



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

SOPHIA BRITO LIRA GERMOGLIO

**ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE SUPLEMENTAR: IMPACTOS SOBRE AS
RELAÇÕES DE CONSUMO DE PLANOS DE SAÚDE**

JOÃO PESSOA
2020

SOPHIA BRITO LIRA GERMOGLIO

**ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE SUPLEMENTAR: IMPACTOS SOBRE AS
RELAÇÕES DE CONSUMO DE PLANOS DE SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Adaumirton Dias Lourenço

JOÃO PESSOA

2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

G375a Germoglio, Sophia Brito Lira.

Ativismo judicial na saúde suplementar: impactos sobre as relações de consumo de planos de saúde / Sophia Brito Lira Germoglio. - João Pessoa, 2020.

70 f.

Orientação: Adaumirton Dias Lourenço.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Saúde suplementar. 2. Ativismo judicial. 3. Consequências negativas. I. Lourenço, Adaumirton Dias. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

SOPHIA BRITO LIRA GERMOGLIO

**ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE SUPLEMENTAR: IMPACTOS SOBRE AS
RELAÇÕES DE CONSUMO DE PLANOS DE SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Adaumirton Dias Lourenço

DATA DA APROVAÇÃO: 07/12/2020

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. Adaumirton Dias Lourenço
(ORIENTADOR)

Prof. Ma. Adriana de Abreu Mascarenhas
(AVALIADORA)

Prof. Dra. Maria Goretti Dal Bosco
(AVALIADORA)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e, primeiramente, à minha grande propulsora, Giovanna Germoglio, a quem tenho a honra de chamar carinhosamente de "mainha", que conseguiu transmitir sabiamente os valores passados por Vovó Fabiana e Vovô Umberto. De vovó herdei a sagacidade e de vovô a fervorosidade que carrego para defender fortemente meu ponto de vista. Aos dois, com quem morei por grande parte da minha vida, toda minha gratidão ainda é pouco.

Ao meu pai, Humberto Gadelha, que partiu dessa vida tão cedo, deixando a saudade que diariamente bate em meu peito e aos meus dois anjos da guarda: Vovó Rita e Vovô Coro, exemplos de seres humanos. Vovó Rita dedicou a vida a combater as mazelas sociais quando ainda nem se falava nisso. Vovô Coro foi a experiência em pessoa, sabia de tudo e de todas as histórias, adorava contá-las e eu adorava ouvi-las e, apesar de ter sido Desembargador, nunca deixou de levar a vida simples da qual tanto gostava.

Aos meus irmãos Bruno, Lia e André, minhas cunhadas Cynthia e Yanna, minhas tias Gianna e Giulliana, meus tios Hermano, Giuseppe e, especialmente, Corinho, meu segundo pai, que esteve presente em toda a trajetória, fazendo o possível e o impossível para que eu alcançasse os meus objetivos. À alegria dos meus dias, minha sobrinha, Yasmin, que ainda nem sabe, mas sua risada foi um alívio para os momentos turbulentos que passei nos últimos anos da universidade.

Ao meu companheiro de vida, Gabriel, por toda a paciência, carinho e por irradiar alegria nos meus dias, escutar todos os problemas e tentar solucioná-los. Obrigada por ser a calma da minha tempestade. Você é inigualável.

À nossa UFPB, que passa por um momento conturbado, e todos os professores com quem tive a oportunidade de aprender, mas, especialmente, ao meu orientador, Professor Adaumirton, por ter aceitado esse desafio comigo. Não é preciso muito para perceber que o Professor Adaumirton ama o que faz e o faz com excelência. Por mais "Adaumirtons", "Gustavos" Batista, "Márcias", "Franciscos" e tantos outros que tornam a academia uma experiência valiosa.

Aos meus companheiros de turma, com quem tive o prazer de dividir os quase intermináveis cinco anos de curso: Amanda, Eduardo, George, Giovanna,

Lucas, Luiz Carlos, Malu, Márcio, Marília, Nathália, Stephany e Zé Neto. Os debates, risadas e cada momento acadêmico que experimentamos juntos se tornou, sem sombra de dúvidas, algo prazeroso na memória. Sem vocês a emoção não teria sido a mesma.

Ao escritório que abriu as portas para mim e que carrega o nome do meu avô, Coriolano Dias de Sá, e àqueles que fizeram parte da minha jornada como estagiária: Tio Hermano, Leidson, Yago, Amanda Jorge, Amanda Cordeiro, Bia, Eduardo Estrela, Gaby, Isabella, Julianna Karla, João Carlos, Lane e Larissa. Entre as audiências, prazos e pequenos surtos, cada momento com vocês foi único.

À minha segunda família, Adriely, Amorim, Bia, Bel, Bianca, Bernardo, Caio, Camila, Deivyson, Gustavo, Henrique, Holanda, José, João Luiz, João Vitor, Leo, Matheus, Natália, Raul, Rodrigo (e demais agregados), meus amigos do Marista, que se tornaram um porto seguro e meu alívio cômico nos incontáveis fins de semana. Nossa sintonia é única. Obrigada por simplesmente estarem presentes.

Por fim, a todos aqueles cujo os nomes não pude citar, mas que contribuíram para minha formação.

RESUMO

A presente monografia versa sobre o ativismo judicial nas ações em face dos planos de saúde. Tem por objetivo analisar as consequências advindas das decisões ativistas no âmbito das operadoras de saúde e do próprio consumidor. Busca responder ao seguinte problema: quais são os impactos do ativismo judicial na saúde suplementar brasileira sobre as relações de consumo de plano de saúde? Resultado de uma pesquisa de natureza qualitativa, teórica e descritiva, com uso do método de abordagem indutivo, dos métodos de procedimento histórico e comparativo, bem como das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, o presente trabalho acadêmico faz uma breve retomada da história do direito, trata do nascimento do ativismo judicial nos Estados Unidos, comparando-o com a forma que ocorre o mesmo fenômeno no Brasil, dando azo à expressão "ativismo judicial à brasileira". Apresenta, também, uma retrospectiva da saúde suplementar brasileira, que teve início sem qualquer regulamentação e fiscalização do Estado, para, posteriormente, estudar as leis, a autarquia e as normativas emitidas que regulamentam o setor, isto é, a Lei nº 9.656/9, a Agência Nacional de Saúde Suplementar e o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde por esta estabelecido. Esclarece, então, acerca da judicialização da saúde e sobre os pontos processuais nas demandas em face dos planos de saúde, iniciando com as tutelas de urgência, seguindo para a produção probatória e, depois, as sentenças e acórdãos. Identifica o ativismo judicial e demais fatores que concorrem para o esvaziamento das carteiras e liquidação das operadoras de saúde. Traz, por fim, a mudança de entendimento em relação à taxatividade do Rol da ANS, ocorrida no bojo do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, de grande valia para a sustentabilidade do sistema de saúde suplementar. Conclui que o ativismo judicial ocasiona consequências negativas aos consumidores e para as operadoras de saúde, como o encerramento de atividades, reduzindo a concorrência no setor, e o aumento do custo operacional, que reflete diretamente no valor das mensalidades cobradas aos consumidores.

Palavras-chave: Saúde suplementar. Ativismo judicial. Consequências negativas.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL	11
2.1	ELEMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO: O CAMINHO PERCORRIDO PARA CONSTRUÇÃO DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO.....	11
2.2	O ATIVISMO JUDICIAL NORTE-AMERICANO E A CONTROVÉRSIA DA SUA CARACTERIZAÇÃO.....	15
2.3	O ATIVISMO JUDICIAL "À BRASILEIRA"	18
3	A SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL	25
3.1	A ALTERNATIVA PARA DESAFOGAR O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	25
3.2	A LEI DOS PLANOS DE SAÚDE	32
3.3	A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E O ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE.....	37
4	ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE SUPLEMENTAR	41
4.1	O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	41
4.2	PONTOS PROCESSUAIS NAS DEMANDAS JUDICIAIS EM FACE DOS PLANOS DE SAÚDE	43
4.2.1	As tutelas de urgência e a (ir)reversibilidade da medida.....	44
4.2.2	A produção probatória	48
4.2.3	As sentenças e acórdãos	51
4.3	O ATIVISMO JUDICIAL E DEMAIS FATORES QUE GERAM O ESVAZIAMENTO DE CARTEIRAS E LIQUIDAÇÕES DE OPERADORAS DE SAÚDE.....	53
4.4	A MUDANÇA DE PARADIGMA (<i>OVERRULING</i>) ESTABELECIDA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.733.013/PR	56
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
	REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

Por muito tempo, a saúde privada no Brasil permaneceu sem qualquer tipo de fiscalização ou legislação concernente ao tema, de modo que as abusividades cometidas pelo setor passaram a ser judicializadas (e continuam sendo até os dias atuais) pelos milhões de usuários que compõem as carteiras das operadoras de saúde. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o legislador conferiu um enorme encargo às operadoras de saúde: o de suplementar a saúde pública do Brasil.

Com a crescente judicialização da saúde em porcentagens descomunais e a preocupação na sustentabilidade do setor da saúde suplementar, tendo em vista sua indiscutível contribuição à expansão da medicina no Brasil, o tema do presente trabalho contribui para a Academia e sociedade na medida em que elucida questões acerca da legislação e demais instrumentos normativos que orbitam as relações consumeristas de planos de saúde a partir da análise de julgados. Dessa forma, o objetivo geral se pauta em examinar e refletir sobre as decisões judiciais nas demandas em face dos planos de saúde e suas consequências para as operadoras e para o próprio consumidor.

Diante de sentenças e acórdãos cada vez mais rasos juridicamente falando, os profissionais do direito se questionam acerca dos fundamentos invocados nessas decisões judiciais. Por isso, este trabalho objetiva responder ao seguinte problema: "quais os impactos do ativismo judicial na saúde suplementar brasileira sobre as relações de consumo de plano de saúde?".

O desenvolvimento desse trabalho ocorreu através de pesquisa qualitativa, teórica e descritiva. Utilizamos método de abordagem indutivo, através do qual pudemos determinar a forma de organização do raciocínio partindo de decisões judiciais individualizadas para chegarmos em conclusões gerais e universais. Além disso, empregamos os métodos de procedimento histórico, inserindo o objeto da pesquisa numa perspectiva histórica do direito, nascimento do ativismo judicial e da saúde suplementar, e comparativo, com o intuito de comparar o ativismo judicial nascido nos Estados Unidos com o do Brasil. Ainda, como técnica de pesquisa, adotamos a documentação indireta através da pesquisa documental de leis,

resoluções e jurisprudências e pesquisa bibliográfica por meio da leitura de publicações avulsas, revistas, livros, pesquisas, monografias e teses.

Para melhor estruturação do trabalho, optamos por dividi-lo em três capítulos. O primeiro capítulo resgata os elementos históricos do direito, analisando as correntes doutrinárias e a evolução do Estado até o que se entende hoje como sendo o Estado Democrático de Direito, que possui como protagonista o Poder Judiciário. Em seguida, buscamos as raízes do ativismo judicial, nascido nos Estados Unidos, procurando estabelecer um conceito concreto para o que seria o ativismo judicial e como esse fenômeno ocorria no país de origem. Ao final, realizamos uma comparação do ativismo judicial estadunidense com o que ocorre no Brasil, tendo em vista que se tratam de países com tradições jurídicas opostas e as consequências da ausência de qualquer tipo de estudo prévio para a inserção do ativismo judicial na rotina dos Tribunais brasileiros.

O segundo capítulo faz uma retrospectiva da história da saúde suplementar no Brasil, que foi concebida como uma alternativa para desafogar o Sistema Único de Saúde e a problemática em entender que a saúde privada é substitutiva e não suplementar. Por ser uma área relativamente recente, a demora na normatização de regras voltadas a esse setor causou um desequilíbrio na relação comercial em favor das empresas, até a edição da Lei nº 9.656/98, a chamada Lei dos Planos de Saúde e a criação de uma autarquia voltada a fiscalizar as operações dos planos de saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, que tem como a mais importante função elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde.

Por fim, o terceiro capítulo objetiva investigar os números referentes à judicialização da saúde no país afim de demonstrar o crescimento em massa das ações contra os planos de saúde. Posteriormente, iremos estudar as fases processuais das demandas da saúde suplementar, mais especificamente as tutelas de urgência, a fase probatória e as sentenças e acórdãos proferido no bojo das referidas ações, trazendo à baila julgados para verificar a aplicação das normas pertinentes ao tema. Ainda, analisaremos o ativismo judicial nos processos ajuizados em face dos planos de saúde juntamente com outros fatores para apurar se existem consequências concretas para os próprios consumidores e na operacionalização e sustentabilidade dos planos. No mais, averiguaremos o *overruling* ocorrido no bojo do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, julgado pela

Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça e o que se esperar da mudança de entendimento.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

Ativismo é o substantivo masculino que qualifica uma doutrina que prega e prioriza a transformação da realidade por meio de uma ação prática, opondo-se, veementemente, a qualquer tipo de atividade puramente teórica.

Com a modificação da sociedade, a gramática procura acompanhar a evolução através da criação de novos termos e significados. Essa adaptação não ocorre de forma diferente na práxis jurídica, sendo isso, justamente, o que ocorreu com a expressão "ativismo judicial".

Para analisarmos o que seria o ativismo judicial, iremos perpassar pela história do direito, lembrando as correntes filosóficas desenvolvidas ao longo das décadas e a própria evolução do Estado, para então procedermos à investigação dos contornos do nascimento do ativismo judicial nos Estados Unidos, momento importante para posteriormente diferenciarmos como esse fenômeno ocorre no Brasil, trazendo o conceito do que é o "ativismo judicial à brasileira".

2.1 ELEMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO: O CAMINHO PERCORRIDO PARA CONSTRUÇÃO DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

A história do direito que nos interessa se inicia com a clássica dicotomia do direito natural "*versus*" direito positivo. Durante a Idade Média, época em que cada feudo possuía seu próprio conjunto de regramentos, existia a sobreposição do direito natural ao positivo, até que a sociedade medieval deu vez ao Estado Moderno, concebido com quatro elementos essenciais: a soberania, território, povo e finalidade, de acordo com a classificação adotada por Dalmo Dallari (2011, p. 68).

Com isso, ocorreu o que Norberto Bobbio (1995, p. 27) chamou de "processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado", vez que, anteriormente, as sociedades não se preocupavam com a produção de normas jurídicas, de modo que, ao surgir determinado conflito, cabia ao juiz escolher de que forma iria resolver a lide, isto é, se por meio de critérios equitativos, utilização de precedentes, regras emanadas dos costumes ou até mesmo criar uma nova regra.

De modo diametralmente oposto, com o advento do Estado Moderno, o juiz, que antes tinha total liberdade, passou a ser investido de um poder jurisdicional

concedido pelo Estado, através do qual deveria dizer o direito. Direito este que seria analisado a partir das regras emanadas do órgão com função legiferante ou reconhecidas como válidas pelo próprio ente estatal.

Emergiu, também, o embate entre os absolutistas e liberais. De um lado, Thomas Hobbes, segundo o qual o Estado soberano e, conseqüentemente, o direito positivo, seriam a solução para a anarquia advinda do estado de natureza, e, para tanto, os homens estabelecem um contrato social que implica na monopolização do poder coercitivo e normativo por parte do Estado. Do outro lado, Montesquieu, pregando o dogma da onipotência do legislador através das codificações, mas, para que a sociedade não se sujeitasse às arbitrariedades das autoridades, criou a teoria da separação dos poderes e aderiu à técnica da representação política, isto é, o Poder Legislativo seria representado por todo o povo.

É importante ressaltar que, de fato, existe uma similaridade entre as concepções absolutistas e liberais, e essa observação é feita por Norberto Bobbio (1995, p. 39) nos seguintes termos:

A relação estreita entre concepção absolutista e concepção liberal relativamente à teoria da monopolização do direito por parte do Estado (e, portanto, com vistas à doutrina do positivismo jurídico) pode ser demonstrada pelo fato de que frequentemente os antipositivistas modernos conduzem sua polêmica não tanto contra os teóricos do absolutismo quanto nos confrontos dos pensadores tipicamente liberais.

Ocorre que, no contexto do século XVIII, ainda estava plenamente em vigor os ideais baseados no jusnaturalismo. Todavia, a existência das lacunas do direito faz nascer duas vertentes do positivismo: os juspositivistas, que, prezando pela "coerência", negaram que existisse qualquer lacuna normativa, e os escritores do século XVII e XVIII que, em sentido contrário, consentiram com a existência das lacunas, certificando que o saneamento dessa falha poderia se pautar no próprio direito natural, a exemplo do que ocorre atualmente com a aplicação subsidiária dos diplomas legislativos.

Já no fim do século XVIII e início do século XIX, a escola histórica do direito foi responsável por fazer críticas intensas ao direito natural, sendo considerada propulsora do positivismo jurídico. Com efeito, de acordo com Bobbio (1995, p. 121):

Na Alemanha do século XIX, portanto, a função histórica da legislação foi assumida pelo direito científico; também este, pois, pode ser considerado como um filão da corrente do positivismo jurídico, vez que se funda em dois postulados típicos dessa corrente: a concepção do direito como uma realidade socialmente "dada" ou "posta" e como unidade sistemática de normas gerais.

Eis que na França, a partir da tendência de codificação das normas, do princípio da autoridade, que seria o respeito à vontade do legislador, da separação dos poderes, do princípio da certeza do direito e pelas pressões exercidas pelo governo napoleônico, surge a escola da exegese, pautada nos ideais de superioridade do direito positivo e no juiz "boca da lei".

Não é preciso tecer muitos comentários acerca do positivismo jurídico nos moldes pregados pela escola exegética e as injustiças cometidas a pretexto da necessidade de o juiz simplesmente aplicar a lei, justamente porque, conforme Alexy (2009, p. 4, grifo nosso):

Ao conceito positivista de direito restam apenas dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e o da eficácia social. As numerosas variantes do positivismo jurídico resultam das distintas interpretações e ponderações desses dois elementos de definição. Todas elas têm em comum o fato de considerarem que o que é direito depende exclusivamente do que é estabelecido e/ou eficaz. **Uma correção quanto ao conteúdo, seja de que natureza for, não tem nenhuma importância.**

Como contrapeso ao positivismo e ao jusnaturalismo, surge o realismo jurídico, pregando que o direito não seria o que dizem as normas positivadas no ordenamento, muito menos o que diz a moral, mas seria algo verificado na prática, mais especificamente, para o realismo jurídico norte-americano, o direito seria encontrado nas decisões judiciais.

Indignado com a "infecção" do direito por outras ciências, Hans Kelsen elabora a teoria pura do direito e a estrutura em forma de pirâmide do ordenamento jurídico.

Por fim, após as atrocidades cometidas "em nome da lei" durante a Segunda Guerra Mundial, o pós-positivismo se manifestou, designando várias correntes contemporâneas que prezam pela aproximação do direito e valores. Margarida Camargo (2003, p. 138) explica que o pós-positivismo possui duas vertentes: a

primeira, segundo a qual a moral teria capacidade de romper os limites das normas positivadas, seguida por Ronald Dworkin e Robert Alexy e a segunda, que tem uma posição mais analítica, a exemplo de Fredrich Muller e Peter Haberle.

Apesar da semelhança entre o Estado liberal e social no que tange à monopolização do direito por parte do Estado, com o protagonismo de um Poder específico, havia distinção quanto ao Poder protagonista. Ao passo que no Estado liberal o protagonista era do Poder Legislativo enquanto criador das normas e da própria Constituição, no Estado social o protagonismo seria do Poder Executivo, tendo em vista a necessidade de implementar políticas públicas.

Com o advento do Estado social, que deu vez à criação de novos direitos, houve uma ineficiência para concretizá-los e garanti-los da forma que foram previstos nas Constituições classificadas como dirigentes. Isto porque, como fora apontado por Barbosa e Saracho (2017), o paradigma social não consegue atender a todos os anseios populares e não cumpria com as metas programadas.

À vista disso, o Poder Judiciário se tornou a solução para o cidadão indefeso quando da superação do paradigma social e surgimento do Estado Democrático de Direito, o que pode ser visualizado no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. Nesse sentido, Cláudia Costa (2017, p. 64) examina a atuação central do órgão judiciário nos seguintes termos:

Ressalte-se que, diante da própria crise de legitimidade e atuação do Estado Social de Direito, o Brasil vem assistindo, recentemente, a um relevante aumento no exame das funções do Poder Judiciário, que passou a ser balizado como “esperança” nacional, muito em verdade a partir das atribuições que lhe foram dadas pela própria Constituição de 1988. Desse modo, como centro das atenções, o próprio Poder Judiciário, estampado sob a imagem principalmente do STF, passa a tomar uma relevância como distribuidor da justiça, passando até mesmo a significar, na expressão de alguns, o verdadeiro correspondente à vontade popular, estando a escutar “as vozes do povo”, cuja formulação não era inicialmente concebida no texto constitucional.

Analisado o escopo histórico da filosofia do direito e da evolução do Estado, é perceptível que, devido às barbaridades e a (quase) ausência de interpretação por parte do aplicador do direito, o povo clamava por decisões mais justas e adequadas às mudanças ocorridas no bojo das sociedades, bem como pleiteavam a concretização dos direitos previstos nas cartas constitucionais, razão pela qual o

Poder Judiciário emergiu como o órgão que iria resolver esses problemas sociais, tendo sido, desde então, o protagonista no Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário passou a ser acionado para se manifestar acerca das mais diversas questões, causando o fenômeno conhecido como judicialização de conflitos e, além disso, como resposta ao seu papel de personagem principal no Estado Democrático de Direito, os juízes começaram a atuar de forma mais "ativista" em suas decisões. Entretanto, devemos entender que o protagonismo judicial não é ativismo. O ativismo judicial, que nasceu nos Estados Unidos, merece ser estudado para fins de comparação com essa mesma forma de decisão que ocorre no Brasil, tendo em vista os resultados práticos distintos que os dois países proporcionam.

2.2 O ATIVISMO JUDICIAL NORTE-AMERICANO E A CONTROVÉRSIA DA SUA CARACTERIZAÇÃO

De autoria do historiador Arthur Schlesinger Jr., o termo "ativista" apareceu pela primeira vez no artigo "*The Supreme Court: 1947*" publicado na Revista *Fortune*, em que Schlesinger se dispôs a fazer uma análise crítica dos juízes que compunham a Suprema Corte do país, utilizando-o para designar àqueles juízes progressistas, que não tinham apego exacerbado pelo legalismo em relação aos direitos fundamentais, que seriam, no caso, os "juízes ativistas" em contrapartida aos "juízes autorrestritivos" (TASSINARI, 2012, p. 52).

De acordo com Carlos Campos (2016, p. 66), Arthur Schlesinger, ao final de seu estudo, concluiu que esse embate entre autorrestrição e ativismo judicial culminou num "conflito fundamental sobre a própria função do judiciário em uma democracia". Na realidade, conforme esse autor (CAMPOS, 2016, p. 66):

[...] o "grande debate" era mesmo sobre a extensão na qual a Suprema Corte estava permitida a intervir sobre o campo da política, como bem resumido pelo próprio Schlesinger:

"O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson advoga uma política de autorrestrição judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor de sua própria concepção de bem social; o outro, com expandir o campo de liberdade de conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte como um instrumento para alcançar resultados sociais desejados; o

segundo como um instrumento para permitir que os outros poderes de governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins. Em suma, a ala Black-Douglas parece estar mais preocupada em resolver casos particulares de acordo com suas próprias pré-concepções sociais; a ala Frankfurter-Jackson com preservar o judiciário em seu espaço estabelecido, mas limitado no sistema Americano."

Não obstante o termo "ativismo" ter sido utilizado apenas em meados do século XX, a criação de novos significados para as palavras decorre, justamente, da adaptação da gramática às mudanças sociais. É por isso que a Suprema Corte norte-americana possui inúmeros casos que são considerados ativismo judicial que datam o início do século XIX. O primeiro caso, de *Marbury x Madison*, "inaugura" não somente o ativismo judicial, mas o conceito de controle de constitucionalidade, que, diga-se de passagem, caminham juntos.

Marbury x Madison. 1803. William Marbury requereu, através de um *writ of mandamus*¹, que o Secretário de Estado, James Madison, fosse compelido a cumprir a nomeação dada pelo presidente John Adams à Marbury de Juiz de Paz do Distrito de Columbia. Levando em conta que a Constituição apenas outorgou a competência recursal à Suprema Corte para o julgamento do caso em comento, foi declarada inconstitucional a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que trazia a previsão de competência originária para o julgamento desse tipo de ação.

Diante da narrativa, é clarividente que a discussão acerca do ativismo judicial orbita na história dos Estados Unidos há mais de dois séculos, ou seja, houve tempo para discutir academicamente o ativismo judicial, analisando, também, seus benefícios e malefícios, diferentemente do que ocorreu no Brasil, como veremos mais adiante.

É tão perceptível que o instituto foi se aperfeiçoando e evoluindo no país depois dos primeiros casos que o outro caso considerado como sendo ativismo judicial e *judicial review* na Corte ocorreu praticamente meio século depois e foi uma decisão completamente impiedosa. Falamos do caso do escravo Dred Scott.

Dred Scott foi escravo de um major do exército chamado John Emerson e, ao longo da vida de trabalho do major, quando era remanejado para outros Estados,

¹O writ of mandamus, apesar de parecer o nosso mandado de segurança, na verdade, se trata de uma ordem judicial utilizada, à época, para restituir ou empossar em cargo público o indivíduo que dele, de alguma forma, foi privado. Outrossim, a partir do século XIX, passou a ser utilizado amplamente, agora sim se assemelhando ao mandado de segurança.

Dred sempre o acompanhava, inclusive nos territórios em que a escravidão era proibida. Até que John Emerson faleceu e sua esposa se recusou a conceder liberdade à Dred, o que gerou o ajuizamento de uma ação em que o até então escravo saiu vitorioso.

Contudo, o caso chegou à Suprema Corte, que decidiu que Dred Scott era carecedor de legitimidade processual para pleitear sua liberdade nas cortes federais por simplesmente ser negro. Entenderam os julgadores que a 5ª Emenda garantia constitucionalmente aos cidadãos americanos a propriedade de escravos, direito este que não podia ser limitado ou diminuído pelo Congresso. Ao final, declarou inconstitucional a lei federal que proibia a escravidão no território de Winsconsin. Então surge o questionamento: onde estaria o ativismo judicial nesse caso? Carlos Campos (2016, p. 73, grifo nosso) responde que:

O ativismo judicial de Dred Scott não está na afirmação de que negros não eram cidadãos e, sim, uma “raça infeliz”, “inferior”, simples “artigos de mercancia”. Essas afirmações compõem o caráter moralmente odioso da decisão. O caráter ativista está principalmente na ambição (ou ingenuidade?) da Corte em tentar resolver o conflito político mais tormentoso daqueles dias e em negar ao Congresso o poder de controlar esse conflito nos territórios federais. **Em vez de evitar questão tão tormentosa, a Corte acabou constitucionalizando a escravidão e excluindo o poder do Congresso de tratar o tema.**

Agindo dessa forma, a Corte não foi só ativista, mas também inconsequente. A cautela estratégica, que esteve presente em Marbury, faltou à Corte Taney, que errou gravemente ao “imaginar que uma questão política ardente pudesse ser temperada chamando-a de questão ‘legal’ e decidindo-a judicialmente”. Essa ação da Corte, como se sabe, só fez agravar a divisão político-ideológica do país, ajudando a eclosão da Guerra Civil. - grifamos

Esse foi o contexto do nascimento do ativismo judicial nos Estados Unidos, mas é perceptível que, até então, trouxemos o que seria ativismo judicial através de exemplos com casos concretos, sem apresentarmos uma definição doutrinária. Isso ocorre em razão da alta complexidade de conceituarmos o que seria ativismo judicial. Ativismo, sim, temos um conceito, que foi apresentado no início do capítulo.

Em tese, a partir do que foi narrado até então, o ativismo estaria presente nas decisões judiciais que negassem vigência ou declarassem inconstitucional determinada lei quando interpretada conforme a Constituição. Contudo, limitarmos o

conceito de ativismo judicial a isso seria confundi-lo com o instituto do controle de constitucionalidade. Na realidade, o ativismo judicial é tão subjetivo que existem doutrinadores classificando-o de forma neutra, negativa e positiva.

Para Lawrence Baum (1987, *apud*, RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 27), o ativismo judicial seria "a disposição da Suprema Corte de realizar mudanças significativas em políticas públicas, particularmente em políticas estabelecidas por outras instituições", ou seja, o Judiciário seria ativista quando decidisse de forma contrária aos atos praticados pelos outros poderes (instituições), adotando, portanto, uma posição neutra.

Já Ronald Dworkin é conhecido por ser um autor extremamente contra o ativismo, pois seria "uma forma virulenta de pragmatismo jurídico" (DWORKIN, 1999, p. 452). Afirma, também, que um magistrado que se submete aos ditames do ativismo judicial desprezaria completamente não só a Constituição, mas também os próprios precedentes criados pelas Cortes quando da interpretação do texto constitucional com o condão de impor seu próprio ponto de vista.

Em sentido diametralmente oposto está Mauro Cappelletti (1999, p. 73), que trata o ativismo judicial como "criatividade jurisprudencial" em resposta à revolta popular contra o formalismo e positivismo jurídico, e este último, como visto anteriormente, é demasiadamente nocivo à sociedade e à concretização de direitos.

Instado a se manifestar sobre a invasão de competência do Poder Judiciário no Legislativo ao exercer o ativismo judicial, Mauro Cappelletti (1999, p. 74) se limitou a dizer que os juízes são "criadores do direito, '*law-makers*'. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores".

Percebemos, portanto, que o "ativismo judicial" possui carga valorativa ora positiva, ora negativa, e até mesmo neutra, se apresentando como sendo um termo polissêmico.

2.3 O ATIVISMO JUDICIAL "À BRASILEIRA"

Analisado o nascimento e conceitos do ativismo judicial nos Estados Unidos, iniciamos o presente tópico ressaltando que o referido país possui uma tradição

jurídica oposta à do Brasil. O seu sistema é o do *Common Law*, no qual o direito se desenvolve justamente pelas decisões dos tribunais. Isso, contudo, não afasta a ocorrência de ativismo judicial em nosso país, cujo sistema é o do *Civil Law*. De fato:

Os efeitos do ativismo atingem tanto países da *Common Law* como da *Civil Law*, com a diferença básica que os primeiros admitem a construção da norma a partir da decisão judicial, fundamentada ou não nos precedentes, já que eles podem ser modificados ante um novo caso em exame, bem como nas formas de interpretação teleológica ou integração das normas jurídicas que devem servir a resolver o caso atual, naquele contexto histórico-político-social.

Nos sistemas de origem da *Common Law*, o ativismo judicial se afigura como uma constante, na construção das normas jurídicas por meio dos precedentes jurisprudenciais e novas decisões revogatórias, inclusive de precedentes anacrônicos, enquanto no sistema da *Civil Law*. O limite da jurisprudência é estabelecido pelo Poder Legislativo, que fixa a competência da atuação judicial, criando óbices na construção da norma. (TAQUARY; TAQUARY, 2017, p. 22-23).

Obviamente, portanto, que a utilização do ativismo judicial em países cuja tradição jurídica é a de criação do direito por meio das decisões judiciais tem resultados diversos da utilização do mesmo instituto em países cujo sistema jurídico é baseado na positivação das normas, conferindo papel significativo aos legisladores, como se dá no Brasil.

Investigando a ocorrência do ativismo judicial em países com diferentes tradições jurídicas, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão (2018), preleciona que:

O ativismo judicial é utilizado com bastante moderação em países do sistema jurídico da *common law* - como os Estados Unidos e a Inglaterra -, porquanto regidos por forte vinculação a precedentes que norteiam as decisões judiciais, mitigando a possível insegurança jurídica.

Entretanto, nos países de legalidade estrita, do sistema *civil law* - como se sabe, o Brasil -, os juízes interpretam a mesma lei de forma diferente (ainda incipiente entre nós o denominado direito dos precedentes, trazido com o novo CPC).

Aqui reside o maior perigo do ativismo, a meu ver, pois essa imprevisibilidade das decisões gera então óbvia insegurança jurídica. O decano do STF, Ministro Celso de Mello, nesse sentido, foi preciso: "...a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o STF, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo constitui função típica da instituição

parlamentar" (ADI 1.063/MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18/5/1994, Plenário, DJ de 27/4/2001).

Nada obstante a história do ativismo judicial no Brasil se inicia em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, que, de acordo com Luís Roberto Barroso (2012, p. 3), foi a primeira grande causa da judicialização, juntamente com a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, fazendo com que "algumas questões de larga repercussão política ou social fossem decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais".

Importante trazeremos à baila, também, a afirmação desse Ministro do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2012, p. 5-6), segundo a qual a judicialização não ocorreu por vontade das Cortes, mas sim em virtude do cumprimento do papel constitucional que lhes fora delegado, tanto é que, em tese, os julgados se limitariam à causa de pedir, nunca extrapolando os pedidos formulados.

Ao lado da ideia de judicialização de conflitos, mas possuindo conceito diverso, está o ativismo judicial, que, segundo Barroso (2012, p. 6), estaria manifestado na:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Ocorre que a aplicação da Constituição, a declaração de inconstitucionalidade e a imposição de condutas e abstenções ao Poder Público são atribuições inerentes à própria atividade jurisdicional. Nesse sentido, Clarissa Tassinari (2012, p. 20) acertadamente afirma que "não é nenhuma novidade que o juiz deva mostrar-se preocupado com a aplicação imediata da Constituição, com a realização de um efetivo controle de constitucionalidade e com o cumprimento das finalidades constitucionais".

Em entrevista à Rodrigo Haidar (2013), Barroso declarou que não existe "um surto de ativismo judicial" no Brasil, fundamentando sua afirmação na premissa de que a quantidade de atos declarados inconstitucionais pelo STF é ínfima. Nesta toada, então, questiona-se: seria ativismo judicial apenas a declaração de inconstitucionalidade de determinado ato?

De forma meramente exemplificativa, quando o STF decidiu em 2016 que o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal deveria ser interpretado no sentido de permitir a prisão após a condenação em segunda instância, apesar de não haver declaração de "inconstitucionalidade", claramente fez ativismo judicial e, para além disso, legislou, pois o dispositivo constitucional é cristalino em tolerar a prisão somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que não ocorre quando existem recursos pendentes de julgamento. Nesse sentido, Streck (2018) pondera que:

Por exemplo, negar a clareza do dispositivo que garante a presunção da inocência é ativismo. Às avessas, mas é. Insisto: ativismo é ignorar a constitucionalidade de um dispositivo que se adequa aos princípios subjacentes ao texto constitucional segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Falo desse dispositivo para exemplificar melhor o que estou dizendo.

Esse mesmo ativismo judicial que fez com que os gastos públicos com o cumprimento de demandas judiciais envolvendo fornecimento de fármacos aumentassem 1.300% em sete anos, passando de uma despesa de R\$70.000.000,00 para R\$1.000.000.000,00, de acordo com os dados do Tribunal de Contas da União (2017).

O que ocorre reiteradas vezes é a confusão, não apenas por parte dos aplicadores do direito, mas também pela própria doutrina, de que os conceitos de judicialização e ativismo judicial seriam idênticos.

Nesse seguimento, Marcos Veríssimo (2008, p. 441), criador do termo "ativismo judicial à brasileira", partiu da premissa de que ocorre a judicialização e, conseqüentemente, a sobrecarga de litígios no STF em virtude da própria atuação ativista e do engajamento em questões da política nacional por parte da Corte.

Sobre o termo, Lenio, Tassinari e Lepper (2015, p. 58) entenderam que sua utilização evidencia dois fatores: o primeiro seria no sentido de que o ativismo judicial não foi criado no contexto do sistema jurídico brasileiro, isto é, "como experiência que não é própria". O segundo fator seria uma crítica à forma pela qual o ativismo judicial foi desenvolvido no Brasil, isto é, "a transposição equivocada de um conceito" e "a ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano".

Clarissa Tassinari (2012, p. 22) admite que a dimensão da judicialização "não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante". No mesmo sentido, Barroso, como dito anteriormente. Todavia, discordamos dessa posição.

Obviamente, com a globalização, a integração de mundos, o avanço da tecnologia, da comunicação de como as questões judiciais estariam sendo resolvidas em países estrangeiros, com o pós Segunda Guerra Mundial e a promulgação da Constituição de 1988, a judicialização de conflitos no Brasil só tendeu a crescer.

Não obstante, a partir do momento que o órgão judicante pratica o ativismo no sentido de conferir direitos até então inexistentes a uma só pessoa, criou-se um precedente para que milhares pudessem pleitear aquele mesmo "direito", fazendo nascer a judicialização na sua faceta de aumento exacerbado de demandas.

Afinal, não foram uma ou duas ações judiciais em sete anos que fizeram com que os gastos com medicamentos aumentassem em 1.300%, consoante fora apontado previamente. Nessa perspectiva, Streck (2013) afirma que não importa o "quanto de judicialização", mas sim "como as questões judicializadas" devem ser decididas.

Por isso, apesar da judicialização e do ativismo judicial não possuírem o mesmo sentido, não descartamos a possibilidade de o Poder Judiciário influir no processo de judicialização através do exercício do ativismo judicial, assim como de certa forma enfatizou Marcos Veríssimo (2008, p. 441).

Feitas tais considerações, impende salientarmos que, em contraposição à doutrina do ativismo judicial, temos àqueles que defendem a autocontenção, que seria o impedimento da intervenção do judiciário em matérias que são politicamente controvertidas. Os Estados Unidos, "criadores" do ativismo judicial, iniciaram uma

trajetória no caminho inverso, ou seja, de autocontenção, isto porque, segundo Guedes (2012):

Quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. Põe-se por terra a máxima proposição de justiça dos tempos modernos que é, precisamente, a convicção democrática de que qualquer e todo cidadão encontrará no magistrado a determinação de prestar a mesma resposta que, em situação semelhante, lhe teria prestado outro magistrado (equal under the Law). O magistrado, certamente bem intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões impostas ex post facto, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Como se vê, em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça.

É importante ressaltarmos que a crítica ao ativismo judicial definitivamente não significa a volta do positivismo e o impedimento por completo do juiz exercer o seu poder interpretativo, pelo contrário, "trata-se tão simples, básica e obviamente de se exigir que cada um cumpra sua função: Parlamento legisla, Judiciário interpreta e aplica (e não há uma coisa sem a outra)" (STRECK, 2020).

Ausente de qualquer estudo prévio e debate acadêmico, o ativismo judicial foi inserido no contexto do Poder Judiciário brasileiro sem adaptações à realidade do nosso sistema jurídico, razão pela qual as decisões e juízes ativistas são veementemente criticadas pela doutrina.

Devemos esclarecer que, apesar dos avanços em relação aos direitos fundamentais obtidos através de decisões ativistas, os mesmos julgadores podem, uma vez legitimados pela opinião popular, proferir novas decisões ativistas que sejam obsoletas e antiquadas, ou até mesmo modificar o entendimento outrora estabelecido, como ocorreu no caso da prisão após a condenação em segunda instância, ocasionando a tão perigosa insegurança jurídica.

Temos, portanto, que para conceituar o que seria ativismo judicial não importa o resultado das decisões, isto é, se procedentes ou improcedentes, mas sim o modo de tomá-las, pois, mesmo que o Poder Judiciário acredite estar participando de forma "mais ampla e intensa na concretização dos valores e fins constitucionais" (BARROSO, 2012, p. 6), na verdade, atua como verdadeiro legislador, sem qualquer

respeito à tripartição de poderes e competências estabelecidas pela lei, violando a segurança jurídica de que tanto necessita o Estado Democrático de Direito.

Assim, o ativismo judicial se revela perigoso e deve ser (ou pelo menos deveria ter sido) dosado, estudado e adaptado ao contexto fático do Brasil, sob pena de criarmos um quadro de instabilidade em diversos setores, a exemplo do que ocorre atualmente com a saúde suplementar. Não pode ser desconsiderado que toda decisão ativista decorre de um juízo subjetivo do julgador e que isso é temerário.

3 A SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Por todo o exposto até aqui, apuramos que, com o advento do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário passou a ser o protagonista, sendo visto como a solução para resolver todas as crises que não eram resolvidas pelos outros poderes. Somado a tal fator, a judicialização de conflitos e a forma ativista através da qual os juízes decidiam os casos criou um cenário de insegurança jurídica, que produz consequências nos mais diversos âmbitos da sociedade, incluindo a saúde suplementar.

Nesse contexto, o presente capítulo versa sobre as nuances da saúde suplementar no Brasil. Nele propomos, inicialmente, a investigarmos os fatores que ensejaram o nascimento da saúde privada no país e a evolução desse setor até a previsão constitucional que permitiu a prestação dos serviços de saúde pela iniciativa privada. Ato contínuo, explicaremos as legislações pertinentes ao tema, especificamente a Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98) e, ao fim, trataremos da criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e das suas atribuições definidas por lei.

3.1 A ALTERNATIVA PARA DESAFOGAR O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A história dos planos de saúde, isto é, como ocorria a assistência privada à saúde antes da Constituição de 1988, é digna de ser estudada e compilada em um único documento, pois a literatura é completamente esparsa e cada obra inicia a linha temporal em épocas diferentes.

Nos primórdios, a ideia era de que a instalação dos planos de saúde no país serviria aos trabalhadores e a evolução da assistência privada à saúde acompanhou o processo de industrialização do Brasil. Tudo começou com a promulgação da Lei Eloy Chaves em 1923, marco legislativo da previdência social, que criava, em seus próprios termos, "em cada uma das estradas de ferro existentes no país, uma Caixa de Aposentadorias e Pensões para os respectivos empregados" (art. 1º).

As "caixas" as quais se refere a lei acima transcrita seriam fundos gerenciados e subsidiados pelos empregados e empregadores das empresas

ferroviárias que, além de financiar pensões e aposentadorias, financiavam os serviços médico-hospitalares dos empregados e dos seus dependentes.

Em seguida, no ano de 1933, em que o Brasil estava sendo presidido por Getúlio Vargas, foram criados vários outros institutos que se assemelhavam àquele criado pelo Decreto-Lei nº 4.682/93, incluindo tanto as pensões e aposentadorias, quanto o custeio dos serviços médico-hospitalares para determinadas categorias profissionais, a exemplo do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM), criado em 1933.

De acordo com o site da ANS, esse ainda não é considerado o marco histórico da criação dos planos de saúde no Brasil, apesar de haver uma similaridade na forma de custeio dessas "caixas" com o que se entende hoje como plano de saúde. Aponta, entretanto, que "de fato, em 1944, o Banco do Brasil constitui sua caixa de aposentadoria e pensão - Cassi, que é o mais antigo plano de saúde no Brasil ainda em operação" (ANS, 2000).

Sobre a criação dessa caixa de assistência aos funcionários do Banco do Brasil, Josiane Gomes afirma que em virtude da deficiência na prestação dos "serviços fornecidos pelos institutos de pensões e aposentadorias, tem início o processo de instituição, tanto pelo setor público quanto pelo setor privado, de sistemas de assistência médico-hospitalar para seus funcionários" (GOMES, 2016, p. 73).

Em 1956, Juljan Czapksi, imigrante e médico polonês, trabalhava no Hospital das Clínicas e complementava seu salário como médico na Ultragaz. Uma recessão levou a empresa a cortar os benefícios de saúde que oferecia aos empregados. Com isso, Czapksi criou uma solução narrada por André Cezar Medici (2015, p. 2):

Juljan, como alternativa à perda de emprego e graças a sua grande engenhosidade e capacidade de relacionamento, ofereceu ao dono da Ultragás e a outros empresários que conheceu, uma solução prática e de menor custo para manter a assistência médica de seus empregados: trocar os serviços médicos prestados dentro das empresas, que representavam um alto custo fixo e reduziam a flexibilidade empresarial, pela contratação de uma empresa médica para prover, simultaneamente, serviços de saúde à várias empresas tendo como remuneração um pré-pagamento mensal por empregado.

Fundou, no mesmo ano, a Policlínica Central, que atuava da mesma forma que as *health maintenance organizations* dos Estados Unidos, que são, basicamente, seguros de saúde de contraprestação anual. Com o crescimento maciço do setor automobilístico durante essa década, o principal cliente da carteira da Policlínica Central foi a Volkswagen.

Nascia, neste momento, a chamada medicina de grupo, consubstanciada na celebração de contratos coletivos, cujo o objeto seria disponibilizar a cobertura de serviços médico-hospitalares aos funcionários das empresas contratantes, sendo financiado pelos próprios empregadores.

Os institutos de aposentadorias e pensões foram unificados no Instituto Nacional de Assistência Médica de Previdência Social (INPS) no final da década de 60 e esse órgão veio a se transformar no Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps), que, posteriormente, deu lugar ao Sistema Único de Saúde (SUS) em 1990.

Buscando uma maior autonomia dos profissionais médicos em suas consultas e evitando intermediações das empresas, um grupo de médicos, em 1967, criou na cidade de Santos (SP) a primeira cooperativa de trabalho médico do país: a União dos Médicos - Unimed.

O desenvolvimento e crescimento do setor da saúde privada no Brasil culminou na necessidade de algum tipo de regulamentação estatal. Como resposta, foi editado o Decreto-Lei nº 73/1966, criando a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP). Não obstante, ainda assim a criação desses órgãos não foi suficiente, de acordo com Marco Freitas (2018, p. 28):

Contudo, a não regulamentação de artigos do citado decreto e ausência de fiscalização, aliada à excessiva demanda no setor público redundou na proliferação de empresas que contrariavam as disposições normativas, oferecendo serviços de saúde precários, sob diversas modalidades e nomenclaturas.

Em outras palavras, a ausência de legislação específica e regulamentadora da área da saúde privada, acrescida da inação estatal para evitar excessos e as práticas comerciais abusivas, resultou no crescimento desordenado do setor, não raro em evidente prejuízo do consumidor desses serviços.

Ao mesmo tempo, os consumidores começaram a se interessar pela contratação individual dos planos, isto é, sem qualquer ligação às empresas, o que fez com que as operadoras atingissem um número expressivo de clientes, se expandindo cada vez mais, até 1994.

No início da década de 90, com a inflação descomunal, as operadoras de saúde lucravam muito com aplicações financeiras. Repentinamente, com a implementação do Plano Real, a fonte de renda secou. Em decorrência da situação financeira, as operadoras passaram a buscar outras formas de se manter, mesmo que fossem aplicando reajustes nas mensalidades de forma reiterada e - obviamente - abusiva.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil passou a integrar o pequeno grupo de apenas oito países que fornecem a todos, de forma universal, a saúde. Mas, dos países com mais de 100 milhões de habitantes, foi o único que adotou o desafio, por meio do art. 196 da Carta Maior, de garantir a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Nessa toada, Maurício Ceschin, médico e ex-diretor da ANS, defendeu, em entrevista a Drauzio Varella (2014, p. 25), que "muitos criticam o sistema público de saúde, mas esquecem que somos o único país do mundo com mais de 100 milhões de habitantes que teve a coragem de, constitucionalmente, criar um sistema público universal da saúde".

Ao lado desse sistema público, o legislador constituinte deu vez à iniciativa privada para ofertar assistência à saúde de forma complementar, sob a regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos do art. 199, §1º, que possui a seguinte redação:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar **de forma complementar** do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. - grifamos

A partir daí, iniciam-se as discussões acerca da natureza do sistema privado de saúde no Brasil, mesmo que a redação do dispositivo já tenha sido clara o

suficiente. Seria a assistência privada à saúde um sistema complementar ou substitutivo?

Josiane Gomes (2016, p. 78) tem uma interpretação excêntrica do art. 199, §1º da Constituição. De acordo com a autora, a complementariedade seria apenas uma das hipóteses possíveis de atuação do sistema privado na assistência à saúde, o que seria feito através de contratos ou convênio. Doutro modo, quando não operasse dessa forma, a atuação dos entes privados na saúde seria de concorrência com o serviço público.

Ora, primeiro, devemos ter em mente que não é por acaso que a jurisprudência e praticamente toda doutrina nomeia o sistema privado de saúde no Brasil de "saúde complementar". Isso ocorre justamente porque complementar não é substituir, ou concorrer, ou renunciar ao direito de utilizar o SUS.

Admitirmos que o sistema privado de saúde possa concorrer com o sistema público levar-nos-ia a uma ideia de que nos utilizando de um, não poderíamos utilizarmos do outro, o que não é verdade. A contratação de um plano privado de saúde não significa e nem nunca significou a renúncia ao acesso da opção oferecida pelo Estado, até porque essa opção é irrestrita e universal. Esse entendimento é sedimentado há praticamente uma década no Supremo Tribunal Federal, podendo citar, a título meramente exemplificativo, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 516.671 (2010), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que ponderou o seguinte no seu voto:

Em matéria de saúde, o indivíduo tem plena liberdade para utilizar, seja conjunta ou exclusivamente, do atendimento prestado pelo serviço público ou daquele disponibilizado por particulares. A administração pública não pode condicionar o acesso aos serviços públicos de saúde apenas àqueles que não se utilizam do atendimento prestado pela rede particular.

O que verificamos, na realidade, é uma coexistência de sistemas, mesmo que não existam muitas políticas comuns aos sistemas público e privado de saúde, não significa que sejam concorrentes. Por esse ângulo, Maurício Ceschin (VARELLA; CESCHIN, 2014, p. 86) explica que ao contratar um plano de saúde, a pessoa "acredita que ele vai substituir completamente o SUS, o que não é verdade.

A saúde é suplementar justamente por causa disso: cobre grande parte dos procedimentos, mas algumas coisas ela não cobre".

Pelo exposto, é possível concluirmos, portanto, que existem duas formas de atuação da iniciativa privada na saúde: a complementar e a suplementar. Repetimos apenas para que fique claro: não existe substitutividade ou concorrência entre os sistemas. A única atuação possível da iniciativa privada quando não age complementando o serviço público é a suplementar.

Não obstante, em que pese a Constituição ter finalmente admitido a possibilidade de assistência privada à saúde, novamente não houve qualquer forma de regulamentação mais minuciosa que pudesse criar o mínimo de regras para o funcionamento equilibrado da saúde suplementar no país.

A legislação mais próxima que veio a tratar de saúde foi a Lei nº 8.080/90, a chamada Lei Orgânica da Saúde, mas que se limitou a repetir os artigos da Constituição e a prever, em alguns artigos, a participação complementar da saúde privada, mas não a suplementação.

Em que pese, como dito antes, não existirem políticas que incentivem a atuação de forma conjunta dos sistemas de saúde, a participação complementar da iniciativa privada foi extrema e necessária durante o ano de 2020 com a pandemia causada pela COVID-19, isto porque a saúde privada detém 50% dos leitos de UTI no país, mas a quantidade de beneficiários dos planos de saúde é - um tanto quanto - menor do que os brasileiros que necessitam do SUS.

O cenário pandêmico deu vigência aos artigos previstos na Lei nº 8.080/90, que trazem a possibilidade de o SUS recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir cobertura assistencial a determinada população, o que deve formalizado através de contrato ou convênio. A Prefeitura de São Paulo, por exemplo, abriu vários editais solicitando leitos de UTI da rede privada para atendimento nos casos dos pacientes infectados com o coronavírus, chegando a quase 1.000 leitos em convênios firmados.

Ultrapassada essa questão, como relatado no tópico anterior, as operadoras de saúde cresciam desordenadamente no início da década de 90, com um extenso rol de prestadores sem qualquer tipo de limitação às suas atuações, generalizando os abusos cometidos.

O instrumento normativo que veio para tentar regularizar a situação em 1990 foi o Código de Defesa do Consumidor, revolucionando as relações consumeristas, trazendo proteções não apenas no âmbito de direito material, mas também processual, como a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor hipossuficiente. Transcorre que, de acordo com Josiane Gomes (2016, p. 82):

Contudo, apesar do Código de Defesa do Consumidor ter proporcionado certa limitação à atuação das operadoras de planos de assistência privada à saúde, impedindo a adoção de práticas que restrinjam direitos ou obrigações inerentes ao contrato ou que onerem excessivamente o usuário, verifica-se que a ausência de norma regulamentadora específica sobre o setor de saúde suplementar ainda era um problema. Com efeito, havia a necessidade de uniformização dos entendimentos jurisprudenciais já consolidados, de normatização da forma de constituição e do regime das operadoras, da definição de pontos controvertidos que surgiam nessas contratações, - por exemplo, período de carências, reajustes, rescisão contratual, etc. -, bem como de permissão de atuação administrativa fiscalizadora mais incisiva.

Criada pelo constituinte como uma válvula de escape para não afogar o SUS com a alta quantidade de demanda, a saúde suplementar vem cumprimento rigorosamente sua função. Para endossar essa afirmação, basta uma simples análise de dados, levando em consideração, ainda, que até setembro de 2020 os beneficiários de planos de saúde totalizam cerca de 47 milhões (ANS), enquanto o SUS atende a cerca de 210 milhões de brasileiros (IBGE).

A ANS publica periodicamente um Mapa Assistencial da Saúde Suplementar, reunindo dados recebidos pela autarquia das próprias operadoras de saúde através do Sistema de Informações de Produtos (SIP), desenvolvido para que as operadoras enviem os dados de eventos em saúde. O Mapa Assistencial da Saúde Suplementar de 2015 foi realizado a partir de uma análise conjunta dos dados do SIP e dos dados disponibilizados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que conta com 37 países-membros, incluindo o Brasil.

No que tange ao número de consultas médicas por habitante no ano de 2013, enquanto o SUS contava com a média de 2,7, a saúde suplementar atinge 5,4, ou seja, o dobro (ANS, 2016, p. 8). Em relação à taxa de internação hospitalar por

1.000 habitantes no ano de 2013, enquanto a média dos países da OCDE foi de 155 e o SUS atingiu 56, a saúde suplementar contou com 166 internações.

Nada obstante, os dados mais surpreendentes são em relação ao número de exames de ressonância magnética e cesarianas, tendo em vista que a saúde suplementar do Brasil ocupa o primeiro lugar, num *ranking* com, em média, 30 países.

O número total de exames de ressonância magnética por 1.000 habitantes no ano de 2013 foi de 132 para a saúde suplementar do Brasil, ficando em primeiro lugar, acima da Turquia, que teve a média de 119 (ANS, 2016, p. 12). Ainda, a taxa de cesarianas para 100 nascidos vivos no ano de 2013 foi de 84,6 para a saúde suplementar, disparando em primeiro lugar, enquanto a Turquia ocupa a segunda colocação com 50,4 (ANS, 2016, p. 16). Vale ressaltarmos que o SUS nem sequer aparece nos gráficos. Essa análise de dados de procedimentos autorizados e realizados também foi feita por Antônio Penteado Mendonça (2018, *apud* DE FREITAS, 2018, p. 18), nos seguintes termos:

A importância da contribuição das operadoras de planos de saúde pode ser aferida pelo número impressionante de 1,5 bilhão de procedimentos autorizados anualmente. Não só porque significam bilhões de reais pagos aos prestadores de serviços, mas porque praticamente desoneram o SUS do atendimento de 50 milhões de brasileiros que integram o sistema.

Não há que se discutir que as operadoras de saúde, de fato, aliviam o SUS. E além do mais, ainda que os brasileiros com plano de saúde utilizem a rede pública, existe previsão de ressarcimento ao SUS na Lei 9.656/98 por esses atendimentos prestados. No ano de 2018, por exemplo, a ANS repassou um valor de R\$783,38 milhões ao SUS (ANS, 2019).

Ato contínuo, em que pese a previsão constitucional da prestação da saúde complementar pelas instituições privadas e o advento do CDC, as especificidades das relações envolvendo saúde exigiam a elaboração de legislação específica sobre o tema e diante da situação calamitosa de verdadeiro clamor público, o Estado finalmente agiu, elaborando a Lei nº 9.656/98.

3.2 A LEI DOS PLANOS DE SAÚDE

Em janeiro de 1999 entrou em vigor a chamada Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98), que atendeu aos anseios populares de normatizar as regras referentes às relações consumeristas nos contratos de plano de saúde.

O art. 1º da mencionada lei dispõe quais entidades irão se submeter aos ditames ali estabelecidos. Quando da promulgação, havia uma distinção entre operadoras de planos privados e operadoras de seguros privados de assistência à saúde, o que acabou sendo extinto pela edição da Medida Provisória nº 1.976-22/00 e, posteriormente, pela Medida Provisória 2.177-44/01.

Outrossim, em virtude das alterações, a Lei nº 9.656/98 conceitua apenas o que seria operadora de plano de assistência à saúde, prevendo apenas um produto, o plano privado de assistência à saúde, nos seguintes termos:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a 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; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: 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; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

O §1º do mesmo artigo submete à disciplina dessa lei qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que tenham como objeto a cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica e outras características que diferencie de atividades exclusivamente financeiras à fiscalização da ANS.

No geral, a lei trouxe diversas inovações necessárias à saúde suplementar, a exemplo do cadastro das operadoras, administradoras e dos produtos a serem comercializados na ANS, o plano-referência, reembolso, carência, dispositivos

obrigatórios nos contratos, penalidades a serem aplicadas nos casos de infrações aos dispositivos da lei, regras para continuidade do contrato nos casos de exoneração ou aposentadoria do trabalhador, ressarcimento ao SUS e demais regramentos.

O dispositivo mais relevante e que enseja o ajuizamento da maioria das ações judiciais no âmbito da saúde suplementar é o art. 10, que institui o chamado "plano-referência", exclui vários tratamentos e procedimentos e, em seu §4º, traz a previsão legal para elaboração do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde:

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 art. 12 desta Lei, exceto: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

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 medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12; (Redação dada pela Lei nº 12.880, de 2013) (Vigência)

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

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.

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS. - grifamos

A exclusão desses serviços de forma legal foi importante tanto para o consumidor, quanto para as operadoras de saúde, que, através dos seus cálculos atuariais, poderão (ou poderiam) ter como referência essas exclusões para cobrar uma quantia justa e equilibrada aos serviços prestados.

O advento da Lei nº 9.656/98 foi tão prestigiado e fundamental que a jurisprudência até hoje aplica o teor de seus artigos inclusive para contratos firmados antes da sua vigência, afrontando diretamente o ato jurídico perfeito, previsto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição. Isso mesmo que a própria legislação federal tenha previsto, em seu art. 35, a possibilidade de o consumidor optar por adaptar seu contrato aos novos regramentos, sob pena de manutenção das cláusulas previstas no contrato original.

Apenas a título comprobatório, vejamos a ementa de um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que os julgadores invocaram a tese de que os contratos de planos de saúde são de trato sucessivo (o que, de fato, são) e, por isso, as disposições da Lei nº 9.656/98 abarcariam os contratos firmados antes da sua vigência:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. ARTROPLASTIA TOTAL COXO FEMORAL COM PRÓTESE DO QUADRIL. NEGATIVA DE COBERTURA. MATERIAL LIGADO AO ATO CIRÚRGICO. PLANO ANTERIOR À LEI 9.656/98 E NÃO ADAPTADO. CONTRATO DE TRATO SUCESSO. EXCLUSÃO DE COBERTURA INDEVIDA. 1 - Trata-se de recurso de apelação interposto em face da sentença de improcedência de ação indenizatória por danos materiais por reembolso de valor referente à material cirúrgico. 2 - No caso, a parte autora, segurada pelo /Plano C-R/, teve recusa administrativa para colocação de prótese em seu quadril através de Artroplastia Total Coxo Femural, procedimento necessário em razão do acidente sofrido, havendo atestado médico comprovando a urgência na realização do procedimento. **3 - Após a vigência da Lei nº 9.656/98, não há possibilidade de recusa de cobertura de implante de prótese indispensável ao ato cirúrgico, por força do art. 10, VII, da referida lei, que estabelece que não poderá ser excluído da cobertura o fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios indispensáveis ao ato cirúrgico.** 4 - As disposições da Lei nº 9.656/98 são aplicáveis aos planos de saúde ainda que firmados anteriormente a sua vigência, tendo em vista se tratar de contrato de trato sucessivo que se renova ano a ano. 5 - Ainda que a apelada tenha acostado correspondências endereças à associação contratante, tais documentos não apresentam o conteúdo da proposta, a inviabilizar a análise no caso. Ademais, não há comprovação de que tenha havido a notificação pessoal da apelante acerca da diminuição da cobertura securitária caso permanecesse no plano nos termos do contrato inicia. APELAÇÃO PROVIDA. (TJ-RS - AC: 70069963304 RS, Relator: Sylbio José Costa da Silva Tavares, Data de Julgamento: 25/05/2017, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: 30/05/2017). - grifamos

Dante de julgados como esse, perguntamo-nos qual o sentido de haver previsão na própria Lei nº 9.656/98 que seus dispositivos não seriam aplicados aos contratos firmados antes de sua vigência, exceto àqueles que optassem pela adaptação? Por qual motivo a lei previu que os contratos originais seriam mantidos, inclusive as coberturas assistenciais, caso o consumidor optasse por não adaptar o instrumento? Será que o legislador não considerou que os contratos de plano de saúde seriam contratos de trato sucessivo?

A tese da irretroatividade da Lei dos Planos de Saúde, que já seguia firme na jurisprudência do STJ há tempos, foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931 ainda em 2018, na qual o Ministro Marco Aurélio entendeu pela primazia do ato jurídico perfeito, acordando o Tribunal Pleno que os planos de saúde se submetem à legislação da época em que são contratados e às cláusulas deles constantes.

Em recente decisão, o STF, em sede de repercussão geral, que culminou na fixação da tese do Tema nº 123, confirmando o entendimento outrora adotado, deu provimento ao Recurso Extraordinário nº 948.634, julgando improcedentes os pedidos iniciais e dando vigência à cláusula contratual que previa a exclusão do procedimento perseguido pela beneficiária. Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma que a conduta da operadora de saúde de não autorizar a cirurgia está amparada pelo contrato livremente pactuado na época. Vejamos, portanto, o conteúdo do Tema nº 123 fixado no julgamento do recurso:

As disposições da Lei 9.656/1998, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, somente incidem sobre os contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como nos contratos que, firmados anteriormente, foram adaptados ao seu regime, sendo as respectivas disposições inaplicáveis aos beneficiários que, exercendo sua autonomia de vontade, optaram por manter os planos antigos inalterados.

Dessa forma, não podemos discutir (se é que algum dia existiu algum fundamento juridicamente relevante) a irretroatividade da Lei nº 9.656/98 para os contratos firmados antes da sua vigência.

Ato contínuo, cumpre ressaltarmos que, apesar de haver legislação específica, o CDC não deixou de ser aplicado às relações consumeristas

envolvendo contratos de plano de saúde, sendo corriqueiramente utilizado como fundamento nas decisões judiciais.

Importa também salientarmos que, independentemente de haver legislação específica sobre o tema, os Tribunais parecem ter permanecido nos tempos em que havia apenas a previsão constitucional da possibilidade da prestação de saúde pela iniciativa privada, levando em conta que praticamente nunca dão vigência aos dispositivos da Lei nº 9.656/98. Até mesmo quando a própria lei estabelece que não deverá ser aplicada aos contratos anteriores à sua vigência, as Cortes insistem em desrespeitá-la.

Como a prestação de qualquer atividade de competência do ente público pelo particular deve ser alvo de fiscalização e regulamentação do Estado, a assistência privada à saúde e os prestadores de serviço passaram a se submeter aos preceitos e controle da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

3.3 A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E O ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE

Dois anos após a promulgação da Lei nº 9.656/98, que dispunha sobre os planos privados de assistência à saúde no país, foi publicada a Lei nº 9.961/00, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, sob o regime de autarquia especial.

A delegação à iniciativa privada de serviços que seriam de prestação estatal objetivou a redução de gastos e maior eficiência na execução das atividades. É o que explica a doutrina de Matheus Carvalho, ao tratar acerca das agências reguladoras (CARVALHO, 2017, p. 190):

A criação das Agências Reguladoras se deu com o Programa Nacional de Desestatização. Com o objetivo de reduzir o déficit público, passou-se à iniciativa privada atividades que eram dispendiosas para o Estado, transferindo a prestação de serviços a entidades privadas com a intenção de reduzir gastos e buscar uma maior eficiência na execução destas atividades. Ocorre que esse afastamento do Estado passou a demandar a existência de órgãos reguladores, nascendo, assim, a necessidade de criação desta espécie de autarquia. Ela é criada em regime especial para fiscalizar, regular, normatizar a prestação de serviços públicos por particulares, evitando a busca desenfreada pelo lucro dentro do serviço público.

Dentre as espécies de agências reguladoras, quais sejam: agências que regulam a prestação de serviço público, agências que fiscalizam atividades de fomento, agências que controlam a exploração de atividades econômicas e agências que regulamentam serviços de utilidade pública, a ANS se enquadra na última.

Pois bem. Urge evidenciarmos que a estabilidade e o equilíbrio de todo o sistema da saúde suplementar, que é buscado pela ANS, "é importante para o SUS [...] Impor às operadoras qualquer tipo de ônus não previsto em seu cálculo atuarial simplesmente impacta o equilíbrio das mesmas, do mercado e, em última instância, do próprio SUS" (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 298, *apud* DE FREITAS, 2018, p. 48). Sobre a ANS, Marcos de Freitas (2018, p. 50) comentou:

Tem a ANS, pois, o mister de buscar o equilíbrio e correlação de forças entre o consumidor hipossuficiente de um lado, e de outro as empresas contratadas para prestação de assistência privada à saúde, sem ignorar, contudo, para a complexidade danosa que poderá desencadear em caso de proteção excessiva a qualquer um desses polos.

Ultrapassada a questão acerca da natureza jurídica e sabendo que o objetivo de criação dessa entidade é de fiscalizar, regular e normatizar a prestação da saúde no âmbito privado, talvez a função mais importante prevista na lei que criou a ANS seja a prevista no art. 4º, inciso III, qual seja: "elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades".

A ANS, no âmbito de sua competência regulatória, edita o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que, conforme o art. 4º, inciso III da Lei nº 9.961/00 anteriormente transcrito, constitui uma referência básica de cobertura mínima obrigatória que os planos de saúde devem garantir aos consumidores.

O Rol da ANS é atualizado a cada dois anos para incorporar novas tecnologias em saúde, cujo procedimento se inicia com a deliberação da Diretoria Colegiada da ANS (DICOL), fixando um cronograma com prazo para apresentação das propostas de atualização, ou seja, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode encaminhar uma proposta para análise.

A Resolução Normativa (RN) nº 439/2018 define acerca do processo de atualização periódica do Rol da ANS, estabelecendo os critérios formais para apresentação de uma proposta, como, por exemplo, um Parecer Técnico Científico (PCT) ou Revisão Sistemática trazendo à baila as evidências científicas.

Uma vez analisados os critérios de elegibilidade das propostas, as que não preencherem os requisitos não seguirão para análise técnica e discussão pelo Conselho Permanente de Regulação da Atenção à Saúde (COSAUDE). Por fim, as propostas elegíveis serão submetidas à apreciação da sociedade através de Consultas Públicas.

Disso decorre um desfecho significativo: o Rol da ANS não é formado por procedimentos aleatórios e arbitrários, existe um estudo e um procedimento rigoroso tanto para inclusão como para exclusão de procedimentos, inclusive com ampla participação da sociedade.

Atualmente, o Rol da ANS está vigente através da Resolução Normativa nº 428/2017, que contou com a inclusão de 18 novos procedimentos (exames, terapias e cirurgias) e 7 procedimentos incluindo medicamentos orais contra o câncer. A referida resolução já sofreu várias atualizações e, em 2020, incluiu exames que auxiliam no diagnóstico e tratamento da COVID-19.

Um aspecto muito importante do Rol da ANS é a previsão de Diretrizes de Utilização (DUT), que fixa os critérios com base nas melhores evidências científicas a serem observados para que a cobertura de determinados procedimentos e eventos seja obrigatória. Ou seja: não é porque existe a previsão no rol que o procedimento será efetivamente coberto, deve preencher os requisitos estabelecidos na DUT. Dito isto, vejamos os dois primeiros artigos da RN nº 428/2017:

Art. 1º Esta Resolução Normativa – RN atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a **referência básica para cobertura mínima obrigatória** da atenção à saúde nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

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. - grifamos

Basta uma simples leitura do dispositivo para chegarmos à conclusão lógica de que: o Rol da ANS é uma referência básica para os contratos de planos de saúde, ou seja, poderá ser ofertada uma cobertura maior, todavia, é perfeitamente possível que o instrumento contratual limite a cobertura aos procedimentos e eventos do Rol da ANS. Malgrado a interpretação do dispositivo ser clara e simples, a quantidade de ações envolvendo discussões sobre o Rol da ANS fez a jurisprudência caminhar num sentido completamente diverso, que será objeto de análise mais adiante.

O sistema de saúde suplementar do Brasil estaria completo, ou seja, com legislação federal fixando regras para o funcionamento das operadoras de saúde e com a autarquia responsável por fiscalizar e regulamentar a operacionalização e comercialização dos planos. Entretanto, isso não foi satisfatório para o Poder Judiciário, que "persistiu na sua sanha de fazer justiça social, pouco se importado com o que diz o contrato ou com o teor das aludidas resoluções normativas" (DE FREITAS, 2018, p. 66). É o que abordaremos no próximo capítulo.

4 ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Até então, vimos que a falta de regulamentação do setor da saúde suplementar levou a um quadro de cometimento de abusos por parte das operadoras de saúde contra os consumidores. Como resposta, houve a edição da Lei nº 9.656/98 e a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que deveriam ser suficientes para regulamentar o setor, mas o Poder Judiciário acabou por intervir nas relações de consumo de forma maciça, causando turbulência no âmbito da saúde suplementar.

O presente capítulo objetiva demonstrar de forma mais clara como ocorre o ativismo judicial no âmbito da saúde suplementar, em que a quantidade de ações aumenta progressivamente em virtude do fenômeno conhecido como judicialização da saúde. Para tanto, iremos averiguar como ocorre o processo nas ações envolvendo planos de saúde, desde a concessão de tutelas provisórias até a prolação das sentenças e acórdãos, analisando, também, como o ativismo judicial e outros três fatores influenciam para a diminuição do mercado dos planos de saúde, gerando instabilidade no setor da saúde suplementar. Por fim, veremos a luz no fim do túnel com o *overruling* do Recurso Especial nº 1.733.01/PR.

4.1 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O cenário da total ausência de regulamentação na área da saúde suplementar combinado com a falta de fiscalização da administração pública ensejou o ajuizamento de muitas ações judiciais pelos consumidores usuários dos planos de saúde, dando início à era da chamada "judicialização da saúde" no início da década de 90, período no qual Marco de Freitas (2018, o. 54) explica que as decisões eram extremamente favoráveis às empresas, mas

[...] no início dos anos 90, o número de reclamações e a notória insatisfação pelo serviço prestado pelas operadoras de plano de saúde cresceu vertiginosamente, desaguando toda essa crise relacional no Poder Judiciário, que ainda sem ter em mãos a Lei nº 9.656/98, se valia - como de resto se vale, até os dias que correm - apenas do Código Consumerista, no afã de resgatar alguma proporcionalidade entre as obrigações dos celebrantes, eis que àquela altura desmedidamente as empresas ostentavam nítida vantagem contratual.

Desde então, o número de ações judiciais envolvendo saúde e, principalmente, a saúde suplementar, passou a crescer progressivamente na medida em que cada juiz decidia os casos de acordo com suas convicções pessoais. Nos dias atuais, a preocupação com a judicialização da saúde é tão grande que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), juntamente com o Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), realizaram uma pesquisa mais profunda sobre as ações envolvendo saúde.

Os dados levantados demonstram que houve um crescimento de 130% das demandas judiciais envolvendo saúde na primeira instância entre os anos de 2008 a 2017. No mesmo período, a quantidade total de processos judiciais cresceu apenas 50%. Na segunda instância, entre os anos de 2009 e 2017, foi observado o aumento de 85% das demandas relativas ao direito à saúde, enquanto os processos judiciais em geral cresceram 40% (CNJ; INSPER, 2019, p. 46-47).

Em relação aos principais assuntos discutidos em primeira instância nos Tribunais do país, "planos de saúde" e "seguro" são os mais recorrentes², com a incidência de 30,323% e 21,168% respectivamente. Neste momento é necessário retornarmos à informação de que enquanto os planos de assistência privada à saúde atuam para um mercado de 47 milhões de pessoas (ANS), o SUS garante o direito à saúde para 210 milhões de brasileiros (IBGE) e, ainda assim, as ações judiciais representam cerca de 13% dos casos (CNJ; INSPER, 2019, p. 49).

O CNJ, considerando que a judicialização da saúde envolve questões complicadas e demasiadamente técnicas e a necessidade de especialização dos magistrados para proferirem decisões precisas, editou a Resolução nº 238/2016, criando os Comitês Estaduais da Saúde, formado por magistrados, gestores da saúde, participantes do sistema de saúde, Ministério Público, Defensoria Pública, advogados e representantes dos sistemas público e privado de assistência à saúde, que tem como missão auxiliar os Tribunais na criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído por profissionais da saúde com o objetivo de elaborar pareceres, auxiliando tecnicamente os magistrados em suas decisões.

²Lembramos que a alteração promovida pela Medida Provisória nº 2.177-44/01 eliminou a distinção entre planos privados e seguros de saúde, passando a se referir tão somente aos planos privados de assistência à saúde.

Ainda que tenha sido criado esse núcleo tão necessário às demandas envolvendo saúde, os Tribunais infelizmente não fazem uso dessa ferramenta. Com efeito, o relatório do CNJ e do INSPER também fez um estudo acerca das menções feitas nas decisões aos instrumentos administrativos, quais sejam: o NAT-JUS, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS (CONITEC) e seus protocolos. O resultado é que apenas 15,06% dos acórdãos de judicialização da saúde mencionam o NAT-JUS, 0,51% a CONITEC e 5,83% os protocolos (CNJ; INSPER, 2019, p. 65).

As sentenças do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, mencionam o NAT-JUS no percentual de 0,01%, a CONITEC em 0,22% e os protocolos em 3,43%. Enquanto isso, no que diz respeito ao resultado das ações, 74,68% são julgadas procedentes, 10,39% parcialmente procedentes, 4,48% improcedentes e 3,04% são extintas no mesmo Tribunal (CNJ; INSPER, 2019, p. 78-79).

Por mais que exista um núcleo voltado ao apoio dos magistrados para análise mais técnica e correta das ações que versam sobre saúde, a rejeição da utilização dessa ferramenta é muito grande, o que reflete decisões judiciais com ausência de fundamentação jurídica. Justamente por esse fator, uma das soluções dada pelo relatório do CNJ com a INSPER para resolução do problema da judicialização da saúde no Brasil é a utilização efetiva dos Núcleos e Comitês Técnicos, além da utilização dos Enunciados do CNJ como referências decisórias (CNJ; INSPER, 2019, p. 162-164).

4.2 PONTOS PROCESSUAIS NAS DEMANDAS JUDICIAIS EM FACE DOS PLANOS DE SAÚDE

A maioria dos processos que envolvem saúde se iniciam com o pedido de uma tutela provisória que vai de fornecimento de medicamentos e autorizações de procedimentos a suspensão de reajustes de mensalidades dos planos de saúde. A concessão da tutela provisória deve obedecer aos requisitos fixados pela legislação processual, mas que eventualmente são observados pelos magistrados.

Assim, passaremos a analisar as consequências que o deferimento indevido das tutelas de urgência causa não apenas ao requerido, mas ao próprio requerente.

Também analisaremos a posição dos magistrados quando da produção de provas nos processos envolvendo planos de saúde e o efeito desse posicionamento na prolação das sentenças e acórdãos.

4.2.1 As tutelas de urgência e a (ir)reversibilidade da medida

O Código de Processo Civil trouxe ao ordenamento jurídico processual o instituto das tutelas provisórias, que são divididas entre a tutela de urgência e a tutela de evidência. A semelhança entre os dois tipos e o elemento que caracteriza a tutela provisória é sua concessão sem que o juiz tenha acesso a todos os elementos de convicção da lide, ou seja, são fundadas em juízo de probabilidade.

Daniel Neves (2018, p. 494) explica que não existe discricionariedade na concessão de tutelas provisórias, na verdade, o juiz não pode escolher de forma subjetiva deferi-la ou não. Desse modo, quando preenchidos os requisitos legais, o magistrado deve conceder o pedido, doutro modo, seria teratológica uma decisão que, mesmo ausentes os requisitos, concede a tutela por ser "essa solução a mais oportuna ou conveniente" (NEVES, 2018, p. 494).

Pois bem. A maioria das ações em face dos planos de saúde são ajuizadas com pedidos de tutela de urgência e, mais especificamente, a tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, que permite o gozo antecipado dos efeitos da tutela definitiva. Para tanto, o requerente deve fundamentar o seu pleito demonstrando a observância dos requisitos elencados no art. 300, *caput* e §3º do CPC, que possui a seguinte redação:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito** e o **perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo**.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de **irreversibilidade dos efeitos da decisão**.
(grifamos)

A probabilidade do direito se divide entre a verossimilhança fática e jurídica. Consoante a doutrina de Didier Júnior (2016, p. 608-609), a primeira é constatação de plausibilidade da narrativa fática, enquanto a segunda é a subsunção dos fatos à norma invocada. Nos casos de ações movidas por beneficiários de planos de saúde,

a probabilidade do direito na sua faceta de verossimilhança jurídica deve (ou pelo menos deveria) ser analisada através de três instrumentos base: a Lei 9.656/98, o contrato pactuado entre as partes e o Rol da ANS.

O outro requisito para a concessão é a existência de elementos que indicam o perigo da demora no caso concreto da prestação jurisdicional, evidenciando um dano irreparável ou de difícil reparação. Conforme Didier Júnior (2016, p. 610-611):

Dano irreparável é aquele cujas consequências são irreversíveis [...]
Dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será ressarcido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa [...]
Enfim, o deferimento da tutela provisória somente se justifica quando não for possível aguardar pelo término do processo para entregar a tutela jurisdicional, porque a demora do processo pode causar à parte um dano irreversível ou de difícil reversibilidade.

Cumulativamente com esses dois requisitos, deve ser analisada a irreversibilidade dos efeitos da decisão, ou seja, se, sendo revogada a tutela, é possível retornar ao *status quo* inicial. Não é demais atentar que o deferimento de uma tutela irreversível é antecipar o êxito da demanda por parte do autor, sem qualquer chance de defesa pelo réu.

O que ocorre nas decisões que concedem a tutela de urgência em relação aos planos de saúde é que não há a análise completa desses requisitos, principalmente no que diz respeito à probabilidade de direito do autor. Os magistrados basicamente fundamentam o preenchimento desse requisito na existência de laudos, o que, na verdade, se refere tão somente à verossimilhança fática, mas não a jurídica.

Quando não fazem dessa forma, sequer analisam os documentos juntados. É o caso da ação de obrigação de fazer, ressarcimento e pedido de tutela de urgência, que tramita sob o nº 0801789-84.2019.8.15.0731 na 5ª Vara Mista da Comarca de Cabelo do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJPB). Resumidamente, a parte ajuizou a ação em virtude de ter recebido o diagnóstico de apraxia e necessitar de tratamento com fonoaudiólogo, psicoterapeuta e psicopedagoga com especialização na doença da criança autora da demanda. Em busca da autorização

do plano de saúde, lhe foi indicada uma rede credenciada, mas, em virtude da falta de vagas, não conseguia realizar o tratamento com os profissionais indicados.

O juízo de primeiro grau fundamentou a probabilidade do direito e o perigo do dano na prescrição de profissionais da área de psicologia, fonoaudiologia e psicopedagogia, deferindo a tutela de urgência liminarmente nos moldes requeridos pela parte. A operadora de saúde interpôs agravo de instrumento contra a decisão interlocutória alegando a incompetência dos profissionais apontados para atestar as condições médicas do paciente, sendo esta uma atividade privativa do médico, de acordo com a Lei nº 12.842/13 e, não existindo laudo médico nos autos, a condição de saúde e o diagnóstico não poderiam ser comprovados.

O relator do recurso concedeu o efeito suspensivo para que o plano de saúde fosse desobrigado a custear o tratamento do paciente que sequer tinha prescrição médica para tanto. Em sede de acórdão, a 4ª Câmara do TJPB decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Nesse caso, bastava uma simples análise do julgador e conhecimento da legislação para perceber que de forma alguma havia probabilidade do direito no caso concreto. Frise-se que a parte responde pelo prejuízo causado pela efetivação da tutela de urgência, ou seja, no caso em comento, a operadora de saúde deve cobrar retroativamente os valores despedidos para custear o tratamento enquanto a liminar estava vigente.

O risco nas ações contra planos de saúde reside justamente na revogação da tutela de urgência, isto é, na reversibilidade da medida, critério nunca suscitado pelos magistrados e que pode acarretar um desequilíbrio inimaginável para os consumidores, como é o caso de uma ação civil pública ajuizada contra uma operadora de saúde com pedido de tutela de urgência para suspender os reajustes anuais praticados que ocorreu em Marabá, no Pará, e que será analisada nesta oportunidade.

Antes de adentrar no caso, é preciso explicar por qual razão e como ocorre a incidência do reajuste anual nas diferentes modalidades de planos de saúde. O reajuste em razão do aumento dos custos operacionais ocorre porquê:

Ao longo da vigência do contrato de plano de saúde, é logicamente previsível a variação dos custos médico-hospitalares, que exigem, pois, a majoração dos valores das mensalidades, de modo a preservar a paridade

entre as prestações das partes. Desse modo, há a previsão de reajustes em razão da viação dos custos operacionais, cuja incidência é anual - de acordo com o previsto no art. 28 da Lei nº 9.069/98, que instituiu o Plano Real, bem como o art. 19, *caput* da Resolução Normativa nº 195/09. (GOMES, 2016, p. 269-270).

Existem os seguintes tipos de contratação de planos de saúde: individual ou familiar, coletivo por adesão e coletivo empresarial. O reajuste anual dos planos individuais ou familiares é ditado pela ANS, enquanto que o reajuste anual dos contratos coletivos é negociado entre a operadora de saúde e a pessoa jurídica contratante e deve apenas ser informado à ANS, consoante a Resolução Normativa nº 171/08:

Art. 13. Para os planos coletivos médico-hospitalares, com ou sem cobertura odontológica, com formação de preço pré-estabelecido, assim definidos pelo item 11.1 do anexo II da Resolução Normativa - RN nº 100, de 3 de junho de 2005, independente da data da celebração do contrato, **deverão ser informados à ANS:**

I – os percentuais de reajuste e revisão aplicados; e

II – as alterações de co-participação e franquia. - grifamos

Dessa forma, os reajustes anuais desses tipos de contratos são contabilizados através de cálculos atuariais que apuram o desequilíbrio econômico-atuarial por meio da taxa de sinistralidade. No caso mencionado, que corre com o nº 0802321-26.2020.8.14.0028 na 3ª Vara Cível e Empresarial da Comarca de Marabá no Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA), houve indicação do perito contábil para aplicação do reajuste anual de 34,51%, em virtude do alto percentual de sinistralidade. A negociação entre a administradora de benefícios e a operadora de saúde chegou ao percentual de 30% a ser aplicado no contrato.

Em razão do percentual aplicado, mas sem qualquer tipo de parâmetro para fundamentar a abusividade e munida a operadora de saúde de um cálculo atuarial feito por perito independente, o Ministério Público do Estado do Pará (MPPA) requereu uma tutela antecipada para suspensão do reajuste praticado, o que foi deferido pelo juízo de primeiro grau.

Após a interposição do agravo de instrumento pela cooperativa médica e tendo sido indeferida a concessão do efeito suspensivo, a ANS concluiu pela inexistência de indícios de infração, atestando a legalidade do percentual aplicado

na Notificação de Investigação Preliminar (NIP) nº 4846590, aberta por solicitação do MPPA.

Com essa informação, o Desembargador Relator reformou a decisão monocrática conferindo o efeito suspensivo no recurso de agravo de instrumento e, conseqüentemente, suspendeu os efeitos da decisão do juízo *a quo*. Ocorre que, desde o deferimento da liminar até a concessão do efeito suspensivo se passaram seis meses sem que houvesse a aplicação do reajuste de 30% no contrato com mais de quatro mil beneficiários, causando um risco à operacionalização da cooperativa a cobrança expressiva de valores em caráter retroativo.

A inseqüência no deferimento de tutelas provisórias sem qualquer plausibilidade buscando a proteção do consumidor acarreta justamente na piora da situação para o polo hipossuficiente, como o que ocorreu no caso acima mencionado, já que, agora, os beneficiários serão cobrados de forma retroativa por todos os valores suprimidos durante a vigência da liminar. Nesse sentido, analisando que a função social dos contratos de plano de saúde deveria ser garantir o equilíbrio econômico ao usuário, Marco de Freitas (2018, p. 69) é categórico:

É de se indagar se, decidindo dessa forma, o Poder Judiciário, ao invés de aplicar a função social do contrato, não está partindo em direção diametralmente oposta, ao olvidar não apenas o fato de que tal princípio já foi considerado anteriormente com a intervenção da ANS, como ainda ao afrontar o interesse dos demais consumidores que se acham vinculados àquela carteira contratual, e que são os que, concretamente, arcarão com os custos de uma eventual decisão liminar.

Com efeito, a prestação jurisdicional descuidada no início do processo contamina as demais fases processuais, a exemplo da produção probatória das ações em face dos planos de saúde, que envolvem uma matéria extremamente técnica e que (quase sempre) necessita de auxílio de especialistas.

4.2.2 A produção probatória

O ponto principal dentro do processo judicial é uma decisão baseada em fatos suscitados por uma parte e contestadas pela outra, proferida de forma favorável àquele que tenha razão. Nesse contexto é consagrado o direito fundamental à

prova, segundo o qual "deve-se assegurar, pois, o emprego de todos os meios de provas imprescindíveis para a corroboração dos fatos" (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 47).

Por óbvio, como nenhum direito é absoluto, o direito fundamental à prova prescinde em diversas oportunidades, que deveria se limitar às hipóteses em que colida com outros valores constitucionais relevantes, mas, nas ações contra planos de saúde, os juízes indeferem os pedidos de expedição de ofício à autarquia responsável por fiscalizar a cobertura ofertada pelas operadoras, sob o argumento de que "o profissional da medicina que acompanha os autores tem soberania".

Nesse sentido, é importante ressaltar o teor da Súmula nº 102, editada pelo TJSP, cuja redação é: "Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS".

O verbete é violado completamente o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que consagrou que absolutamente todas as negativas proferidas pelas operadoras de saúde fundamentadas na não previsão do Rol da ANS e no fato de que o tratamento é experimental, que, frisamos, é uma exclusão da Lei nº 9.656/98, seriam abusivas. A súmula fora invocada diversas vezes para indeferir produção de provas, bem como para julgar procedente as ações, razão pela qual sua aplicação foi afastada no recente julgado do STJ, o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.497.534/SP.

O recurso chegou ao STJ com uma sentença que afirmava: "quanto ao pedido de produção de outras provas pela ré, tem-se que a doença do autor está comprovada. Os tratamentos foram prescritos por médicos que acompanham o autor, de modo que a perícia não é pertinente ao caso concreto", tendo sido o entendimento mantido pelo Tribunal. Instada a julgar a questão, a Quarta Turma deu provimento ao recurso especial, com o voto preciso do Ministro Relator Luis Felipe Salomão:

Conforme exposto na própria exordial (causa de pedir e pedido), o autor pretende a imposição de cobertura de terapia que não integram o rol da ANS e nem mesmo são fornecidas pela rede credenciada à Operadora do plano de saúde, invocando a sentença, *data venia*, insólita Súmula local estabelecendo de antemão que, havendo expressa indicação do Médico assistente do próprio autor da ação, é sempre abusiva a negativa de

quaisquer cobertura de custeio de tratamentos, até mesmo se for sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

Surpreendentemente, o posicionamento da Corte Especial tem sido de anulação do acórdão e da sentença, para que sejam remetidos os autos às instâncias ordinárias em virtude da ausência de produção de prova técnica nas ações contra os planos de saúde, determinando, ainda, o requerimento de nota técnica ao NAT-JUS, a exemplo do que podemos observar no Agravo em Recurso Especial nº 1.550.742/SP, também de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, cujo teor do voto contém relevante trecho:

No entanto, a questão não fica assim resolvida, pois, *mutatis mutandis*, como dito no acórdão do recurso especial repetitivo 1.124.552/RS, julgado pela Corte Especial, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias de fato ou eminentemente técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto [...]. Como não houve instrução processual para dirimir questão técnica e a controvérsia foi dirimida como se fosse de natureza tão somente jurídica, a tornar temerária a imediata solução do litígio para julgamento de total improcedência, aplicando-se o direito à espécie (art. 1.034 do CPC/2015 e Súmula 456/STF), é de rigor a anulação do acórdão recorrido e da sentença para que seja efetuado requerimento de nota técnica ao Nat-jus (Núcleo de Apoio Técnico do Tribunal de origem) para que se possa aferir os fatos constitutivos de direito da parte autora - à luz do rol da ANS, e dos preceitos de Saúde Baseada em Evidências -, elucidando-se a questão eminentemente técnica subjacente à jurídica, acerca de se saber se a cobertura vindicada, nas circunstâncias clínicas da autora, consta no rol da ANS e se é efetivamente imprescindível.

Em que pese o entendimento do STJ, os juízes de primeiro grau continuam na sanha de indeferirem a produção de provas em ações de planos de saúde, como se tivessem a expertise necessária para julgar a questão técnica e não necessitassem de auxílio de núcleos e profissionais especialistas no assunto. Um simples ofício expedido para a ANS ou a emissão de parecer pelo NAT-JUS, provas que não ferem ou vão de encontro com outro valor constitucional, são negadas pelo juízo, sob o argumento de que "a ANS não vincula o Poder Judiciário" e que seria desnecessária a expedição de ofício à ANS para saber se o plano de saúde agiu em consonância com a legislação e pedir esclarecimentos sobre a cobertura do

tratamento de hidroterapia, como entendeu o juízo de primeiro grau na Ação Civil Pública nº 0844315-44.2016.8.15.2001 que tramita no PJE do TJPB.

Nesse caso, o juízo, em sede de sentença, indeferiu o pedido de produção de provas formulado pelo plano de saúde pelos argumentos já mencionados, com o agravante de que já havia o Parecer Técnico nº 25/2019 da ANS, que entendeu que o procedimento de hidroterapia não seria de cobertura obrigatória pelos planos de saúde.

À vista disso, o término de um processo de conhecimento sem qualquer tipo de instrução, resolvendo ações que versam sobre negativas e reajustes como se fossem unicamente questão de direito, será, por conseguinte, uma sentença de procedência, mas sem qualquer embasamento técnico

4.2.3 As sentenças e acórdãos

Uma ação sem instrução probatória está fadada a simplesmente deferir o pedido autoral, que, por muitas vezes, é mantido em sede de acórdão. Um exemplo clássico é a decisão que declara a abusividade da cláusula contratual que prevê a aplicação de reajuste por mudança de faixa etária, suspendendo-a completamente ou fixando um percentual que, na subjetividade do julgador, é razoável, a exemplo do processo de nº 0040298-71.2011.815.2001, que será analisado em seguida.

Sobre o tema, temos que o art. 15 da Lei nº 9.656/98 fixa a possibilidade de reajuste em razão da idade do beneficiário. Em virtude de existirem contratos anteriores à referida legislação, o STJ, no julgamento do Recurso Repetitivo nº 1.568.244/RJ que culminou no Tema nº 952, estabeleceu as seguintes regras para aplicação de reajuste por mudança de faixa etária nos contratos a depender da sua regulamentação pela Lei nº 9.656/98 e pelo Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03):

- a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.
- b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias

e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância:

(i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos;

(ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e

(iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

Na integralidade do seu voto, o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cuevas deixa claro a importância do reajuste por faixa etária para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, além de que, sendo o percentual aplicado justificado atuarialmente, não haveria que se falar em abusividade. Doutro modo, uma vez declarado abusivo o índice praticado, deve-se apurar o percentual adequado e razoável através de cálculo atuarial na fase de cumprimento de sentença:

Nesse passo, cumpre ressaltar que, se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde devido à alteração de faixa etária, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

O que torna a questão interessante é que os Tribunais invocam o julgado e o Tema nº 952 para confirmarem (sem qualquer tipo de perícia atuarial) a abusividade do reajuste, todavia, ao final, fixam um percentual completamente aleatório, sem qualquer estudo, mas que acreditam ser justo.

É o caso do Agravo Interno na Apelação nº 0040298-71.2011.815.2001, que tramita no TJPB, em que a sentença de primeiro grau declarou a nulidade da cláusula contratual que previa o reajuste por mudança de faixa etária e suspendeu completamente a sua aplicação. Em sede de recurso, a Terceira Câmara Cível, fundamentando sua decisão no Tema nº 952, deu parcial provimento para considerar válido o reajuste, porém abusivo, razão pela qual fixou o percentual de 20%.

Os Tribunais parecem simplesmente não lerem o julgado em sua integralidade, pois o voto do Ministro Relator é claro ao determinar que, reconhecida a abusividade do reajuste, o percentual adequado e razoável deve ser apurado em sede de liquidação de sentença. Por isso não existe qualquer fundamento para a aplicação de percentual fixado pelo bel-prazer do magistrado, justamente porque lhe falta a competência e capacidade para fazê-lo de modo que não onere demasiadamente um dos polos da relação consumerista.

A ampliação irrestrita das obrigações das operadoras de saúde gera consequências negativas para o sistema de saúde do Brasil como um todo, o que será pormenorizadamente analisado em seguida.

4.3 O ATIVISMO JUDICIAL E DEMAIS FATORES QUE GERAM O Esvaziamento de Carteiras e Liquidações de Operadoras de Saúde

O ativismo judicial no âmbito da saúde suplementar começa a gerar, por óbvio, seus efeitos negativos. O primeiro a ser apontado é o esvaziamento de carteiras das operadoras de planos de saúde, isto é, a diminuição de usuários de planos de saúde, isto porque:

[...] os julgadores recusam-se a se conscientizar de que, em se tratando de um sistema securitário, ressalvados entendimentos doutrinários diversos e admitindo-se o mutualismo também como sistema operacional nos seguros empresariais, as coberturas e indenizações eventualmente alcançadas aos segurados/usuários provêm dos fundos criados pelos próprios consumidores, isto é, não são ilimitados. Daí a necessidade de, para haver um equilíbrio sustentável destas poupanças, serem respeitados os contratos, que não apenas são redigidos, reprisa-se, com base nas normas técnicas oriundas da ANS, como também são calculados (os prêmios, mensalidades) com base em minuciosos e complexos cálculos atuariais. [...]

Em outras palavras, os fundos de onde se extraem as indenizações e coberturas são formados pelos prêmios e contribuições pagas pelos consumidores, sendo que estes valores são calculados, com fito de tornar o montante capaz de atender a todos os sinistros passíveis de ocorrência, com base nos eventos cobertos pelo contrato, que são, pode-se afirmar, aqueles impostos pela lei (e pela regulação, in casu, pela ANS). Ao se extrair dos fundos, valores em razão de condenações judiciais (que impõem coberturas não garantidas originalmente pelo contrato), resulta-se

em diminuição daqueles e, possivelmente, redução da garantia dos demais usuários, também consumidores. (DAHINTEN, 2014, p. 111-112).

De acordo com os dados gerais da ANS, desde 2014 a taxa de crescimento do número de beneficiários dos planos de saúde foi negativa, somente vindo a aumentar no percentual de 0,2% em setembro de 2020, provavelmente em virtude da preocupação causada pela pandemia do COVID-19. Durante o período de queda no número de beneficiários, os gastos de planos de saúde com disputas judiciais dobrou em dois anos, atingindo, R\$1.200.000,00, sendo crescente a quantidade de processos em que se persegue tratamentos ou medicamentos não cobertos (ABRAMGE, 2016).

Devemos levar em consideração, também, que mais de 80% das contratações de planos de saúde são coletivas, seja empresarial ou por adesão, e que os custos das decisões judiciais entram no cálculo da sinistralidade do contrato, sendo repassado o valor final ao consumidor na aplicação do reajuste anual.

A segunda consequência do ativismo judicial é a queda na quantidade de operadoras de saúde ativas no mercado, que vem diminuindo desde 2010. Os registros apontam, também, que, desde 2010, 243 operadoras de saúde entraram em liquidação extrajudicial, falência ou insolvência (ANS). Isso também acarreta o acúmulo de beneficiários em poucas operadoras de saúde, que, conseqüentemente, comandariam o mercado.

A Unimed Paulista, por exemplo, cooperativa médica que atendia mais de 740 mil beneficiários, teve sua alienação compulsória da carteira de beneficiários e liquidação extrajudicial decretada pela ANS em virtude do cenário econômico-financeiro vivenciado pela operadora. O mesmo caso ocorre atualmente com a Unimed Norte e Nordeste, que, através da Resolução Operacional nº 2.530/2020 da ANS, teve decretada a sua alienação compulsória da carteira com mais de 200 mil beneficiários (ANS, 2020).

Obviamente, a insustentabilidade do sistema de saúde suplementar não é mérito apenas do ativismo judicial, apesar de "contribuir" com grande parte dos gastos assistenciais das operadoras. Drauzio Varella e Maurício Ceschin elencam as causas que elevam os preços na comercialização dos planos de saúde. A primeira

causa é que no Brasil ainda não existe uma política preventiva em relação à saúde, nem a privada e nem a pública. Varella recomenda:

Eu começaria por investir na prevenção. Uma vez um executivo de um desses seguros de saúde me disse: "Não adianta investir em prevenção, porque a cada ano e pouco as pessoas mudam de plano. Então, vamos fazer a prevenção e quem vai usufruir é o concorrente". Uma cegueira essa, não é? [...] Se continuar como está, muitos vão quebrar ou passarão a praticar preços insustentáveis para a população. (VARELLA; CESCHIN, 2014, p. 74).

Atualmente o que ocorre é a procura do paciente pelos auspícios do hospital apenas em situações graves, causando mais gastos, em virtude de custeio de procedimentos mais complexos. O que poderia ter sido resolvido com, por exemplo, um medicamento, posteriormente pode se agravar para um caso cirúrgico.

O segundo fator a ser apontado diz respeito aos exames e procedimentos desnecessários prescritos pelos médicos cooperados, resultando no aumento dos encargos operacionais. Ceschin explica que:

Procura-se compensar a falta de atenção e cuidado continuado com a abertura da porteira para a realização indiscriminada de exames e procedimentos que, infelizmente, muitas vezes dão ao paciente uma falsa sensação de segurança, mas não beneficiam seu tratamento. [...] O certo é que, no fim de tudo, a conta do uso abusivo de insumos e tecnologias virá para os consumidores, embutida nos reajustes do plano de saúde, acentuando os conflitos e as críticas. (VARELLA; CESCHIN, 2014, p. 16).

No mais, podemos apontar como o terceiro e último fator a existência de "duas facetas aparentemente contraditórias do consumidor: o consumidor beneficiário da operadora de saúde e o consumidor paciente". Isso porque, quando a pessoa está saudável, acha ruim o reajuste do seu plano de saúde, mas quando está doente "a primeira coisa que diz é: 'Doutor, pode fazer tudo o que for necessário que meu plano cobre!'" (CESCHIN, 2014, p. 54-55).

Percebemos que esse último fator é ligado diretamente com ao ativismo judicial, pois, uma vez negado o procedimento ao qual o beneficiário não tem direito, seja pelo contrato, pela Lei nº 9.656/98 ou pelo Rol da ANS, e ajuizada uma ação judicial, o Poder Judiciário, como já expusemos neste trabalho, interfere

exclusivamente para afirmar equivocadamente que a cobertura dos planos de saúde é ilimitada e irrestrita.

Com o aumento dos gastos assistenciais das operadoras, o preço é, sem sombra de dúvidas, repassado ao consumidor, seja por meio dos reajustes, seja através do valor de uma mensalidade na contratação de um novo plano. Tanto é que, atualmente, o valor dos planos de saúde individuais são impraticáveis, de forma que os consumidores se limitam à classe média alta e alta. No que se refere aos planos coletivos, em virtude da sinistralidade do contrato, os percentuais de reajuste anual são cada vez mais altos, tornando a manutenção do plano inviável para os consumidores.

Nada obstante, parece existir uma luz no fim do túnel com as mudanças de entendimento que estão reiteradamente ocorrendo no STJ, a exemplo do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, que iremos explicar a seguir.

4.4 A MUDANÇA DE PARADIGMA (*OVERRULING*) ESTABELECIDADA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.733.013/PR

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu art. 926 o dever de os Tribunais uniformizarem a jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, como forma de garantir segurança jurídica resolvendo as situações idênticas através da mesma solução jurídica.

Essa obrigação não é dirigida apenas aos Tribunais Superiores, que se utilizam de ferramentas como os recursos repetitivos no STJ e a repercussão geral nos processos do STF. O próprio diploma processual traz a previsão de institutos por meio dos quais os demais Tribunais poderão (e deverão) uniformizar seu entendimento: o incidente de resolução de demanda repetitiva (art. 976 a 987, CPC) e o incidente de assunção de competência (art. 947, CPC).

Não é suficiente, contudo, a uniformização da jurisprudência no âmbito estadual, justamente por isso o art. 927 do CPC determinou as decisões e instrumentos que os juízes e tribunais deverão observar, nos seguintes termos:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Pois bem. No âmbito da saúde suplementar várias matérias foram decididas pelo STJ e pelo STF de forma vinculante e de observância obrigatória pelas demais instâncias, a exemplo do Recurso Repetitivo nº 1.568.244/RJ e do Recurso Extraordinário nº 948.634, ambos trazidos no bojo deste trabalho. Apesar de não se tratar de recurso repetitivo, no Recurso Especial nº 1.733.013/PR houve a superação de determinada tese jurídica, fazendo com que o precedente deixe de existir como fonte vinculante. Acerca desse fenômeno, Daniel Neves (2018, p. 1.410) explica que:

[O precedente] não é naturalmente anulado, revogado ou reformado, porque o precedente na realidade é uma decisão judicial já transitada em julgado, mas com a superação do entendimento nele consagrado deixa de ter eficácia vinculante e até mesmo persuasiva, sendo substituído por outro. Essa superação, portanto, chamada de *overruling* no direito norte-americano, deve ser realizada com extremo cuidado, ponderação e o mais importante, raramente.

Para ocorrer o *overruling* não basta simplesmente a mudança abrupta de entendimento, o art. 927, §4º do CPC exige fundamentação adequada e específica, considerando, ainda, os princípios da segurança jurídica, da proteção, da confiança e da isonomia.

Dito isto, entraremos no teor do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, julgado pela Quarta Turma do STJ, que, por votação unânime, considerou que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde emitido pela ANS seria taxativo, modificando completamente o entendimento jurisprudencial acerca do tema.

Até o julgamento do recurso, o Rol da ANS seria meramente exemplificativo, elencando as referências das coberturas mínimas obrigatórias, de forma que o plano poderia prever quais doenças seriam cobertas, mas não o tipo de tratamento que

será feito para alcançar a cura, tarefa esta que cabe unicamente ao médico assistente, como fazem referência os julgados a exemplo do Agravo em Recurso Especial nº 1.507.020/RS. Justamente por isso foi editada a Súmula 102 do TJSP referida anteriormente, também superada pelo STJ.

O Recurso Especial nº 1.733.013/PR girava em torno da obrigatoriedade do plano em cobrir a cirurgia com materiais para o quadro clínico de desgastes nas vértebras prescrita pelo médico assistente, sendo que o plano de saúde autorizou um procedimento distinto. Julgada parcialmente procedente a ação, foi interposta apelação e recurso adesivo, que reformou a sentença afastando a condenação. Eis que a então parte autora interpôs recurso especial, tendo sido oportunizada a participação da ANS como *amicus curiae*.

Dada a oportunidade, a autarquia federal se manifestou no sentido de que a defesa do rol de procedimentos exemplificativo interfere negativamente no equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar "em razão do efeito cascata refletido em um crescente número de pretensões similares e, com isso, risco à segurança jurídica". Lembrando de que a base do sistema de saúde suplementar é o mutualismo e compreendendo que se trata de negócio jurídico privado, mesmo que seja de relevância pública, a ANS complementa:

Se é assim, não é preciso muito esforço para constatar que a formação do preço do produto ofertado depende de uma criteriosa estimativa a respeito da frequência de ocorrências no setor, bem como de todas as demais despesas relacionadas à prestação do serviço de saúde, e, noutro prisma, de uma projeção de receita que permita a fixação de um valor em patamar adequado a representar equilíbrio atuarial. Quanto maior a estimativa de frequência de sinistro maior deve ser a projeção [...] o que, em escala, pode inclusive comprometer o próprio mercado de saúde suplementar.

[...] 34. Ao se admitir o caráter meramente exemplificativo do rol de cobertura definido pela ANS, descortina-se quadro de absoluta incerteza sobre os riscos que, de fato, estão sendo assumidos pela operadora de plano de saúde, do que decorre invariavelmente a impossibilidade de precificação adequada e, logo, de oferta de produto. De todo modo, não se pode ignorar que a flexibilização do rol de cobertura definido pela ANS traz consigo razoável risco de elevação exponencial do preço dos produtos, tornando as mensalidades mais caras.

Do outro lado, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), também como *amicus curiae* lembrou a vulnerabilidade do consumidor e que não seria

possível entender pela taxatividade do rol, afirmando, pois, que a ANS não tinha um processo contínuo de atualização dos eventos em saúde.

Já o Conselho Federal de Medicina (CFM) apresentou nos autos documentos técnicos entendendo que o procedimento não possuía previsão no rol e, por isso, não seria de cobertura obrigatória, além de não ser previsto na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) e pela Associação Médica Brasileira (AMB).

O Conselho Federal de Farmácia (CFF) também interveio no feito como *amicus curiae*, fazendo a consideração de que o Rol da ANS é periodicamente atualizado, inclusive o prazo seguido para a atualização é condizente com o prazo exigido pelo Ministério da Saúde para atualização de outras normativas.

O Departamento de Proteção e de Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor (STJ, 2019, p. 18) foi preciso na sua argumentação, que transcrevemos *ipsis litteris*:

Tratar o Rol como meramente exemplificativo multiplicaria de forma exponencial a probabilidade de cobertura de procedimentos não previstos, sem aferição adequada de impacto econômico e sem demonstração de sua segurança e/ou efetividade. Não há como prever o custo de procedimento desconhecido, cuja adoção não dependa de prévia análise econômica (como já mencionado nesta nota técnica). Há risco não desprezível de desequilíbrio financeiro e atuarial pela própria imprevisibilidade que a flexibilização do Rol traria consigo, com impactos sobre os preços para os beneficiários/consumidores, exclusão de grupos do atendimento (em função do aumento dos preços) e sobrecarga do sistema público de saúde.

Vários outros entes apresentaram suas manifestações no processo, sendo todas consideradas pela Turma para que fosse superado o entendimento anterior. Em seu voto, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão (STJ, 2019, p. 46-47) foi cirúrgico, entendendo que o rol exemplificativo seria inócuo e ineficiente:

Diante desse cenário, por um lado, não se pode deixar de observar que o rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, em preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, 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.

Por outro lado, esse entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, devendo a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas, tem o condão de efetivamente padronizar todos planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer "tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura".

De fato, precisamos pontuar, também, que mesmo que se entendesse que o Rol da ANS fosse exemplificativo, não seria vedado, ilegal ou abusivo ao contrato de plano de saúde limitar a sua cobertura ao que é previsto pelo rol (o que ocorre em praticamente todo contrato). Isto é, é ofertado como cobertura máxima ao beneficiário àquela cobertura mínima prevista legalmente.

Negado o provimento ao recurso especial, a Quarta Turma iniciou um novo capítulo na história da saúde suplementar. Em virtude de não ter sido proferido o acórdão em sede de recurso repetitivo, é necessário que a Corte Especial decida a questão de forma que vincule as demais instâncias, com o intuito de evitar a divergência jurisprudencial e prezar pela segurança jurídica, que por tanto tempo assolou os contratos de planos de saúde.

Esperamos, com essa decisão, a estabilidade do setor da saúde suplementar, de forma que a precificação e reajustes sejam adequados e razoáveis ao produto ofertado e de forma que o referido setor possa voltar a cumprir seu papel tão essencial de desafogar o SUS, além de tornar acessível a contratação de planos para as demais classes sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento do Estado Democrático de Direito culminou no protagonismo do Poder Judiciário e, juntamente com a inserção no contexto brasileiro da ideia de ativismo judicial sem qualquer tipo de análise prévia acerca do fenômeno, como ocorreu nos Estados Unidos, deu vez a insegurança jurídica. A partir de então, os Tribunais passaram a modificar seus entendimentos frequentemente, inclusive alterando interpretações e julgados que foram alcançados por meio do próprio ativismo judicial, como ocorreu com o julgamento da possibilidade da prisão após a condenação em segunda instância.

Ao mesmo passo, com a Constituição de 1988, o fenômeno da judicialização se iniciou no Brasil e nunca mais parou, principalmente no que tange à judicialização da saúde, que teve o crescimento maior do que as ações em geral, como visto durante este trabalho. É que, diante da ausência de normatização da saúde suplementar, os consumidores buscavam seus anseios através do Poder Judiciário.

Nada obstante a edição da Lei nº 9.656/98 e a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar que, em tese, seriam suficientes para regulamentação do setor, os Tribunais passaram a decidir, até certo ponto, de forma favorável ao consumidor. Isso porque as decisões judiciais que não observam todo o arcabouço normativo da saúde suplementar são obsoletas no sentido de não enxergarem que, ao final, o prejuízo será do próprio consumidor e dos outros que mantêm o fundo daquele contrato de plano de saúde.

À vista dessa situação, o presente trabalho se propôs a responder o seguinte questionamento: quais são os impactos do ativismo judicial na saúde suplementar brasileira sobre as relações de consumo de planos de saúde? Pois bem. Foi possível vislumbrarmos as consequências negativas do ativismo judicial tanto no âmbito processual quanto no âmbito extraprocessual.

Com efeito, o processo judicial no que se refere às ações propostas em face dos planos de saúde é tratado como se fosse uma questão meramente jurídica, sem compreender que são questões muito mais técnicas e que necessitam de auxílio de especialistas para serem resolvidas da maneira mais precisa e justa possível.

Quando do exame dos pedidos de tutela de urgência, por exemplo, alguns juízes não fazem a análise correta da probabilidade do direito e do perigo de dano,

gerando decisões frágeis e facilmente desconstituídas na instância superior através do agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo. Ao conseguir a reforma da decisão no Tribunal, quem vai responder pelos danos causados enquanto a tutela é o próprio beneficiário, ou seja, uma decisão que, primordialmente, seria para beneficiar o polo hipossuficiente, na realidade causou ainda mais prejuízo.

Posteriormente, na produção probatória, qualquer pedido no sentido de ajuda técnica, seja através de perícia ou pelo NAT-JUS, é negada pelo magistrado. Dito isto, como o processo é inteiramente construído em prol do consumidor, a sentença evidentemente também o será.

É necessário frisarmos, contudo, que a declaração de ilegalidade pelo Judiciário de cláusulas contratuais e condutas tomadas a termo pelas operadoras de saúde, mesmo que amparadas pela legislação e por resoluções da ANS, apenas revela o atraso da lei em relação à sociedade. Todavia, a partir do momento que tal fato é detectado, não incumbe ao Poder Judiciário modificar a legislação através das suas decisões judiciais, sob pena de estar adentrando na esfera do Poder Legislativo, este sim competente para modificar o sistema jurídico que engloba as relações com planos de saúde.

Justamente em virtude das interpretações equivocadas advindas do ativismo judicial, bem como dos fatores como a inexistência de saúde preventiva, a quantidade de exames e procedimentos desnecessários e a existência de duas facetas contraditórias do consumidor, quais sejam, o consumidor beneficiário e o consumidor paciente, é que o sistema de saúde suplementar pode entrar em colapso.

As consequências extraprocessuais do ativismo judicial são várias. Inicialmente, temos que a porcentagem de beneficiários de planos de saúde é negativa desde 2014, ao mesmo passo em que a quantidade de operadoras de saúde em atividade também diminuiu.

Os preços não apenas dos planos individuais, como também dos coletivos, se tornam cada vez mais impraticáveis, por isso, ter um plano de saúde atualmente é um privilégio das classes mais abastardas, de modo que, o que foi criado primordialmente para os trabalhadores, vem sendo tirado das suas mãos.

O esvaziamento das carteiras e as liquidações são preocupantes, uma vez que as operadoras que sofrem e encerram suas atividades são os pequenos planos

de saúde, e não àqueles que já se encontram estabilizados no mercado, o que pode ocasionar o monopólio dos beneficiários em pouquíssimas operadoras, que passariam a comandar o mercado.

Enxergando a situação sob a pior ótica possível, caso o sistema de saúde suplementar realmente entre em colapso, a conta cairá para o Sistema Único de Saúde, que terá que dar conta mais de 200 milhões de brasileiros de forma gratuita e universal, inclusive sem direito a qualquer tipo de ressarcimento como ocorre atualmente.

A insustentabilidade dos planos passou a ser uma preocupação nacional e todas essas questões expostas passaram a ser levadas em consideração nas decisões judiciais das instâncias superiores, isto é, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça, com destaque para o julgamento do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, um paradigma de mudança de entendimento quanto à taxatividade do Rol da ANS.

Especificamente com o *overruling* e os demais julgados que tivemos a oportunidade de explanar neste trabalho, aspiramos que passe a existir um equilíbrio no sistema de saúde suplementar como um todo, bem como nos processos em face dos planos de saúde, de sorte que passem a admitir produção de provas técnicas com o fito de auxiliar os julgadores a proferirem decisões embasadas e razoáveis.

Por fim, o objetivo inicialmente proposto seria o de analisar os impactos das decisões judiciais ativistas no âmbito das relações consumeristas de planos de saúde, de sorte que, a partir das pesquisas e dados levantados, pudemos observar as consequências negativas desse fenômeno que vem desestabilizando e desequilibrando as relações contratuais estabelecidas legalmente, desencadeando uma reação contínua de cancelamentos de planos pelos usuários, carteiras de planos de saúde vazias e, por fim, a liquidação das operadoras.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ANS, Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Mapa Assistencial da Saúde Suplementar 2015**. 4. ed. Rio de Janeiro, 2016. 23 p. Disponível em: https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/mapa_assistencial_2016007.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020.

ANS, Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Ressarcimento: ANS repassou valor recorde de R\$ 783,38 milhões ao SUS em 2018**. 2019. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/integracao-com-o-sus/4954-ressarcimento-ans-repassou-valor-recorde-de-r-783-38-milhoes-ao-sus-em-2018>. Acesso em: 15 nov. 2020.

ANS. **Histórico. Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br>. Acesso em: 12 nov. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PLANOS DE SAÚDE. **Judicialização da Saúde: Reportagem mostra a escalada dos custos**. **ABRAMGE**. 2016. Disponível em: <http://www.abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/component/content/article?id=748:judicializacao-da-saude-reportagem-mostra-a-escalada-dos-custos>. Acesso em: 23 nov. 2020.

BARBOSA, Oriana Piske; SARACHO, Antonio Benites. **Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Distrito Federal, 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 24 out. 2020.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.497.534/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 06 out. 2020. **Diário Oficial da União**. Brasília, 23 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stj-afasta-sumula-tj-sp-recusa.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1.733.013/PR. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 10 dez. 2019. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 fev. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858176650/recurso-especial-resp-1733013-pr-2018-0074061-5/inteiro-teor-858176658?ref=serp>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 516.671 Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 01 jun. 2010. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613075>. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 948.634. Relator: Ministro Richardo Lewandowski. Julgamento em 20 out. 2020. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 out. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4928717>. Acesso em: 15 nov. 2020.

CABEDELLO. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. 5ª Vara Mista da Comarca de Cabedelo. Ação de obrigação de fazer c/c ressarcimento e pedido de tutela de urgência n. 0801789-84.2019.8.15.0731. Julgamento em 13 jun. 2019. **Diário Oficial**. Cabedelo. Disponível em: <https://pje.tjpb.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam> ID 19061410574281200000021370395. Acesso em: 29 nov. 2020.

CAMARGO, Margarida. **Hermenêutica e argumentação**: Uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 299 p.

CAMPOS, Carlos. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, p. 117, abr./jun 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça; INSPER, Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, 2019. 172 p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020.

COSTA, Claudia Marcia. **O protagonismo do Poder Judiciário no Estado Social e Democrático de Direito**: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática. São Paulo, 2017. Tese (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3417/5/Claudia%20Marcia%20Costa.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

DAHINTEN, Bernardo Franke. **O direito fundamental do consumidor em contratos de plano de saúde**: a busca entre um ponto de equilíbrio entre os interesses dos consumidores e das operadoras. Porto Alegre, 2014. 208 p. Dissertação (Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: https://www.iess.org.br/cms/rep/2lugardireito_15b0fydz.pdf. Acesso em: 23 nov. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE FREITAS, Marco Antonio Barbosa. **Tutelas provisórias individuais nos contratos de plano de saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 176 p.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de planos de saúde**: A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de saúde. São Paulo: JH Mizuno, 2016.

GUEDES, Néviton. **O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. Consultor Jurídico**. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>. Acesso em: 1 nov. 2020.

H AidAR, Rodrigo. **'Tribunal não cumpre seu papel com 80 mil processos'**. **Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-07/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 26 out. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. IBGE**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao//index.html>. Acesso em: 21 nov. 2020.

JOÃO PESSOA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. 16ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa. Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela n. 0844315-44.2016.8.15.2001. Julgamento em 15 out. 2020. **Diário Oficial**. João Pessoa. Disponível em: <http://pje.tjpb.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=20101510294036500000033904342>. Acesso em: 29 nov. 2020.

LENIO, Streck; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Aduabi. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 51-61, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 1 nov. 2020.

MEDICI, Andre Cezar. **Julian Czapski: O cavaleiro da saúde (1925-2010)**. 2015. 5 p. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/281939668_Julian_Czapski_O_Cavaleiro_da_Saude_1925-2010. Acesso em: 12 nov. 2020.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia e pesquisa no Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: E-book disponível na plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 5 dez. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processo Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Terceira Câmara Cível. Agravo Interno em Apelação n. 0040298-71.2011.815.2001. Julgamento em 23 out. 2018. **Diário Oficial**. João Pessoa.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. 3ª Vara Empresarial e Cível da Comarca de Marabá. Tutela antecipada requerida em caráter antecedente n. 0802321-26.2020.8.14.0028. **Diário Oficial**. Marabá. Disponível em: <https://pje-consultas.tjpa.jus.br/pje-1g-consultas/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam> ID 2004011847328970000015752349. Acesso em: 29 nov. 2020.

RAMOS, Paulo; OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo entre o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, out./dez. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível 0206524-63.2016.8.21.7000. Relator: Sylvio José da Costa Silva Tavares. Julgamento em 25 de maio 2017. **Diário Oficial da União**. Rio Grande do Sul, 30 de maio 2017. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/907747545/apelacao-civel-ac-70069963304-rs>. Acesso em: 15 nov. 2020.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Ativismo judicial: para quem e por quê?**. **Migalhas**. 2018. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que>. Acesso em: 1 nov. 2020.

STRECK, Lenio. **Ao reescrever o art. 316, STF torna prisão preventiva sem prazo**. **Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-19/streck-reescrever-art-316-stf-torna-preventiva-prazo>. Acesso em: 1 nov. 2020.

STRECK, Lenio. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?**. **Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns#_ftnref3_6849. Acesso em: 27 out. 2020.

STRECK, Lenio. **O motim hermenêutico do "bom" e do "mau" ativismo**. **Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativismo>. Acesso em: 27 out. 2020.

TAQUARY, Eneida; TAQUARY, Catharina. Ativismo judicial: apropriação do termo no direito norte-americano. **Revista dos Direitos Humanos em Perspectiva**, Brasília, v. 3, p. 18-38, jan./jun. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/324070944_O_ATIVISMO_JUDICIAL_APROPRIACAO_DO_TERMNO_DIREITO_NORTE-AMERICANO. Acesso em: 24 out. 2020.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. São Leopoldo, 2012. 139 p. Dissertação (Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde. Tribunal de Contas da União**. 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 26 out. 2020.

VARELLA, Drauzio; CESCHIN, Mauricio. **A saúde dos planos de saúde**: Os desafios da assistência privada no Brasil. São Paulo: Editora Paralela, 2014. 155 p.

VERÍSSIMO, Marcos. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 407-440, jul.-dez. 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200004&script=sci_arttext&tIng=pt. Acesso em: 27 out. 2020.