantêm inertes na busca de uma solução para a crise de saúde que perpassa o Estado brasileiro o Poder Judiciário acaba sendo uma saída para a efetividade deste direito previsto na Carta Magna, ensina Lafaiete Reis Franco²²:

Dada a essencialidade do direito à saúde, que não tolera sonegação impunemente, e tendo em vista o fortalecimento do Poder Judiciário jungido à sedimentação dos atributos inerentes à cidadania, tem sido crescente o número de ações judiciais que têm por finalidade obrigar o Poder Público a conceder medicamentos ou tratamentos médicos, o que se denomina de Judicialização do direito à saúde.

Portanto, a decisão proferida sem a observância das normas regulamentadoras, acaba por gerar um substancial prejuízo no desenvolvimento da atividade das operadoras de planos de saúde.

Nessa linha, o ativismo judicial em face da saúde suplementar, afeta também o valor das mensalidades dos planos privados de assistência à saúde, sendo certo que esses são possíveis através de cálculos atuariais, que visam estabelecer uma contraprestação pecuniária do consumidor equilibrada ao risco assumido pela operadora de planos de saúde, evitando prejuízos a toda a carteira de beneficiários.

Nesse sentido, ressalta-se os ensinamentos de Souza²³: “o rol pode ser considerado como um balizador em relação aos valores 31 cobrados dos consumidores dos planos de saúde, pois deve

²¹SOUZA, op. cit, p. 149.

²²FRANCO, Lafaiete Reis. *A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil*. Jus Navigandi 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-nobrasil/3#ixzz3V2y1wXrs>> Acesso em: 30 ago. 2021.

²³SOUZA, op. cit, p. 141-142.

haver um equilíbrio entre coberturas e contraprestações”.

Pelo exposto, percebe-se que o excesso da judicialização da saúde é prejudicial tanto para as operadoras de planos de saúde, quanto para os próprios beneficiários/consumidores.

Isso porque tal cenário gera “ônus para as empresas” que não podem prevê-lo, podendo vir “a abalar a estrutura financeira e, conseqüentemente, [...] vir a fechar as suas portas e deixando toda uma classe desassistida em detrimento de privilegiar alguns”²⁴.

Desse modo, o Poder Judiciário ao decidir de forma a extrapolar a cobertura compulsória respeitada pelos planos de saúde, ou seja, além do que está previsto no rol de procedimentos da ANS, acaba por ferir o aludido equilíbrio.

Portanto, é possível concluir que a judicialização da saúde é extremamente onerosa e traz impactos negativos ao setor da saúde suplementar no Brasil.

CONCLUSÃO

A judicialização da saúde suplementar é uma realidade do cenário jurídico atual, sendo fenômeno no qual os beneficiários objetivam obter tutelas jurisdicionais sem desconsiderar as normas regulamentares expedidas pela ANS.

Dentre as normas regulamentadoras, destaca-se neste trabalho o rol de procedimentos de cobertura obrigatória, que contém as coberturas assistenciais devidas pelas operadoras, em consonância com a Lei nº 9.656/98.

Não obstante tal limitação, muitos consumidores ingressam com demanda judicial para terem asseguradas as coberturas, cujas negativas foram justificadas exatamente no rol de procedimentos da ANS.

Certo é que se está diante de um conflito entre os interesses do consumidor, em relação àquilo que entende devido, e os interesses das operadoras de planos privados de assistência à saúde, que entendem estarem agindo em plena consonância com a regulamentação expedida pelo Estado-Regulador.

O Poder Judiciário ao determinar o custeio de procedimentos não previstos no Rol, fundamenta suas decisões principalmente no (i) reconhecimento da saúde como direito fundamental, e por isso devendo ser tutelada com prevalência aos demais direitos envolvidos;

²⁴CIRICO, Priscila Freitas; RESNER, Andrea Aparecida Ribeiro; RACHED, Chennyfer Dobbins Abi. Os Impactos da Judicialização na Saúde Suplementar. *Revista Gestão em Foco*, Amparo, v. 11, n. 5, p. 67. Disponível em: < https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2019/05/005_OS-IMPACTOS-DA-JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O-NA-SA%C3%9ADE-SUPLEMENTAR.pdf> Acesso em: 30 ago. 2021.



(ii) no reconhecimento da existência da relação de consumo entre beneficiários e operadoras de planos de saúde, aplicando-se as normas protetivas do CDC, de forma a favorecer os beneficiários; (iii) no fato de o rol de procedimentos ser considerado meramente exemplificativo e, por fim; (iv) no entendimento de que a operadora pode limitar as doenças a serem cobertas, mas não o tratamento correlato.

Portanto, verifica-se que o judiciário está repassando para iniciativa privada o dever de prover uma saúde universal, desconsiderando os limites contratuais entre as partes. Embora se respeite as decisões, estas podem gerar efeitos danosos a atividade das operadoras de planos de saúde, uma vez que quebram o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos entre as operadoras e seus beneficiários.

Dessa forma, ao serem compelidas pelo Judiciário a custear procedimentos fora do Rol de procedimentos, as operadoras estão adimplindo com custos não previstos e que geram impacto não só no contrato do consumidor propriamente dito, mas em toda massa segurada.

Assim, propõem-se não desconstituir os fundamentos utilizados pelo Judiciário, mas ressaltar a necessidade de se observar as normas reguladoras existentes e a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, visto ser este um elemento essencial para manutenção do sistema de saúde suplementar.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Syntheis*. Rio de Janeiro, V.5. n.1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021

_____. *Lei n° 9.656*, de 13 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm> Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Lei n° 9.961*, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm> Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Resolução normativa n° 465*, de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw==>> Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. RESP n° 1.769.557/CE*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652022946/recurso-especial-resp-1769557-ce-2018-0255560-0/relatorio-e-voto-652023001>, Acesso em: 22 set.

2021.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. AgInt no AREsp 1442296/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857293424/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1442296-sp-2019-0037741-0/inteiro-teor-857293472?ref=serp>>. Acesso em: 31. ago.2021.

CARLINI, Angélica Lúcia. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CIRICO, Priscila Freitas; RESNER, Andrea Aparecida Ribeiro; RACHED, Chennyfer Dobbins Abi. Os Impactos da Judicialização na Saúde Suplementar. *Revista Gestão em Foco, Amparo*, v. 11, n. 5, p. 67. Acesso em: 22 set. 2021.

FRANCO, Lafaiete Reis. A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil. *Jus Navigandi* 2012. Disponível em :<<http://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-nobrasil/3#ixzz3V2y1wXrs>> Acesso em: 30 ago. 2021.

GOMES, Damares Torres. *Os impactos financeiros da judicialização da saúde em operadoras de saúde suplementar*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70676/os-impactos-financeiros-da-judicializacao-da-saude-em-operadoras-de-saude-suplementar>>. Acesso em: 22 set. 2021.

SALAZAR, A.L.; RODRIGUES, K.; NUNES JÚNIOR, V.S. Assistência privada à saúde: regulamentação, posição do IDEC e reflexos no sistema público. In: BRASIL/MS. *Direito sanitário e saúde pública*, v. 1, 2005.

CARNEIRO, Luiz A. F. *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.