

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
FACULDADE DE DIREITO

OS REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL NA
ATIVIDADE DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

BRUNA MIRANDA TORRES

CAMPINAS 2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
FACULDADE DE DIREITO
Bruna Miranda Torres

OS REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL NA
ATIVIDADE DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Pontifícia Universidade Católica
de Campinas, como parte da exigência
para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^a. Monnalise Gimenes
Cesca Iamarino

CAMPINAS
2021

AGRADECIMENTOS

À Prof^a. Msa. Monnalise Gimenes Cesca Iamarino, orientadora e incentivadora, pela paciência e dedicação ao guiar-me na realização deste trabalho.

Aos meus pais, Sérgio e Valdinéia, por todo o apoio e suporte que me deram ao longo da graduação e por sempre me ensinarem valores importantes e me guiarem pelo caminho da honestidade e ética.

As minhas amigas, Lizah e Ana Luísa, por estarem comigo durante toda a graduação e por todos os momentos que passamos juntas, levarei vocês para sempre.

A todos aqueles que fizeram, de alguma forma, parte desta trajetória.

RESUMO

A judicialização da saúde suplementar no Brasil se faz cada vez mais presente no cenário jurídico do país, principalmente quando analisadas as decisões judiciais contrárias ao rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde (ANS). Portanto, o presente trabalho tem como principal objetivo analisar as decisões judiciais contrárias ao rol de procedimentos, os reflexos que o fenômeno da judicialização da saúde suplementar têm na atividade dos planos de saúde e, por fim, como o Superior Tribunal de Justiça e a ANS estão tentando reverter esse cenário. À priori, será contextualizado o direito fundamental à saúde como dever do Estado, mas que com a promulgação da Constituição de 1988, ficou permitida a sua exploração através das operadoras de planos privados de saúde, o que passou a ser objeto da relação de consumo no setor da saúde suplementar. Em seguida, passa-se a análise da legitimidade de regulamentação do setor pela ANS, através da Lei de Planos de Saúde (LPS) e da própria lei que criou a ANS, dando-se destaque à prerrogativa de elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde, com o objetivo de tornar-se referência básica em relação às coberturas assistenciais fornecidas pelas operadoras de planos de saúde. Ainda, será estudado o fenômeno da judicialização da saúde suplementar, através da análise de decisões de diversos Tribunais de Justiça do Estado e do Superior Tribunal de Justiça e como estes, por muito tempo, embasaram suas decisões de procedência aos consumidores em detrimento às operadoras de planos de saúde, através de fundamentos relacionados ao direito fundamental à saúde e às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, mesmo que estas fossem contrárias ao próprio rol de procedimentos da ANS. Por fim, o estudo irá analisar a recente tendência do judiciário de tentar modificar o cenário de hiperjudicialização da saúde suplementar, através do julgado de divergência da Quarta Turma do STJ e a edição da Resolução Normativa 465/21, feita pela ANS. Nesse sentido, conclui-se que devido à possibilidade de as decisões judiciais causarem um desequilíbrio econômico-financeiro nas atividades das operadoras de planos de saúde, o judiciário e a própria legislação regulamentadora começaram um movimento de mudança no cenário vigente.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Saúde suplementar. Judicialização. Planos de Saúde. Rol de Procedimentos da ANS.

ABSTRACT

The judicialization of the supplementary health in Brazil is increasingly present in the legal scenario of the country, especially when analyzing the court decisions against the list of procedures and health events of the National Health Agency (ANS). Therefore, this study has as its main objective to analyze the judicial decisions contrary to the list of procedures, the effects that this phenomenon of judicialization of the supplementary health has on the activity of health plans and, finally, how the Superior Court of Justice and the ANS are trying to reverse this scenario. First, the fundamental right to health will be contextualized as a duty of the State, but with the promulgation of the 1988 Constitution, its exploration was permitted through private health plan operators, which became the object of the consumption relationship in the supplementary health sector. Next, the legitimacy of the regulation of the sector by the ANS is analyzed, through the Law of Health Plans (LPS) and the law that created the ANS, highlighting the prerogative of elaborating the list of procedures and events in health, with the objective of becoming the basic reference in relation to the health care coverage provided by the health plan operators. Still, the phenomenon of judicialization of supplementary health will be studied, through the analysis of decisions from various State Courts of Justice and the Superior Court of Justice and how these, for a long time, based their decisions in favor of consumers to the detriment of health insurance providers, through foundations related to the fundamental right to health and the protective norms of the Consumer Defense Code, even if these were contrary to the ANS' own list of procedures. Finally, the study will cover the recent tendency of the judiciary to try to modify the scenario of hyper-judicialization of supplementary health, through the divergent decision of the Fourth Panel of STJ and the Normative Resolution 465/21, edited by the ANS. In this sense, it is possible to conclude that due to the possibility of judicial decisions causing an economic-financial imbalance in the activities of health plan operators, the judiciary and the regulatory legislation itself have begun a movement to change the current scenario.

Key words: Fundamental right to health. Supplementary health. Judicialization. Health insurance. ANS' list of procedures.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE COMO OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO	9
2.1 Direito à saúde: Direito fundamental e dever do Estado	10
2.2 A Assistência suplementar à saúde	13
2.3 Da responsabilidade objetiva dos planos de saúde e a relação de consumo	16
3 A LEGITIMIDADE DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR NA REGULAMENTAÇÃO DOS PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	21
3.1 A regulação dos contratos de plano de saúde na Lei 9.656/98	21
3.2 Limites assistenciais dos contratos de plano privado de assistência à saúde regulamentados: rol de procedimentos da ANS	28
4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	31
4.1 A judicialização da saúde suplementar e os principais fundamentos das decisões judiciais	32
4.2 Dos fundamentos das decisões judiciais contrárias ao rol de procedimentos da ANS: rol exemplificativo ou taxativo?	39
4.3 Da discussão acerca da natureza jurídica do rol de procedimentos da ANS e os efeitos da judicialização da saúde suplementar	42
5 CONCLUSÃO	47
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

1 INTRODUÇÃO

A saúde passou a ser considerada um direito através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, fomentada pela Organização das Nações Unidas, no ano de 1948. No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser considerada um direito e garantia fundamental com competência do Estado de provê-la a todos os cidadãos.

No entanto, a mesma Carta Mãe prevê a possibilidade de a sua efetivação se dar por meio da iniciativa privada, setor explorado pelas operadoras de planos de saúde. À vista disso, houve uma maior necessidade de regulamentação desse setor, o que ocorreu com a promulgação das Leis Federais nºs 9.656/98 e 9.961/00. A primeira, conhecida como Lei dos Planos de Saúde, caracterizou o que seriam as operadoras de planos de saúde e regulamentou as normativas a serem seguidas.

A segunda Lei Federal foi responsável pela criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia federal vinculada ao Ministério da Saúde que tem a responsabilidade de controlar, fiscalizar e regulamentar a atividade do setor, através de resoluções normativas. Ainda, a agência possui a responsabilidade de determinar o limite mínimo obrigatório das coberturas assistenciais que deve ser oferecido aos beneficiários pelas operadoras de planos de saúde.

Dessa forma, a relação entre as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários caracteriza-se como uma típica relação de consumo e, portanto, acabam figurando como objeto de tal relação, a incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Sendo assim, ocorre no cenário jurídico atual o fenômeno da “judicialização da saúde suplementar”, que consiste em um número elevado de demandas de consumidores, face às operadoras de planos de saúde, na busca por tutelas assistenciais não previstas no rol de procedimentos elaborado pela ANS, que acabam por obterem resultados de procedência no Judiciário.

Ainda, os fundamentos utilizados pelo Poder Judiciário, nas decisões de procedência das demandas propostas pelos consumidores em face dos planos de saúde, são extremamente importantes e merecem respeito. Entretanto, embora tais decisões serem pautadas em valores significativos, como o direito fundamental à

saúde e os direitos do consumidor, é impossível ignorar que estas podem trazer prejuízos irreparáveis ao setor da saúde suplementar como um todo.

Por essa razão, o próprio Poder Judiciário, mais especificamente o Superior Tribunal de Justiça, recentemente abriu divergência em relação aos fundamentos até então proferidos. Essa divergência é pautada no desequilíbrio econômico-financeiro que as demandas julgadas até o momento estavam causando às operadoras de planos de saúde, o que não as afetaria tão somente, mas também aos próprios beneficiários. Para sustentar tal entendimento, a própria ANS que, a cada dois anos publica uma nova resolução normativa que atualiza o rol de procedimentos, publicou a RN nº 465/2021.

Nessa linha, o presente trabalho tem por objetivo analisar os reflexos da judicialização da saúde suplementar na atividade dos planos de saúde, assim como, os fundamentos utilizados pelos Tribunais do Estado, acerca da natureza jurídica do rol de procedimentos da ANS.

O estudo discute como problema: é dever das operadoras de planos de saúde fornecerem tratamentos não previstos no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar? Quais os reflexos econômicos das decisões de procedência do judiciário podem ser causados aos planos privados de assistência à saúde?

Para se obter a finalidade desejada ao trabalho, será empregado o método dedutivo, cuja operacionalização se dá por meio de doutrinas, legislação, jurisprudências, artigos científicos e teses, relacionados à temática proposta por este estudo. Ainda, será utilizada a pesquisa com abordagem qualitativa, que tem por objetivo “captar’ o fenômeno em estudo a partir da perspectiva das pessoas nele envolvidas, considerando todos os pontos de vista relevantes. Vários tipos de dados são coletados e analisados para que se entenda a dinâmica do fenômeno” (GODOY, 1995, p. 21, grifo do autor).

Isto posto, o primeiro capítulo desta monografia irá tratar sobre a saúde como um direito fundamental previsto na Constituição de 1988 e como objeto na relação de consumo. Inicialmente será apresentado o contexto histórico do direito à saúde no mundo e no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ainda, será analisado o dever do Estado em prover a saúde e a possibilidade de ser desempenhada pela iniciativa privada, através das operadoras de planos privados de assistência à saúde. Dessa maneira, a relação entre as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários é considerada como relação de consumo e, portanto,

tornam-se objeto da relação de consumo com respaldo do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Na sequência, o segundo capítulo traz aspectos fundamentais acerca da legitimidade da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) em relação à regulamentação do setor nos planos privados de assistência à saúde. Além disso, também será discutido o marco regulatório na saúde suplementar, que consiste na publicação da Lei Federal nº 9.656, de 03 de junho de 1998, responsável pela atividade das operadoras de planos de saúde, e da Lei Federal nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, criadora da ANS.

A Lei 9.961/00 visa regulamentar, controlar e fiscalizar o setor de saúde suplementar no Brasil e destaca-se uma das atribuições mais importantes da agência: a elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde, que tem por objetivo ser referência básica para a cobertura assistencial mínima obrigatória, oferecida pelas operadoras de saúde aos seus consumidores.

À vista disso, no terceiro capítulo será analisado o fenômeno da judicialização da saúde suplementar no Brasil e os desdobramentos em relação às operadoras de planos de saúde. Para que seja possível entender melhor o assunto, serão analisados os pedidos levados ao Poder Judiciário pelos consumidores em relação a coberturas assistenciais não previstas pelo rol de procedimentos da ANS, assim como de jurisprudências de diversos Tribunais de Justiça brasileiros e do Superior Tribunal de Justiça, que fundamentam as decisões de procedência a favor dos consumidores.

Por fim, ainda no último capítulo, será discutida a decisão do Superior Tribunal de Justiça que abriu divergência em relação à natureza jurídica do rol de procedimentos da ANS e que influenciou a própria autarquia a trazer previsão da natureza taxativa do rol, através da Resolução Normativa nº 465/2021.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE COMO OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Os Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal são direitos público-subjetivos a serem assegurados aos cidadãos. A saúde foi, acertadamente, incluída nesses direitos tornando-se um bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Portanto, é dever do poder público formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir aos cidadãos acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar, podendo, de forma suplementar, ser assegurado pela iniciativa privada.

Logo, quando a saúde é assegurada pela iniciativa privada aos cidadãos, torna-se objeto de relação de consumo, sem perder sua característica de direito básico, ou, mais precisamente, de direito fundamental do homem.

2.1 DIREITO À SAUDE: DIREITO FUNDAMENTAL E DEVER DO ESTADO

Para discorrer sobre a matéria de direito à saúde, inicialmente, faz-se necessário trazer o seu conceito, que, por muito tempo esteve ligado à ausência de doença. No entanto, no decorrer do século XX, mais precisamente ao fim da II Guerra Mundial, a sociedade que passou por diversas transformações sociais e econômicas, necessitava promover um pacto para garantir direitos essenciais aos homens (LEMOS, 2016).

Em vista disso, foi fomentada na Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, publicada em 10 de dezembro de 1948, que reconheceu a saúde como um direito humano, a qual passou a ser objeto da Organização Mundial de Saúde (OMS) que, no preâmbulo de sua Constituição (1946), assim a conceitua: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença” (NAÇÕES UNIDAS, 1946).

Isto posto, no Brasil, o direito a saúde foi, inicialmente, incorporado apenas como “direito” à assistência em saúde dos trabalhadores, com vínculo formal no mercado de trabalho. Consequentemente, a saúde não era considerada um direito subjetivo de todos, mas apenas um benefício da previdência social (Brasil, 2007).

Em 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, a saúde ficou assegurada como um direito fundamental de todos, conforme dispõe o artigo 196, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação”.

José Afonso da Silva (2013, p. 288) ilustra:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conxionam com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2013, p. 288)

Os direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 são divididos em três dimensões. Na primeira dimensão dos direitos fundamentais, as chamadas liberdades públicas, tais direitos civis e políticos:

Têm como titular o próprio indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2007, p. 562).

Ademais, Pires (2014, p. 75) elucida que, em relação à Constituição, os direitos fundamentais da primeira dimensão servem de “freio ou obstáculo ao anseio do poder arbitrário por parte de qualquer governante ou autoridade”.

Em sequência, a segunda dimensão buscou a delimitação dos direitos econômicos e sociais, onde encontram-se a obrigatoriedade do ensino público, a função social da propriedade, o direito à saúde, a previdência social, etc. O Estado, ao buscar uma solução para os problemas sociais, iniciou os direitos da segunda dimensão, responsabilizando-se por afastar as grandes disparidades que se mostravam problemáticas mediante prestações positivas concretas de caráter público (LEMOS, 2016, p. 7).

Logo, está o direito à saúde inserido nessa dimensão por ter sido concebido na Constituição de 1988 como direito social, sendo o Estado obrigado a praticar ações específicas em prol da sociedade (CF/88, artigo 196).

Os direitos da terceira dimensão, ou direitos de solidariedade, estão intimamente relacionados à qualidade de vida dos seres humanos e, portanto, são direitos difusos ou de titularidade coletiva que englobam o direito à paz, ao desenvolvimento, à preservação do patrimônio histórico e cultural, ao meio ambiente saudável e à autodeterminação dos povos (LEMOS, 2016, p. 8)

Dessa forma, conclui-se que o direito à saúde é um direito fundamental de segunda dimensão, elencado como direito social a ser concretizado pelo Estado em

prol da coletividade, mas ao mesmo tempo, a doutrina¹ é uníssona ao considerar tal direito parte de todas as outras dimensões, visto sua imensa importância para a sociedade.

Nessa ordem jurídico-constitucional, SARLET (2002, p. 7) afirma que além de ser um direito fundamental, o direito à saúde é um “dever jurídico por parte do Estado e dos particulares em geral”. Ainda que não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, os particulares não têm o direito de ofender a saúde alheia, alegando não serem destinatários do direito à saúde.

Ainda, para SARLET (2002, p. 13-14), o direito fundamental à saúde se divide em duas dimensões: positiva e negativa.

Na dimensão negativa é possível perceber que a saúde se identifica como um direito de defesa em que o Estado tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, ou seja, ser inerte no sentido de prejudicar a saúde. Portanto, qualquer ação do Poder Público que ofenda o direito à saúde, poderá ser considerada inconstitucional e passível de demanda judicial individual ou coletiva, por meio de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade. (SARLET, 2002, p. 13-14)

Outrora, a dimensão positiva, ou prestacional, trata sobre a possibilidade de o seu titular, com respaldo nas normas constitucionais que asseguram tais direitos, exigir do poder público alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, fornecimento de medicamento, uma cirurgia, ou seja, qualquer benefício ligado à saúde. (SARLET, 2002, p. 15)

Resta evidente o caráter assecuratório do direito à saúde. O artigo 196 da Constituição Federal define ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, estando garantido mediante políticas sociais e econômicas e a sua forma de efetivação. Na realidade, a forma como esse direito será efetivamente garantido não está restrita ao texto do artigo 196, uma vez que a Constituição de 1988, em seus artigos 198 a 200, cria um o sistema integrado de ações voltadas a saúde: o Sistema Único de Saúde (SUS).

O SUS, conforme prescrito no artigo 198 da CF/88, diz respeito ao conjunto de ações e serviços públicos de saúde integrante de uma rede hierarquizada e regionalizada, organizada de acordo com diretrizes específicas:

I - Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

¹ Neste sentido: SILVA (2013), SILVA (2012), BONAVIDES (2007), BOTTESINI (2002), LEMOS (2017), PIRES (2014), SARLET (2002), SCHMIDT (2014) e WERNER (2018).

- II - Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade. (BRASIL, 1988)

A rede hierarquizada e regionalizada, prevista no texto constitucional acima, nada mais é do que a integração dos serviços de saúde no contexto federativo, ou seja, Municípios, Consórcios Municipais, Estados, Distrito Federal e União, exercendo suas atribuições fixadas em lei, de modo que não haja sobreposição de serviços, mas garantia ao amplo acesso a todos (WERNER, 2018).

Diante o exposto, conclui-se que o SUS é uma forma de cumprir com os preceitos constitucionais, quando elenca o direito à saúde como garantia fundamental, servindo de instrumento para o cumprimento do dever delegado ao Estado pela Constituição.

Insta salientar que o Estado detém considerável poder/dever quando o assunto é a saúde, seja ela pública ou privada, por meio de sua efetivação, regulamentação, fiscalização e controle. Destarte, o dever do Estado efetivado através de ações políticas sociais e econômicas, visando a redução do risco de doença, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

2.2 A ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR À SAÚDE

Ante o exposto, não resta dúvidas de que a saúde é uma garantia fundamental prevista na Carta Magna de 1988 e, portanto, um dever do Estado.

Sendo assim, é do Poder Público a titularidade da efetivação da saúde como uma garantia fundamental. No entanto, a Constituição de 1988 também prevê, em seu artigo 197, a possibilidade de tal garantia ser exercida pela iniciativa privada.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua exceção ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988)

Ao analisar o texto da lei, resta evidente que todas as ações e serviços relacionados à saúde são de responsabilidade do Poder Público propriamente dito, ou de forma indireta através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado, ou seja, através da iniciativa privada.

À vista disso, o sistema brasileiro de saúde é híbrido, sendo a saúde pública prestada diretamente pelo SUS e o sistema privado, também conhecido como saúde

suplementar, é prestado pela rede privada de serviços de assistência à saúde, com o objetivo de complementar tais serviços (SCHMIDT, 2014, p. 41).

Para SCHULMAN (2009, p. 201):

Entende-se por saúde suplementar a prestação de serviços à saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único de Saúde, vinculada a um sistema privado e organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas – operadoras de planos de saúde. (SCHULMAN, 2009, p. 201)

Nessa senda, a Constituição Federal de 1988, devido à importância desse setor, outorga à iniciativa privada a liberdade de atuação, conforme elucida o caput do artigo 199 da Carta Magna: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (BRASIL, 1988).

Riani (2011, p. 25-26), em sua obra, esclarece sobre o caráter complementar do sistema privado:

A Constituição da República de 1988 sedimentou a presença da iniciativa privada na prestação de serviços à saúde, registre-se, de forma suplementar, não ficando ela sujeita ao ordenamento próprio do serviço público, mais conhecido como SUS. Há liberdade de exploração do mercado de saúde suplementar, o lucro é permitido para as operadoras, contudo quem explora essa atividade econômica tem por obrigação assegurar a existência digna de todos que dela participam, consumidores, hospitais, clínicas, empregados, em observância ao art. 170 da Constituição da República de 1988. (RIANI, 2011, p. 25-26)

Insta salientar que, ao mesmo tempo que a iniciativa privada poder prestar assistência livre à saúde, conforme previsto no artigo 199 da Constituição, também estará sujeita ao controle, fiscalização e regulamentação previstos no artigo 197 da mesma Carta Magna.

Dessa forma, o poder de liberdade concedido às pessoas jurídicas de direito privado que controlam a saúde suplementar, é, na verdade, mitigado, uma vez que, segundo Paulo Lobo, a livre iniciativa só recebe a tutela constitucional se for desenvolvida em conformidade com os interesses sociais e não apenas em razão dos interesses individuais (LOBO, 2011, p. 50).

Não causa estranheza dizer que, infelizmente, a saúde pública no Brasil é um problema, e que o Sistema Único de Saúde está, como afirma Santana (2010, p. 57) “prestes a exalar um último suspiro”.

Para tentar solucionar tal adversidade, surgem os planos de saúde que, diante da grande deficiência do poder público, veem sua popularidade crescer exponencialmente na sociedade.

Não obstante, Mathias (2012, p. 95) expõe seu entendimento acerca da importância do setor de saúde suplementar no país:

É inegável a relevância do Sistema de Saúde Suplementar para a sociedade brasileira não só por sua importância econômica, mas principalmente por sua determinante função social. Colmatando séria lacuna deixada pelo Sistema Único de Saúde, que é incapaz de atender adequadamente a totalidade da população, o Sistema de Saúde Suplementar, atualmente, assiste a mais de 47 milhões de brasileiros, prestando-lhes serviços essenciais. Sem a atividade das operadoras de planos de saúde, milhões de brasileiros ou ficariam sem o atendimento médico necessário ou buscariam o amparo do Sistema Único de Saúde, inviabilizando-o por completo. (MATHIAS, 2012, p. 95)

A inviabilidade do SUS mencionada pelo autor, é consequência de diversos problemas, como a questão econômica do país. Ainda assim, mesmo que tal dificuldade não fosse um problema, o Brasil não possui recursos suficientes na área da saúde para “tudo” e “todos”.

Isto posto, verifica-se que a participação das instituições privadas nesse campo deverá ocorrer de forma complementar ao SUS, que deverão seguir as diretrizes por este estabelecidas.

Segundo Riani (2011, p. 17), a efetivação da saúde pela iniciativa privada se dá através da “contratação direta de profissionais em seus consultórios (médicos, dentistas) ou prestadores de serviços (radiologia, patologia)”, como também pela “contratação por meio dos planos e seguros de saúde”.

Neste último caso, os contratos oferecidos pelos planos de assistência privada à saúde são atípicos, mistos, de prestação de serviços, de adesão e caráter aleatório, sinalagmáticos, onerosos, formais e de execução diferida por prazo indeterminado.

A priori, é imprescindível definir contrato, que, segundo Gonçalves (2011, p. 25) “é, pois, ‘um acordo de vontades na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos’”.

Dessa forma, os contratos oferecidos pelos planos de saúde possuem caráter consumerista, visto que se verifica uma prestação de serviços de assistência à saúde oferecida, no mercado, aos consumidores, por meio de um contrato de adesão, padronizado, em que todas as cláusulas são preestabelecidas pelo fornecedor.

Tal contratação gera obrigações recíprocas, pela qual o consumidor assume a obrigação de pagar periodicamente as prestações pecuniárias correspondentes aos serviços oferecidos pelo fornecedor, à medida que, ao plano de saúde, cabe a

obrigação de prestar o serviço de cobertura dos procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos, quando o consumidor deles necessitar.

2.3 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS PLANOS DE SAÚDE E A RELAÇÃO DE CONSUMO

Diante do exposto até o momento acerca da saúde suplementar, conclui-se que a sua efetivação ocorre mediante relações contratuais entre as operadoras de planos de saúde e os seus beneficiários.

A Lei 9.656/98, Lei da Saúde Suplementar (LSS), responsável pelos planos privados de assistência à saúde, assim os define, em seu artigo 1º, inciso I:

I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecidos, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente, escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor. (BRASIL, 1998)

Logo em seguida, a Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000 cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde – será discutida em outro momento desta monografia.

Para Khouri (2013, p.7), os contratos de plano de saúde são contratos de adesão, pois são contrários ao fruto da livre manifestação de vontade. Portanto, tais contratações por serem entendidas como de massa, são celebradas por meio de instrumentos de adesão, conforme afirma Scaff (2010):

[...] nos contratos de massa que estejam de alguma forma relacionados às prestações de serviços médicos ajustados entre pessoas físicas ou jurídicas com operadoras de planos de saúde ou com seguradoras, a regra observada é a da utilização do chamados contratos-tipo, feita mediante a adesão a cláusulas e disposições que são previamente formuladas pelas empresas que se oferecem para prestar ou para custear os serviços médicos e hospitalares que interessam o consumidor (SCAFF, 2010, p. 53-54).

Seguindo a linha de raciocínio do autor, é correto afirmar que os contratos oferecidos pelas operadoras de planos de saúde são contratos elaborados de forma unilateral, em que da parte considerada hipossuficiente, é retirada a possibilidade de negociação, deixando-a em desvantagem.

No entanto, Scaff (2010) também entende que se faz necessária a utilização de tal método para que a atividade empresarial seja realizada com a agilidade esperada. Isso se dá, pois, as operadoras de planos de saúde são reguladas pela ANS que, por meio de sua Resolução Normativa nº 85, de 07 de novembro de 2004 (RN 85/2004), prevê a necessidade de os contratos de plano privado de assistência à saúde serem devidamente registrados junto à agência.

Não há que se discutir a necessidade das operadoras de planos de saúde, agentes da saúde suplementar, estarem submetidas às regulações da ANS e da LSS. Entretanto, como atividade econômica desenvolvida no mercado de consumo, torna-se inafastável a subsunção ao Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), em seu artigo 54 define o conceito de contrato de adesão como sendo “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Além disso, Cláudia Lima Marques (2006, p. 72), ainda, assinala três circunstâncias que caracterizam um contrato de adesão:

- 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte. (MARQUES, 2006, p. 72)

Ademais, o artigo 47 do mesmo dispositivo de lei traz uma excepcionalidade:

As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Isso decorre, segundo Gonçalves (2014, p. 67), “da previsão específica do rol de direitos fundamentais, conforme disposto no artigo 5º, XXXII combinado com o artigo 170, V, da Constituição Federal.

Logo, a relação jurídica contratual que existe por advento dos contratos de planos de saúde é entendida como sendo relação de consumo, pois existe a figura dos consumidores, que são as pessoas físicas ou jurídicas, destinatárias finais do serviço de plano de saúde, e do fornecedor, pessoa jurídica de direito privado, prestador de serviços na área da saúde suplementar, de acordo com o disposto no artigo 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. Vejamos:

Artigo 2º – Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Artigo 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 ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990)

Para Cláudia Lima Marques (2006, p. 40), em matéria de planos de saúde todos os destinatários finais do serviço médico são consumidores, tanto contratantes como terceiro, de tal modo que o destinatário final do serviço pode ser “um terceiro no contrato, um beneficiário qualquer, um utilizador gratuito, um participante fortuito, um menor de idade, um absolutamente incapaz e mesmo assim é consumidor, desde que seja o destinatário final (fático e econômico) do serviço”.

Nesse passo, Silva (2012, texto digital) assim aduz:

[...] não se pode deixar de atentar para o fato de que, no mais das vezes, contratos envolvendo o objeto saúde são, cada vez mais, contratações de massa, feitas por contrato de adesão, com oferta ao público em geral, de modo que se tem com inequívoco o caráter consumerista da contratação que, além de ser regida pela Lei dos Planos de Saúde, deve ser supletivamente disciplinada pelos preceitos da Lei nº 8.079/90, [...] até porque, como é cediço, o sistema privado é suplementar em relação ao público, não perdendo, ademais, o seu caráter de contrato aleatório. (SILVA, 2010)

O autor menciona a Lei dos Planos de Saúde pois a mesma faz menção ao Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 35-G. Bottesini (2005, p. 334) ensina: “o art. 35-G faz com que os dispositivos do CDC integrem a Lei 9.656/1998, de forma subsidiária, o que equivale a afirmar a complementariedade entre esses diplomas legais”.

Diante de tais afirmações, verifica-se a importância da aplicação do CDC às relações de operadoras de planos de saúde com seus beneficiários, pois visa proteger a parte considerada mais fraca na relação, ou seja, o consumidor.

Deve-se salientar que, o instituto da boa-fé é imprescindível em uma relação jurídica, pois caracteriza um patamar de respeito, lealdade, clareza, coerência e fidelidade do fornecedor com relação ao consumidor contratante, visando assegurar segurança ao seu patrimônio, bem como fornecer informação adequada, adquirindo, ainda, o dever moral de não prejudicar ou enganar a parte contratante.

Nesta toada, Paulo de Tarso Sanseverino (2010) define tal instituto:

Limita o exercício dos direitos subjetivos, estabelecendo para o credor, ao exercer o seu direito, o dever de ater-se aos limites traçados pela boa-fé, sob pena de uma atuação antijurídica, consoante previsto no artigo 187 do Código Civil brasileiro de 2002. Evita-se assim, o abuso de direito em todas as fases da relação jurídica obrigacional, orientando a sua exigibilidade (pretensão) ou o seu exercício coativo (ação). (SANSEVERINO, 2010, p. 12)

Além disso, a responsabilidade civil também rege a relação jurídica entre operadoras de plano de saúde suplementar e beneficiários. O instituto da responsabilidade civil “guarda em si um sentimento social e humano que fundamenta, no plano moral, a sujeição do causador do dano à reparação da lesão” (GODOY et. al., 2009)

Os pressupostos gerais da responsabilidade civil são: a ação (violação a um direito), o dano e o nexo causal entre ação e dano. Na área da saúde, o primeiro pressuposto é fácil de ser identificado, visto que a ação está ligada à violação ao direito à vida, ou à integridade física, ou a outros direitos de personalidade.

O segundo pressuposto, dano, é regulado pelos artigos 948, 949, 950 e 951 do Código Civil. É nesse momento que serão verificados os danos materiais e morais causados pela ação do agente, para que possa ser estabelecida uma indenização.

O nexo de causalidade, último pressuposto, é o que mais atormenta a área da saúde (GODOY et. al., 2009). Isso se dá, pois, a responsabilidade civil é dividida em: subjetiva e objetiva.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 47 a 49), a responsabilidade objetiva independe de culpa, ou seja, ela pode ou não existir, mas sempre será irrelevante para a configuração do dever de indenizar. No entanto, a relação de causalidade entre a ação e o dano será indispensável, uma vez que, na responsabilidade objetiva não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento.

Nos casos de culpa presumida, serão consideradas hipóteses de responsabilidade subjetiva, visto que se fundam na culpa, mesmo que presumida.

Em síntese, a responsabilidade objetiva é baseada no risco, ou seja, “não se cogita da vontade (subjetividade) ou do modo de atuação do agente, basta a relação de causalidade entre a ação lesiva e o dano” (GODOY et al., 2009). Já a responsabilidade subjetiva exige o reconhecimento da culpa, da vontade ou do modo de atuação do agente.

Nos contratos de prestação de serviços na área da saúde:

se não for dada a devida atenção à natureza da obrigação em tela, se de meio ou de resultado, concluir-se-á que será aplicável a responsabilidade objetiva, sem que possa ser debatido o agente, como por exemplo o hospital ou a clínica médica, agiu ou não com culpa nos danos causados ao paciente (GODOY et. al., 2009, p. 32).

Portanto, verifica-se que a responsabilidade civil, especificamente na área da saúde, abstrai-se a noção de dolo, já que é praticamente impossível esta hipótese em contratos de prestação de serviços desse tipo.

A culpa do agente pode apresentar-se sob as seguintes formas: imprudência, negligência ou imperícia.

A imprudência, segundo Sérgio Cavalieri Filho (2000), “é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação”. Já a negligência, é o caso da conduta descuidada, com falta de atenção, no momento próprio; uma omissão de certa atividade que, se adotada, teria evitado o resultado. Por último, temos a imperícia, que, por sua vez, “decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente” (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 41).

No entanto, existem algumas possibilidades, previstas em lei², de reparação de um dano cometido sem culpa. Nestes casos, a responsabilidade será legal ou objetiva, por se satisfazer apenas com o dano e o nexo de causalidade. Tal teoria, objetiva, ou de risco, postula que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Sendo assim, conclui-se que a responsabilidade civil das operadoras de plano de saúde é, em regra, objetiva. Isto posto, o defeito ou falha da pessoa jurídica na prestação dos serviços médicos independe de culpa, conforme disposto no caput do artigo 14 da Lei nº 8.078/90, estando sujeito à responsabilidade objetiva o fornecedor de serviços.

² Art. 927, parágrafo único, CC: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 5º, inciso X, CF: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Art. 37, parágrafo 6º, CF: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Enunciado 448 das Jornadas de Direito Civil: Art. 927. A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC, aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.

Enunciado 554 das Jornadas de Direito Civil: Independe de indicação do local específico da informação a ordem judicial para que o provedor de hospedagem bloqueie determinado conteúdo ofensivo na internet.

Enunciado 555 das Jornadas de Direito Civil: “Os direitos de outrem” mencionados no parágrafo único do art. 927 do CC devem abranger não apenas a vida e a integridade física, mas também outros direitos de caráter patrimonial ou extrapatrimonial.

3 A LEGITIMIDADE DA AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE SUPLEMENTAR NA REGULAMENTAÇÃO DOS PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Em consonância com o demonstrado até o presente momento, resta evidente que devido à promulgação da Constituição de 1988, conforme prevê o artigo 197, houve a efetivação do direito à saúde de forma complementar, por pessoas jurídicas, respeitando a liberdade à iniciativa privada, prevista no artigo 199 do mesmo texto constitucional. No entanto, ao mesmo tempo, o Poder Público manteve as prerrogativas de regulamentação, fiscalização e controle relativos ao segmento.

Nesse sentido, restaram promulgadas duas leis regulatórias da saúde suplementar: a Lei Federal nº 9.656, de 03 de junho de 1998, criadora das diretrizes básicas relacionadas à atividade das operadoras de planos de saúde; e a Lei Federal nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, pela qual foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, responsável por realizar as prerrogativas constitucionais previstas no artigo 197.

Nessa perspectiva, para a compreensão do sistema de saúde suplementar, faz-se necessária uma análise do impacto gerado pelas leis federais mencionadas, assim como, as atribuições da ANS como órgão regulador e a sua legitimidade para edição de normas a serem seguidas pelas operadoras de plano de saúde.

Por fim, o objetivo deste capítulo é justamente identificar os aspectos relativos à legitimidade da regulamentação da ANS à saúde privada, bem como aos planos de saúde como efetivação do direito e as limitações impostas para o cumprimento de seu objeto.

3.1 A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE NA LEI 9.656/98

Em virtude das normativas constitucionais referidas anteriormente, resta evidente a ocorrência de uma alteração substancial no setor da saúde suplementar no Brasil, isso pois ao mesmo tempo que a nova Carta Magna prevê a possibilidade da saúde se dar através da iniciativa privada, por meio da exploração empresarial, também dispôs acerca da obrigação do Poder Público de regulamentar, fiscalizar e controlar os serviços de saúde, por sua relevância pública.

Apesar de estar prevista constitucionalmente a responsabilidade do Poder Público em regulamentar o setor privado de assistência à saúde, houve uma lacuna de quase dez anos entre a promulgação da Carta Magna, em 1988, e a Lei 9.656/98, que regulamentou tal setor. Esse lapso temporal causou um enorme prejuízo aos usuários dos planos de saúde, devido à ausência de regras para um controle efetivo por parte do Estado, conforme destaca Marques (1999, p.17):

Nestes anos em que o Estado se esquivou de seus deveres, deu-se a formação de uma grande lacuna. O cidadão brasileiro ficou sem alternativas: submetia-se às imposições das empresas de convênios médicos ou ficava sem a prestação do serviço. A ausência de controle do Estado sobre as atividades das operadoras de convênio médicos, somada ao imenso volume de associados por contratos de adesão, resultou na hipertrofia da vontade do fornecedor de serviços. O desequilíbrio contratual tornou-se regra. Diante da torpeza na edição destas leis, o Poder Judiciário foi cada vez mais suscitado para decidir conflitos que poderiam ter sido evitados. (MARQUES, 1999, p. 17)

Isto posto, é importante trazer à baila as considerações de Pinto e Soranz (2004, texto digital) acerca do período anterior à edição da Lei 9.656/98, “não havia cobertura mínima definida para os planos de saúde, sendo esta estipulada unicamente entre os contratos firmados entre as operadoras e as pessoas que desejassem adquirir um plano”. Assim, é notório que sem a regulamentação do Poder Público, as operadoras de planos de saúde ofereciam contratos abusivos, pautados somente no interesse do fornecedor, sem cobertura de tratamentos de alto custo, com limitação para internações e utilização de procedimentos (PINTO; SORANZ, 2004).

Sendo assim, antes da edição da Lei 9.656/98, a proteção dos beneficiários dos planos de saúde era realizada através do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, que foi publicado com o “fim de tutelar o equilíbrio nas relações contratuais, ou seja, impedir que o poder econômico, de uma das partes, prevaleça frente à parte visivelmente hipossuficiente econômica e intelectualmente, da relação jurídica” (AYEZA, 2013. p. 59).

Não obstante, as regras específicas acerca das operadoras de planos de saúde, só foram realmente implementadas com o que Costa (2008, texto digital) definiu como “marco regulatório”, quais sejam: a promulgação da Lei Federal 9.656, de 03 de junho de 1998, a Lei dos Plano de Saúde (LPS), primeira lei a regulamentar as atividades das operadoras de planos de saúde em relação aos seus consumidores (RIANI, 2008, p. 80); e a criação da Agência Nacional de Saúde

Suplementar (ANS) através da Medida Provisória nº 2.012-2, de 2000, e depois convertida na Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

Para esclarecer o motivo de tais leis serem consideradas um “marco regulatório”, é importante definirmos as razões pelas quais eram necessárias e sua importância. Costa (2008, texto digital) afirma:

A Constituição do marco regulatório pela Lei 9.656/98 e a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) em 2000 modificaram significativamente esse cenário, pela definição de novas regras de proteção aos consumidores e de entrada, permanência e saída das empresas no mercado. No contexto anterior à regulação, como já assinalado, os estudos sobre o setor identificavam problemas de exclusões e variações no escopo da natureza da cobertura, em quase todos os planos privados, permitindo que opções desfavoráveis fossem oferecidas ao consumidor. (COSTA, 2008)

A Lei 9.656/98 em seu artigo 1º, inciso I, traz a definição de Plano Privado de Assistência à Saúde:

Prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecidos, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor. (BRASIL, 1998)

Ainda, a mesma lei, em seu inciso II, define o conceito de Operadora de Plano de Assistência à Saúde como sendo “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo”.

Posteriormente, com o advento da Lei 10.185/2001 que dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde, exigiu que as seguradoras de saúde, que antes eram seguradoras convencionais, as mesmas que ofereciam serviços para carros, imóveis, etc. (RODRIGUES; SANTOS, 2003), se transformassem em seguradoras especializadas no setor, equiparando-se às operadoras de saúde. Consequentemente, estariam subordinadas à ANS, autarquia responsável pela regulação e fiscalização dos planos privados de saúde.

Sobre o assunto, Rodrigues e Santos (2009, p. 78), elucidam:

Originalmente, o seguro saúde é uma operação financeira, como seguro de carro, de imóvel e etc., em que o segurado paga um prêmio estabelecido pela seguradora e, no caso da ocorrência de um problema de saúde, este segurado será compensado financeiramente com o pagamento da despesa médica e/ou hospitalar que tenha feito. Dessa forma, o seguro funciona

mediante reembolso de despesas. Na prática, entretanto, as seguradoras oferecem também a possibilidade de rede referenciada em que o usuário não precisa pagar diretamente pelo serviço, sendo a seguradora que o paga. Anteriormente, à regulamentação feita pelo governo, os seguros de saúde eram operados por conglomerados financeiros que comercializavam seguros em diversos ramos, porém a Lei 10185 de 10 de fevereiro de 2001, determina que o seguro de saúde só pode ser operado por seguradoras exclusivas do ramo de saúde. (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 78)

Isto posto, no parágrafo 1º da LPS encontra-se a previsão da subordinação das operadoras de planos privados de assistência à saúde às normas e à fiscalização da ANS:

[...] qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) Custeio de despesas;
- b) Oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) Reembolso de despesas;
- d) Mecanismos de regulação;
- e) Qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) Vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais. (BRASIL, 1998)

Ainda que a LPS tenha alcançado uma uniformização para o tratamento jurídico a todos os contratos, que tenham por objeto a assistência à saúde privada, foi apenas após a criação da ANS, através da Lei 9.961/2000, com a RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000, que as operadoras de saúde foram classificadas em diferentes modalidades. São elas: Cooperativa Médica, Cooperativa Odontológica, Seguradora especializada em saúde, Odontologia de Grupo, Medicina de Grupo, Autogestão, Filantropia e Administradora.

As Cooperativas Médicas são sociedades sem fins lucrativos, compostas por pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o proveito de uma atividade econômica, de proveito comum, conforme previsto na Lei 5.764/1971 (Lei Geral do Cooperativismo).

Já as Seguradoras especializadas em seguro saúde, regulamentadas pela Lei 10.185/2001, funcionam através de pessoas que contribuem financeiramente para que apenas alguns se utilizem dos recursos de um fundo mútuo, administrado por operadoras de planos, para o pagamento de despesas médicas.

A Medicina de Grupo e Odontologia de Grupo são empresas ou entidades que operam Planos Privados de Assistência à Saúde, ou seja, administram planos

de saúde para indivíduos e famílias ou empresas empregadoras, em moldes empresariais.

Na modalidade de Autogestão, regulada pela RN nº 137 de 2006, as empresas, associações ou sindicatos operam serviços de assistência à saúde ou empresas que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos, responsabilizam-se pelo plano privado de assistência à saúde de seus empregados ativos, aposentados, pensionistas, ex empregados e respectivos grupos familiares, ou ainda a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados.

A modalidade Filantropia é caracterizada pelas entidades sem fins lucrativos que operam Planos Privados de Assistência à Saúde e tenham obtido o certificado de entidade beneficente de assistência social emitido pelo Ministério competente, bem como a declaração de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça ou declaração de utilidade pública estadual ou municipal junto aos Órgãos dos Governos Estaduais e Municipais, na forma da regulamentação normativa específica vigente³.

Por fim, as Administradoras, reguladas pela RN nº 196 de 2009, são empresas que administram exclusivamente planos de assistência à saúde, financiados pelo contratante e que não possuem risco decorrente da operação desses planos, nem possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos.

Importante salientar que todas as oito modalidades/organizações expostas devem ser qualificadas como “operadoras de plano de saúde” e, conseqüentemente, estão submetidas à Lei 9.656/98.

Para Marques (2010, p.190), a nova Lei concretiza e exemplifica deveres de boa-fé, como de informação, cooperação e cuidados. Para tanto, no artigo 10 da LPS, fica determinado que todas as operadoras de plano de saúde são obrigadas a ofertar um “plano-referência”, ou seja, um plano base que institui uma modalidade

³ De acordo com o artigo 17 da RN nº 39, classificam-se na modalidade Filantropia as entidades sem fins lucrativos que operam Planos Privados de Assistência à Saúde e tenham obtido o certificado de entidade beneficente de assistência social emitido pelo Ministério competente, dentro do prazo de validade, bem como da declaração de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça ou declaração de utilidade pública estadual ou municipal junto aos Órgãos dos Governos Estaduais e Municipais, na forma de regulamentação normativa específica vigente.

básica para referência do consumidor usuário na hora da contratação do plano de saúde, conforme dispõe:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no artigo 12 desta Lei, exceto:

I – tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

II – procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III – inseminação artificial;

IV – tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V – fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI – fornecimento de medicamento para tratamento domiciliar;

VII – fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

IX – tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X – casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente. (BRASIL, 1998)

Todavia, ainda para a autora (MARQUES, 2013, p. 61), o plano-referência é ineficiente para a proteção do usuário, pois “o Plano-Referência é caro, o Plano-Referência é opcional, significa que quem não o ‘escolhe’ deve ficar ‘feliz’ com o que recebeu, perdendo argumentos para recorrer ao Judiciário, com o Código de Defesa do Consumidor (...)”.

Bottesini e Machado (2005, p. 122) também elucidam sobre o assunto:

Os itens I a [VII] do art. 12 da Lei 9.656/98 têm, sem exceção, como piso único, o plano referência instituído pelo art. 10 da Lei. Pode-se dizer que a lei não autoriza o registro nem a comercialização de produto, plano ou seguro, que não esteja acima do limite imposto pelo plano-referência, de oferecimento obrigatório e com a prova escrita da oferta a todos os consumidores. As modalidades de planos de saúde e de seguros que este artigo afirma possíveis correspondem a uma enumeração estanque, taxativa, sem deixar respiradouro para que as seguradoras e operadoras registrem e ofereçam produtos híbridos, com características parciais de cada modalidade. É certo, contudo, que os produtos básicos, que poderiam ser denominados como produtos típicos, podem ser acrescidos de outros atributos e vantagens, além do mínimo de cada espécie, para efeito de comercialização. (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 122)

O artigo 12 da LPS prevê:

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos que tratam o inciso I e o parágrafo 1º do artigo 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

- I – quando incluir atendimento ambulatorial [...];
- II – quando incluir atendimento internação hospitalar [...];
- III – quando incluir atendimento obstétrico [...];
- IV – quando incluir atendimento odontológico [...];
- VI – reembolso, em todos os tipos de produtos que tratam o inciso I e o parágrafo 1º do artigo 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização de serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada;
- VII – inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante. (BRASIL, 1998)

Portanto, após a leitura dos artigos 10 e 12 da LPS, é notável o estabelecimento de critérios claros e objetivos em relação às variações possíveis de contratos a serem oferecidas pelas operadoras. Ainda, importante observar que a LPS retirou da iniciativa privada do ramo da saúde suplementar, a unilateralidade na determinação das coberturas e exclusões contratuais, estabelecendo, assim, padrões a serem seguidos pelas operadoras de planos de privados de assistência à saúde (PINTO; SORANZ, 2004, texto digital).

Ainda, destaca-se que a LPS traz algumas proibições em relação a cláusulas e práticas abusivas nos contratos de plano de saúde, isso porque, “se não informadas, não suficientemente destacadas ou esclarecidas” são “desequilibradoras do equilíbrio contratual” (AYEZA, 2013, p. 55).

Além disso, para complementar as diretrizes trazidas pela LPS, Costa (2008, texto digital) elucida:

A intervenção normativa da ANS tem sido, assim, orientada para garantir o desenvolvimento de novos contratos que contemplem a equidade nas condições de cobertura, a extinção dos limites de internação, a proibição de aumento por faixa etária após 60 anos com dez anos de contribuição e a qualidade mínima nos padrões de atenção. O desenvolvimento da política governamental no mercado de seguro de saúde apresenta as características esperadas para as funções regulatórias [...]. (COSTA, 2008)

No entendimento de Marques (2011, p. 510), o contrato médico-assistencial além de designar sintética e genericamente o serviço de assistência à saúde, qual seja a garantia de cobertura financeira de riscos de assistência à saúde, também prevê a prestação de serviços à saúde ou cobertura de custos assistenciais, mediante pagamento de valor com atendimento em rede própria ou credenciada,

reembolso de despesas, entre outros, nos termos do parágrafo 1º, “a” a “f”, do artigo 1º da LPS⁴.

Para a autora (MARQUES, 2011, p. 518), o contrato de plano privado de assistência à saúde caracteriza-se por ser um contrato cativo de longa duração, visto que a relação contratual se perpetua no tempo, em face do interesse do consumidor em que a relação havida entre as partes seja contínua e duradoura, para que esteja coberto de riscos futuros com assistência à saúde.

Quanto ao contrato de plano de saúde, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, do Superior Tribunal de Justiça, conclui:

[...] O direito à informação e o princípio da vinculação da publicidade refletem a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a sua publicidade desperta no consumidor [...].(BRASIL, 2017)

Por fim, conclui-se que os contratos de plano de saúde são regidos pela Lei 9.656/98, no entanto, apesar de ser inovadora na regulamentação dos planos de saúde, ainda existem diversas lacunas, motivo pelo qual faz-se necessária a aplicação conjunta do Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Planos de Saúde, obedecendo as diretrizes normativas da Constituição Federal.

3.2 LIMITES ASSISTENCIAIS DOS CONTRATOS DE PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE REGULAMENTADOS: O ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS

Diante o exposto até o momento, conclui-se que a promulgação da LPS e a criação da ANS são consideradas um “marco regulatório” (COSTA, 2008, texto digital) no setor de saúde suplementar brasileiro, pois foi nesse momento que as diretrizes básicas de exploração pela iniciativa privada foram instituídas. Com a criação da ANS, órgão com o objetivo específico de regulamentar o setor, restou reconhecido o seu poder normativo, através da criação de normas, limites às operadoras para garantir direitos aos consumidores, conforme prevê a Lei Federal nº 9.961/2000.

⁴ Artigo 1º, § 1º: a) custeio de despesas; b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; c) reembolso de despesas; d) mecanismos de regulação; e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

A legitimação do poder normativo da ANS está relacionada a sua área de atuação, em que as leis a outorgam diversas atribuições com a finalidade de que os serviços de saúde suplementar sejam prestados com a adequação e eficiência almejadas. Nessa linha, aduz Moraes (2002, p. 20):

As Agências Reguladoras poderão receber do Poder Legislativo, por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo, uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades. (MORAES, 2002, p. 20)

Além disso, a ANS também tem competência para elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde. Essa competência não está atrelada somente na previsão do artigo 10 da LPS, que traz amplas previsões em relação às coberturas e exclusões contratuais, mas também “a amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS”, conforme prevê o parágrafo 4º, do mesmo texto legal.

Já o artigo 4º da Lei 9.961/2000, que criou a ANS, elenca todas as competências desta autarquia e, especificamente, o inciso III, prevê que a agência será responsável por “elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, e suas excepcionalidades” (BRASIL, 2000).

No entanto, se observarmos as datas é possível verificar um lapso temporal entre a promulgação da LPS, em 1998, e a criação da ANS, em 2000. Sendo assim, antes da criação de tal autarquia, o rol de coberturas era editado pelo Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), que atuou em caráter provisório na regulamentação das operadoras de planos de saúde (RIANI, 2011).

A ANS, por sua vez, só publicou o primeiro rol de coberturas em 2004, quando editou a Resolução Normativa nº 82, de 29 de setembro do mesmo ano (RN 82/2004). Tal resolução passou por diversas alterações, como forma de atualização do seu conteúdo, sendo possível observar uma periodicidade de dois anos entre as modificações.

De acordo com Bottesini e Machado (2005, p. 92), o rol de procedimentos e eventos da ANS é “ideal, visado pelo Ministério da Saúde como necessário ao atendimento das necessidades básicas da população, no que diz respeito às metas programáticas postas pela Constituição Federal”, no que tange à saúde suplementar.

A Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021, que institui o rol atual, é composta por quatro anexos e dizem respeito à (I) lista de procedimentos e eventos de cobertura obrigatória, de acordo com a segmentação contratada; (II) às diretrizes de utilização (DUT), que estabelecem os critérios a serem observados para que sejam asseguradas as coberturas de alguns procedimentos e eventos especificamente indicados no anexo I; (III) às diretrizes clínica (DC), que visam a melhoria da prática clínica; e (IV) ao protocolo de utilização (PROUT), para alguns procedimentos e eventos em saúde listadas no rol.

Segundo o Conass (2011, p. 41):

Os contratos passam a ter sua cobertura determinada pelo poder público: o que garante ao consumidor que sua assistência manterá o padrão ao longo do tempo, encerrando o período em que uma operadora fazia um contrato vinculado a uma determinada lista de procedimentos, criada, na maioria das vezes pelas associações médicas. Como tais listas sofriam mudanças, os contratos tendiam a ficar com suas cláusulas de cobertura ultrapassadas, permitindo que uma operadora cobrisse, ou não, um determinado exame ou tratamento. Ou selecionasse, por consumidor e/ou procedimento, o que seria coberto. (CONASS, 2011, p. 41)

Sendo assim, resta evidente a importância do rol de procedimentos da ANS para a definição nítida em relação àquilo que as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem cobrir aos seus consumidores, evitando que seja feita a vontade das operadoras, de cumprir ou não o que o beneficiário necessita. Para Santos, Malta e Merhy (2008, texto digital):

A edição do rol de procedimentos e cobertura assistencial previu ainda alternativas terapêuticas, incluindo o trabalho multidisciplinar e o desenvolvimento de ações de promoção e prevenção no escopo dos serviços prestados. Além disso, o rol de procedimentos se tornou um instrumento de regulação da incorporação tecnológica na saúde suplementar, pois a entrada de dado procedimento no rol define a realização dos mesmos, podendo ser uma fonte de tensionamento ou de negociação entre as partes. (SANTOS; MALTA; MERHY, 2008)

Nessa linha, é possível afirmar que o rol também pode ser usado como parâmetro de definição do valor das contraprestações pecuniárias pagas pelos consumidores, devendo haver um equilíbrio na relação entre tais valores e a cobertura de procedimentos prevista pelo rol (CARNEIRO, 2012, p. 79). Ainda, para o autor, “[a] essência dos planos de saúde é a cobertura das despesas associadas a doenças e acidentes pessoas que afetem a saúde do consumidor, os quais são eventos de natureza aleatória, imprevisíveis e indesejados pelo consumidor”.

Souza (2012, p. 141-142) aduz que além de todas as características citadas acima, o rol pode ser considerado como um balizador em relação aos valores

cobrados dos consumidores dos planos de saúde, pois deve haver um equilíbrio entre coberturas e contraprestações.

Isto posto, restou demonstrado que a instituição de um rol de coberturas mínimas e obrigatórias de procedimentos assistenciais a serem respeitados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, traz grande relevância para o exercício da atividade de saúde suplementar, definindo o objetivo claro de evitar abusos e desigualdades em relação ao beneficiário e a operadora de plano de saúde (CONASS, 2011, texto digital).

Portanto, conclui-se que resta evidente a efetividade do poder normativo da ANS, que diante da necessidade de se estabelecer critérios técnicos na determinação de limites, se dedica de forma exclusiva a cumprir o que determina a própria Constituição Federal.

Por fim, ainda que a ANS tenha todo esse reconhecimento acerca do seu poder normativo e de suas funções, os limites impostos pelo rol de procedimentos não se mostram suficientes para afastar a possibilidade de pleitos judiciais de consumidores que visam a cobertura de tratamentos fora da sua previsão, assunto que será estudado de forma aprofundada no próximo capítulo.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.

Até o presente momento, restou evidenciada a previsão da saúde suplementar na Constituição de 1988, mais especificamente em seus artigos 197, parte final, e 199, juntamente com a regulamentação do Poder Executivo, através das Leis Federais nº 9.656/1998 e 9.961/2000. Outrossim, as Resoluções Normativas da ANS também são responsáveis por regulamentar o setor, através do seu reconhecido poder normativo.

No entanto, mesmo estando os planos de saúde submetidos a regulamentação específica, os consumidores, beneficiários de tal serviço, acionam o judiciário para discutir a cobertura contratada, o que resultou, ao longo dos anos, no fenômeno denominado “judicialização da saúde suplementar”.

Ainda, em relação a tais discussões no judiciário, a maior questão debatida entre os Tribunais de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), é acerca da

taxatividade do Rol de Procedimentos da ANS, o que até a RN 428/2017, não era explícito.

O intuito deste capítulo é examinar o significado e a amplitude da “judicialização da saúde suplementar”, através dos argumentos utilizados nas decisões dos Tribunais de Justiça e do STJ, nas ações propostas pelos consumidores em face dos planos de saúde.

Além disso, será o momento também de analisar a RN 465/2021 e, principalmente, os seus fundamentos político-econômicos, em relação à classificação do Rol de Procedimentos da ANS e as mudanças que essa nova resolução normativa traz em seu texto legal na análise da discussão da natureza jurídica do rol.

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR E OS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS.

De acordo com o que foi tratado no último capítulo, o fim da década de 1990 foi marcado pelo *marco regulatório*, responsável pela regulamentação específica do sistema de saúde suplementar. No entanto, ainda que as operadoras de planos privados estejam submetidas a limites previstos por tais leis, os beneficiários dos planos de saúde acabam por insurgirem em relação aos serviços contratados, devido à relação consumerista entre eles e as operadoras de planos de saúde.

Uma das principais causas de tais insurgências dizem respeito às negativas de coberturas assistenciais, uma vez que, o consumidor insatisfeito com tal resposta do plano de saúde, ajuíza ação em face da operadora contratada para fins de rever o direito que entende possuir. Por conta disso, na maioria das vezes, as cláusulas contratuais acabam sendo interpretadas pelo judiciário de maneira mais favorável ao consumidor, sendo consideradas abusivas quando estabelecem obrigações que colocam o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (MADUREIRA; GARCIA, 2016).

Contudo, Vianna (2013, p. 31) expressa sua opinião sobre o assunto:

[...] o que se percebe é uma grande diversidade de decisões judiciais acerca do mesmo assunto, o que causa instabilidade e insegurança jurídica ao setor, principalmente porque tais decisões muitas vezes padecem de uma fraca ou inexistente fundamentação (fato que propicia/fomenta o aumento

do uso de recursos), carregando consigo uma discricionariedade judicial do tipo ‘decido conforme a minha consciência’. (VIANNA, 2013, p. 31)

Ainda, para o autor, resta evidente que as decisões dessas ações “deixam de observar e aplicar a legislação especial sobre o assunto sem, contudo, trazer uma fundamentação adequada para o afastamento das normas positivadas” proferindo “decisões diferentes sobre casos que envolvem a mesma discussão” (VIANNA, 2013, p. 31).

Diante desse cenário, encontra-se o fenômeno denominado “judicialização da saúde suplementar”. Esse fenômeno exige extrema cautela por parte de toda a magistratura, para não ser levada a proferir decisões limitando-se ao exame isolado dos casos concretos, que, conforme elucida Pietro (2015, texto digital):

[...] somados, correspondem à definição de políticas públicas, feita sem qualquer planejamento e sem atentar para as deficiências orçamentárias que somente se ampliam em decorrência de sua atuação, desprovida que é da visão de conjunto que seria necessária para a definição de qualquer política pública que se pretenda venha em benefício de todos e não de uma minoria.

[...] O grande risco da concessão judicial indiscriminada na área dos direitos sociais é que o *summum jus* (concessão de um direito individual mal investigado) se transforme em *summa injuria* (interesse coletivo desprotegido). Isto sem falar que o juiz se substitui ao legislativo e ao Executivo na implementação de políticas públicas, concentrando em suas mãos uma parcela de cada um dos três Poderes do Estado, com sérios riscos para o Estado de Direito e para a segurança jurídica. (PIETRO, 2015, grifo do autor)

Ainda sobre o assunto, para o Ministro Barroso (2012, p. 24) 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 – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (BARROSO, 2012, p. 24)

Nesta toada, a partir da análise de diversas jurisprudências⁵, resta evidente que os beneficiários de planos de saúde ingressam em juízo, contra a operadora, “com ação de obrigação de fazer, requerendo mais do que previsto contratualmente ou do que é disposto na Lei nº 9.656/98” (RIANI, 2011, p. 30), isso porque, os

⁵ AI 5121296-66.2020.8.13.0000 MG, Relator: Des. Manoel dos Reis Moraes, Julgado em: 10 set 2020; AC 0332118-82.2019.21.7000 RS, Relator: Des. Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em: 17 ago 2020; AC 1065164-95.2014.8.26.0100 SP, Relator: Des. Costa Netto, Julgado em: 23 mar 2021; APL 0337246-85.2019.8.19.0001 RJ, Relator: Des. Cláudio Luiz Braga Dell’Orto, Julgado em: 30 set 2020; AI 0744980-24.2020.8.07.0000 DF, Relatora: Desa.Vera Andrichi, Julgado em: 21 jan 2021; AC 0108640-57.2011.8.13.0525 MG, Relator: Des. Maurílio Gabriel, Julgado em: 31 jan 2021; AI 0752394-73.2020.8.07.0000 DF, Relatora: Desa. Vera Andrichi, Julgado em: 17 mar 2021; AI 0004583-28.2020.8.19.0000 RJ, Relator: Des. Cherubin Helcias Schwartz Júnior, Julgado em: 7 mai 2020.

consumidores entendem que houve uma violação de seus direitos fundamentais. Senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ROL DA ANS. EXEMPLIFICATIVO. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO. I – O Rol de Coberturas e Procedimentos previstos pela ANS é exemplificativo, e não exaustivo, e representa listagem de cobertura mínima a ser observada pelos planos de saúde. II – Se o plano tem cobertura para a patologia da autora, portadora de câncer de mama, não pode recusar o tratamento prescrito pelo médico assistente. Mantida a r. decisão que deferiu a tutela de urgência para fornecimento do medicamento à autora. III – Agravo de Instrumento desprovido (Agravo de Instrumento nº 07523947320208070000, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 6ª Turma Cível. Relatora: Vera Andrighi. Julgado em 09 abr 2021). (TJ-DF, 2021, on-line)

Assim, para Sarlet (2003, p. 225), o fato dos direitos fundamentais, enquanto integrantes da Constituição, terem um grau mais elevado na hierarquia das normas que o direito privado, não significa que a Carta Magna seja, a priori, o lugar correto para regulamentar as relações entre cidadãos individuais e entre pessoas jurídicas. Isso porque, existem direitos constitucionais que socorrem as operadoras de planos de saúde, como o princípio da legalidade, previsto pelo artigo 5º, II, da Constituição Federal, que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Diante dessa divergência e influência do Poder Judiciário no setor da saúde suplementar, Mathias (2012, p. 96) elucida:

O crescimento significativo do volume de ações judiciais, individuais e coletivas, contadas, hoje, aos milhares, avulta a influência do Poder Judiciário no Sistema de Saúde Suplementar. Não é ocioso lembrar que algumas decisões judiciais, criadoras de direitos novos, nem sempre amparados no ordenamento jurídico, são capazes de alterar significativamente o mercado específico, gerando graves prejuízos para algumas operadoras individualmente consideradas e para o mercado como um todo, o que acaba por afetar o próprio usuário. (MATHIAS, 2012, p. 96)

Veja-se, portanto, que houve um aumento considerável de demandas propostas no judiciário, por consumidores de planos privados de assistência à saúde, visando discutir os mais variados temas, como por exemplo a exclusão de coberturas, considerado por Scheffer (et. al, 2015) como sendo o tema mais recorrente no judiciário⁶.

Conforme aponta o estudo de Scheffer (et. al, 2015), dos 4.059 acórdãos analisados do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 92,4% foi dada a razão ao

⁶ “Exclusão de coberturas: tema mais recorrente, discutido em praticamente metade (46%) das decisões analisadas. Interpretação restritiva do rol de coberturas obrigatórias.” (SCHEFFER, et. al, 2015).

consumidor. Concluíram, portanto, que existe uma “forte tendência do Tribunal de Justiça de São Paulo de julgar ações referentes a planos de saúde de forma favorável ao consumidor” e que as chances de êxito deste, são bastante prováveis, “já que é pouco provável que haja a revisão da maioria das questões pelo Superior Tribunal de Justiça, por esbarrar nas vedações das Súmulas nº 5⁷ e 7⁸”.

Para fins de realização desse escopo, foram analisados alguns julgados, em relação à matéria, de distintos Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros⁹, bem como do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Dentre os diversos fundamentos utilizados, daremos ênfase aos que levam em consideração a natureza jurídica do direito à saúde, conforme previsão constitucional: o direito fundamental do homem; a aplicação das normas do CDC, de forma a favorecer a parte hipossuficiente, o consumidor; a consideração da amplitude das coberturas de plano de saúde, com o entendimento que estes devem cobrir as doenças e não o seu tratamento; e a característica não taxativa do rol de procedimentos elaborado pela ANS.

À priori, analisaremos o fundamento atrelado à natureza jurídica do direito à saúde, como sendo direito fundamental do homem. O julgado colacionado a seguir, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), demonstra tal entendimento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RELATÓRIO ATESTADO POR MÉDICO ESPECIALISTA. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. 1. É dever da seguradora fornecer aos beneficiários dos planos de saúde por ela administrados os medicamentos necessários ao tratamento das doenças previstas pelo plano, se comprovadas a prescrição médica e a urgência do tratamento, mormente quando o medicamento for de alto custo e o paciente não tiver condições de custeá-lo. 2. Cabe ao médico especialista a decisão acerca de qual tratamento é o mais adequado à doença da paciente e quais materiais devem ser utilizados no procedimento, o que lhe garantirá maior possibilidade de recuperação ou amenizará os efeitos de enfermidade, não competindo à Seguradora de Plano de Saúde qualquer ingerência nesse sentido. 3. A negativa de fornecimento da medicação indicada, além de violar as disposições da Lei Consumerista, atenta contra a boa-fé objetiva e a legítima expectativa da paciente quando da contratação do plano de saúde. 4. Deve ser mantida a decisão do magistrado que determinou que o agravante fornecesse o medicamento ao agravado, em respeito ao direito fundamental à saúde. 5. Recurso conhecido e desprovido. (Agravado de Instrumento nº 07215239420198070000, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 3º Turma Cível, Relator: Maria de Lourdes Abreu. Julgado em 11 mar 2020, grifo nosso). (TJ-DF, 2021, on-line)

⁷ “Súmula 5: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja Recurso Especial”.

⁸ “Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial”.

⁹ AI 0721523-94.2019.8.07.0000 DF; AC 0934626-52.2016.8.13.0024 MG; APL 0520813-80.2017.8.05.0001 BA; AC 1005118-80.2018.8.26.0010 SP.

Pela leitura do acórdão inerente à ementa colacionada, é possível verificar que o caso concreto trata de situação de negativa por parte da operadora de plano de saúde, em relação ao pedido do beneficiário do plano, de tratamento específico não previsto no rol de procedimentos da ANS. A Ministra Relatora Maria de Lourdes Abreu, entendeu que “cabe ao médico especialista a decisão acerca de qual tratamento é o mais adequado à doença da paciente (...), não competindo à Seguradora de Plano de Saúde qualquer ingerência nesse sentido” e, ainda, que a decisão de primeira instância fosse mantida “em respeito ao direito fundamental à saúde”¹⁰.

Ainda que a seguradora do plano de saúde em questão, tenha apresentado suas razões baseadas no rol de procedimentos da ANS, o juízo entendeu que:

[...] a negativa da prestação de tratamento prescrito pelo médico, com o fornecimento da medicação indicada, além de violar as disposições das Leis Consumeristas, atenta também contra a boa-fé objetiva e a legítima expectativa da paciente quando da contratação do plano de saúde, daí resultando que a interpretação em favor do segurado consumidor, além de ser compatível com a equidade e com a boa-fé, coaduna-se com o princípio da dignidade da pessoa humana (Agravo de Instrumento nº 07215239420198070000, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 3º Turma Cível. Relatora: Des. Maria de Lourdes Abreu. Brasília, 11 mar 2020). (TJ-DF, 2020, on-line)

O cerne da questão discutida pelo acórdão é, justamente, a obrigatoriedade dos planos privados de assistência à saúde de fornecerem o tratamento ao beneficiário, em virtude da interpretação dos artigos 6º e 196¹¹ da Constituição Federal, ou seja, por ser a saúde um direito fundamental e estar “intimamente relacionado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana”.

Ainda, o referido acórdão traz argumentos acerca da aplicação das Leis Consumeristas, “resultando que a interpretação (seja) em favor do segurado consumidor”, alegando a hipossuficiência deste, além de não poder a operadora interferir no tratamento prescrito pelo médico assistente.

¹⁰ Agravo de Instrumento nº 07215239420198070000, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 3º Turma Cível. Agravante: Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico. Agravado: Paulo Ramos. Relatora: Des. Maria de Lourdes Abreu. Brasília, 11 mar 2020.

¹¹ Art. 6º, CF: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho e a moradia, o transporte, o lazer a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196, CF: A Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Em vista disso, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) discorre sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a todos os tipos de contratos, inclusive aos que envolvem prestação de assistência à saúde. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CDC. INCIDÊNCIA. BOA FÉ OBJETIVA. AUSTIMOS INFANTIL. TRATAMENTO. EQUOTERAPIA. LIMITAÇÃO AO ROL DE PROCEDIMENTOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. NÃO TAXATIVIDADE. NEGATIVA DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. “ASTREINTES”. VALOR. MANUTENÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. – Se a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) não figura como parte no processo, tampouco é atingida pelos efeitos da decisão judicial, é de se concluir que não possui qualquer interesse no desfecho da lide que tramita entre a operadora privada de plano de saúde e consumidor, o que derrui pretensão de deslocamento da competência para a Justiça Federal – *Nos termos da súmula 608 do STJ, ‘aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão’* – As cláusulas restritivas de direito, como a que delimita os procedimentos cobertos pelos planos de saúde, mesmo aqueles celebrados anteriormente à Lei 9.656/98, devem ser interpretados conforme a boa-fé e o disposto no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, de modo que não redundem em abusividade – *Cabe ao paciente a escolha do médico e ao médico a definição do método a ser adotado para a obtenção do resultado pretendido, o que foge à esfera de arbítrio da operadora de plano de saúde* – Havendo indicação médica do tratamento por equoterapia, e demonstrados os benefícios da terapia à paciente, caracteriza-se como injusta a recusa do plano de saúde a arcar com os respectivos custos – As “astreintes” devem ser fixadas em valor suficiente para coagir o devedor a adimplir logo sua obrigação e evitar que o descumprimento da medida judicial se prolongue no tempo (Apelação Cível nº 10024160934626001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 16ª Vara Cível. Apelante: Amil Assistência Médica Internacional S.A. Apelada: Isabela Pereira Vilanova. Relator: Des. José Marcos Vieira. Belo Horizonte, 24 mar 2021). (TJ-MG, 2021, on-line)

Outrossim, pelo que se verifica nos acórdãos mencionados, o fundamento do direito à saúde como direito fundamental do homem está, na maioria dos casos, acompanhado do fundamento inerente à aplicabilidade das normas protetivas do CDC às relações entre operadoras e beneficiários de planos privados de assistência à saúde, como forma de proteger estes em relação às negativas de coberturas exaradas por aqueles.

Os fundamentos consumeristas utilizados pelos Tribunais são diversos, conforme se demonstrou pelos arestos colacionados, e possuem desdobramentos, mediante a utilização de diferentes dispositivos do diploma legal aos casos concretos apresentados ao judiciário. Tai desdobramentos podem ser visualizados nos seguintes julgados dos Tribunais de Justiça dos Estados da Bahia (TJBA) e de São Paulo (TJSP):

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO PSICOTERÁPICO. ALEGAÇÃO DO PLANO DE SAÚDE DE NÃO COBERTURA. CLÁUSULA EXPRESSA. CLÁUSULA ABUSIVA. APLICAÇÃO DO CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. Não o fornecedor desequilibrar a relação contratual impondo restrições aos contratantes e tornando o contrato abusivo, especialmente quando se trata de contrato de adesão. Torna-se, pois, inevitável equilibrar-se a relação estabelecida, de maneira que a parte hipossuficiente não seja tratada com a inferioridade ocasionada. DANOS MORAIS. CONDENAÇÃO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). MANUTENÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível nº 05208138020178050001, Tribunal de Justiça da Bahia. 4ª Câmara Cível. Relator: José Olegário Monção Caldas. Salvador, 20 mar 2019) (TJ-BA, 2019, on-line)

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Plano de Saúde. Necessidade de utilização robótica em cirurgia para retirada de câncer de próstata. Negativa do plano sob alegação de exclusão contratual, mesmo porque o procedimento não consta do rol da ANS. Inadmissibilidade. Necessidade de cirurgia que restou comprovada. Rol da ANS que tem caráter exemplificativo. Plano de saúde que dá cobertura para a doença que atingiu o autor. Afronta à regra do artigo 51, IV e parágrafo 1º, II, do CDC. Exclusão invocada pela operadora do plano de saúde que contraria a finalidade do contrato. Cobertura devida. Sentença de merecer manutenção na íntegra. Majoração dos honorários que se faz mister, em respeito ao artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil. Recurso não provido. (Apelação Cível nº 10051188020188260010, Tribunal de Justiça de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Fábio Quadros. São Paulo, 30 jan 2020). (TJ-SP, 2020, on-line)

Após a leitura de ambos os acórdãos e conforme pode se depreender das ementas, as decisões possuem basicamente os mesmos fundamentos consumeristas, (a) a interpretação das cláusulas contratuais de forma mais favorável ao consumidor (artigo 47, CDC¹²); e (b) a impossibilidade de se impor, ao consumidor, obrigações abusivas que o coloquem em manifesta desvantagem (artigo 51, inciso IV, CDC¹³).

Restou evidente que o direito fundamental à saúde, objeto da relação entre as partes (apelante e apelado), preponderou favoravelmente ao consumidor em relação aos interesses estritamente mercantilistas das operadoras de planos de saúde.

Além disso, pode-se observar que o aresto do TJSP traz outro fundamento importante além dos já analisados até o momento – fundamento constitucional, acerca do direito à saúde como sendo direito fundamental do homem; e fundamento

¹² Art. 47, CDC: As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

¹³ Art. 51, inciso IV, CDC: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

consumerista, com a aplicação do CDC na interpretação das lides levadas à tutela do Poder Judiciário – sendo ele o fundamento de que o rol de procedimentos da ANS não possui caráter taxativo, mas sim, meramente exemplificativo.

É possível afirmar, inclusive, ser essa discussão uma tendência na jurisprudência pátria, consoante julgados de diversos Tribunais brasileiros verificados ao longo da pesquisa para esse estudo. Sendo assim, não se quer, aqui, esgotar a análise em relação aos fundamentos utilizados nas decisões contrárias às determinações do rol de procedimentos da ANS, o que será feito de forma aprofundada no próximo tópico.

4.2 DOS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS CONTRÁRIAS AO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS: ROL EXEMPLIFICATIVO OU TAXATIVO?

Como visto, as decisões dos tribunais tendem a desconsiderar o rol de procedimentos da ANS, “suprimindo as atribuições legais da Autarquia e violando a tripartição dos poderes” e passam a considerar os relatórios médicos apresentados, “como se fora laudo de perito regularmente nomeado pelo Juízo para a produção de prova técnica” (BRASIL, 2021). De acordo com o acórdão do TJDF colacionado a seguir, é possível verificarmos a presença desse fundamento:

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. LEUCEMIA MIELÓIDE AGUDA. MEDICAMENTOS. INDICAÇÃO MÉDICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL E ROL DA ANS. NÃO CONFIGURAÇÃO. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS DA ANS. EXEMPLIFICATIVO. RECUSA INDEVIDA. 1. Estando os procedimentos médicos de terapia oncológica previstos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, devida a condenação do plano de saúde ao seu custeio. 2. Em razão da indicação médica expressa, é obrigação do plano de saúde custear o tratamento do paciente, com o fornecimento de medicamentos, ainda que tais fármacos não estejam mencionados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, haja vista que tal rol não é taxativo em relação aos procedimentos nele previstos, servindo de referência para a cobertura assistencial dos planos de assistência à saúde. 3. Recuso conhecido e improvido (Apelação Cível nº 07122288720208070003, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 5ª Turma Cível. Relatora: Ana Cantarino. Brasília, 10 mar 2021). (TJ-DF, 2021, on-line)

Conforme pode-se analisar da leitura do inteiro teor do acórdão relacionado à ementa transcrita, trata-se de negativa de cobertura em decorrência da falta de previsão, do tratamento pleiteado, no rol de procedimentos da ANS. Além disso, ao

enfrentar o tema propriamente dito, relacionado ao motivo que ensejou a negativa à cobertura assistencial, a Ministra Relatora Ana Cantarino asseverou:

[...] Consigne-se, por oportuno, que, não obstante o argumento recursal de que o fornecimento do medicamento não esteja inserido no rol de procedimentos da ANS, deve-se reconhecer o direito da autora, uma vez que o sobredito rol não é taxativo em relação aos procedimentos nele previsto. Trata-se, tão somente, de uma referência para cobertura assistencial dos planos de assistência à saúde. Observe-se que as operadoras de planos de saúde podem limitar as doenças que terão cobertura pelo contrato, mas não o tratamento ou procedimento indicado pelo médico como o mais adequado à preservação da integridade física da paciente (Apelação Cível nº 07122288720208070003, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 5ª Turma Cível. Relatora: Ana Cantarino. Brasília, 10 mar 2021). (TJ-DF, 2021, on-line)

No mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP):

PLANO DE SAÚDE. Negativa de cobertura para o tratamento de que necessita o autor, portador de “transtorno do espectro autista”. Descabimento. Tratamento expressamente prescrito pelo médico que acompanha o autor. Argumento de que os métodos terapêuticos não estão previstos no rol obrigatório da Agência Nacional de Saúde (ANS) não tem o condão de impedir a cobertura pretendida. Demorados trâmites administrativos de classificação não podem deixar o paciente a descoberto, colocando em risco bem existenciais. Discussão sobre a natureza taxativa, ou exemplificativa, do rol da ANS. Precedentes da 3ª Turma do STJ, a sustentar que o rol da ANS tem natureza meramente exemplificativa. Acertada a condenação da requerida ao fornecimento do tratamento recomendado ao demandante. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido (Apelação Cível nº 10046225220208260278, Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator: Francisco Loureiro. São Paulo, 20 abr 2021). (TJ-SP, 2021, on-line)

No bojo do acórdão, verifica-se que o Ministro Relator menciona a questão acerca da natureza do rol de procedimentos da ANS ser taxativa ou exemplificativa, escolhendo por acolher o entendimento da 3ª Turma do STJ, ou seja, a natureza exemplificativa.

A Ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2021), da Terceira Turma do STJ, relatora no julgamento do REsp nº 1875142/DF¹⁴, entendeu que:

[...] 8. O rol de procedimentos e eventos em saúde (atualmente incluído ANS 428/2017) é, de fato, importante instrumento de orientação para o consumidor em relação ao mínimo que lhe deve ser oferecido pelas operadoras de plano de saúde, mas não pode representar a delimitação taxativa da cobertura assistencial mínima, na medida em que o contrato não se esgota em si próprio ou naquele ato normativo, mas é regido pela legislação especial e, sobretudo, pela legislação consumerista, com a ressalva feita aos contratos de autogestão. [...]

13. A qualificação do rol de procedimentos e eventos em saúde como de natureza taxativa demanda do consumidor um conhecimento que ele, por

¹⁴ Recurso Especial nº 1875142 DF 2020/0117967-2, Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 23 fev. 2021.

sua condição de vulnerabilidade, não possui nem pode ser obrigado a possuir; cria um impedimento inaceitável de acesso ao consumidor às diversas modalidades de tratamento das enfermidades cobertas pelos planos de saúde e às novas tecnologias que venham a surgir; e ainda lhe impõe o ônus de suportar as consequências de sua escolha desinformada ou mal informada, dentre as quais, eventualmente, pode estar a de assumir o risco à sua saúde ou à própria vida. (Recurso Especial nº 1875142 DF 2020/0117967-2, Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 23 fev 2021). (STJ, 2021, on-line)

Por muitos anos o entendimento do Egrégio Tribunal Superior, em relação às negativas de coberturas, pautadas na ausência de previsão no rol de coberturas da ANS, do tratamento prescrito para determinada patologia, era de que a limitação da cobertura deveria se atrelar a doença e não ao seu tratamento, ou seja, que o rol de procedimentos da ANS era meramente exemplificativo¹⁵.

No entanto, no final de 2019, no julgamento do REsp nº 1733013/PR, O Ministro Relator Luis Felipe Salomão, da Quarta Turma do STJ, abriu divergência em relação ao assunto, vejamos:

[...] 4. O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que 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. [...] (Recurso Especial nº 1733013/PR, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 dez 2019). (STJ, 2019, on-line)

Ainda, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão (BRASIL, 2019) entende que:

[...] o rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com a aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. [...] A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação a transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente. (STJ, 2019, on-line)

¹⁵ AgRg no AREsp 0049405-79.2013.8.07.0001 DF 2015/0114569-7 (T3); AgInt no AREsp 1403233 MS 2018/0308466-8 (T4); AgInt no AREsp 0800975-54.2015.8.12.0001 MS 2019/0222743-2 (T3); AgInt no AgInt do AREsp 0623279-65.2016.8.06.0000 CE 2017/0170155-2 (T4); AgInt no AREsp 0148633-27.2012.8.26.0100 SP 2017/0107716-6 (T3); AgInt no AREsp 0038185-42.2012.8.17.0001 PE 2017/0000136-2 (T4).

Em vista disso, pode-se concluir que para a Quarta Turma do STJ, definir o rol de procedimentos da ANS como meramente exemplificativo, põe em risco o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar, em razão do efeito cascata de pretensões similares, trazendo risco à segurança jurídica (BRASIL, 2019).

O Ministro Marco Aurélio Mello (2012, p. 3-15), possui entendimento similar ao do Ministro Luis Felipe Salomão, senão vejamos:

[...] em situações que desbordam das coberturas contratuais, entender que as operadoras são obrigadas a prestar qualquer coisa de que o cliente necessite acaba por levar à ruptura do equilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos, situação que, embora favoreça o indivíduo que pleiteou a intervenção judicial, pode prejudicar o universo de beneficiários do plano, caso a seguradora não possua condições financeiras de arcar com os custos. (MELLO, 2012, p. 3-15)

Ainda, para Polido (2015, p. 13 e 17), “em um ambiente de segurança jurídica, a atividade seguradora se baseia em riscos, e não em incertezas, pois os riscos contidos na apólice, nos estritos termos em que foi elaborada, podem ser perfeitamente investigados e mensurados”.

Isto posto, até o momento, as Resoluções Normativas da autarquia, não traziam expressamente informações acerca da natureza jurídica do rol de procedimentos da ANS. No entanto, a divergência jurisprudencial instaurada pela Quarta Turma deu início a uma discussão importante acerca da taxatividade do rol de procedimentos da Agência.

4.3 DA DISCUSSÃO ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS E OS EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR.

Conforme restou demonstrado até o momento, era comum os tribunais dos Estados, as instâncias inferiores e até mesmo o Superior Tribunal de Justiça, entenderem que o rol de procedimentos da ANS possuía natureza jurídica exemplificativa. Isso porque, as Resoluções Normativas elaboradas pela Diretoria Colegiada da ANS, não traziam expressamente a informação sobre a natureza jurídica do rol de procedimentos.

No fim do ano de 2019, a Quarta Turma do Egrégio Tribunal Superior, divergiu das jurisprudências anteriores (BRASIL, 2019), até mesmo dos precedentes

da Terceira Turma do STJ, conforme exposto no tópico anterior. Com esse novo entendimento, o Ministro Luis Felipe Salomão¹⁶, abriu a discussão acerca da taxatividade do rol de procedimentos da ANS e, desde então, a Quarta Turma tem afastado súmulas de Tribunais de Justiça estaduais, “que estabeleciam de antemão que, havendo indicação médica, a negativa de cobertura pelo plano de saúde é abusiva” (VITAL, 2021, texto digital).

Em vista disso, a controvérsia ainda deverá ser resolvida pela Segunda Seção, responsável por uniformizar os entendimentos das turmas, através de embargos de divergência para definição de tese, mas ainda não há previsão de data para julgamento, até o presente momento. No entanto, o julgamento pela Segunda Seção não é o escopo desse trabalho.

Neste momento, faz-se importante a análise das Resoluções Normativas, elaboradas pela Diretoria Colegiada da ANS, sobre o rol de procedimentos da autarquia. Isso pois, em abril do ano de 2021, foi editada uma nova RN que trouxe mudanças extremamente importantes para a discussão da natureza jurídica do rol de procedimentos da ANS.

Desde a promulgação da Lei nº 9.656/98, responsável por regulamentar os planos de saúde, e, posteriormente, da Lei nº 9.961/00, criadora da ANS, foram editadas vinte e duas resoluções¹⁷, estabelecendo um novo rol de procedimentos e eventos em saúde, como também atualizando o rol de procedimentos já existentes. A alteração da cobertura mínima obrigatória, segundo o próprio sítio eletrônico da ANS, é revista a cada dois anos (BRASIL, 2018, texto digital).

Até a edição da Resolução Normativa nº 428, de 7 de novembro de 2017, que vigorou a partir de 2018, o artigo 2º das normativas elucidavam que:

Art. 2º. As operadoras de planos de assistência à saúde poderão oferecer cobertura maior do que a mínima obrigatória prevista nesta – RN e em seus Anexos, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde. (BRASIL, 2011, on-line)

Dessa forma, evidente que, até a RN 428/17, as normativas não traziam de forma expressa a natureza jurídica do rol de procedimentos da ANS. Sendo assim, é possível, então compreender o motivo que levou a maior parte do judiciário a decidir

¹⁶ Recurso Especial nº 1733013/PR, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 dez. 2019.

¹⁷ Resoluções do CONSU nº 10, 11 e 12; Resoluções Normativas nº 9, 59, 82, 154, 167, 192, 211, 261, 262, 281, 325, 338, 387, 428, 434, 457, 458, 460 e 465.

pela natureza exemplificativa do rol de procedimentos da ANS. Acerca desse assunto, Schulze (2018) esclarece:

Estes são alguns dilemas que norteiam a judicialização da saúde e demonstram que os magistrados estão diariamente diante de casos difíceis (hard cases) que precisam de uma definição, pois há uma pessoa que possui uma patologia, há uma prescrição médica e há um tratamento disponível (ainda que sem efetividade, eficácia e eficiência) em algum lugar do mundo. Para alguns isso é suficiente para a procedência do pedido. Para outros, é preciso muito mais, como a comprovação do sucesso da providência buscada, com a demonstração de que o custo é suportável socialmente, sem provocar colapso no sistema de saúde (que precisa ser compreendido em uma perspectiva mais ampla e não isoladamente). (SCHULZE, 2018, p. 112)

Por outro lado, para o Ministro Luis Felipe Salomão (BRASIL, 2021):

[...] esse entendimento de que o rol (ato estatal, com expressa previsão legal e imperatividade inerente, que vincula fornecedores e consumidores) é meramente exemplificativo, malgrado, a toda evidência, seja ato de Direito Administrativo, e não de fornecedor de serviços – devendo, ademais, a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas -, tem o condão de efetivamente padronizar todos os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer “tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado”, nega vigência aos dispositivos legais que determinam o plano básico de referência e a possibilidade de estabelecimento contratual de outras coberturas, efetivamente padronizando e restringindo a livre concorrência ao nitidamente estipular a mais ampla, indiscriminada e completa cobertura a todos os planos e seguros de saúde, o que, além dos mais, evidentemente, dificulta sobremaneira o acesso à saúde suplementar e às camadas mais necessitadas e vulneráveis da população. (BRASIL, 2021, texto digital)

Em consequência disso, a Diretoria Colegiada da ANS atualizou o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, através da RN 465, de 24 de fevereiro de 2021, e alterou o artigo 2º do texto infralegal:

Art. 2º. 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 a cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde. (BRASIL, 2021, texto digital)

Destaca-se, portanto, que diante da hiperjudicialização e da divergência no Superior Tribunal de Justiça, a ANS adiantou a discussão ao trazer expresso, através da resolução normativa de 2021, que o rol de procedimentos tem caráter taxativo. Esse entendimento da autarquia, pode ser considerado um “marco” para o contexto da judicialização da saúde suplementar, que irá integrar o julgamento da Segunda Seção, para definição de tese.

Isso porque, até o momento o Poder Judiciário desconsiderava os limites previstos no rol de procedimentos da ANS, julgando-o como meramente

exemplificativo, ou seja, sem que houvesse qualquer impedimento para que as operadoras de planos de saúde tivessem que cobrir tratamentos que o extrapolassem.

Diante disso, Silva (2017, p. 168) explica que o rol propicia a previsibilidade econômica necessária à precificação de planos e seguros de saúde. O autor também entende que:

[...] tais aspectos bem como a própria imposição pelos juízos de cobertura que não têm amparo na legislação vigente, geram, muitas vezes, externalidades positivas para os consumidores e negativas para as operadoras de planos privados de assistência à saúde, resultando em distorções nos custos dos planos e, principalmente, nos seus cálculos e estudos atuariais, impondo o oferecimento ao mercado de planos mais caros, que acabam restringindo o acesso de muitos consumidores a este mercado (SILVA, 2017, p. 168).

O Ministro Luis Felipe Salomão elucida sobre a importância de se observar o rol mínimo e obrigatório de procedimentos da ANS, pois este “constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, em preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população” (BRASIL, 2021).

Ainda, para o Ministro:

[...] considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo representaria, na verdade, negar a própria existência do “rol mínimo” e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população. Lamentavelmente, salvo os planos de saúde coletivo empresariais, subvencionados pelo próprio empregador, em regra, os planos de saúde, hoje em dia, são acessíveis apenas às classes média alta e alta da população. (SALOMÃO, 2021, texto digital)

À vista disso, Souza e Pires (2008, p. 72) trazem um importante questionamento: “Qual o limite de vinculação do plano de saúde com o cuidado da saúde de seu beneficiário? O Poder Judiciário reconhece o necessário equilíbrio atuarial das entidades privadas, limitadas à receita proveniente de seus segurados?”. Tal indagação é importante porque demonstra o dilema enfrentado pelas operadoras de planos privados de saúde frente ao impacto da judicialização da saúde suplementar.

Nesse caso, um dos maiores argumentos utilizados na decisão de ultrapassar os limites estabelecidos entre as operadoras e consumidores, é a comprovação da quebra do respectivo equilíbrio econômico-financeiro (OLIVEIRA, 2008, p. 155).

Portanto, conforme entende Rezende (2008), faz-se necessário o entendimento da destinação desse equilíbrio, principalmente no que se refere à forma de definição da mensalidade paga pelo beneficiário em relação ao plano

contratado, tendo em vista essa consideração como fonte de receita às operadoras, que assumem os custos estipulados no contrato (REZENDE, 2008, p. 222).

Ora, a ideia de que é possível para a operadora/seguradora fornecer cobertura para todos e quaisquer riscos é completamente errada, porque diversas premissas devem ser verificadas para tornar o risco “segurável”. Dentre eles, os mais notáveis são o valor da indenização/cobertura que “deve ser calculado com base na avaliação estatística da experiência de sinistros da seguradora”; e “deve ter o limite máximo previamente definido, pois com base nesse limite a seguradora calculará o prêmio adequado à cobertura contratada” (CARNEIRO, 2012, p. 77).

A partir da explicação de Carneiro (2012), é possível verificar que para as operadoras de planos privados de saúde permaneçam solventes, a relação entre as tarifas cobradas dos consumidores e o limite de auxílio prometido, deve ser mantida. Conforme já apontado por este trabalho, essas restrições estão totalmente relacionadas aos preceitos da lista de procedimentos da ANS (SOUZA, 2012, p. 76).

Em consequência disso, resta evidente que as operadoras de planos de saúde estão sempre defronte com a incerteza do quanto terão que despender financeiramente com os custos das liminares e sentenças judiciais, movidas pelos seus beneficiários. Por este motivo, muitas operadoras de menor porte vieram a falência nos últimos anos¹⁸, visto que, em algumas situações, as ações chegam a ter valores exorbitantes, às vezes iguala-se a quantia que se tem em caixa. Esse cenário, não afeta apenas as operadoras de planos de saúde, mas também a sociedade como um todo, uma vez que “gera demissões, menos impostos ao governo e um impacto que pode afetar a vida de muitas pessoas e famílias” (CIRICO, 2019, p. 66).

Diante o exposto, percebe-se que o excesso da judicialização da saúde é um malefício 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”. (CIRICO, 2019, p. 67)

¹⁸ Alguns exemplos de operadoras de planos de saúde que tiveram falência decretada: SUPERMED – Assistência Médica LTDA (2010), VECTTRA Assistência Médica e Odontológica LTDA (2015) e All Saúde LTDA. (2019).

Por essas razões, a Quarta Turma do STJ e a Resolução Normativa 465/2021, estão tentando limitar a judicialização “desenfreada” que envolve o rol de procedimentos da ANS, como é possível observar no novo texto legal do artigo 17, da RN 465/2021, que prevê:

Art. 17. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência previstos nesta Resolução Normativa e seus Anexos, na forma estabelecida no art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998. (BRASIL, 2021, texto digital)

Observa-se que a legislação e o STJ estão em processo de tentar desacelerar a incidências de novos casos no judiciário, em relação as questões que abordam a natureza jurídica do rol de procedimentos da ANS. A legislação por meio do artigo 2º da RN 465/2021, que prevê a taxatividade do rol e o STJ através da abertura de divergência jurisprudencial e futuramente com a uniformização do entendimento das Turmas e definição de tese.

Analisando todo o exposto até o momento, conclui-se que a iniciativa da ANS tem seus benefícios, mas também possui alguns pontos negativos, como por exemplo, não acompanhar os avanços diários da medicina, visto que, sofre alteração a cada dois anos. No entanto, traz alguns benefícios importantes, como a segurança jurídica, já que foram fixados textualmente os limites dos procedimentos e eventos em saúde que integram a cobertura assistencial mínima obrigatória.

É importante ressaltar que as divergências nos julgados ainda continuarão a existir, uma vez que, essa discussão está longe de ser exaurida. Isso porque, a mudança será considerada na análise dos casos concretos pelo Poder Judiciário, respeitando a ampla liberdade do magistrado na formação de seu convencimento. Ainda, a regulamentação fomentada pela RN 465/2021 tem por principal objetivo eliminar as ambiguidades, esclarecer pontos controvertidos e, por consequência, diminuir a insegurança jurídica na relação entre operadoras de planos privados de saúde e consumidores.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a análise do fenômeno da judicialização da saúde suplementar no Brasil e a sua presença no cenário jurídico do país. Além disso, também foi possível averiguar que é por meio deste fenômeno

que os consumidores buscam tutelas de direito em face das operadoras de planos privados de saúde, desrespeitando as normativas legais que regulamentam o setor.

Isso porque, os beneficiários dos planos privados de assistência à saúde sentem-se lesados ao receberem negativas das operadoras, baseadas justamente no que prevê as normas regulamentares, principalmente, o rol de procedimentos da ANS. Sendo assim, passa a ser instaurado um conflito de interesses entre o consumidor, que acredita realmente possui o direito do que está sendo pleiteado, e as operadoras de planos de saúde, que consideram estarem agindo conforme as regulamentações impostas pelo Poder Público.

À vista disso e diante da discussão proposta para o presente estudo, – é dever da operadora de plano de saúde fornecer tratamentos não previstos no rol de procedimentos da ANS? A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, nestes casos, deve ser sobreposta às normas que regulamentam o sistema de saúde suplementar brasileiro? – conclui-se que por muito tempo o entendimento das Turmas do Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais de Justiça dos Estados era favorável à obrigatoriedade do fornecimento de tratamentos fora do rol de procedimentos da ANS, em relação as operadoras de planos de saúde para com os seus consumidores, uma vez que interpretavam a natureza jurídica do rol como sendo exemplificativa.

Destarte, quando contrárias aos limites determinados no mencionado rol de procedimentos, essas decisões contribuíram e ainda contribuem para a quebra do equilíbrio econômico-financeiro das operadoras de planos privados de assistência à saúde, sendo este elemento essencial para que as operadoras possam desenvolver e garantir as obrigações assumidas.

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

Ainda, nas decisões analisadas no decorrer deste estudo, restou evidente que o Poder Judiciário ao constatar colisão de normas aplicáveis à problemática, opta por prevalecer o direito fundamental à saúde de forma ampla complementando-se com as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, em oposição às

normas infraconstitucionais responsáveis por regulamentar o sistema de saúde suplementar brasileiro.

Em consequência desse cenário de hiperjudicialização da saúde suplementar e da falta de previsão da natureza jurídica nas Resoluções Normativas da ANS, responsáveis por editar o rol de procedimentos e eventos em saúde, a Quarta Turma do STJ abriu divergência de precedentes, ao decidir que a natureza do rol de procedimentos da ANS não é meramente exemplificativa, e sim taxativa. A controvérsia ainda deverá ser uniformizada pela Segunda Seção do STJ para pacificar os entendimentos das turmas julgadoras e definição de tese. No entanto, ainda não há previsão de data para que isso ocorra.

Ocorreu que, diante desse cenário de incertezas e insegurança jurídica, a Diretoria Colegiada ao editar a Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021, antecipou a discussão ao trazer expresso no texto infra legal que o rol de procedimentos tem caráter taxativo.

À vista disso, é possível averiguar que há um movimento para mudança do cenário jurídico atual, visto que a legislação e o próprio STJ estão em processo de desacelerar a incidência de novos casos no judiciário, em relação as questões sobre a natureza jurídica do rol de procedimentos da ANS.

Analisando todo o exposto, conclui-se que ainda que a ANS e a Quarta Turma do STJ estejam tentando trazer mais segurança jurídica para o setor de saúde suplementar no Brasil, o processo será lento, visto que, as divergências nos julgados continuarão a existir por um bom tempo, pois, como pode-se observar, essa discussão está longe de ser definida e exaurida. Isso uma vez que, acima de tudo, deve-se respeitar a ampla liberdade do magistrado na formação de seu convencimento e isso leva a análise individual de cada caso.

Esse estudo não tem por objetivo esgotar a discussão sobre o tema, muito pelo contrário, inclusive está aberto a ter continuidade, pois, conforme já explicado, com a edição da RN 465/21, o cenário jurídico sofrerá mudanças substanciais em relação a hiperjudicialização da saúde suplementar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução de Diretoria Colegiada no 39, de 27 de outubro de 2000. **Dispõe sobre a definição, a segmentação e a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde.** Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=380>. Acesso em: 04 abr. 2021.

ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa no. 82, de 29 de setembro de 2004. **Estabelece o Rol de Procedimentos que constitui a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 01 de janeiro de 1999.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFOriginal&format=raw&id=ODcy>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa no. 137, de 14 de novembro de 2006. **Dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFOriginal&format=raw&id=MTExNw==>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa no. 196, de 14 de julho de 2009. **Dispõe sobre a Administradora de Benefícios.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OQ==>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa no. 465, de 24 de fevereiro de 2021. **Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde [...]; fixa as diretrizes de atenção à saúde [...].** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDAzMw==>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde: o que seu plano deve cobrir.** Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/48-planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/perguntas-frequentes/750-central-de-atendimento-o-que-o-seu-plano-deve-cobrir>. Acesso em: 22 abr. 2021

BAHIA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 05208138020178050001, da 4ª Câmara Cível. Apelante: Sul America Companhia de Seguro Saúde. Apelada: Isabella Souza de Jesus e Silva. Relator: José Olegário Monção Caldas. Salvador, 20 mar 2019.

BARROSO, Luís R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Synthesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BOTTESINI, Maury Angelo. **A saúde como direito constitucional no Brasil.** In O papel dos planos de saúde. Rio de Janeiro: Cedes – Centro de estudos e debates Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2002.

BOTTESINI, Maury A.; MACHADO, Mauro C. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde: comentado artigo por artigo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Lei no. 5.764, de 16 de dezembro de 1971. **Lei do Cooperativismo.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Lei no. 9.656, de 03 de junho de 1998. **Lei de Planos de Saúde**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Lei no. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. **Lei da Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Lei no. 10.185, de 12 de fevereiro de 2001. **Lei de Especialização das Seguradoras em Planos Privados de Assistência à Saúde**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10185.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1619479-SP. Relator: Desembargador Luis Felipe Salomão. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1588190&tipo=0&nreg=201603034069&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170418&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1875142. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 23 fev. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1733013/PR. Relator: Desembargador Luis Felipe Salomão. Diário Oficial de Justiça. Brasília, 10. dez. 2019.

CARNEIRO, Luiz A. F. **Princípios básicos de seguros e planos de saúde**. In: CARNEIRO, Luiz A. F. (Org.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 67-93.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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. 56-71, fev. 2019. Anual. Disponível em: <https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2019/05/005_OS-IMPACTOS-DA-JUDICIALIZAÇÃO-NA-SAÚDE-SUPLEMENTAR.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021

CONASS - CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **Saúde Suplementar: coleção para entender a gestão do SUS**. 1. ed. Brasília, 2011.

COSTA, Nilson R. **O regime regulatório e o mercado de planos de saúde no Brasil**. Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, set./out. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000500011&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 02 abr. 2021.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento nº 07215239420198070000, da 3ª Turma Cível. Agravante: Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico. Agravado: Paulo Ramos. Relatora: Maria de Lourdes Abreu. Brasília, 11 mar. 2020.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 07122288720208070003, da 5ª Turma Cível. Apelante: GEAP Autogestão em Saúde. Apelados: Claudio Cesar Duarte e Marlene da Conceição Duarte. Relatora: Ana Cantarino. Brasília, 10 mar. 2021.

GODOY, Arilda Schmidt. Pesquisa Qualitativa: tipos fundamentais. **RAE - Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 3, n. 35, p. 20-29, Mai/Jun 1995. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rae/v35n3/a04v35n3.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de; ZULIANI, Ênio Santarelli; LOUREIRO, Francisco Eduardo; JÚNIOR, Hamid Charaf Bdine; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade Civil na Área da Saúde**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 15a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KHOURI, Paulo R. R. A. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LEMOS, Vinicius Martins. **A Morfologia dos Direitos Fundamentais: uma leitura menos ensimesmada do plano de eficácia horizontal**. Revista de Direito Constitucional e Internacional: Direitos Fundamentais, v. 97, 14 mar. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.14_1.PDF>. Acesso em: 14 mar. 2021.

LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADUREIRA, Claudio; GARCIA, Leonardo de Medeiros. O direito do consumidor frente à negativa de cobertura pelos planos de saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, n. 3, p. 1-10, ago. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.09.PDF. Acesso em: 20 abr. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 510.

MARQUES, Claudia Lima e SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Disponível em <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/visões-sobre-os-planos-de-saúde-privada-e-o-código-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

MARQUES, Claudia Lima et al (coord). **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. Biblioteca de Direito do Consumidor – v.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários ao consumidor idoso**. in SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MATHIAS, Guilherme V. **O Código Civil e o Código do Consumidor na saúde suplementar**. In: CARNEIRO, Luiz A. F. (Org.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 95-118.

MELLO, Marco Aurélio. **Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio econômico-financeiro**. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira; SILVA, Marcos Paulo Novais; LEITE, Francine (Orgs.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 10024160934626001, da 16ª Vara Cível. Apelante: Amil Assistência Médica Internacional S.A. Apelada: Isabela Pereira Vilanova. Relator: José Marcos Vieira. Belo Horizonte, 24 mar. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Caminhos do Direito à Saúde no Brasil**. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br>>. Acesso em: 08 mar. 2021.

MORAES, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas

OLIVEIRA, Luiz G. M. **Assistência integral à saúde: ônus público, privado ou particular? Afinal, quem paga a conta?** In: PIRES, Danielle S. AGUIAR, Livia C. SOUZA, Jordana M. (Coord.) Judicialização da Saúde Suplementar. Belo Horizonte: Unimed-BH Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., 2008, p. 155-165.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>. Acesso em: 19 abr. 2021.

PIRES, Antonio F. **Direito Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

POLIDO, Walter A. **Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: Direito do Consumidor**. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 13 e 17.

REZENDE, Nanci F. **A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro**. In: BLIACHERIENE, Ana C. SANTOS, José. S. (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 222-236.

RIANI, Marlus K. **Plano de Saúde: aspectos legais e contratuais**. Belo Horizonte: SINCOOMED, 2011.

RIANI, Marlus K. **Inaplicabilidade da Lei 9.656/98 aos contratos antigos**. Judicialização da Saúde Suplementar. Belo Horizonte: Unimed-BH Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., 2008.

RODRIGUES, Paulo Henrique de Almeida e SANTOS, Isabela Soares. **Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS**. São Paulo: Atheneu, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Fausto P. MALTA, Deborah C. MERHY, Emerson E. **A regulação na saúde suplementar: uma análise dos principais resultados alcançados**. Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, set./out. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000500012>. Acesso em: 06 abr. 2021.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 10051188020188260010, da 4ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Sul América Companhia de Seguro Saúde. Apelado: Valdir Pinheiro Alves. Relator: Fábio Quadros. São Paulo, 30 jan. 2020.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 10046225220208260278, da 1ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Notredame Intermedica Sistema de Saúde. Apelado: Arthur Santos de Oliveira. Relator: Francisco Loureiro. São Paulo, 20 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, no. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08 mar. 2021.

SCAFF, Fernando C. **Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHEFFER, Mario César; TRETTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira; AITH, Fernando Mussa Abujamra; PÓ, Marcos Vinicius; ROBBA, Rafael; MARQUES, Raquel de Almeida. **Judicialização na Saúde Suplementar**. 2014. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/1_-_Mario.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SCHMIDT, Ayeza. **O Direito Fundamental à Saúde: A Essencialidade do Bem Contratado**. 2014. Trabalho de Qualificação (Programa de Mestrado em Direito) - UNIBRASIL - Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, 2014.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contratos na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 201.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Luiz Toro da. **Os limites ao poder de regular os planos privados de assistência à saúde**. *Revista de Direito da Saúde Suplementar*. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 168.

SILVA, Júlio César Ballerini. **Aspectos da tutela do direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio: ponderações sobre relações de direito público e de direito privado**. Fórum Administrativo [Recurso Eletrônico]: Direito Público. Belo Horizonte, v. 12, n. 134, abr. 2012. Disponível em: <<https://jcballerini.jusbrasil.com.br/artigos/207553339/aspectos-da-tutela-do-direito-a-saude-no-ordenamento-juridico-patrio-ponderacoes-sobre-relacoes-de-direito-publico-e-de-direito-privado>>. Acesso em: 08 mar. 2021.

SILVA, Liliane Coelho da. Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável. **Âmbito Jurídico**, mai, 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SHULZE, C.J. **Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil**. In Emporio do direito. Set. 2017. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SOUZA, Henrique F. O. **Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde**. In: CARNEIRO, Luiz A. F. (Org.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 121-155.

SOUZA, Jordana. M. PIRES, Danielle S. **Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência “Judicialização da Saúde Suplementar”**. In: PIRES, Danielle S. AGUIAR, Livia C. SOUZA, Jordana M. (Coord.) Judicialização da Saúde Suplementar. Belo Horizonte: Unimed-BH Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., 2008, p. 25-74.

VIANNA, Geraldo Luiz. **Judicialização da saúde suplementar: a concepção do direito como integridade contra a discricionariedade judicial**. 2013. 125f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2013.

VITAL, Danilo. **Antes de definição no STJ, ANS decide que rol de tratamentos é taxativo**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-26/antes-stj-julgar-ans-define-rol-tratamentos-taxativo>. Acesso em: 20 abr. 2021.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. **Direito à Saúde**. 1. ed. PUC-SP, 1 fev. 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/170/edicao-1/direito-a-saude>. Acesso em: 9 mar. 2021.