
1º PRÊMIO ANS: CONCURSO DE MONOGRAFIA SOBRE SAÚDE SUPLEMENTAR

Tema 3 - Direito em Saúde Suplementar

2º Lugar

Do Impacto Regulatório da Judicialização da Saúde Suplementar.

Autora:

Lilia Estay Martinez

1º Prêmio ANS: Concurso de Monografia sobre Saúde Suplementar, o tema e o título do trabalho

Do Impacto Regulatório da Judicialização da Saúde Suplementar

DO IMPACTO REGULATÓRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

1 - INTRODUÇÃO	04
2 – DA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL	06
3 – DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR E SEUS IMPACTOS REGULATÓRIOS	11
3.1 – Da eficácia do direito fundamental à saúde nas relações entre particulares	13
3.2 - Dos efeitos econômicos da judicialização da saúde suplementar	18
3.3 – Das ferramentas que diminuem o impacto da judicialização na regulação	22
4 – ANÁLISE DE CASOS POLÊMICOS JUDICIALIZADOS E COM EVIDENTE IMPACTO REGULATÓRIO	24
4.1 – Dos reajustes por faixa etária em face do Estatuto do Idoso	24
4.2 – Da Súmula 102 TJ/SP – Cobertura obrigatória de tratamentos experimentais	29
5 - CONCLUSÃO	32
BIBLIOGRAFIA	37

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma reflexão acerca da judicialização da saúde suplementar, chamando a atenção para os efeitos que esse fenômeno provoca na atividade regulatória. A importância de tal análise se revela diante da força que os direitos fundamentais tem exercido nas relações particulares, notadamente nas relações privadas constituídas no âmbito da saúde suplementar. No entanto, é imprescindível lembrar que existe todo um sistema regulatório que organiza o mercado da saúde suplementar, impondo regras e limites na atuação dos agentes envolvidos e desenhando um complexo de direitos e obrigações, de forma que a intervenção judicial nesse setor deve ser pautada na aplicação do direito fundamental à saúde, mas, também, nos normativos de cunho técnico, médico, atuarial, econômico e financeiro editados e divulgados pelo órgão regulador competente, qual seja, a Agência Nacional de Saúde – ANS. Para tal análise, foram destacadas algumas questões judicializadas com mais recorrência, bem como os efeitos que as decisões decorrentes de tais casos podem causar na atividade regulatória. Também foram destacadas ações que tem como objetivo conciliar os objetivos da regulação com a intenção do Poder Judiciário de garantir o direito à saúde para os beneficiários do sistema de saúde privado. Assim, esta monografia, sem a intenção de esgotar todas as questões que envolvem regulação da saúde suplementar e atuação do Poder Judiciário, busca mais um caminho para garantir a sustentabilidade do mercado da saúde suplementar, alinhando-se com o espírito da constitucionalização das relações privadas, a fim de promover o direito de todos os agentes envolvidos, cada um no seu limite.

1 - INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde suplementar tem ganhado cada vez mais evidência com o aumento significativo de demandas propostas por beneficiários em face dos planos de saúde, para garantia de prestações assistenciais e não assistenciais. Tal fenômeno também vem trazendo destaque para a atuação do Poder Judiciário, cujas decisões acabam gerando efeitos regulatórios que merecem atenção, na medida em que o mercado da saúde privada se submete a normas específicas e técnicas editadas pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, órgão regulador responsável pela normatização, controle e fiscalização das atividades de assistência à saúde privada.

Nesse cenário, surge a necessidade de se analisar os impactos provocados pelas decisões judiciais que tratam sobre o tema, sobretudo aquelas que utilizam como fundamento o direito fundamental à saúde, sem considerar que a assistência à saúde no âmbito privado envolve outros aspectos, como a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a análise econômica do direito, bem como os limites jurisdicionais dentro do ambiente regulado.

Assim, no primeiro capítulo, pretende-se apresentar o panorama da saúde suplementar no Brasil, com a exposição do histórico normativo do direito à saúde que, ao ser elevado pela Constituição Federal de 1988 ao *status* de direito social fundamental, tornou-se um dever do Estado, podendo também ser livremente exercido pela iniciativa privada, através do sistema de saúde suplementar, submetendo-se, neste caso, às normas de regulação implementadas pela edição da Lei de Planos de Saúde. Também será abordado o cenário político e econômico no qual se desenvolveu a regulação da saúde suplementar, cuja análise é imprescindível para a compreensão do fenômeno da judicialização da saúde privada e das suas

consequências para o mercado, extraindo-se daí a necessidade de uma sensível compatibilização entre direito fundamental à saúde e outros direitos também garantidos pela Constituição.

No segundo capítulo será abordada a judicialização da saúde suplementar, observando-se as possíveis causas que vem contribuindo para o aumento das demandas contra planos de saúde, e principalmente os efeitos que tal fenômeno pode provocar na atividade regulada, pontuando-se a forte tendência de o judiciário decidir em favor dos beneficiários, com prevalência do fundamento do direito à saúde, em detrimento da análise dos demais aspectos regulatórios que cercam a atividade de assistência à saúde no âmbito privado. Também serão expostos entendimentos judiciais que revelam a intenção de se garantir a esses consumidores o acesso à saúde privada de forma absoluta e irrestrita, independentemente de previsão contratual ou de norma de regulação, numa espécie de equiparação ao serviço público de saúde, fragilizando a legitimidade de tais decisões em face da atividade técnica e especializada da ANS, cuja competência para tal lhe é atribuída por lei.

O terceiro capítulo abordará dois temas judicializados relativos à saúde suplementar e que provocam evidente impacto regulatório. São eles: a discussão da legalidade do reajuste por faixa etária em face do Estatuto do Idoso, que veda a discriminação dos idosos pelo valor das mensalidades dos planos de saúde; e o caso da Súmula nº 102 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que considera abusiva a negativa de cobertura para tratamento médico experimental ou que não esteja no rol de procedimentos da ANS, quando prescrito pelo médico assistente do beneficiário. Ambos os casos representam uma fatia significativa dos temas judicializados na saúde suplementar, merecendo atenção especial por levantarem discussões importantes acerca da natureza dos contratos de planos de saúde em face

do direito fundamental à saúde, e outros valores também protegidos pela Constituição Federal, como a livre iniciativa, a liberdade de contratar, a defesa da concorrência e a segurança jurídica, além de colocarem em evidência a intervenção do poder judiciário em temas submetidos a regulação estatal.

Assim, o presente trabalho aborda a judicialização da saúde suplementar sob o ponto de vista da regulação, através da análise do que a doutrina fala sobre o tema e dos casos selecionados, destacando-se o impacto que as decisões judiciais provocam em um mercado estritamente regulado e a linha tênue que se coloca entre poder regulador e jurisdição nas demandas entre beneficiários e planos de saúde. Também será considerada a necessidade de conciliação de valores, aparentemente opostos, como o direito fundamental à saúde e os valores da ordem econômica constitucional, mas que devem conviver em harmonia para que sejam garantidos, cada um na sua medida.

2 – DA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Para melhor entendimento do impacto regulatório da judicialização da saúde suplementar, cumpre expor os fundamentos legais que autorizam e organizam o mercado da saúde privada, bem como o regime regulatório ao qual ele se submete, iniciando-se com uma breve passagem pelo histórico normativo do direito da saúde no ordenamento pátrio. Este caminho é fundamental para que se compreenda a importância da regulação da saúde suplementar, assim como os efeitos que a judicialização provoca sobre a atividade regulatória e sobre o mercado regulado.

O direito à saúde no Brasil encontra fundamento no art. 6º da Constituição Federal de 1988, onde é arrolado como direito fundamental social, e no art. 196, onde é definido como um direito de todos e um 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 sua promoção, proteção e recuperação”.

Nos termos do art. 197 da CF, o direito à saúde pode ser prestado diretamente pelo poder público, através do Sistema Único de Saúde (SUS); ou através de parceiros do setor privado, que atuarão de forma complementar ao sistema público¹. Em ambos os casos, tais atividades serão prestadas sob o regime de serviço público. Já a parte final do art. 197, conjugada com o *caput* do art. 199 do texto constitucional, permite que a assistência à saúde também seja prestada pela iniciativa privada², compondo o sistema de saúde suplementar, com natureza de atividade econômica de interesse social, atrelada aos fundamentos da ordem constitucional econômica e submetida à regulação estatal, nos termos dos arts. 170 e 174 da CF.

Essa dualidade de regimes, em que pese tratem do mesmo objeto, impõe uma importante distinção entre as normas que são aplicadas ao poder público, quando da prestação do serviço público de saúde; e em face das entidades privadas que exercem a atividade de assistência à saúde pela livre iniciativa. Neste último caso, tratando-se de atividade econômica de interesse eminentemente social, o Estado intervém como órgão regulador³, garantindo a observância dos fundamentos da ordem econômica, bem como os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor.

¹ Art. 199, §1º da CF.

² Ocorre, entretanto, que a Constituição de 1988, já reconhecendo a impossibilidade de oferecimento dos serviços de saúde pública a todos em condições de generalidade, regularidade, atualidade, cortesia, gratuidade ou modicidade de custos e eficiência, abriu à iniciativa privada a possibilidade de atuação em caráter complementar, nos termos do que prescreve o art. 199. (CUNHA, 2003, pág. 61-62)

³ Art. 174 da CF.

A regulação da saúde privada, contudo, não se justifica somente pela importância do direito à saúde e pela necessidade de o Estado controlar a prestação de tal serviço. A edição do marco regulatório da saúde suplementar ocorreu em uma década marcada pelo processo de desestatização e pelo aumento de investimentos privados em setores de interesse social, num cenário no qual o Estado não podia mais ser provedor de todos os serviços essenciais para o bem-estar e para a economia do País, optando-se por permitir à iniciativa privada a execução de diversas atividades, sob a supervisão externa do Estado, através do poder regulador⁴.

No caso dos serviços de saúde, a exploração pela iniciativa privada já ocorria mesmo antes da promulgação da Constituição Federal, através dos sistemas assistenciais, que acompanharam o desenvolvimento industrial, além dos convênios firmados entre empresas empregadoras e empresas médicas, que contavam com rede própria de serviços, estimulando também a organização e o surgimento de novos prestadores de serviços, assim como as redes de medicinas de grupos.

Com o desenvolvimento do setor, surgiram novos agentes econômicos, como seguradoras, operadoras de planos de saúde, autogestões e cooperativas, desenhando um mercado altamente competitivo e com grande movimentação de valores, ao mesmo tempo em que crescia também a conscientização dos cidadãos em relação à defesa dos seus direitos, sobretudo na qualidade de consumidores de tais serviços. Foi neste contexto político e econômico que se constituiu o marco regulatório da saúde suplementar, através da Lei nº 9.656/1998, também conhecida

⁴ Nesse viés, MOREIRA NETO (2003, pág. 30-31) evidencia que, a partir do momento em que se reconhece que o Estado, além de não possuir recursos suficientes para garantir os investimentos necessários, era mau administrador, passou-se a admitir a transferência de diversos serviços públicos para o setor privado, o que, no entanto, não retirava a sua “natureza pública”, razão pela qual restavam conservadas as responsabilidades e os deveres do Estado pela sua adequada prestação. Nesse contexto, o poder público deixava de lado o seu papel de protagonista da execução daqueles serviços, para assumir as funções de planejamento, regulação e fiscalização, merecendo destaque, também neste cenário, as agências reguladoras.

como Lei de Planos de Saúde, seguida pela edição da Lei nº 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a ANS.

Antes de tais normas, o serviço da saúde privada se submetia apenas às leis gerais, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Por isso, a Lei 9.656/98 trouxe preceitos normativos de suma importância, que permitiram disciplinar de forma minuciosa diversos aspectos do mercado de saúde suplementar, como aqueles relativos à constituição e registro das operadoras, modalidades de planos de saúde, procedimentos e tratamentos médicos de cobertura obrigatória, períodos de carência e reajustes de mensalidades, constituindo verdadeiro estatuto em defesa do mercado e dos consumidores.

O regime regulatório também impôs uma espécie de limitação à autonomia privada e à liberdade de contratar das operadoras, impondo regras que impedem a discriminação entre beneficiários, a exclusão ou rescisão unilateral e imotivada dos contratos, além de estabelecer um rol mínimo de procedimentos médico-hospitalares de cobertura obrigatória. Além disso, os contratos de planos de saúde firmados após a edição da Lei nº 9.656/98, ficaram conhecidos como planos novos ou regulamentados, submetendo-se integralmente às normas de regulação. Já os contratos anteriores à lei puderam ser adaptados ao novo regime ou permanecer como planos antigos não regulamentados, prevalecendo, nestes casos, as regras estabelecidas nas cláusulas contratual, assim como as demais leis civis.

A Lei nº 9.961/2000, por sua vez, que criou a ANS, surgiu da necessidade de criação de um ente dotado de autonomia e tecnicidade para exercer a atividade regulatória, com competência legal para controlar, fiscalizar e normatizar a conduta dos agentes envolvidos no setor, buscando o equilíbrio do mercado, bem como a proteção da defesa da concorrência, da livre iniciativa e dos interesses dos

beneficiários, na qualidade de consumidores e titulares do direito fundamental da saúde. Paulo César Melo da Cunha (2003, pág. 05) explica a atuação da agência nos seguintes termos:

A Agência Nacional de Saúde Suplementar atua, desta forma, criando mecanismos e implementando as técnicas que melhor se ajustam aos comandos políticos do segmento da saúde privada. Frise-se que, nesse contexto, o papel da entidade reguladora é manter-se equidistante dos pólos de tensão, promovendo tanto a defesa do mercado como a defesa do consumidor, com o máximo de aproveitamento dos interesses envolvidos. No tocante à defesa do mercado, a garantia que se deve dar é a criação de mecanismos que importem na defesa do livre ingresso, permanência e saída, num mercado livre de quaisquer dominações e submetido à competição. Já no que diz respeito à defesa do consumidor, o que se preza é a defesa do destinatário final da cadeia de consumo, por ser intelectualmente mais frágil (não se desconhece que, na maioria dos casos, a assimetria também é econômica; porém, a razão fundamental que autoriza o dirigismo contratual é a assimetria intelectual).

A regulação da saúde suplementar no Brasil se desenvolveu, portanto, a partir da criação da lei de planos de saúde e amadureceu com a criação da agência reguladora, responsável por editar normas direcionadas para o bom funcionamento do setor, dotadas de tecnicidade e especialização e que levam em conta aspectos econômicos e financeiros dos contratos de planos de saúde, bem como o perfil dos agentes envolvidos neste cenário, sejam eles operadoras, seguradoras, administradoras de benefícios, prestadores ou os próprios beneficiários.

A ANS também age dirimindo conflitos entre estes atores, sobretudo nas demandas que envolvem operadoras e beneficiários, avaliando e mediando casos de

descumprimento das normas de regulação e obrigações previstas em contrato, além de aplicar penalidades em casos, por exemplo, de negativa de cobertura, reajuste indevido de mensalidades, além dos casos de rescisão ou exclusão contratual, dentre outros.

Destarte, uma vez exposto o cenário no qual se desenvolveu a regulação da saúde suplementar no Brasil, podemos avançar no presente estudo, revelando o cenário que desencadeou a sua judicialização, bem como a postura do Poder Judiciário em relação às demandas que envolvem assistência à saúde privada e os efeitos das decisões judiciais que não consideram todos os aspectos inerentes ao ambiente submetido a regulação.

3 - DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR E SEUS IMPACTOS REGULATÓRIOS

O advento da Lei de Planos de Saúde e a criação da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar provocaram importantes mudanças no âmbito da saúde privada, ao promoverem a regulação, a normatização e a fiscalização das operadoras de planos de saúde, além de proporcionarem mais segurança e mais informação aos beneficiários, definindo de forma mais clara os direitos e as obrigações dessas relações.

A despeito desses avanços, o aumento do controle sobre a atividade de assistência à saúde privada não logrou extinguir por completo as deficiências do mercado, nem os abusos perpetrados pelas operadoras, o que, aliado a uma maior conscientização dos beneficiários em relação aos seus direitos e um aumento da organização da sociedade civil pela defesa de direitos da coletividade e dos

consumidores, ensejou um aumento significativo de demandas judiciais, fazendo surgir o que hoje se denomina judicialização da saúde suplementar.

Em que pese alguns estudiosos do tema considerarem este fenômeno como uma consequência negativa da regulação do setor, sob alegação de que o excesso de normativos provoca mais conflitos e, portanto, mais demandas judiciais, deve-se entender que este processo nada mais é do que reflexo de um mercado bem definido por direitos e obrigações, criados a partir de uma extensa regulamentação técnica e jurídica desenvolvida pelo órgão regulador competente, revelando um aspecto positivo de mais transparência e de conscientização dos atores envolvidos nessas relações. Além disso, a judicialização de temas que envolvem interesses sociais e coletivos, como o direito à saúde, é inerente a um Estado Democrático de Direito, contribuindo para o debate e para o aperfeiçoamento de diversos segmentos da economia, da sociedade e do próprio sistema regulatório.

No entanto, mesmo contribuindo para a melhoria da regulação, revelando falhas e lacunas na atividade regulatória e submetendo ao crivo do judiciário diversas questões conflituosas, a judicialização da saúde suplementar demanda uma análise cuidadosa em relação às suas consequências, tendo em vista que muitas decisões judiciais acabam interferindo na dinâmica do setor, que é cercado de normativos específicos e de alto conteúdo técnico, mas que também envolve temas sensíveis como direito à saúde e direito à vida, e outros temas de menor apelo social, como livre iniciativa, propriedade privada e defesa da concorrência.

Assim, a judicialização da saúde suplementar também comporta aspectos controvertidos, notadamente no que tange à fundamentação das decisões que, no intuito de garantir o direito à saúde dos beneficiários a qualquer custo, fragilizam o equilíbrio do ambiente regulado, criando novas regras e obrigações desprovidas de

respaldo técnico e jurídico. Diversas são as decisões que se utilizam unicamente do direito fundamental à saúde para conceder o bem jurídico pleiteado pelo beneficiário, sem considerar outros direitos e valores também previstos na Constituição e que também devem prevalecer na análise das lides que envolvem a assistência à saúde privada.

É dizer, no julgamento das demandas que envolvem o direito à saúde no ambiente privado, deve haver uma clara ponderação acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como acerca dos impactos econômicos e sociais que decorrerão das decisões, sob pena de provocar efeitos indesejados tanto para a regulação, como para o próprio setor regulado e para os usuários destes serviços⁵.

3.1 Da eficácia do direito fundamental à saúde nas relações entre particulares

De acordo com os dados do Observatório da Judicialização da Saúde Suplementar⁶, a maioria das decisões proferidas nas demandas promovidas por beneficiários em face de operadoras de planos de saúde é favorável ao autor da ação. Contudo, em muitos destes casos, é possível observar a tendência do judiciário de decidir esse tipo de ação com fundamento no direito à saúde e à vida do consumidor, ainda que o pleito não tenha respaldo no contrato, nem nas normas de regulação. Em alguns casos, as decisões chegam a equiparar a atividade de assistência à saúde

⁵ Na jurisprudência, brasileira ocorre um fenômeno de certa forma curioso. Não são tão escassas as decisões judiciais utilizando diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado. Porém, com raras exceções, esses julgamentos não são precedidos de fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Na verdade, somente agora vem encontrando eco nos nossos pretórios, a fértil discussão sobre condicionamentos e limites para aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada. (SARMENTO, 2008, p. 250)

⁶ Fonte: TJSP. Scheffer, M. Observatório da Judicialização da Saúde Suplementar (DMP/FMUSP). Referente à análise de 4.000 decisões judiciais de segunda instância envolvendo planos de saúde coletivos na Comarca de São Paulo do TJSP, 2013 e 2014.

privada ao dever do Estado de garantir o direito à saúde a todos os indivíduos⁷, sem abordar questões relativas à natureza econômica dos contratos de plano de saúde, nem questões técnicas inerentes à regulação do setor. É o que se confirma pelo acórdão proferido pelo TJMG, nos autos da Apelação Cível 1.0103.08.006662-6/001, senão vejamos:

Ora, o particular que presta uma atividade econômica correlacionada com os serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, devendo seu contrato ser submetido às normas constitucionais e infraconstitucionais diretamente ligadas à matéria. Assim, apesar de a assistência à saúde ser livre à iniciativa privada, esta não pode exercer a sua liberdade econômica de forma absoluta, encontrando limitações destinadas a promover a defesa do consumidor dos serviços de saúde, a fim de que seja atingida a finalidade de assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170, CF). Com efeito, **embora aparentemente válida a cláusula que limita o tratamento no caso de quimioterapia, não se coaduna esta com as necessidades do consumidor que, ao contratar, almejou um plano de saúde que lhe garantisse uma assistência médico-hospitalar completa, preservando sua integridade física como um todo**". (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 1.0103.08.006662-6/001. 14ª Câmara Cível. Relator: Des. Valdez Leite Machado. j. 23 jul. 2009. *DJ*, 18 ago. 2009). Grifo nosso.

Como dito, o argumento que ainda prevalece em muitas decisões é a defesa do direito fundamental à saúde. Porém, em se tratando de uma relação jurídica de

⁷ SARLET, 2006, p. 593.

natureza privada, esse direito fundamental deve ser ponderado em face de outros direitos também fundamentais, uma vez que, nos contratos de planos de saúde, ambas as partes são titulares de direitos desta natureza⁸. A despeito de tratar de tema sensível, não se pode esquecer que as relações jurídicas da saúde privada se revestem de preceitos distintos daqueles que prevalecem na saúde pública, de forma que não se pode exigir do particular a garantia da prestação da mesma forma que se exigiria do poder público.

Mesmo porque, os contratos de plano de saúde tem natureza essencialmente econômica e securitária, envolvendo questões atuariais, de mutualidade, onerosidade, solidariedade e aleatoriedade, exigindo-se do julgador, não só a análise dos direitos do beneficiário à luz da Constituição Federal e do CDC, mas, também a aplicação dos princípios da ordem constitucional econômica e uma adequada análise econômica do direito, sob pena de gerar um processo de desconstrução da regulação, bem como um desequilíbrio no mercado, o que dificultaria ainda mais o acesso dos consumidores aos serviços de saúde privada.

Se, de um lado, o beneficiário pleiteia a garantia do direito à vida e à saúde através da cobertura de algum procedimento, ou da redução de percentual de reajuste em sua mensalidade, por exemplo; do outro lado, figura a operadora defendendo o seu direito fundamental à livre iniciativa, da liberdade de contratar e da propriedade privada, devendo haver um equilíbrio entre os valores envolvidos, não sendo razoável que um particular exija de outro a garantia de um direito fundamental além dos limites

⁸ Um detido e pormenorizado estudo dos casos envolvendo questionamentos judiciais atinentes à cobertura de procedimentos médico-hospitalares pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, permite inferir que raros foram os casos em que a solução atribuída adentrou na discussão deste relevante tema da eficácia do direito fundamental à saúde no âmbito das relações jurídicas entre particulares, quedando a análise restrita, na maioria das vezes, a análise da abusividade das cláusulas contratuais limitadoras da cobertura. MARTINS, 2010.

traçados por um instrumento contratual e pelas normas específicas de regulação que se aplicam àquela relação jurídica, numa clara violação ao princípio da boa-fé objetiva.

A ideia de que o direito à saúde é um direito público subjetivo não pode prevalecer quando ele se manifesta nas relações entre particulares, pois, ainda que se admita a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a vinculação dos sujeitos privados não pode ser tratada da mesma forma que a vinculação do poder público⁹. Como dito anteriormente, a atividade da assistência à saúde privada é permitida pela Constituição Federal, que também garante aos particulares o direito fundamental de livre iniciativa, da propriedade privada e da segurança jurídica, não podendo tais direitos serem sacrificados para que se atendam prestações postas além do compromisso firmado com os beneficiários.

Vale lembrar que a regulação da saúde suplementar preconiza justamente a busca pelo equilíbrio entre os interesses envolvidos nestas relações, conciliando valores sociais, coletivos e individuais com valores econômicos. Na busca pelo balanceamento desta equação, o regulador desenvolve ferramentas técnicas e jurídicas que definem direitos e obrigações de beneficiários e operadoras, mas também desenha os limites destas atribuições, a fim de garantir a sustentabilidade do mercado, bem como a adequação do serviço prestado. Essa ideia fica clara nas palavras de CUNHA (2003, pág. 54), que leciona:

(...) a tendência da regulação é técnica, mediante a explicitação de conceitos jurídicos indeterminados, tais como eficiência, modicidade de tarifas, serviço adequado, segurança, etc., por meio de ponderação entre custos e benefícios na intervenção econômica sobre a liberdade privada.

⁹ SARLET, 2001, pág. 96

Assim, a despeito de se tratar de direito fundamental e diretamente ligado ao direito à vida, o direito à saúde, quando inserido no âmbito do direito privado não pode ser exigido na mesma medida em que é exigido no âmbito do direito público. Isto porque, o texto constitucional é claro ao impor ao Estado o dever de garantir a saúde a todos, ao passo que, na saúde privada, os direitos e obrigações de operadoras e de beneficiários ganham outros moldes, submetendo-se a normas regulatórias específicas e de cunho técnico, além de envolver outros princípios também garantidos constitucionalmente.

Há que se levar em consideração que o ordenamento jurídico também assegura aos particulares os direitos fundamentais à liberdade e à livre iniciativa, bem como a autonomia privada. Não é o fato de ser o particular detentor de poder financeiro que o tornará devedor necessariamente de prestações materiais não contratadas ou não consideradas obrigatórias em nome do direito fundamental à saúde. **A admissão de uma eficácia irrestrita e incondicionada do direito à saúde e seus beneficiários e, até mesmo em relação aos terceiros não beneficiários, ao ponto de torná-la obrigada a cobrir procedimentos ou tratamentos médicos não obrigatórios ou que não foram contratados viola o direito fundamental à livre iniciativa, autonomia privada e liberdade contratual, arrostando a própria eficácia do princípio da preservação da empresa.**¹⁰ (grifo nosso)

Assim, no âmbito da saúde privada, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser aplicada para definir os limites da obrigação de prestar assistência à saúde e os limites do direito de exigir esse serviço, limites estes distintos

¹⁰ SCHULMAN, 2009, pág. 81

daqueles que se colocam no ambiente público. A regulação, nesse sentido, exerce um papel fundamental, uma vez que o mercado só se sustenta se todas as partes tiverem os seus interesses atendidos. O poder judiciário, por sua vez, também deve fazer essa ponderação para evitar que as demandas judiciais ajuizadas contra operadoras se transformem em verdadeira ferramenta para satisfação de prestações materiais e de cunho social que caberiam ao Estado e não ao particular.

3.2 Dos efeitos econômicos da judicialização da saúde suplementar

Além da ponderação acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, a judicialização da saúde suplementar também demanda uma reflexão acerca do seu impacto econômico, na medida em que as decisões que extinguem, impõem, ou relativizam direitos e obrigações dentro do plano de saúde geram efeitos para todo o universo de beneficiários vinculados a uma operadora e para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos¹¹, além de interferir na atividade regulatória, que funciona para garantir a satisfação dos dois polos dessa relação.

Isto acontece, por exemplo, quando a operadora é condenada a garantir determinado procedimento que não esteja previsto no rol de procedimentos da ANS nem nas cláusulas do contrato ou quando algum reajuste, aplicado para fins de equilíbrio do contrato, é revisto ou negado, sem que seja realizada uma perícia atuarial.

¹¹ A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos. O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes privados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional. A análise normativa encontra a análise positiva, com reflexos relevantes na metodologia de pesquisa nessa interface. SALAMA, 2010, pág. 11.

Apesar da Constituição Federal de 1988 estabelecer que Estado e sociedade civil devem atuar solidariamente para garantir o direito à saúde, esta solidariedade não se aplica de forma absoluta no mercado da saúde privada. Neste setor, o conceito de solidariedade une-se ao conceito de mutualismo, já que os contratos de planos de saúde se mantem através das contribuições de todos os beneficiários, cujo valor da mensalidade é ponderado de acordo com o perfil de cada usuário, levando em consideração aspectos como idade (pacto intergeracional), frequência de utilização, fatores de riscos, abrangência da rede de prestadores, dentre outros serviços.

Com isto, pretende-se dizer que uma característica é comum aos negócios jurídicos dos quais aqui se cuida: o consumidor, ao contratar um plano de saúde, transfere para a operadora o risco do custo da assistência médica hospitalar ou odontológica, trocando a possibilidade de uma grande perda pelo pagamento de uma contraprestação pecuniária periódica; a operadora, por sua vez, distribui esse custo entre todos os seus consumidores, já que, a rigor, será suportado pelo fundo formado a partir das contraprestações de todos. Nesse sentido, é possível falar numa solidariedade coletiva como substrato dos planos de saúde, pois diante da impossibilidade de evitar por completo os riscos decorrentes dos males que ameaçam a sua higidez, o consumidor opta por partilhá-los por outros¹².

Cada produto ou plano é sustentado por uma coletividade de beneficiários, de forma que a alteração na equação atuarial entre o valor da mensalidade e o custo efetivamente despendido pela operadora diante de uma nova obrigação que lhe é imposta, compromete a alocação dos recursos, sendo inevitavelmente repassado para todos os usuários. A imposição, por parte do poder judiciário, de novas

¹² SAMPAIO, 2010, pág. 75.

obrigações prestacionais que não estejam previstas em contrato, nem nas normas de regulação também afetam a aplicação da teoria dos custos de transação, desenvolvida justamente para reduzir o impacto de eventos futuros e incertos, característicos de um contrato de plano de saúde, tendo em vista a sua aleatoriedade.

Além disso, o mercado da saúde suplementar também se submete à orientação da ANS que atua, na qualidade de Estado-Regulador, orientando o comportamento dos agentes econômicos envolvidos no setor, sempre com vistas a manter o equilíbrio do mercado e garantir o máximo de efetividade dos direitos atribuídos aos beneficiários dos planos de saúde. Isso se dá, sobretudo, através da construção de normas e parâmetros relativos à precificação dos produtos ofertados, à determinação e aplicação de preços, bem como em relação à gama de serviços e procedimentos que deverão ser prestados obrigatoriamente pelas operadoras de planos de saúde. As reservas financeiras das operadoras também se submetem ao controle restrito da ANS, sobretudo através do FGS – Fundo Garantidor da Saúde Suplementar, criado com a finalidade de compor ativos garantidores, capazes de sustentar a liquidez e a subsistência das operadoras. Isto significa que os valores praticados pelas operadoras, assim como os seus rendimentos, também são submetidos à regulação, para que os custos sejam distribuídos entre os seus beneficiários.

Apesar disso, o fator custo nunca foi impedimento para o Poder Judiciário fazer valer a eficácia do direito à saúde. A consequência disso é que as decisões judiciais que criam novos direitos e obrigações a respeito de temas que já foram submetidos ao crivo do regulador, ou mesmo quando ainda não foram objeto de regulação, acabam provocando impactos econômicos, com a necessidade de realocação de recursos, uma vez que todos os custos suportados pelos agentes econômicos são repassados para os consumidores e os valores que poderiam estar sendo usados

para custear obrigações previstas em contrato ou pela regulação acabam sendo utilizados para recompor o equilíbrio dos contratos.

Em que pese a nobre posição do poder judiciário de querer garantir a saúde de forma universal e igualitária também no âmbito privado, o desequilíbrio provocado pelas decisões judiciais que não observam as normas de regulação podem causar, inclusive, efeitos reversos, na medida em que a ampliação de garantias prestacionais de forma individualizada para um beneficiário, além do quanto previsto ou determinado ou pela norma de regulação, acaba onerando os demais usuários que utilizam da assistência à saúde privada dentro dos moldes estabelecidos pela ANS¹³.

Nessa perspectiva, há quem questione a competência técnica e legal do Poder Judiciário para proferir decisões sobre relações jurídicas que já se encontram regulamentadas por um órgão criado por lei justamente para essa função:

Diante da normatização infraconstitucional suficiente e conforme o texto constitucional e seu projeto de máxima efetividade dos direitos fundamentais, apta a regulamentar o caso concreto, não há, em princípio, qualquer justificativa para que o intérprete aplicador do direito recorra imediata e diretamente ao preceito constitucional veiculador do direito fundamental, em substituição à atividade ponderativa realizada pelo Legislativo, sob pena de violação dos princípios constitucionais democrático e da separação dos poderes, salvo em hipóteses excepcionais. (STEINMEZ, 2004)

O mesmo raciocínio se aplica em relação às competências exercidas pelas agências reguladoras, as quais foram outorgadas por atos normativos legítimos, não havendo que se cogitar da substituição da sua atuação pela atuação do poder judiciário, a não ser nos casos de flagrante ilegalidade. Considerando que a regulação

¹³ SARLET (2009, pág. 285)

do mercado de saúde suplementar foi outorgada à ANS pelas leis nº 9.656/98 e nº 9.961/00 e tal ente promove a regulação da matéria dentro da sua competência, tais atos normativos devem ser observados no processo decisório do poder judiciário.

Nesse sentido, MARIA ELISA CURCIO destaca que:

O espírito de tal delegação da atividade legislativa tipicamente do Poder Legislativo (Montesquieu) se deve ao fato de que as agências reguladoras são compostas em seus quadros, por especialistas afeitos ao espectro do órgão. O que, portanto, confere a oportunidade da criação de textos mais específicos e adequados ao assunto em tela.

(<https://www.jota.info/colunas/as-claras/atividade-reguladora-no-brasil-14122017>)

Outrossim, a redação do art. 196 da Constituição Federal é clara ao estabelecer que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais (BARROSO, 2009, p. 30-31). No entanto, a constitucionalização do direito à saúde parece ter alcançado as relações privadas de tal modo, que o poder judiciário tem aplicado também às operadoras de planos de saúde os princípios da integralidade e da universalidade, inseridos no contexto do serviço público de saúde.

3.3 Das ferramentas que diminuem o impacto da judicialização na regulação

Atento ao fenômeno da judicialização da saúde suplementar e às suas consequências no mercado regulado, o CNJ já reconheceu a necessidade de munir os julgadores com mais informações técnicas a respeito deste tema, ao editar a portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009, que determina a criação de um grupo de

trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

No âmbito da saúde suplementar, foi editada a recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011, no sentido de assegurar mais eficiência na solução das demandas judiciais, sugerindo-se a criação de convênios para disponibilização de profissionais da área de saúde para auxiliar os magistrados na formação do seu juízo de valor em relação às questões clínicas apresentadas nas demandas, além de orientar os magistrados para que oficiem, quando cabível e possível, a ANS e a ANVISA, para se manifestarem sobre a matéria posta em juízo, dentro do ambiente de conhecimento de cada órgão, visando garantir um melhor embasamento técnico e jurídico para os atos judiciais.

Ainda no âmbito do CNJ, o Fórum da Saúde desenvolveu um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, chamado Sistema Resolução 107, além de promover a instalação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATs) e a criação do cadastro nacional de pareceres, notas e informações técnicas, o e-NATJus, para combater a judicialização predatória.

O que se espera, é uma melhor conexão entre os poderes judiciário, executivo e mesmo legislativo, no sentido de promover mais segurança jurídica e estabilidade econômica aos agentes do mercado da saúde suplementar, sejam eles consumidores ou operadoras de saúde, sem deixar de garantir os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, nem os direitos estabelecidos de forma legítima e democrática através da legislação infraconstitucional, buscando o equilíbrio entre os interesses de todas as partes, numa verdadeira atividade regulatória.

4 – ANÁLISE DE CASOS POLÊMICOS JUDICIALIZADOS E COM EVIDENTE IMPACTO REGULATÓRIO

Dentre os casos mais polêmicos de judicialização da saúde suplementar e com inequívocos efeitos sobre a regulação, destacamos a discussão relativa ao reajuste por faixa etária em face do Estatuto do Idoso, bem como as ações que envolvem a cobertura de procedimentos, com destaque para a súmula nº 102 do TJSP que considera abusiva a negativa de cobertura para tratamento experimental ou não incluído no rol da ANS, quando tal tratamento é indicado pelo médico assistente do beneficiário.

Tais casos confirmam a tendência de o judiciário decidir as lides que envolvem serviços de saúde privada com base nos direitos fundamentais da saúde e do consumidor, sem analisar outras questões igualmente essenciais aos contratos de planos de saúde, gerando efeitos muitas vezes adversos na regulação do mercado, que é gerido por um órgão regulador específico e se submete a normas de conteúdo técnico e especializado direcionadas justamente para orientar as relações jurídicas constituídas no ambiente da saúde suplementar.

4.1 Dos reajustes por faixa etária em face do Estatuto do Idoso

A Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003, conhecida como Estatuto do Idoso, dispõe no §3º do art. 15 que “é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. A RN 63/2003 da ANS, por sua vez, com base no art. 15 da Lei de Planos de Saúde, define limites para a variação de preço por faixa etária nos planos contratados a partir de 1º de janeiro de 2004 e para os planos antigos que não tenham cláusula contratual a respeito, estabelecendo 10 faixas etárias – a última aos 59 anos -, sendo que o valor fixado

para a última faixa não pode ser superior a 06 (seis) vezes o previsto para a primeira. Além disso, a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não pode ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima.

Esses parâmetros foram estabelecidos à luz do pacto intergeracional, para que os beneficiários de cada faixa etária contribuam na medida do seu custo assistencial, tornando o plano mais sustentável. A aplicação dos reajustes por faixa etária, quando devidamente aplicados, permite esse equilíbrio, fazendo com que quem usa menos o plano também contribua para a manutenção de quem demanda mais assistência. No entanto, apesar da construção desta equação, diversas são as decisões judiciais que decretam a ilegalidade ou impõem a revisão dos reajustes por faixa etária, utilizando como fundamento Estatuto do Idoso, mesmo quando os seus parâmetros seguem à risca o normativo da ANS e as cláusulas contratuais.

É o caso do julgamento da ação que tramitou no TJMG, cuja decisão de primeira instância decidiu pela procedência do pedido do autor que questionava, com fundamento no §3º do Art. 5º do Estatuto do Idoso, o reajuste aplicado à mensalidade do seu contrato por motivo de mudança de faixa etária, mesmo após a perícia produzida na instrução processual indicar que o reajuste era necessário para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Em segunda instância, porém, a sentença foi reformada, reconhecendo-se a validade do reajuste, tendo em vista a total observância das normas impostas pelo órgão regulador, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - REVISÃO CONTRATUAL C.C. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - NULIDADE DE CLÁUSULA DE REAJUSTE DE PLANO DE SAÚDE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - CONTRATO ANTERIOR AO ESTATUTO DO IDOSO - REAJUSTE PREVISTO E AUTORIZADO PELA ANS - AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. Se o julgador expôs os motivos que o levaram à

formação de seu convencimento, a sentença foi fundamentada, sendo desnecessário o pronunciamento expresso sobre provas e leis que a parte entende importantes se já expôs motivo suficiente para julgar em determinado sentido. **Se o contrato de plano de saúde foi firmado antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso, válida é a cláusula de reajuste da contraprestação, autorizada pela ANS, em função da mudança de faixa etária do usuário.** Preliminar rejeitada e recurso provido. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 1.0024.07.426137-1/001. 10ª Câmara Cível Relator: Des. Gutemberg da Mota e Silva. j. 14 dez. 2010. DJMG, 14 jan. 2011) (Grifo nosso)

O mesmo se diga em relação à decisão proferida em primeira instância no processo nº 0000554-24.2015.8.05.0250, que tramita na 1ª Vara dos Juizados Especiais de Simões Filho, Bahia, no qual o magistrado determinou a revisão do percentual de reajuste por faixa etária aplicado quando a beneficiária completou 59 anos, diminuindo de 84,33% para 36,70%, utilizando-se como único fundamento o princípio da proporcionalidade, sem considerar as normas da ANS, nem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e nem mesmo o impacto do percentual fixado no contrato da beneficiária:

Portanto, **com base no princípio da proporcionalidade**, vislumbro a legalidade do pleito formulado na exordial, a fim de que o aumento por mudança de faixa etária no percentual de 84,33% aplicado a partir de janeiro de 2014 sobre as mensalidades do plano de saúde deva ser revisto pelo presente feito, reduzindo-o ao percentual de 36,70%, reajuste este proporcional e razoável para a continuidade da relação consumerista estabelecida entre as partes.

(...)

Isto posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial, mantenho em definitivo a medida liminar, para A) declarar o abusivo reajuste que seria aplicado sobre a mensalidade do plano de saúde da consumidora a partir de janeiro de 2014 (...).
(grifo nosso)

Como se vê, nas demandas ajuizadas para questionar a aplicação de reajuste por faixa etária em face do Estatuto do Idoso, os julgadores ainda afastam a incidência deste reajuste, ou diminuem o seu percentual, mesmo que ele esteja previsto no contrato e de acordo com o normativo da ANS, havendo casos em que sequer se produz a prova pericial capaz de determinar o índice de reajuste adequado para aquela faixa etária. Tampouco são levadas em consideração eventuais informações de cunho atuarial ou qualquer outro dado relativo ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, provocando inequívoca instabilidade nessas relações.

Vale lembrar que, o reajuste por mudança de faixa etária, assim como os parâmetros fixados pela resolução nº 63/2003 da ANS, tem como fundamento o mutualismo (regime de repartição simples) e o princípio da solidariedade intergeracional, que visa equilibrar os custos entre os usuários agrupados de acordo com a idade, protegendo e garantindo o acesso dos consumidores de mais idade, que representam mais custos para as operadoras, além de evitar que somente os mais jovens sejam privilegiados por mensalidades mais baixas, por representarem um menor risco, numa espécie de subsídio cruzado. Porém, quando estes reajustes são revisados pelo judiciário de forma pontual e individual, sem uma ponderação do impacto econômico que a decisão irá causar, os custos de tal intervenção são repassados para todo o universo de beneficiários que compõem a carteira de determinado plano, provocando um desequilíbrio em cadeia.

Nesse sentido, o STJ decidiu, em sede de recurso repetitivo (Tema 952¹⁴), pela legalidade dos reajustes por faixa etária em face do Estatuto do Idoso, desde que haja previsão contratual, que tais reajustes estejam de acordo com as regras editadas pela ANS e desde que não sejam desarrazoados. Essa decisão não só confirma a legitimidade das normas editadas pela ANS, sobretudo os parâmetros estabelecidos na RN 63/2003, como também atribui ao julgador um juízo de valor sensível em relação à “razoabilidade” dos percentuais aplicados, na medida em que impõe uma ponderação entre o direito fundamental à saúde, através do acesso e da manutenção do idoso no plano; e todos os aspectos econômicos que também são inerentes e fundamentais para a sustentabilidade do contrato do plano de saúde, representando, ao fim, uma inequívoca atividade de regulação.

Mais uma vez, destaca-se que a presente exposição não tem o condão de legitimar ou mesmo sustentar os reajustes aplicados de forma aleatória pelas operadoras de planos de saúde, nem respaldar nenhuma atitude abusiva e ilegal, que deve ser abruptamente combatida, seja pela via da regulação, seja pela via judicial. O que se pretende é chamar a atenção para a ausência de tecnicidade especializada detectada em diversas decisões judiciais, que acaba afetando o ambiente regulado ao trazer instabilidade e insegurança jurídica para os contratos de planos de saúde.

Desta forma, o poder judiciário deve munir-se de ferramentas que possibilitem mais acesso e compreensão da atividade regulatória, para que as decisões se coadunem com os interesses envolvidos nas relações oriundas da saúde privada, bem como aos normativos e as políticas que são aplicadas ao mercado.

¹⁴ REsp. 1.568.244/RJ

4.2 Da Súmula 102 TJ/SP – Cobertura obrigatória de tratamentos experimentais ou excluídos do rol da ANS

Outro caso que também merece atenção, em razão dos efeitos provocados no ambiente regulado, é o da Súmula nº 102 editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que tem a seguinte redação:

102. Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento de sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

De acordo com esse entendimento, havendo indicação médica, os planos de saúde estão obrigados a custear tratamento de natureza experimental ou que não esteja incluído no rol de procedimentos obrigatórios da ANS. Tal orientação, além de ser contrária à legislação vigente, tem inegável conteúdo regulatório, na medida em que impõe às operadoras uma obrigação que extrapola as regras editadas pela própria ANS, além de provocar instabilidade e insegurança jurídica nas relações entre beneficiários e planos de saúde.

O art. 10 da Lei de Planos de Saúde estabelece em seu *caput*, a regra geral que impõe a cobertura de todas as doenças listadas na Classificação Estatística de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde. Na parte final da sua redação, contudo, admite a exclusão de cobertura para alguns casos, dentre os quais figura logo no inciso I o tratamento clínico ou cirúrgico experimental. O §1º do mesmo artigo ainda esclarece que as exceções serão objeto de regulamentação pela ANS, ao passo que o §4º estabelece que “a amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS”. O inciso III do art. 4º da Lei 9.961/2000, por sua vez, informa que é da competência da ANS “elaborar o rol de procedimentos e

eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei 9.656, de 03 de junho de 1998 e suas excepcionalidades”.

Assim, é possível concluir que, ao contrário do quanto determinado pela Súmula nº 102 do TJ/SP, os tratamentos de natureza experimental estão expressamente excluídos da cobertura obrigatória dos planos de saúde, cabendo ao órgão regulador eventual regulamentação a seu respeito. Além disso, a cobertura obrigatória encontra-se restrita aos procedimentos e eventos listados no rol elaborado pela ANS, além de qualquer outro item que esteja previamente previsto no contrato firmado entre as partes, independentemente de prescrição médica. Ou seja, é da ANS a competência legal para definir a amplitude da cobertura obrigatória dos contratos de planos de saúde, da qual estarão excluídos – salvo previsão expressa em contrato – os tratamentos e cirurgias de natureza experimental, dentre outras hipóteses listadas no art. 10 da Lei nº 9.656/98.

O rol de procedimentos da ANS consiste em uma lista extensa com os procedimentos que devem ser obrigatoriamente cobertos pelas operadoras, cuja definição leva em consideração fatores como segurança, efetividade e custo, representando um instrumento imprescindível para estabelecer os direitos e as obrigações oriundos das relações jurídicas dos planos de saúde. Além disso, este documento é atualizado a cada dois anos, contando com a ampla participação de agentes que atuam no mercado de saúde privada, como representantes da área técnica do órgão regulador, representantes de órgãos de defesa do consumidor, prestadores de serviços de assistência à saúde privada, dentre outros, além de se submeter a consulta pública antes da sua divulgação.

Além de ter sido atribuída por lei à ANS, a construção do rol de procedimentos decorre de um processo complexo que envolve estudos, investigações científicas,

análise econômica de custo e efetividade, além de diversos debates e discussões que são travados entre os agentes do mercado, inclusive entidades defensoras dos direitos dos consumidores. A definição da cobertura obrigatória também afeta a precificação dos produtos ofertados pelas operadoras, que também é monitorada pelo órgão regulador através das NTRP's (notas técnicas de registro de preços), com a finalidade de garantir a sustentabilidade dos planos e a compatibilidade dos preços praticados com o risco coberto pela operadora.

Nesse sentido, a edição da Súmula nº 102 do TJSP, além de apresentar-se desprovida de legalidade, ao garantir a prestação de tratamentos experimentais ou excluídos do rol da ANS, pode provocar efeitos indesejados no mercado regulado, ao ampliar a gama de serviços que devem ser prestados pelas operadoras, sem nenhuma ponderação em termos de custos, segurança e efetividade para o beneficiário. A possibilidade de ampliação do rol de procedimentos de forma subjetiva e aleatória, restrita apenas à prescrição médica e sem maiores ponderações e análises técnicas, acaba gerando um ambiente de instabilidade no setor da saúde privada, cujos efeitos são precificados e repassados diretamente para os beneficiários.

Além disso, a construção desse entendimento jurisprudencial no estado que concentra o maior índice de demandas judiciais contra planos de saúde, não é capaz de impedir que as operadoras continuem a promover ilegalidades mesmo diante das regras definidas pela ANS. Ou seja, a simples imposição de novas obrigações, sem qualquer justificativa técnica ou fundamento econômico, não extingue as deficiências do setor, nem garante que os beneficiários terão acesso a procedimentos, sejam eles obrigatórios ou não.

Não fosse o bastante, a definição de novas regras pelo judiciário, que afetam diretamente a atividade das operadoras de planos de saúde, também revela indícios de violação do princípio constitucional da separação de poderes, uma vez que a competência da ANS, vinculada ao poder executivo através do Ministério da Saúde, foi-lhe atribuída por lei, na expressão máxima da atividade do poder legislativo, não podendo ser, portanto, superada pela atividade do poder judiciário, mormente sem maior fundamentação técnica e jurídica a respeito do tema.

O que se percebe, na verdade, é a intenção do poder judiciário de sobrepor-se à ineficiência do Estado na sua obrigação constitucional de garantir o direito à saúde a todos, determinando que as operadoras de saúde o façam pelo menos em relação aos seus beneficiários, desconsiderando as peculiaridades envolvidas no setor privado. No entanto, a ampliação deliberada da cobertura dos planos de saúde pelas vias judiciais não pode transformar-se em ferramenta para se fazer justiça social ou alcançar direitos que extrapolam as relações jurídicas em apreço, sobretudo quando se considera a existência de um órgão regulador criado justamente para monitorar, regulamentar e fiscalizar o mercado da saúde privada.

5 - CONCLUSÃO

À luz do sistema constitucional vigente, o direito à saúde tem natureza de direito fundamental social, cabendo ao Estado garanti-lo a todos de forma igualitária e universal. Ainda de acordo com o texto constitucional, o serviço de assistência à saúde também pode ser prestado pela livre iniciativa, através do sistema de saúde suplementar, que se submete aos ditames da regulação exercida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que estabelece normas e diretrizes para o

funcionamento do mercado, com o objetivo de conciliar os interesses entre agentes econômicos e os usuários do serviço.

A despeito desta regulação, as atividades das operadoras de planos de saúde ainda geram muita insatisfação por parte dos consumidores, que recorrem ao poder judiciário para pleitear a prestação da assistência à saúde, provocando o fenômeno hoje conhecido como judicialização da saúde suplementar.

Esse fenômeno, ao mesmo tempo em que traz benefícios para a regulação do setor, expondo falhas e estimulando a revisão e a melhoria de paradigmas, merece uma análise atenta, na medida em que envolve uma sensível e delicada discussão acerca de temas como direito fundamental à saúde, direito do consumidor, livre iniciativa e liberdade de contratar, devendo compatibilizar normas constitucionais, com normas consumeiristas e normas de regulação.

Porém, o que se observa através da análise das decisões judiciais expostas no presente trabalho é uma clara tendência de o judiciário decidir as demandas que envolvem planos de saúde em favor do consumidor, utilizando-se como fundamento o direito fundamental à saúde, sem atentar para os demais aspectos inerentes ao mercado da saúde privada. Essas decisões tampouco consideram o fato de que não se pode exigir do particular o direito à saúde na mesma medida em que se exige do Estado, uma vez que, no âmbito privado, a assistência à saúde é prestada dentro dos limites contratuais firmados com cada beneficiário e desde que obedecidos os parâmetros e normativos impostos pelas normas de regulação e pelas normas consumeiristas.

Ademais, os contratos de planos de saúde revelam uma natureza essencialmente securitária, envolvendo aspectos como onerosidade, mutualidade, aleatoriedade e custos de transação, exigindo-se do julgador uma ponderação acerca

da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares e uma análise econômica do direito. O que se vê nos tribunais pátrios, contudo, é a plena aplicação da constitucionalização do direito à saúde no âmbito do direito privado, em detrimento da observância de outras normas que são fundamentais para o bom funcionamento do mercado e para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de planos de saúde, gerando um impacto regulatório que pode provocar efeitos reversos como instabilidade e insegurança jurídica.

Atento ao fenômeno da judicialização da saúde suplementar e à necessidade de agregar mais eficiência na solução dos conflitos que tratam sobre o tema, o CNJ editou a recomendação nº 36, sugerindo a manifestação de órgãos competentes, como a ANS, acerca da matéria debatida dentro das suas atribuições, auxiliando os magistrados na formação do seu juízo de valor. A criação do Sistema Resolução 107, dos NATS e do e-NATJus também vem contribuindo na construção de decisões e entendimentos providos de maior conteúdo técnico, adequando a atividade jurisdicional à atividade regulatória.

Não se pode esquecer que as normas de regulação são essenciais na busca do equilíbrio das relações entre operadoras e beneficiários. A alteração deliberada e desarrazoada dessa dinâmica revela uma violação aos preceitos normativos que se impõem sobre essas relações e acaba onerando ainda mais os serviços de saúde privada, sobretudo quando se impõem às operadoras obrigações não previstas em contrato ou nas normas editadas pela ANS.

Esses impactos podem ser observados nas ações ajuizadas por beneficiários idosos para contestar o reajuste por faixa etária em face do Estatuto do Idoso, nos quais os magistrados costumam reconhecer a abusividade das cláusulas de reajuste, sem analisar a razoabilidade do percentual aplicado através de análise atuarial e sem

analisar se tal percentual encontra-se em conformidade com as normas editadas pelo órgão regulador, no caso, a RN 63/2003. Há casos, também, conforme analisado no presente trabalho, de magistrados que declaram a abusividade do reajuste por faixa etária mesmo constando prova pericial que justifique a sua aplicação para a manutenção do equilíbrio-econômico financeiro do contrato.

Nesse sentido, a decisão do STJ no recurso repetitivo nº 952 foi fundamental para reconhecer a legalidade do reajuste por faixa etária em face do Estatuto do Idoso, devendo-se observar os três requisitos impostos pelo Tribunal, quais sejam: que o reajuste esteja previsto no contrato, que esteja de acordo com os parâmetros fixados pela ANS e que não seja desarrazoado. A partir de tal julgamento, os magistrados deverão, ainda numa espécie de atividade regulatória, observar o cumprimento dos preceitos impostos pelo órgão regulador, além de julgar a razoabilidade dos percentuais aplicados, sugerindo-se, para tanto, a produção de prova pericial para que haja substrato atuarial capaz de respaldar as decisões e demonstrar o ponto de equilíbrio dos contratos postos em juízo.

No caso da Súmula nº 102 editada pelo TJSP, é evidente o impacto regulatório de tal entendimento, na medida em amplia os direitos dos beneficiários e impõe novas obrigações às operadoras, numa inequívoca inobservância das diretrizes desenhadas pela ANS, que detém competência legal para regulamentar a prestação da assistência à saúde privada e definir o rol de eventos e procedimentos obrigatórios. Mais uma vez, alerta-se para o risco de desequilíbrio e instabilidade nas relações atingidas por esta decisão, uma vez que os custos gerados e não mensurados pela imposição de novas obrigações acabam sendo repassados para os consumidores e afetando todo o ambiente regulado.

Assim, é de se concluir que a judicialização da saúde suplementar, em que pese trazer melhorias para a regulação do mercado, exige um equilíbrio entre todos os aspectos envolvidos nos contratos de planos de saúde, que passam pela ponderação da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares e pela análise econômica do direito, devendo haver uma compatibilização entre os interesses envolvidos e os normativos que protegem tanto os consumidores, como as operadoras. A inobservância desses preceitos, outrossim, gera inequívocos efeitos regulatórios, na medida em que alteram o sistema desenvolvido pelo órgão regulador, criando novos direitos e novas obrigações e gerando impactos econômicos tendo em vista o possível desequilíbrio econômico-financeiro.

Por último, vale repisar que não se pretende anular a atuação do judiciário, nem ignorar a importância da judicialização da saúde suplementar para o aperfeiçoamento do mercado e para a atividade regulatória. No entanto, a atividade jurisdicional deve conciliar os seus parâmetros de julgamento com os parâmetros estabelecidos pelo órgão que detém a competência legal para ditar as regras do mercado de saúde privada, sob pena de gerar ainda mais desequilíbrio e insegurança para as relações estabelecidas pelos planos de saúde.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Revista de Direito Social, Porto Alegre, v.9, n.34, p.11-43, abr./jun. 2009.

CUNHA, Paulo Cesar Melo da. **Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CURSIO, Maria Elisa. **Atividade reguladora no Brasil. Um desafio para a área de Relações Governamentais.** Disponível em <<https://www.jota.info/colunas/as-claras/atividade-reguladora-no-brasil-14122017> > . Acesso em 15 de dez. 2017.

FERRAZ, O. L. M.; VIEIRA, F. S. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante.** Dados, v. 52, n. 1, p. 223–251, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório. Alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático.** São Paulo: Renovar, 2003.

PENIDO MARTINS, T. **A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários.** 2010. 227 f. Dissertação (Mestrado em Direito de Empresa) - Faculdade de Direito Milton Campos, FDMC, Nova Lima, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. *In*: SALAMA, Bruno Meyerhof (Og.). **Direito e economia: textos escolhidos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

VENTURA, M. et al. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. *Physis*, v. 20, n. 1, p. 77–100, 2010.

WILLIAMSON, Oliver E. ***Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications: a study in the economics of internal organization***. 1975.