

**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE**  
**NÚCLEO DE CIÊNCIAS DO PODER JUDICIÁRIO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM JUSTIÇA ADMINISTRATIVA**

**OTAVIO AUGUSTO LIMA DE PILLA**

**O CONTROLE JUDICIAL DA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO  
BRASIL: PARÂMETROS PARA FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÃO**

**NITERÓI**  
**2013**

Pilla, Otavio Augusto Lima de.

O controle judicial da regulação da saúde suplementar no Brasil:  
parâmetros para fundamentação de decisão / Otavio Augusto Lima de  
Pilla – Niterói, RJ, 2013.

104f.

Dissertação (Mestrado profissional em Justiça Administrativa) –  
Universidade Federal Fluminense – UFF / NUPEJ

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Fabiana D’Andrea Ramos

1. Justiça Administrativa. 2. Controle Judicial. 3. Regulação.  
4. Saúde Suplementar. I. Título.

CDU -

**OTAVIO AUGUSTO LIMA DE PILLA**

**O CONTROLE JUDICIAL DA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO  
BRASIL: PARÂMETROS PARA FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Justiça Administrativa (PPGJA) do Núcleo de Ciências do Poder Judiciário da Universidade Federal Fluminense, como requisito para conclusão do curso de mestrado profissionalizante.

Linha de pesquisa: Justiça Administrativa e Fortalecimento do Estado de Direito.

Subárea: Justiça Administrativa e Saúde Coletiva.

Orientadora:

Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Fabiana D'Andrea Ramos

**NITERÓI**

**2013**

**OTAVIO AUGUSTO LIMA DE PILLA**

**O CONTROLE JUDICIAL DA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO  
BRASIL: PARÂMETROS PARA FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Justiça Administrativa (PPGJA) do Núcleo de Ciências do Poder Judiciário da Universidade Federal Fluminense, como requisito para conclusão do curso de mestrado profissionalizante.

Linha de pesquisa: Justiça Administrativa e Fortalecimento do Estado de Direito.

Subárea: Justiça Administrativa e Saúde Coletiva.

Data da aprovação: 21/03/2013

---

Profª Drª Fabiana D'Andrea Ramos (orientadora)  
Universidade Federal Fluminense – UFF (Direito)

---

Profº Dr. Aluísio Gomes da Silva Júnior  
Universidade Federal Fluminense – UFF (Saúde Coletiva)

---

Profº Dr. Cássio Machado Cavalli  
Fundação Getúlio Vargas – FGV (Direito)

---

Profº Dr. Cláudio Monteiro Considera  
Universidade Federal Fluminense – UFF (Economia)

**NITERÓI**

**2013**



À minha esposa Fátima, aos meus filhos  
Ana Carolina e Arthur, aos meus pais e  
irmãos.

## RESUMO

Este trabalho consiste na pesquisa e no estudo do controle judicial, perante a Justiça Federal, da regulação de mercado realizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS sobre o segmento dos planos privados de saúde no Brasil. Seu objetivo é a compreensão desse controle judicial, assim como a tentativa de identificar princípios de jurisdição administrativa aplicáveis no controle jurisdicional da atividade regulatória estatal, bem como de aspectos relevantes do mercado a serem abordados como parâmetros na fundamentação das decisões judiciais de revisão de validade de ato regulatório, de modo a torná-las o mais objetivas e técnicas possível, a fim de diminuir a possibilidade de fundamentações judiciais excessivamente subjetivas e politizadas, o que poderia acarretar a judicialização da regulação da saúde suplementar, isto é, o deslocamento do papel do legislador e do executivo para o judiciário.

**Palavras chave:** Regulação; Saúde Suplementar; Ato regulatório infralegal; Controle Judicial; Princípios de jurisdição administrativa; Aspectos do mercado da saúde suplementar; Fundamentação de decisões judiciais; Judicialização.

## ABSTRACT

This paper presents the results of study and research conducted on the judicial control, in face of the Brazilian Federal Justice, of market regulation of Brazilian private health insurance plans performed by the National Supplementary Health Agency – ANS. It aims at understanding this judicial control, as well as identifying jurisdictional administrative principles applicable to jurisdictional control of state regulatory activities. It also examines relevant market aspects that should be addressed as parameters in judicial decisions reasoning when reviewing regulatory acts validity, so as to make them as much objective and technical as possible, thus diminishing the possibility of overly subjective and politically biased judicial reasonings, which could lead to the judicialization of supplementary health insurance regulation, and cause the displacement of the role of the legislature and the executive to the judiciary.

**Keywords:** Regulation; Supplementary health; Infralegal regulatory act; Judicial control; Principles of administrative jurisdiction; Aspects of the supplementary health insurance market; Judicial decisions reasoning; Judicialization.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 A SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL</b> .....	10
<b>3 O CONTROLE JUDICIAL DA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR</b> .....	22
<b>3.1 O controle judicial das agências reguladoras: princípios de jurisdição aplicáveis</b> ....	24
3.1.1 A separação dos poderes e a inafastabilidade da jurisdição .....	28
3.1.2 A discricionariedade técnica e a autocontenção do Judiciário .....	35
3.1.3 O equilíbrio entre os interesses dos agentes econômicos e a defesa do consumidor .....	46
<b>3.2 O controle judicial da ANS: proposta de aspectos do mercado a serem considerados na fundamentação das decisões judiciais de revisão de ato regulatório infralegal</b> .....	57
3.2.1 A não confusão entre a saúde suplementar e a saúde pública .....	59
3.2.2 A amplitude de cobertura dos contratos de planos de saúde .....	64
3.2.3 A pluralidade de espécies de operadoras e de planos de saúde .....	74
3.2.4 A existência de planos consumeristas e não consumeristas .....	79
3.2.5 A base econômica dos planos de saúde .....	85
<b>4 CONCLUSÃO</b> .....	93
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	97

## 1 INTRODUÇÃO

Trata-se de dissertação de mestrado profissionalizante em Justiça Administrativa, na linha de pesquisa Fortalecimento do Estado de direito e na subárea Justiça Administrativa e saúde coletiva. Como não é comum o estudo desta matéria nas faculdades de direito do país, convém esclarecer-se que justiça administrativa, do ponto de vista acadêmico, é a disciplina que tem por objeto estudar os princípios e regras aplicáveis ao exercício da jurisdição sobre a Administração Pública. Já do ponto de vista político organizacional brasileiro, pode-se dizer ser o conjunto de órgãos do Poder Judiciário encarregado de exercer a jurisdição, isto é, dizer o direito, nas causas em que a Administração Pública é parte investida no seu poder de império, conforme se depreende da lição de Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Hermann-Josef Blank e Karl-Peter Sommermann<sup>1</sup>. Saliente-se, contudo, que esse conceito pode sofrer algumas variações, de acordo com o modelo de jurisdição adotado pela constituição de cada Estado.

Em razão da natureza profissionalizante deste curso, o mestrando optou por um trabalho de conclusão cujo objeto esteja diretamente associado a sua atividade profissional, isto é, a advocacia pública federal. O autor é procurador federal e atua há dez anos na procuradoria federal junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, órgão vinculado à Advocacia Geral da União.

No exercício dessa atividade profissional, o mestrando teve a oportunidade de representar a ANS como advogado público em centenas de processos judiciais em que se discutiu a validade de atos de regulação editados pela agência. Vale dizer, exerce atividade profissional na área da justiça administrativa, especificamente no que tange ao controle judicial sobre a regulação da saúde suplementar.

Ao longo desses dez anos atuando como procurador da ANS, o mestrando observou, conforme será apresentado ao longo do texto, que nem sempre juízes federais seguem parâmetros uniformes no processamento e julgamento de ações em que se discute a validade de atos de regulação da autarquia.

Atuando nessas ações, o mestrando ainda verificou que algumas vezes a revisão judicial de validade do ato infralegal de regulação da ANS é feita mediante subsunção direta

---

<sup>1</sup> SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANK, Hermann Josef e SOMMERMASS, Karl-Peter (coordenadores). **Código de Jurisdição Administrativa (o modelo alemão)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13.

de princípios constitucionais e legais aplicáveis à tutela da saúde e do consumidor sem o cotejamento do ato impugnado e do dispositivo de lei respectivo com os fatos e os aspectos econômicos e sociais que o motivaram.

Nesse passo, o objeto dessa dissertação é o estudo do controle judicial sobre a regulação da saúde suplementar, a fim de se identificar princípios de jurisdição reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência nacionais que possam orientar os magistrados no exercício do controle judicial da validade dos atos de regulação editados por agências reguladoras.

A dissertação ainda tem por objetivo o estudo de aspectos técnicos do setor de saúde suplementar cujo conhecimento possa auxiliar os juízes federais a compreenderem melhor os institutos da Lei dos Planos de Saúde e os fundamentos fáticos e técnicos que motivam muitos dos atos de regulação da ANS.

Pois bem, inicia-se o estudo examinando-se a estrutura da saúde na Constituição da República. Em seguida, aborda-se o conceito de saúde suplementar e expõe-se a síntese da evolução histórica desse segmento econômico e social no Brasil, assim como a evolução do controle judicial sobre esse setor.

Na Seção seguinte, faz-se uma breve abordagem sobre o estado regulador e a reforma por que passou o Estado brasileiro na década de 1990, assim como o papel das agências reguladoras nesse cenário. Ainda nessa seção, mas em subitens distintos, estudam-se princípios reconhecidos pela doutrina aplicáveis no controle judicial de validade dos atos de regulação e aspectos técnicos do setor de saúde suplementar.

Finalmente, apresenta-se conclusão na qual se busca pontuar, de modo sistematizado, os resultados dos estudos e da pesquisa realizados ao longo do mestrado.

## 2 A SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL E A EVOLUÇÃO DO SEU CONTROLE JUDICIAL

Nesta seção será estudada a saúde suplementar no Brasil, abordando-se o seu conceito ou o significado da expressão, a síntese da sua evolução histórica, as normas que a disciplinam, o órgão estatal de regulação, bem como o posicionamento desse segmento dentro de um universo maior, isto é, a sua inserção na própria estrutura da saúde no Brasil como um todo, além da evolução do seu controle judicial.

Em verdade, o escopo desta seção não é propriamente o estudo aprofundado ou pormenorizado da saúde suplementar no Brasil buscando-se esmiuçar todos os aspectos atinentes a sua complexidade, mas sim permitir um melhor conhecimento do tema, para que, mais adiante, seja possível a compreensão do objeto central desta dissertação, que é o controle judicial sobre a regulação da saúde suplementar.

Para tanto, a seção será iniciada pelo estudo da saúde na atual Constituição da República, evoluindo-se, então, para aquele tema específico acima apontado. Antes, no entanto, convém verificar-se que para a Organização Mundial da Saúde – OMS, conforme definido no preâmbulo do seu Ato Constitutivo, “*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*”<sup>2</sup>. Ou seja, para a OMS a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou problema de saúde.

Diversamente do Ato Constitutivo daquele organismo internacional, a Constituição brasileira não definiu saúde sob uma perspectiva clínica ou político-social. Em seu artigo 6º, definiu a saúde juridicamente como um direito social, ou seja, uma modalidade de direito fundamental do homem. Veja-se o que diz o texto desse dispositivo: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”<sup>3</sup>.

A saúde também é tratada, dentre outros, pelo artigo 194 da Constituição brasileira, segundo o qual “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à

<sup>2</sup>WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution.** Disponível em <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>>. Acessado em 1 de agosto de 2012.

<sup>3</sup>BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

saúde, à previdência e à assistência social”<sup>4</sup>. Aqui a saúde foi considerada um elemento integrante do conceito de seguridade social.

Igualmente, o artigo 196 da Constituição também dispõe sobre saúde, reafirmando aquela natureza de direito fundamental social ao dizer que “A saúde é direito de todos e dever do Estado”.

Ora, apesar de tais normas, é óbvio que a constituição de um estado não tem o poder de tornar automaticamente todas as pessoas saudáveis nos termos do conceito adotado pela OMS, ou nos termos de qualquer outro conceito, simplesmente por ter declarado que a saúde é direito de todos, mesmo que esse Estado seja signatário daquela organização internacional, como, por exemplo, o Brasil.

Conclui-se, portanto, que o que a Constituição brasileira busca ao dizer que a saúde é direito de todos é assegurar às pessoas o direito de tentar alcançar, manter ou restabelecer aquele estado de completo bem-estar físico, moral e social.

Esse direito consiste, então, na faculdade de realizar as escolhas dos hábitos de vida, como, por exemplo, escolher os alimentos, as atividades físicas, as medidas de prevenção e as terapias para tratamento de doenças, assim como as práticas de higiene, dentre outras.

Para a Constituição brasileira, a saúde como um direito consiste, ainda, na faculdade que as pessoas têm de exigir que os demais membros da sociedade se abstenham de realizar condutas nocivas ou que as impeçam de alcançar, manter ou restabelecer aquele estado de total bem-estar físico, moral e social. Vale dizer, trata-se de direito inerente à personalidade oponível em caráter *erga omnes*, isto é, contra todos.

Mas a Constituição brasileira, ao qualificar a saúde como direito social, espécie do gênero direito fundamental, não se limitou a assegurar às pessoas as escolhas dos hábitos de vida e de exigir dos membros da sociedade abstenções de condutas. Mais do que isso, assegurou a saúde como direito de todos e atribuiu um correlato dever ao Estado, garantindo aos indivíduos a faculdade de exigir deste o cumprimento de prestações positivas na área da saúde.

Esse dever constitucional atribuído ao Estado brasileiro correlato àquele direito social à saúde consiste em definir e realizar políticas econômicas e sociais que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como em realizar ações e prestar serviços para a

---

<sup>4</sup>BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

promoção, proteção e recuperação daquele estado de completo bem-estar físico, moral e social.

Veja-se, nesse sentido, o texto do artigo 196 da Constituição brasileira: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”<sup>5</sup>.

Em complemento a esse, o artigo 198<sup>6</sup> diz que o Estado brasileiro cumprirá o seu dever de realizar ações e de prestar serviços públicos de saúde por meio de um Sistema Único de Saúde, hoje denominado SUS, do qual participam a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

Não obstante, a realização de ações e a prestação de serviços de saúde não foram atribuídas ao Estado em caráter de monopólio. Ao contrário, a Constituição expressamente assegurou a participação da iniciativa privada na assistência à saúde. Nesse sentido dispõe o seu artigo 199 que “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”<sup>7</sup>. Ou seja, no Brasil as ações e serviços de saúde podem ser públicos ou privados.

Pois bem, as ações e serviços públicos são obrigatórios, por terem sido definidos constitucionalmente como deveres estatais, o que implica dizer, como já visto nos parágrafos precedentes, que qualquer pessoa tem o direito público subjetivo de exigir da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios a prestação de serviços de saúde. Nesse sentido, convém destacar trecho de artigo escrito pela Advogada da União Maria Leiliane Xavier Cordeiro<sup>8</sup>:

Neste ínterim, não pode ser desprezada a ideia de que o sistema deve funcionar de forma horizontal, de maneira que todos os indivíduos possam ser linearmente beneficiados. Sem dúvida, esta foi a proposta do legislador constituinte originário ao dispor, no artigo 196 e seguintes da CF/88, que o acesso à saúde se fundamenta nos princípios da universalidade, da equidade e da integralidade. Destaque-se que os referidos dispositivos constitucionais têm sido reconhecidos por praticamente todos os tribunais como normas de aplicabilidade imediata e eficácia plena (não meramente programáticas como se entendia anteriormente).

Essa posição gera, como consequência, a possibilidade de acesso dos cidadãos aos meios e remédios jurídicos existentes para a proteção do

---

<sup>5</sup>BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acessado em 30 de julho de 2012.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> CORDEIRO, Maria Leiliane Xavier. O direito à saúde e a atuação do Poder Judiciário: breves considerações. **Publicações da Escola da AGU**: temas de direito e saúde, Brasília, n. 4, 2010, p. 82–108.

direito à saúde, tornando-se, portanto, direito público subjetivo oponível ao Estado.

Já as ações e serviços privados são prestados pela iniciativa dos particulares, seja em caráter filantrópico ou com fins lucrativos, em razão da autonomia da vontade, da liberdade profissional e da liberdade de contratar.

Além disso, a iniciativa privada também pode participar em caráter complementar das ações e serviços públicos de saúde atuando no SUS mediante convênio ou contrato com o Poder Público. Essa possibilidade se encontra prevista no parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição da República, segundo o qual “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”<sup>9</sup>.

A partir de então, verifica-se que no Brasil coexistem ações e serviços de saúde públicos e privados. Enquanto os primeiros são prestados pelo Poder Público, diretamente por meio de seus órgãos, ou por autarquias e fundações públicas, ou em caráter complementar por entidades privadas conveniadas ou contratadas pelo Estado, os segundos podem ser prestados por pessoas físicas, como, por exemplo, os profissionais liberais da área da saúde (médicos, dentistas, fisioterapeutas etc), ou por pessoas jurídicas de direito privado, como, por exemplo, as empresas operadoras de planos de saúde, hospitais privados, clínicas particulares e laboratórios.

Vale dizer, ainda que o art. 197 da Constituição da República<sup>10</sup> considere todas as ações de saúde e serviços de saúde de relevância pública, e que do ponto de vista global o estudo da saúde da população seja compreendido como saúde coletiva, sob a perspectiva das entidades organizacionais que realizam tais ações e prestam esses serviços, no Brasil a saúde está dividida em dois setores, o público e o privado.

Enfim, esse é o atual panorama da estruturação das ações e serviços de saúde na Constituição brasileira. Adiante será estudo o conceito daquele segmento específico da saúde privada que constitui o objeto desta seção 2, qual seja a saúde suplementar.

---

<sup>9</sup>BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

<sup>10</sup> Ibidem.

Nesse passo, de modo introdutório, pode-se dizer que a expressão saúde suplementar designa um segmento do setor privado da saúde no Brasil. Corroborando essa ideia, veja-se o que diz em sua tese de doutorado a professora Lígia Bahia<sup>11</sup>:

Nesse sentido a cobertura para determinados riscos de adoecer prestada pelas empresas empregadoras e pela adesão de indivíduos a planos e seguros saúde é denominada adequadamente assistência médica suplementar.

Essa expressão não se encontra apenas no plano doutrinário. Ao contrário, é utilizada pelo §1º do art. 1º da Lei n.º 9.656<sup>12</sup>, de 3 de junho de 1998, após definir no inciso I daquele mesmo artigo planos de saúde, o que demonstra que a expressão saúde suplementar designa, para o Direito positivo brasileiro, o segmento dos planos privados de saúde.

Igualmente, a Lei n.º 9.961<sup>13</sup>, de 28 de janeiro de 2000, que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e define as suas atribuições, utiliza em seus artigos primeiro e terceiro a expressão saúde suplementar para designar o segmento do setor privado de saúde constituído pelos planos e seguros de saúde, quando diz que cabe à ANS à regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

A toda evidência a Lei n.º 9.656, de 1998, e a Lei n.º 9.961, de 2000, utilizam a expressão assistência suplementar à saúde ou saúde suplementar para designarem o setor dos planos e seguros privados de saúde. Nesse sentido também é o entendimento de Gabriel Schulman:<sup>14</sup>

Entende-se por “saúde suplementar” a esfera de atuação dos planos de saúde. A locução denomina, por conseguinte, a prestação de serviços de saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único, vinculada a um sistema organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas (operadoras de planos de saúde). Em palavras mais adequadas às interfaces entre público e privado, a saúde suplementar configura a prestação privada de assistência médico-hospitalar na esfera do subsistema da saúde privada por operadoras de planos de saúde.

---

<sup>11</sup> BAHIA, Lígia. **Mudanças e Padrões das Relações Público-Privado: Seguros e Planos de Saúde no Brasil**, p. 97. Tese apresentada para obtenção de título de doutor em saúde pública, pela Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, em dezembro de 1999. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum\\_saude/forum\\_bibliografias/abrangenciadaregulacao/AA10.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/abrangenciadaregulacao/AA10.pdf)>. Acesso em 01 de setembro de 2010.

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

<sup>13</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm)>. Acessado em 30 de julho 2012.

<sup>14</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 201.

Por conseguinte, como existem serviços privados de saúde que não são prestados em razão de contratos de plano ou seguro saúde, os quais por definição legal são permanentes, mas sim em decorrência da contratação eventual e temporária de um serviço específico de saúde, o setor privado não é constituído exclusivamente pelo que hoje o ordenamento jurídico brasileiro considera saúde suplementar. Tratam-se das ações e dos serviços privados de saúde prestados em caráter eventual e temporário por profissionais liberais da área da saúde ou por pessoas jurídicas, como hospitais, clínicas ou laboratórios.

Neste trabalho, seguindo essa linha, a expressão saúde suplementar será utilizada para designar apenas o segmento da saúde privada constituído pelos chamados planos e seguros de saúde.

Importante notar, ainda, que a expressão saúde suplementar não deve ser confundida com a expressão saúde complementar, na medida em que utilizada para denominar o segmento da saúde privada constituído pelos planos e seguros de saúde, enquanto a expressão saúde complementar é utilizada para denominar a atuação da iniciativa privada no âmbito do SUS por meio de convênios ou contratos com o Poder Público, a fim de suprir as suas lacunas e atender, dessa forma, aos princípios do acesso universal e da integralidade das ações de saúde.

Apresentada a estrutura da saúde na Constituição brasileira, assim como exposto o significado da expressão saúde suplementar, passa-se a expor uma síntese da evolução histórica desta última no Brasil.

Com efeito, publicação da Agência Nacional de Saúde Suplementar<sup>15</sup> dá conta de que o embrião do que hoje se denomina assistência suplementar à saúde surgiu no Brasil na década de 1940 pela iniciativa de caixas privadas de assistência, como, por exemplo, a CASSI – Caixa de Assistência dos Servidores do Banco do Brasil.

Logo em seguida, durante a década de 1950, com o surgimento e crescimento do parque industrial brasileiro, a sistemática de saúde suplementar se desenvolveu por meio de grandes empresas multinacionais e estatais, as quais objetivavam proporcionar aos seus empregados ou associados uma alternativa ao sistema público de saúde então vigente. Veja-se trecho de Agência Nacional de Saúde Suplementar<sup>16</sup>:

Alguns dos atuais esquemas de assistência privada à saúde, baseados na captação de recursos de empresas empregadoras e de seus

---

<sup>15</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Regulação & Saúde (volume 1):** estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: MS/ANS, 2002, p.10.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 10.

empregados, foram criados nos anos 40 e 50. Exemplos disso são, no setor público, a implantação da Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil (Cassi) e a assistência patronal para os servidores do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários (atual Geap) e, mais tarde, a inclusão da assistência médico-hospitalar entre os benefícios oferecidos aos empregados das recém-criadas empresas estatais. E, no setor privado, os sistemas assistenciais a acompanharem a instalação da indústria automobilística, particularmente das montadoras estrangeiras.

Inicialmente se tratavam de empresas ou entidades que operavam sistemas próprios de saúde sob a modalidade de autogestão para um público interno de empregados, diretores, associados e familiares. Isto é, a empresa ou a entidade contratava médicos, montava consultórios e os administrava por meio de seu departamento de recursos humanos.

A partir de então, ao longo da década de 1960, alguns médicos detentores de capital financeiro, proprietários ou sócios de hospitais, passaram a se associar e a constituir empresas para prestar àquelas multinacionais ou estatais serviços privados de assistência à saúde. Nasceram os contratos de planos de saúde, ou, à época, convênio-empresa ou convênio médico, e as chamadas empresas de medicina de grupo, a exemplo da atual Golden Cross. Veja-se, ainda, trecho de outra publicação da Agência Nacional de Saúde Suplementar<sup>17</sup>.

A história destes planos se inicia nos anos 60, na região do ABC Paulista, por meio da demanda das empresas desta região que queriam oferecer assistência médica aos seus funcionários. A partir daí, foram quase quarenta anos de existência destas empresas sem nenhum tipo de regulamentação específica.

Ainda durante a década de 1960, as chamadas sociedades cooperativas de trabalho médico surgiram como alternativas para os médicos que queriam assegurar maior grau de autonomia no exercício da medicina ou simplesmente não queriam atuar no mercado privado como empregados. Essas cooperativas são hoje representadas pelo Sistema Unimed. Confira-se em Agência Nacional de Saúde Suplementar<sup>18</sup>:

A partir de meados da década de 60, as relações entre financiadores e provedores de serviços foram substancialmente modificadas. Os denominados convênios médicos entre empresas empregadoras e empresas médicas (cooperativas médicas e empresas de medicina de grupo), mediados pela Previdência Social, estimularam, decisivamente, o processo empresarial da medicina. E empresas médicas, contando inicialmente com suas redes próprias, ganharam força na organização dos prestadores de serviços, em detrimento da prática médica liberal e da autonomia de cada estabelecimento hospitalar.

---

<sup>17</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Regulação & Saúde (volume 2): Planos odontológicos: uma abordagem econômica no contexto regulatório**. Rio de Janeiro: MS/ANS, 2002, p.17.

<sup>18</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, op. cit., vol. 1, p. 11.

As medicinas de grupo organizaram-se em torno de proprietários e/ou acionistas de hospitais; as Unimed's surgiram como uma alternativa, heterodoxa, para se conseguir a prática, nos consultórios médicos, através da constituição de cooperativas de trabalho. Tais empresas, especializadas na comercialização de planos de saúde, especialmente as empresas de medicinas de grupo, logo ampliaram suas redes de serviços.

Nesse início, como visto acima, os serviços de saúde suplementar eram prestados eminentemente por meio dos chamados convênios ou seguros coletivo de saúde. Tais negócios jurídicos eram celebrados entre empresas diversas e as chamadas medicinas de grupo ou as sociedades cooperativas médicas.

Em razão dessa circunstância, ou seja, o fato de o contrato não ser celebrado diretamente com pessoas físicas, as relações contratuais eram geralmente paritárias e equilibradas, de modo que não era comum o surgimento de grandes litígios na prestação dos serviços de assistência suplementar à saúde.

Essa inexistência de problemas permitia a autorregulação das relações. Não havia à época uma lei específica para os convênios ou seguros de saúde, aplicava-se o Código Civil então em vigor e o Decreto-lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966, o qual disciplina de modo geral o Sistema Nacional de Seguros Privados. Existiam, ainda, algumas poucas resoluções do Conselho Nacional de Seguros e alguns atos normativos do Ministério da Previdência Social. Nesse sentido leciona Leonardo Vizeu Figueiredo<sup>19</sup>:

Os primeiros estudos efetuados pelo Poder Público no mercado privado de suplementação dos serviços de saúde datam da década de 1960, época marcada exclusivamente pela comercialização de planos coletivos, comercializados diretamente pelas entidades de saúde suplementar com as respectivas empresas e entidades associativas.

Destarte, o Estado brasileiro, ao analisar o mercado de planos e seguros coletivos, concluiu que não havia necessidade de se intervir neste nicho do setor, até então predominante, por não haver relação de desigualdade, entre os contratantes, que trouxesse consequências nefastas para os beneficiários.

Contudo, ao longo da década de 1980, ocorreu a explosão da comercialização dos contratos de planos individuais ou familiares de saúde. Veja-se trecho daquela publicação já referida da Agência Nacional de Saúde Suplementar<sup>20</sup>:

No final da década de 80, revelou-se a existência de vultoso mercado de planos de saúde. Ao mesmo tempo, houve a intensificação da comercialização de planos individuais, a entrada decisiva de grandes seguradoras no ramo da saúde, a adesão de novos grupos de trabalhadores à

---

<sup>19</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 135-136.

<sup>20</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, op. cit., vol 1, p. 12.

assistência médica supletiva — em particular, funcionários públicos da administração direta, das autarquias e das fundações — e a vinculação inequívoca da assistência privada ao financiamento da assistência médica suplementar.

A partir desse momento, ou seja, da década de 1980, a relação contratual celebrada diretamente pelas operadoras de planos ou seguros de saúde com os consumidores individuais passou a se dar com bastante intensidade.

Esse fenômeno provocou grande desequilíbrio nas relações contratuais de assistência suplementar à saúde, na medida em que as grandes empresas de saúde passaram a se relacionar diretamente com pessoas físicas hipossuficientes das informações técnicas minimamente necessárias à boa compreensão das características e particularidades dos contratos.

Essa assimetria de informações tornou o consumidor individual de saúde suplementar a parte vulnerável da relação contratual. Por conseguinte, ao final da década de 1980 e principalmente ao longo da década 1990 era comum assistir-se nos meios de comunicação a notícias diárias de violações de direitos e abusos graves sendo praticados por operadoras de planos de saúde contra os consumidores pessoas físicas. Veja-se nesse sentido Leonardo Vizeu Figueiredo<sup>21</sup>:

Todavia, com o aparecimento e o crescimento dos planos e seguros individuais, o cenário de equilíbrio de mercado, até então vigente, foi drasticamente alterado.

[...]

Com a adoção do Plano Real, em 1994, a perspectiva de aumento do poder de compra de expressivo contingente populacional, aliada à informalidade do mercado, face à ausência de regramento específico para o mesmo e à forte assimetria de informações, foram fatores de estímulo para a comercialização desenfreada de planos individuais, por intermédio de hospitais filantrópicos e empresas médicas de pequeno porte. Tais planos ofereciam o acesso a serviços restritos, ou a um único estabelecimento hospitalar, geralmente localizados em periferias das grandes cidades ou em municípios de médio e pequeno portes.

Diante da complexidade do mercado, da alta heterogeneidade do setor, da falta de conhecimento técnico sobre como o mercado estaria operando com a popularização dos planos de saúde, bem como do aumento crescente de reclamações de consumidores contra as entidades de assistência privada à saúde, havia consenso quanto à necessidade de intervenção estatal sobre a atuação das operadoras de planos de saúde.

---

<sup>21</sup> FIGUEIREDO, op. cit., p. 136-137.

Essa situação fez surgir dois importantes fenômenos no cenário da saúde suplementar. São eles a demanda por tutela jurisdicional, com ocorrência de judicialização, e a regulação estatal do setor.

Contudo, do ponto vista histórico, neste momento importa destacar que em 1998 surge a atual Lei dos Planos de Saúde, ou seja, a Lei n.º 9.656, que disciplina os contratos de planos de saúde e as operadoras desses planos, e, em 2000, vem a lume a Lei n.º 9.961, que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e define as suas atribuições.

Essas leis estabelecem, então, o chamado marco regulatório do setor de saúde suplementar no Brasil.

Pois bem, como visto nos parágrafos precedentes, durante a década de 1990, as violações de direitos e os abusos de conduta praticados pelas operadoras de planos de saúde em razão da inexistência de regras jurídicas claras e específicas acerca dos contratos de planos ou seguros de saúde eram comuns e essa situação fez surgir então no Brasil uma forte demanda pelo Poder Judiciário para a solução de litígios individuais na área da saúde suplementar.

Essa intensa demanda por tutela jurisdicional, a qual surgiu no final da década de 1980 e se desenvolveu fortemente ao longo da década de 1990, consistia na busca do Poder Judiciário para a solução de litígios individuais na área da saúde suplementar, ou seja, se tratavam de ações em que consumidores individualmente buscavam assegurar os seus direitos em face das operadoras de planos de saúde.

O resultado desse fenômeno foi a construção, ao longo daqueles anos, basicamente caso a caso, de farta jurisprudência a respeito dos direitos e obrigações decorrentes dos contratos de planos ou seguros de saúde. Pode-se dizer que naquele momento o Poder Judiciário atuou fortemente em substituição ao Poder Legislativo na construção dos direitos na área da saúde suplementar.

Esse período pode ser considerado a primeira grande fase da busca do Poder Judiciário por tutela jurisdicional na área da saúde suplementar no Brasil. Nele, a inexistência de regras jurídicas específicas para o setor e a influência do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078<sup>22</sup>, de 11 de setembro de 1990, fizeram com que a jurisprudência naturalmente caminhasse fortemente no sentido da valorização dos direitos dos consumidores individuais de planos e seguros de saúde.

---

<sup>22</sup>BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acessado em 22 de fevereiro de 2013.

No entanto, a evolução dessa jurisprudência casuística, a constatação evidente de falhas mercadológicas graves, a implementação de planos econômicos no país e a ausência de regulação específica provocaram no Governo Federal, no final da década de 1990, o receio do desequilíbrio no setor de saúde suplementar, tanto sob perspectiva econômico-financeira, quanto em relação ao modelo assistencial.

Além disso, o Poder Judiciário caminhava a passos largos em substituição ao Legislativo na construção do direito atinente aos contratos de planos de saúde, acarretando, inclusive a própria definição das políticas públicas para o setor, o que, a toda evidência, não parece ser desejável em um regime democrático com separação dos Poderes Constituídos, haja vista a possibilidade de atuação política do Judiciário. Por oportuno, veja-se, acerca de judicialização de saúde suplementar, José Checin<sup>23</sup>:

Essa tendência do Poder Judiciário a decidir em favor de uma das partes envolvidas no litígio é o que se costumou chamar “politização da Justiça”, que é consequência de um fenômeno mais amplo, a “judicialização da política”.

A judicialização é a atuação cada vez maior do Poder Judiciário na definição de políticas públicas, ingressando em uma arena que é de responsabilidade do Legislativo e do Executivo e que envolve a avaliação dos critérios de oportunidade e conveniência das ações a ser tomadas.

[...]

Como decorrência, tem-se uma forte “politização da Justiça”, que é a atuação dos membros do Poder Judiciário conforme convicções e ideologias próprias, não se restringindo à mera aplicação concreta dos dispositivos legais, [...].

Ainda nesse sentido, observe-se que para o professor Luis Roberto Barroso, “judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o executivo”<sup>24</sup>.

Os fatores acima apontados levaram o Congresso Nacional a editar a já mencionada Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, disciplinando de forma específica o setor de saúde suplementar no Brasil. Essa lei definiu e instituiu políticas públicas e regras sobre as questões assistenciais e econômico-financeiras do setor.

---

<sup>23</sup> CECHIN, José (organizador e coordenador). **A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação**. São Paulo: Saraiva, Letras & Lucros, 2008, p. 185.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo** in Revista de direito do estado. - n.º 16 (outubro/dezembro 2009) . - Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 6-7.

O Congresso Nacional editou a também já mencionada Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000, criando a Agência Nacional de Saúde Suplementar com o propósito de regular o setor de planos privados de saúde.

Com a criação da ANS surgiu, então, a segunda fase da busca do Poder Judiciário por tutela jurisdicional na área da saúde suplementar no Brasil. Essa segunda fase é caracterizada pelos litígios individuais e coletivos em que se discute a validade dos atos de regulação editados pela ANS no processo regulatório do setor de saúde suplementar.

Isto é, enquanto na primeira fase se discutia perante as Justiças Estaduais os direitos e obrigações inerentes aos contratos de planos ou seguros de saúde individualmente considerados, na segunda fase se discute perante a Justiça Federal a validade das escolhas realizadas pela ANS no processo regulatório da saúde suplementar.

Trata-se de ações individuais ajuizadas por operadoras de planos de saúde e de ações coletivas, como, por exemplo, ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal, por associações de defesa dos consumidores, por associações representativas de classes, por sindicatos, pelos conselhos profissionais dentre outros e ações populares ajuizadas por cidadãos em que se discute a validade das escolhas realizadas pela ANS consubstanciadas em atos, notadamente os normativos, editados no processo regulatório.

No presente momento ainda existe no Brasil essa forte busca por tutela jurisdicional na área da saúde suplementar, tanto aquela representada pelo que se chama primeira fase, ou seja, demandas judiciais em que se discutem questões individuais, como aquela representada pelo que se chama segunda fase, isto é, demandas judiciais em que se discute a validade dos atos de regulação editados pela ANS.

### 3 O CONTROLE JUDICIAL DA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Realizado o estudo panorâmico da saúde suplementar no Brasil e vista a evolução do seu controle judicial, passa-se ao estudo de princípios de direito reconhecidos pela doutrina aplicáveis no controle judicial da atividade regulatória do Estado em geral, assim como o estudo de aspectos ou características do setor de saúde suplementar cuja análise na fundamentação de uma decisão judicial de revisão de validade de ato regulatório em cotejo com a sua finalidade econômico-social permite dar à atividade jurisdicional de controle maior objetividade e perfil técnico, contribuindo-se para a diminuição de decisões judiciais de perfis subjetivos proferidas a partir de cláusulas gerais abertas, minimizando-se, então, a possibilidade da judicialização, ou seja, da politização do controle judicial da regulação da saúde suplementar.

O objetivo desse estudo é, portanto, permitir sistematizar princípios de controle judicial sobre regulação e aquelas características do setor regulado que possam servir de parâmetros para fundamentação técnica de decisões judiciais de controle de validade dos atos de regulação editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

A respeito da pertinência desse tema, vale citar trecho de artigo publicado pelo professor Luís Roberto Barroso<sup>25</sup>:

Nada obstante, inexistente qualquer superioridade ontológica apriorística dos magistrados em relação aos administradores. Vale dizer: os membros do Judiciário não são necessariamente mais sábios ou melhor preparados que os membros do Executivo para tomar toda e qualquer espécie de decisão. O valor e a legitimidade da decisão judicial nesse contexto dependerão da consistência jurídica e da racionalidade dos argumentos com fundamento nos quais se decida rever a decisão proferida pelo outro órgão do Poder Político. Isto é: ao rever decisões de outros Poderes, cabe a juízes e tribunais apresentar argumentação racional capaz de demonstrar que a decisão – no caso, do Poder Executivo – é inaceitável à luz da ordem jurídica. Aprofunde-se a questão.

Embora a revisão judicial seja, a rigor, sempre viável, os atos administrativos em geral – categoria geral na qual é possível incluir os praticados pelas agências reguladoras – gozam de presunção de validade, de modo que o magistrado não pode simplesmente substituir a decisão administrativa por suas próprias e eventuais preferências na matéria, sem maiores fundamentações técnico-jurídicas.

---

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde**, in CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Organizador). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 251.

Igualmente, vale citar Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>26</sup>, para quem a definição de parâmetros que auxiliem os juízes na fundamentação de suas decisões na área do direito à saúde é uma iniciativa positiva. Veja-se o posicionamento desses autores acerca do assunto:

A tendência de elaboração de pautas objetivas (*standards*) que possam auxiliar o magistrado na decisão do caso concreto merece todo aplauso e reconhecimento, indicando uma diretriz mais segura a ser perseguida, tanto nas ações individuais quanto na tutela coletiva da saúde, desde que – e este ponto há de ser destacado! – não resultem em desconsideração da individualidade dos casos e acarretem a funcionalização do direito fundamental e da dignidade de cada pessoa em prol de um absoluto interesse coletivo.

Com efeito, o que se pretende nesta dissertação não é a definição de critérios de hermenêutica ou de jurisdição administrativa aplicáveis obrigatoriamente nas decisões judiciais de controle de validade de atos de regulação, até porque tal tarefa seria muito difícil, quiçá impossível, na medida em que o Direito é um sistema aberto, o qual permite aos magistrados invocarem quaisquer princípios, valores ou regras para fundamentar as suas decisões, não havendo, portanto, um modelo hermético cuja inobservância acarrete, inexoravelmente, a nulidade de uma sentença ou decisão.

O que se busca, como já dito, é o estudo e a compreensão de aspectos do setor da saúde suplementar que normalmente estão atrelados às finalidades econômica e social do ato sob a revisão judicial, porquanto muitas vezes a simples subsunção de normas constitucionais ou legais ao ato infralegal, sejam elas princípios ou regras, não é suficiente para se concluir pela sua constitucionalidade ou legalidade.

Há situações em que o controle judicial da constitucionalidade ou legalidade do ato infralegal de regulação depende necessariamente da análise das suas consequências sobre o setor regulado, assim, com base em lição do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>27</sup>, ensina Sérgio Guerra<sup>28</sup>:

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para motivar se determinada decisão administrativa deve ser considerada justa para a hipótese, “é necessário, na perspectiva do Direito contemporâneo, não apenas que a justificativa seja *retrospectiva*, levando em conta dados do passado, mas que sejam considerados também elementos justificativos

---

<sup>26</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner e SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira**, in ASSENI, Felipe Dutra e PINHEIRO, Roseni (organizadores). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 68.

<sup>27</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 101-102.

<sup>28</sup> GUERRA, Sérgio. **Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios**. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo n.º 21 (fevereiro/março/abril), 2010, p.11, ISSN 1981-1861.

voltados para o futuro, através de um exercício *prospectivo*". Desse modo será "possível demonstrar que as soluções adotadas, uma vez aplicadas, não comprometerão outros valores que mereçam ser salvaguardados ou, pelo menos, que o farão em nível proporcionalmente tolerável em relação a esses valores fundamentais, que a própria ordem jurídica declara".

A bem da verdade, o controle judicial é necessariamente balizado pelo Direito, de modo que esse aspecto limita o controle de todos os aspectos da decisão regulatória. É consabido que o ato regulatório se fundamenta, via de regra, em critérios meta jurídicos.

A confrontação de razões da Administração com as razões dos Tribunais não se desenvolve em um plano de igualdade; isto é, não é simétrica. A Administração é livre para eleger, dentro do amplo espaço que em cada caso lhe permite a lei e o Direito, as razões (jurídicas, econômicas, sociais, técnicas, ambientais), a curto, médio e longo prazo, que servem de suporte a suas decisões. Essas razões não podem ser utilizadas pelos Tribunais para justificar as suas, apenas de Direito.

Por exemplo, nem sempre a revisão de validade de um ato de regulação por meio do qual se define índice de reajuste ou se autoriza o aumento de preço de plano de saúde pode ser feita simplesmente a partir da subsunção de normas constitucionais ou legais sobre o ato infralegal da ANS. Nessa atividade de revisão judicial, como será demonstrado oportunamente, muitas vezes o magistrado precisa analisar, na fundamentação da decisão, aspectos técnicos do setor de saúde suplementar, tais como, lucratividade, securitização de risco, mutualismo, sinistralidade, cálculo atuarial, seleção adversa de risco e risco moral dentre outros.

Neste passo, esta Seção será dividida em duas subseções. A primeira será dedicada ao estudo de princípios reconhecidos pela doutrina aplicáveis no controle judicial da regulação estatal feita por agências reguladoras independentes. Já na segunda serão estudados aspectos específicos do setor de saúde suplementar que geralmente são utilizados como fundamento técnico do ato de regulação editado pela ANS.

### **3.1 O controle judicial das agências reguladoras: princípios de jurisdição aplicáveis**

Estado regulador, em síntese, é a expressão que se utiliza para designar um modelo de estado que se posiciona, sob a perspectiva da intervenção na economia, entre o Estado liberal e o Estado Social (*Welfare State*). Enquanto o Estado liberal prega a não intervenção estatal na ordem econômica (ou intervenção mínima), de modo que o mercado seja regulado pelas suas próprias regras naturais, como, por exemplo, a regra da oferta e da demanda, o Estado social, embora respeitando a propriedade privada e a livre iniciativa, postula a realização de

atividades econômicas e a prestação de serviços públicos pelo Poder Público em concorrência com a iniciativa privada, ou, em alguns casos, em caráter de monopólio, como forma de intervenção na ordem econômica.

Por sua vez, como visto acima, o Estado regulador procura se posicionar em um ponto intermediário entre aqueles dois. Isto é, deixa a realização das atividades econômicas e a prestação dos serviços públicos à iniciativa privada, mas intervém na ordem econômica definindo as regras de mercado, a fim de corrigir as suas falhas.

Com efeito, a Constituição da República de 1988<sup>29</sup>, em seu texto original, deu ao Estado brasileiro um perfil típico de Estado Social, haja vista atribuir ao Poder Público prestação de serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, algumas até em regime de monopólio, como, por exemplo, no setor do petróleo.

No entanto, segundo o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>30</sup>, ao longo da década de 1990 a Constituição de 1988 sofreu uma série de emendas tendentes a estabelecer a reforma do Estado brasileiro, a qual foi complementada com alterações na legislação infraconstitucional. Tratam-se das Emendas Constitucionais n.º 5, 6, 7, 8 e 9 e das Leis n.º 8.031, de 12 de abril de 1990 e Lei n.º 9.491, de 9 de setembro de 1990.

Essa reforma buscou reduzir a atuação do “Estado empresário” na economia, alterando regras de participação do capital estrangeiro na economia nacional, modificando regimes de monopólio do Estado, reformulando regras de prestação de serviços públicos, redefinindo a realização de atividades econômicas pelo Poder público e privatizando empresas estatais.

Não obstante, não se pode dizer que o Estado brasileiro passou a ser Estado de intervenção mínima ou mesmo que tenha se tornado Estado regulador puro. Ao contrário, em certos segmentos, o Estado brasileiro ainda continua agindo como Estado de Bem-estar social. Cite-se, por exemplo, saúde e educação. Igualmente, ainda presta serviços públicos e exerce atividades econômicas por meio de empresas estatais, como, por exemplo, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a Empresa Brasileira de Infra Estrutura Aeroportuária, a Petrobrás, o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, dentre outras.

Mas nesse processo de reforma, o Estado brasileiro deixou de prestar serviços públicos e realizar atividades econômicas em certos setores, passando a agir apenas como Estado regulador, como, por exemplo, telecomunicações e distribuição domiciliar de energia elétrica.

---

<sup>29</sup> BRASIL. Constituição (1988). Texto original. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado em 10 de março de 2013.

<sup>30</sup> NETO, op. cit., p. 22-26.

Também atua como agente regulador em áreas da economia onde não presta ou não prestava serviço público, como, por exemplo, planos de saúde, seguros e mercado de capitais. Em regra, utiliza como instrumento de regulação as chamadas agências reguladoras independentes.

Corroborando as ideias acima, convém transcrever entendimento do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>31</sup> a respeito do tema:

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado como o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas se deslocou a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos.

De fato, a mesma década de 90, na qual foram conduzidas a flexibilização de monopólios públicos e a abertura de setores ao capital estrangeiro, foi cenário da criação de normas de proteção ao consumidor em geral e de consumidores específicos, como os titulares de planos de saúde, os alunos de escolas particulares e os clientes de instituições financeiras. Foi também nesse período que se introduziu no país uma política específica de proteção ao meio ambiente, limitativa da ação dos agentes econômicos, e se estruturou um sistema de defesa e manutenção das condições de livre concorrência que, embora longe do ideal, constituiu um considerável avanço em relação ao modelo anterior. Nesse ambiente é que despontaram as agências reguladoras como instrumento da atuação estatal.

A partir da década de 1990 essas agências reguladoras se tornaram uma importante figura de intervenção do Estado brasileiro na ordem econômica. Isso se deu, porque, embora as políticas públicas e os limites da regulação para um segmento econômico ou social de interesse público continuem sendo definidos politicamente pelo Poder Legislativo, a regulação deve ser feita com celeridade e depende de conhecimentos técnicos, porquanto os mercados modernos possuem dinâmica cada vez mais ágil e específica.

Ora, como o processo legislativo ordinariamente não é célere, assim como o Parlamento em regra não possui conhecimento técnico a respeito de mercados específicos, o Legislativo brasileiro, igualmente ao que vem ocorrendo em outros países, como, por exemplo, Estados Unidos e Inglaterra, tem optado por definir na lei as políticas públicas e os limites da regulação setorial, atribuindo às agências reguladoras dotadas de corpo técnico a definição, dentro daqueles limites, das regras dos mercados. O professor Diogo de Figueiredo

---

<sup>31</sup> NETO, op. cit., p. 25-26.

Moreira Neto<sup>32</sup> utiliza a expressão deslegalização ao explicar esse fenômeno inerente aos Estados que optam por regulação a partir de agências independentes. Veja-se:

De outro lado, substantivamente, a *regulação*, até mesmo por suas características enunciadas, é uma *função administrativa*, que não decorre, assim, do exercício de uma *prerrogativa do poder político*, mas, muito pelo contrário, decorre da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos.

Acresce que esse espaço é *deslegalizado* para que agentes politicamente neutros possam tomar decisões reguladoras, não apenas normativas, como executivas e judicantes, nos limites já expostos.

Finalmente, em sentido formal, *as decisões reguladoras setoriais*, tomadas no exercício dessa ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes, devem obedecer ao *devido processo legal*, sempre informado por ampla investigação dos fatos e plena visibilidade (transparência), no qual todos os aspectos conflitivos deverão ser amplamente equacionados e motivadamente considerados, preferentemente com aberta participação de todos os interessados.

Essas entidades normalmente possuem forma de autarquia e são dirigidas por diretorias colegiadas cujos membros são nomeados pelo chefe do Poder Executivo, após aprovação do Legislativo, para exercerem mandatos a termo. Nada impede, no entanto, que sejam órgãos integrantes da própria Administração direta.

Aquela estrutura tem por objetivo assegurar às agências reguladoras certo grau de independência e autonomia, evitando-se, desse modo, as ingerências e as oscilações políticas e partidárias do Governo no setor regulado, na medida em que a regulação, como exposto acima, deve ser feita a partir de critérios técnicos capazes de corrigir as falhas mercadológicas, estabelecendo ou restabelecendo o equilíbrio do setor.

Com efeito, a regulação deve traduzir ao mercado imparcialidade, expertise técnica, previsibilidade e segurança. Para tanto, a agência deve, inicialmente, se posicionar em ponto equidistante entre os atores que atuam no segmento regulado, incluindo o próprio Poder Público. Contudo, essa imparcialidade e equidistância não são permanentes, na medida em que, ao identificar as falhas e os problemas do setor regulado, sejam eles econômicos ou sociais, o ente regulador terá que se posicionar em direção a um sentido ou outro, adotando medidas que ora beneficiam diretamente consumidores e usuários, mas em outros momentos parecem beneficiar os agentes econômicos, tudo, no entanto, com o propósito de preservar o equilíbrio e satisfazer os interesses públicos do segmento, vistos sob uma perspectiva global.

---

<sup>32</sup> NETO, op. cit., p. 132-133.

Em harmonia com as assertivas acima, o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>33</sup> explica que a atividade de regulação e as agências reguladoras devem ser norteadas por cinco princípios básicos: a) autonomia e independência decisória; b) ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; c) celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores; d) participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares em audiências públicas e e) limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução.

Os princípios acima são aqueles que devem nortear a disciplina legal e a atuação das agências reguladoras no exercício de suas atribuições institucionais. Já nos subitens seguintes serão estudados os princípios reconhecidos pela doutrina que devem ser observados pelo Poder Judiciário no exercício da jurisdição administrativa sobre as agências reguladoras, notadamente nos processos de revisão judicial da validade dos seus atos infralegais de regulação.

### **3.1.1 A separação dos poderes e a inafastabilidade da jurisdição**

A Constituição brasileira<sup>34</sup> consagra em seu art. 2º o princípio da separação e harmonia entre os poderes. A cada um deles é atribuída uma função estatal típica. Em síntese, ao Legislativo cabe a elaboração das leis cujas normas disciplinam a vida em sociedade. Ao Executivo compete a administração dos interesses públicos e ao Judiciário o exercício da jurisdição, isto é, a atividade estatal de dizer e aplicar o direito diante dos conflitos de interesse entre os particulares e entre estes e o Estado.

Em razão disso, não deve um Poder interferir no exercício regular de funções típicas do outro. Contudo, essa separação de poderes tem por propósito justamente permitir que um Poder controle os excessos ou desvios dos outros, de modo que é legítimo o controle que o Judiciário exerce sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos do Legislativo e do Executivo.

---

<sup>33</sup> NETO, op. cit., p. 169.

<sup>34</sup>BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

Ademais, a Constituição da República no inciso XXXV do art. 5º ao dizer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>35</sup> institui o princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo que sempre que o Legislativo e o Executivo ultrapassarem os limites do exercício regular dos seus poderes será lícito ao Judiciário declarar a invalidade dos seus atos sem que isso caracterize interferência ilegítima.

Sendo assim, se o Legislativo, ao definir as políticas públicas para um mercado regulado, agir em contrariedade às normas da Constituição, o Judiciário, por meio dos instrumentos processuais de controle de constitucionalidade, poderá declarar inválida a norma legal respectiva.

Igualmente, se a agência reguladora, ao editar um ato infralegal de regulação, ultrapassar os limites balizados na lei pelo Legislador, caberá ao Judiciário a declaração de invalidade daquele ato.

Não existe controvérsia doutrinária ou jurisprudencial relevante acerca da possibilidade de o Judiciário realizar a revisão de validade dos atos de regulação das agências reguladoras. Veja-se nesse sentido entendimento do professor Luís Roberto Barroso<sup>36</sup>:

O art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, como se sabe, consagra a garantia de que qualquer lesão ou ameaça a direito poderá sempre ser apreciada pelo Poder Judiciário. Estão fora do alcance da revisão judicial apenas aqueles atos da competência privativa de outros Poderes em relação aos quais não se cogita de direitos subjetivos, como, *e.g.*, os atos de competência privativa do Presidente da República em matéria de relações internacionais. Afora tais hipóteses, atos da Administração Pública em geral – dentre os quais decisões das agências reguladoras – sempre poderão, em tese, ser objeto de controle pelo Judiciário.

Não obstante o entendimento acima, qual seria o limite desse controle? Vale dizer, até onde pode o Judiciário atuar? Por exemplo, poderia o juiz ao declarar inválido um ato de agência reguladora condená-la a editar outro em seu lugar definindo o seu conteúdo na sentença? Nesse caso, haveria ou não interferência ilegítima do Judiciário sobre o Executivo?

As respostas às indagações acima não são simples, uma vez que dependem da análise de cada caso, das características da lei de regência que fundamenta o ato infralegal sob a revisão judicial, bem como das características do próprio ato.

---

<sup>35</sup>BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

<sup>36</sup> BARROSO, op. cit., in CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Organizador). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 251.

Observe-se que a atividade reguladora das agências independentes compreende várias funções, como, por exemplo, normatização, fiscalização e controle, dentre outras, de sorte que alguns atos infralegais de agências reguladoras podem ter características distintas. Alguns, como, por exemplo, os atos normativos, têm efeito geral e abstrato. Já outros, como os de fiscalização e controle, podem ter efeito individual e concreto.

Além disso, os atos podem ser vinculados ou discricionários e essas características também vão influenciar nos limites da atuação do Judiciário.

Em relação aos atos de efeito individual e concreto vinculados, a atuação do Judiciário segue a mesma sistemática aplicável aos atos administrativos vinculados em geral, isto é, além de declarar a validade ou não do ato, o juiz, na sentença, pode determinar as consequências ordinariamente previstas na lei. Por exemplo, se a lei definir de modo objetivo os requisitos para uma empresa obter licença ou autorização para atuar ou comercializar produtos em algum mercado regulado, uma vez satisfeitos esses requisitos a licença ou a autorização deve ser concedida pela agência reguladora respectiva, caso contrário, o juiz pode declarar o ato inválido e condenar a agência reguladora a expedir a licença ou a autorização.

Já quanto ao ato de regulação discricionário, independente dos seus efeitos, há que se observar que essa discricionariedade não é propriamente aquela do direito administrativo comum, mas sim a chamada discricionariedade técnica. A respeito desse assunto, por questão metodológica, o estudo será realizado de modo específico no subitem seguinte.

Não obstante, acerca do controle judicial do ato regulatório infralegal normativo, convém destacar que este pode ser editado, em conformidade com aquele fenômeno denominado deslegalização, em razão do exercício da função normativa atribuída genericamente pela lei à agência reguladora. Mas por outro lado, o ato normativo pode ser editado em razão de comando legal específico. Além do que já foi dito sobre deslegalização, convém salientar que para o professor Alexandre Santos de Aragão<sup>37</sup> trata-se de um instituto umbilicalmente ligado à atribuição de largos poderes normativos a órgãos ou entidades da Administração Pública.

De acordo com aquele princípio da inafastabilidade da jurisdição, se o ato normativo ultrapassar os limites da lei ou se desvirtuar da sua finalidade, o Judiciário pode declarar a sua invalidade, expurgando o ato ou a parte ilegal do ordenamento jurídico.

---

<sup>37</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 2ª edição, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 418.

Mas e se houver comando legal específico determinando a edição do ato normativo de regulação? O Judiciário poderia, além de eventualmente declarar a ilegalidade do ato editado, condenar a agência reguladora a editar novo ato em seu lugar? Ou, caso o ato não tenha sequer sido editado, o Judiciário poderia declarar a ilegalidade por omissão e condenar a Agência a editar o ato normativo respectivo cuja edição foi determinada especificamente na lei de regência?

A respeito, vale analisar o caso objeto da Ação Civil Pública n.º 2009.61.00.002894-4 tramitada e julgada na 6ª Vara Federal da subseção judiciária de São Paulo, na qual o Ministério Público Federal pediu a declaração de ilegalidade das normas esculpidas nos artigos 2º, 3º e 6º da Resolução n.º 13, de 3 de novembro de 1998, do Conselho Nacional de Saúde Suplementar – CONSU, bem como que a ANS fosse condenada a editar outras normas em substituição àquelas. Cabe esclarecer que a ANS figura como ré, porque atualmente a atribuição legal para a edição do ato normativo respectivo é sua.

Trata-se de resolução normativa por meio da qual o CONSU<sup>38</sup>, órgão que antecedeu a ANS na regulação do mercado de planos de saúde, regulou os atendimentos pelas operadoras de planos de saúde nos casos de urgência e emergência, na forma do parágrafo único do atual art. 35-C da Lei n.º 9.656<sup>39</sup>, de 3 de junho de 1998, o qual define os prazos de carência e determina a sua regulação pelo ente regulador.

Nessa ação, em relação ao pedido de condenação da ANS à edição de nova resolução normativa, o juiz federal João Batista Gonçalves<sup>40</sup> da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo extinguiu liminarmente o processo sem julgamento de mérito, sob a alegação de inadequação do procedimento, incompetência do juízo e violação da independência do Poder Executivo. Veja-se a decisão:

Já no que tange ao pedido de condenação da ANS, ou subsidiariamente da UF, na obrigação de fazer consistente no dever de regulamentar o art. 35-C da Lei n.º 9.656/98, de maneira que não constem restrições para atendimento de quaisquer serviços médicos que reclamem atendimento nas aludidas situações emergenciais e urgentes, muito embora

<sup>38</sup> CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. BRASIL. **Resolução n.º 13, de 3 de novembro de 1998.** Disponível em [http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=300](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=300)>. Acessado em 10 de março de 2013.

<sup>39</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

<sup>40</sup> GONÇALVES, Juiz Federal João Batista. **Decisão proferida nos autos da ação civil pública n.º 2009.61.00.002894-4, em trâmite na sexta vara federal de São Paulo.** Decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça Federal, São Paulo, em 25 de março de 2009, p. 1198-1203.

este não conste do pedido de antecipação de tutela, rejeito-o liminarmente, vez que não considero o tema cabível em sede de ação civil pública.

De fato, a determinação de obrigar a Administração Pública Federal a elaborar norma visando a regulamentação do art. 35-C da Lei n.º 9.656/98 não se adequa aos termos da Lei n.º 7.347/85 e 8.078/90, ampliando o escopo da presente ação de forma indevida. Demais disso, há de anotar esta espécie de pleito está prevista constitucionalmente na competência do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, “h”), a ser buscada por meio do mandado de injunção.

[...]

Vale lembrar que ao Judiciário não cabe genericamente, ressalvadas exceções constitucionais, substituir a atuação de órgão administrativo, sob pena de violação à independência do Poder Executivo, a quem, no presente caso compete a edição da pretendida norma.

Diante do exposto, fica rejeitado, desde já, o pedido inicial de realização de nova regulamentação do artigo 35-C da Lei n.º 9.656/98.

Com efeito, o juiz João Batista Gonçalves<sup>41</sup> da 6ª Vara Federal de São Paulo entendeu que em sede de ação civil pública seria lícito ao juiz de primeiro grau declarar eventualmente a ilegalidade de normas contidas em resolução de agência reguladora federal, condenando-a a se abster de aplicá-las. Por outro lado, considerou que não seria possível juiz de primeiro grau em sede de ação civil pública, ou mesmo por meio de outras ações coletivas, condenar agência reguladora federal a editar resolução normativa para regulamentar dispositivo de lei, na medida em que tal competência seria privativa do Superior Tribunal de Justiça em sede de mandado de injunção, conforme previsto na alínea “h” do inciso I do art. 105 da Constituição da República<sup>42</sup>. Convém destacar que a apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra essa sentença ainda aguarda julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Em sentido diverso verifica-se o ocorrido na ação civil pública n.º 2008.51.01.028713-6, ajuizada pelo Ministério Público Federal perante a 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Nessa ação, objetiva o Ministério Público Federal, em síntese, a declaração de ilegalidade da Resolução de Diretoria Colegiada RDC n.º 211, de 14 de julho de 2005, editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, no tocante à desnecessidade de descrição em língua portuguesa dos componentes de produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumes, bem como que a ANVISA seja condenada à edição de norma, ou adição de dispositivo à mencionada RDC, que obrigue ao uso do vernáculo na descrição da composição

<sup>41</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 1198-1203.

<sup>42</sup>BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acessado em 30 de julho de 2012.

do produto. Convém esclarecer que a ANVISA<sup>43</sup> editou a dita resolução para disciplinar a rotulagem daqueles produtos.

No primeiro grau, a Juíza Federal Marianna Carvalho Bellotti<sup>44</sup> entendeu que a resolução era legal e julgou improcedentes os pedidos do MPF, na medida em que a resolução normativa determina a utilização do padrão de nomenclatura *International Nomenclature of Cosmetic Ingredient* - INCI aceito internacionalmente na rotulagem dos produtos. Segundo informação contida na página institucional da ANVISA<sup>45</sup>, o INCI é um sistema internacional de codificação da nomenclatura de ingredientes cosméticos, reconhecido e adotado mundialmente, criado com a finalidade de padronizar os ingredientes na rotulagem dos produtos cosméticos.

Ao contrário, o Desembargador Federal Reis Friede<sup>46</sup>, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento da apelação deu provimento ao recurso, reformando a sentença de modo a condenar a ANVISA a editar norma prevendo a obrigatoriedade da utilização da língua portuguesa na descrição dos componentes dos produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumes.

Em seu voto, o Desembargador Federal Reis Friede<sup>47</sup> sustenta que os consumidores têm o direito à informação, assegurado na Constituição e no Código de Defesa do Consumidor. Ele esclarece que a resolução da ANVISA, ao obrigar a utilização na rotulagem dos dados dos ingredientes dos produtos cosméticos de acordo com padronização internacional de nomenclatura não é por si só ilegal, mas que a norma deve obrigar a que os rótulos dos produtos contenham essas informações também em língua portuguesa.

Nesse sentido, o Desembargador Federal não declarou a norma *subjudice* ilegal, mas condenou a agência reguladora a editar ato normativo além daquele já existente determinando

---

<sup>43</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. BRASIL. **Resolução de Diretoria Colegiada RDC n.º 211, de 14 de julho de 2005.** Disponível em <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/dfa9b6804aee482bb7a1bfa337abae9d/Resolu%C3%A7%C3%A3o+RDC+n%C2%BA+211,+de+14+de+julho+de+2005.pdf?MOD=AJPERES>>. Acessada em 10 de março de 2013.

<sup>44</sup> BELLOTTI, Juíza Federal Marianna Carvalhol. **Sentença proferida na Ação Civil Pública n.º 2008.51.01.028713-6.** Sentença publicada no Diário Eletrônico da Justiça Federal, Rio de Janeiro, em 06 de agosto de 2010.

<sup>45</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Informação acerca de *International Nomenclature of Cosmetic Ingredient* – INCI.** Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/cosmeticos/inci.htm>, acessada em 16 de dezembro de 2012.

<sup>46</sup> FRIEDE, Desembargador Federal Reis. **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Voto proferido no julgamento de apelação em ação civil pública n.º 2008.51.01.028713-6.** Íntegra do relatório e voto disponível em <[http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?procorrig=2008.51.01.028713-6&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=0](http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?procorrig=2008.51.01.028713-6&andam=1&tipo_consulta=1&mov=0)>. Acessado em 24 de fevereiro de 2013.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

a utilização da língua portuguesa no rótulo das embalagens, isto é, em sede de ação civil pública, condenou a ANVISA a editar ato normativo de regulação e ainda definiu a essência do conteúdo da norma. Contra essa decisão, a ANVISA interpôs recursos extraordinário e especial, os quais até o momento da redação desta dissertação ainda não haviam sido julgados.

Em ambas as ações civis públicas, o que o Ministério Público Federal pediu foi a declaração de ilegalidade de atos normativos infralegais editados por agências reguladoras federais e a condenação das entidades a editarem outras normas, buscando, dessa forma, tutelar o exercício do direito fundamental à saúde na primeira ação e o exercício dos direitos fundamentais à saúde e à informação do consumidor na segunda ação.

Em relação a essas demandas, não houve divergência quanto à possibilidade de o Poder Judiciário declarar, em sede de ação civil pública, ou outro tipo de ação coletiva, a ilegalidade de ato normativo infralegal editado por agência reguladora, condenando-a a se abster de aplicar a norma. Contudo, houve divergência acerca da possibilidade de o Judiciário condenar em sede de ação civil pública ou outra ação coletiva as agências reguladoras a editarem normas de regulação.

A toda evidência, a possibilidade de a Justiça Federal condenar em sede de ação civil pública ou outra ação coletiva, seja em primeiro grau ou em apelação, uma agência reguladora federal a editar ato normativo infralegal para regular ou assegurar o exercício de direito fundamental disciplinado por lei nacional esvazia por completo o mandado de injunção de competência originária do Superior Tribunal de Justiça previsto na alínea “h” do inciso I do art. 105 da Constituição da República<sup>48</sup>. Ademais, a condenação à edição de ato normativo infralegal com conteúdo definido provoca claramente o deslocamento das atribuições do ente regulador para o Judiciário.

À luz daquele dispositivo constitucional acima referido, isto é, alínea “h” do inciso I do art. 105<sup>49</sup> da Constituição, conclui-se que quando verificada a omissão da agência reguladora federal quanto ao exercício do seu poder-dever normativo, a via processual adequada é o mandado de injunção perante o STJ.

---

<sup>48</sup>BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012

<sup>49</sup> Ibidem.

Aliás, o Ministro Eros Grau<sup>50</sup> do Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão no Mandado de Injunção n.º 712-8/PA segundo a qual é possível a impetração de mandado de injunção coletivo e que o Judiciário, ao verificar a mora do ente regulador, pode proferir decisão com efeito *erga omnes* regulando o exercício do direito até que o ato normativo seja editado pelo Poder ordinariamente legitimado. Esse entendimento, *mutatis mutandis*, também se aplica ao mandado de injunção de competência do STJ, por simetria.

Essa solução, além de dar ao mandado de injunção efeito concreto, impede a substituição do Legislador, ou no presente caso da agência reguladora, pelo Judiciário, na medida em que posteriormente o ente regulador poderá editar a norma respectiva em substituição àquela regulação estabelecida provisoriamente pelo Judiciário.

Enfim, cumpre frisar que essa questão, ou seja, a possibilidade de a Justiça Federal condenar em sede de ação civil pública ou outra ação coletiva ente regulador federal a editar ato normativo infralegal para assegurar o exercício de direito fundamental disciplinado em lei nacional não se encontra pacificada na doutrina ou na jurisprudência, de modo que ainda deve ser dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista envolver a aplicação de princípios e regras constitucionais, tais como, o princípio da separação dos poderes, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e a competência originária do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal da administração direta ou indireta.

### 3.1.2 A discricionariedade técnica e a autocontenção do Judiciário

Para o Direito Administrativo, discricionariedade é a prerrogativa que a Administração tem para decidir a prática de um ato administrativo a partir de critérios de conveniência e oportunidade. Segundo o professor Cláudio Brandão de Oliveira<sup>51</sup>, são discricionários os atos administrativos praticados com possibilidade de valoração de critérios de conveniência e oportunidade e vinculados ou regradados aqueles praticados sem liberdade para avaliação de mérito.

---

<sup>50</sup> GRAU, Ministro Eros. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto proferido no julgamento do Mandado de Injunção n.º 712-8/PA.** Íntegra do relatório e voto disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acessado em 24 de fevereiro de 2013.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. **Manual de direito administrativo, 3ª edição.** Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 68.

Diz-se que a edição do ato é conveniente quando, além de satisfazer o critério do interesse público, se ajusta ao interesse político do Governo ou da própria Administração. Já a oportunidade está relacionada com o momento em que o ato deve ser editado.

Pois bem, conforme Sérgio Guerra<sup>52</sup>, diversamente do que ocorre com essa discricionariedade do direito administrativo comum, quando existe a possibilidade de o ente regulador optar entre diversas soluções para o mercado, essa discricionariedade deve ser considerada técnica, na medida em que não se confunde com simples juízo de conveniência e oportunidade realizado a partir de critérios políticos governamentais ou partidários. Isso é assim, porque a legitimidade atribuída pelo Legislador ao ente regulador para editar normas disciplinadoras do mercado tem fundamento na sua expertise técnica e não em questões políticas ou partidárias.

Não obstante, é oportuno destacar que a tecnicidade da atuação do ente regulador não afasta, justamente dentro dessa margem discricionária, a possibilidade de realizar escolhas baseadas na denominada política de regulação, a qual não se confunde com política partidária ou governamental. Nesse sentido destaca-se entendimento do procurador federal Dalton Tibúrcio<sup>53</sup> formulado a partir de obras de Gustavo Binjenbojm<sup>54</sup> e de Alexandre Aragão<sup>55</sup>:

A discricionariedade técnica consiste não só no *fundamento* como também no *limite* substancial para o controle da função normativa das Agências Reguladoras. [...]

[...]

A função normativa exercida pela Agência não deve ser compreendida como uma atividade automaticamente ditada pela técnica-científica. Ainda que orientado por razões técnicas, é inegável que o agente regulador, ao editar uma norma, pratica verdadeiro *ato de vontade*. BINENBOJM destaca que “o dever de fundamentação técnica das decisões não inibe que *conteúdos volitivos* possam sempre existir na atividade regulatória”. A discricionariedade a ser exercida, no mais das vezes, resultará na ponderação de valores a serem articulados, conforme destaca ARAGÃO.

[...]

Assim, a função normativa das Agências, fundada e limitada pela discricionariedade técnica, também resulta de opções (ponderações de valores) feitas pelo órgão regulador. Nesse sentido, pode-se entender que há uma *política regulatória* (que não se confunde com a política partidária, própria do debate parlamentar) que rege a edição das normas das Agências.

<sup>52</sup> GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.p. 189-210.

<sup>53</sup> TIBÚRCIO, Dalton Robert. **Interpretação dos atos normativos das agências reguladoras**. Revista virtual da Advocacia Geral da União, ano X, n.º 100, maio de 2010, p. 8-12. Disponível em <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=143887&id\\_site=1115](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=143887&id_site=1115)>, acessado em 18 de janeiro de 2013.

<sup>54</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 283 e 285.

<sup>55</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 85, 408-409.

De fato, cabe às Agências executar políticas públicas setoriais, por meio da persecução de finalidades públicas, conceitualmente fixadas com alto grau de abertura. Por sua vez, a regulação desenvolvida pelas Agências é norteadas pelo princípio da individualização e da concretude, sintetizados por ARAGÃO<sup>56</sup> na constatação de que “se a regulação visa a modificar (melhorar) a realidade social, deve, com base e em cumprimento a princípios gerais que regem estas modificações, ter em conta as situações reais, concretas, sobre as quais deve atuar”. Assim, a própria execução da política pública (fixada pelas leis e pela Administração central) resulta na definição da política regulatória. Por isso, ARAGÃO<sup>57</sup> expõe que “em face do Princípio da Retroalimentação da Regulação, não há como se sustentar que todos os aspectos políticos dos setores regulados ficaram retidos na Administração central, cabendo às agências reguladoras apenas a sua execução autômata e técnico-burocrática”. Há sempre um espaço volitivo a ser exercido pela Agência, o qual terá, em sentido amplo, um caráter político.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao falar de discricionariedade na atividade regulatória, explica se tratar de “uma relativa liberdade para ponderar interesses concorrentes, de modo a atingir *resultados eficientes*, atuando dentro de um *espaço de opções deslegalizadas*, criado pelo legislador”<sup>58</sup>. Nesta dissertação, utiliza-se a expressão discricionariedade técnica para designar essa relativa liberdade atribuída pelo Legislador ao ente regulador.

Em resumo, pode-se dizer então que discricionariedade técnica é o poder de o ente regulador escolher a solução técnica, dentre outras, capaz de propiciar o equilíbrio do segmento regulado. Convém esclarecer que para a ciência econômica equilíbrio é, em sentido estrito, conforme Dominick Salvatore, “a condição de mercado que, uma vez alcançada, tende a persistir. Isto ocorre quando a quantidade demandada iguala a quantidade ofertada no mercado”<sup>59</sup>. Contudo, no direito regulatório a expressão equilíbrio de mercado possui um sentido mais amplo, ou seja, considera-se mercado equilibrado aquele que além de corresponder ao sentido estrito de equilíbrio utilizado pela Economia satisfaz equitativamente os interesses dos agentes econômicos, dos consumidores, preserva o meio ambiente e outros interesses ou direitos difusos ou coletivos. Vale dizer, propicia lucro para os agentes econômicos, protege o consumidor e controla externalidades nocivas à sociedade. Trata-se, portanto, de um conceito mais amplo do que aquele utilizado na Economia.

---

<sup>56</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 107.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 363.

<sup>58</sup> NETO, op. cit., p. 115.

<sup>59</sup> SALVATORE, Dominick. **Microeconomia**. Tradução e revisão de Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1984, p. 27.

Ora, como essa discricionariedade técnica deve ser exercida nos limites e no sentido da lei, ela pode ser objeto de controle judicial de validade, tanto diante de casos concretos, em processos individuais, como em abstrato, em processos coletivos, dentre os quais a ação civil pública.

Essa assertiva parece inquestionável. O que se discute na doutrina e na jurisprudência é a postura que deve adotar o Judiciário no processamento e julgamento das ações em que se discute o exercício dessa discricionariedade técnica do ente regulador.

Pois bem, no controle judicial da legalidade dos atos regulatórios normativos infralegais se aplicam os mesmos princípios e regras aplicáveis ao controle judicial da legalidade dos atos da Administração Pública em geral. Contudo, o Judiciário não pode deixar de levar em conta que o Legislador transferiu para o Executivo a tarefa de encontrar uma ou escolher dentre várias a solução técnica adequada para o mercado em razão da sua expertise.

Em verdade, quando um problema de mercado só comporta uma solução técnica ou esta é inequivocamente aquela que propiciará maiores vantagens para o mercado, considerando-se todos os aspectos envolvidos, não há que se falar em discricionariedade do ente regulador. Em verdade a adoção daquela medida torna-se vinculante para a Administração. Nesse caso, diante de escolha diversa, cabe ao Poder Judiciário declarar a ilegalidade da conduta do ente regulador, ainda que em abstrato, em sede de ação civil pública ou outra ação coletiva, condenando o ente regulador a se abster de aplicar a norma.

Entretanto, muitas vezes o ente regulador se depara com situações em que várias soluções técnicas se apresentam viáveis, eficazes e equivalentes. Algumas vezes, não existe uma resposta efetiva sobre qual a solução tecnicamente melhor para o mercado, porquanto algumas soluções podem ser melhores sob alguns aspectos e piores sob outros, não havendo como tecnicamente se dizer aprioristicamente qual é a melhor ou a correta.

Diante desses casos, o ente regulador deve deliberar e escolher, fundamentadamente, a partir de todos os estudos técnicos previamente realizados, uma solução que esteja em sintonia com aquela denominada política regulatória, a qual, por sua vez, não pode colidir com as políticas públicas definidas para aquele segmento na sua lei de regência advinda do Congresso Nacional.

Se estudos prévios demonstram a existência de mais de uma solução tecnicamente não idênticas, mas capazes de propiciar resultados de impactos de mesmo nível, embora distintos

em relação a aspectos diversos, não havendo efetivamente uma resposta categórica sobre qual seja a melhor, não há que se falar que o ente regulador esteja vinculado a uma ou outra.

Como nessa situação o ente regulador tem legitimidade atribuída por lei para fazer a escolha, diz-se que há discricionariedade técnica.

Essa circunstância tem levado a doutrina e a jurisprudência a desenvolverem alguns princípios específicos aplicáveis ao controle da legalidade da atuação regulatória do Estado.

Alguns autores, como por exemplo, Luís Roberto Barroso<sup>60</sup>, vêm defendendo princípios específicos aplicáveis ao controle do judiciário sobre os atos regulatórios, tais como, por exemplo, o princípio da autocontenção.

Veja-se acerca desse princípio a lição do eminente professor<sup>61</sup>, segundo a qual a posição do Poder Judiciário diante da atuação técnica das agências reguladoras deve ser de relativa autocontenção. Confira-se:

Sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes de constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente, no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.

Nessa mesma linha ensina o professor Sérgio Guerra, para quem “o paradigma das Agências Reguladoras brasileiras é a *independent regulatory commission* norte-americana”<sup>62</sup>. Em razão disso, esse professor estrutura o seu pensamento a respeito do controle judicial sobre os atos de regulação a partir de estudo acerca do *judicial review* norte americano sobre os atos das agências independentes daquele país.

Após apresentar o histórico e o conteúdo dos principais *cases* formadores da atual doutrina do *judicial review* sobre os atos de regulação de mercado nos Estados Unidos, assim como discorrer sobre o *due process of law* e o princípio da razoabilidade, o professor Sérgio Guerra<sup>63</sup> esclarece, conforme já exposto neste trabalho, que havendo tecnicamente uma única solução regulatória, o ato torna-se vinculado, não havendo margem de

---

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 56, 2002. p. 221.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>62</sup> GUERRA, Sérgio. **Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios**. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo n.º 21 (fevereiro/março/abril), 2010, p. 5, ISSN 1981-1861.

<sup>63</sup> GUERRA, 2005, op. cit., p. 277.

discricionariedade a ser exercida, de sorte que a adoção de medida divergente caracterizaria ilegalidade a ser declarada pelo Judiciário.

Por outro lado, existindo margem para exercício de discricionariedade técnica, o Judiciário, em deferência à expertise do ente regulador, deve manter postura de autocontenção, preservando a legalidade do ato, salvo casos de abuso ou arbitrariedade flagrantes.

Não obstante essa posição ordinária de deferência ao regulador e autocontenção, Sérgio Guerra<sup>64</sup> esclarece que o Judiciário norte americano utiliza um princípio denominado *hard look* quando a revisão judicial deve recair sobre ato regulatório normativo capaz de provocar grande impacto no setor regulado, como, por exemplo, normatização que altere consideravelmente as estruturas do setor nuclear.

Por esse princípio *hard look*, o Judiciário adentraria na análise do dossiê administrativo que conteria os fundamentos fáticos e técnicos que levaram o ente regulador a editar o ato normativo *sub judice*, a fim de verificar se realmente a solução adotada está em sintonia com as conclusões a que se chegaria a partir de tudo o que consta naquele estudo técnico prévio. Isto é, o Judiciário examinaria as conclusões dos estudos técnicos e o resultado das consultas e das audiências públicas realizadas antes da edição do ato, verificando a congruência entre os elementos de fato contidos no dossiê e a escolha do ente regulador. Veja-se trecho da obra do mencionado jurista<sup>65</sup>:

O princípio do *hard look review*, como sustenta Sérgio Varella Bruno, pode ser considerado um fórmula híbrida das versões material, que compreende o exame da razoabilidade do ato, e processual, voltado às garantias do contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, fundamentação, dentre outras.

Denota o autor que o Poder Judiciário, no exercício do controle da atividade normativa da Agência Reguladora, verifica se houve a correta atenção às alternativas “regulamentares quanto à decisão adotada, bem como aos assuntos-chave compreendidos na matéria regulamentar, incluindo as principais sugestões formuladas pelo público”.

Pela aplicação do *hard look review* há predominância do controle judicial do ponto de vista adjetivo, de modo a respeitar a decisão adotada pela Agência Reguladora sempre que a motivação seja aceitável, evitando-se que juízos políticos de competência do Legislativo e Executivo venham a ser substituídos pelo Judiciário. Vale dizer, a investigação deve ser detalhada e cuidadosa, porém estreita.

Esse modelo, instituído para controlar as decisões das Agências Reguladoras, teve como *leading case* a sentença proferida pela Suprema Corte no caso *Citizens to preserve Overton Park, inc. v. Volpe*, julgado em

---

<sup>64</sup> GUERRA, 2010, op. cit., p. 8.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 8-9.

1971. Nesse caso, a decisão da Agência Reguladora permitia a construção de uma estrada através de um parque nacional.

Nesse passo, a jurisprudência nacional também tem demonstrado sensibilidade à aplicação de princípios de jurisdição administrativa aplicáveis ao controle dos atos regulatórios do Estado. O Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisão do Ministro Edson Vidigal<sup>66</sup>, fundamentada em doutrina do professor Sérgio Guerra<sup>67</sup>, proferida na Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 163-PE, publicada no DJ de 21.09.2005, entendeu que a substituição da discricionariedade técnica das agências reguladoras pela atuação judicial pautada em fundamentos jurídicos desacompanhados de elementos técnicos essenciais pode acarretar sério desequilíbrio e desarmonia ao setor regulado. Veja-se, trecho dessa decisão:

Em que pese aos judiciosos argumentos expendidos e aos do Ministério Público Federal, e sem adentrar no mérito da questão relativa ao critério utilizado para alcançar o índice adotado para o reajuste dos contratos antigos, tenho que a decisão liminar pode causar lesão grave à ordem pública administrativa, na medida em que interfere na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, com respaldo na discricionariedade técnica, gerando, também, instabilidade no mercado de saúde suplementar.

Não se trata de ato flagrantemente ilegal e, em assim sendo, ao Judiciário não é dado adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios, sob pena de estar invadindo seara alheia. [...]

Esse o enfoque dado à matéria por Sérgio Guerra, em “Controle Judicial dos Atos Regulatórios”, anotando que: “se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais – despidos das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio -, esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma só penada, afetar toda a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado” (2005, fls.272/275).

Igualmente, não se pode adentrar em sede de suspensão na discussão sobre ter ou não, os contratos antigos, maiores vantagens e custos do que os novos, o que justificaria, ao ver da ANS, a disparidade dos índices adotados para o reajuste, questão de mérito a ser ainda apreciada pelas instâncias ordinárias.

Enquanto as decisões judiciais se atêm ao direito, “a Administração é livre para eleger, detentor do amplo espaço em que cada caso lhe permitem a lei e o Direito, as razões (jurídicas, econômicas, sociais, técnicas, ambientais), a curto, médio e longo prazo, que servem de suporte a suas decisões. Essas razões não podem ser utilizadas pelos Tribunais para justificar as suas, apenas de Direito”. (a. op. cit., p. 275).

Com isso em vista, atentando-se, principalmente, para os efeitos prospectivos da medida, o alto interesse público envolvido, ponderando-se,

---

<sup>66</sup> VIDIGAL, Ministro Edson. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão judicial proferida na Suspensão de Liminar e de Sentença n.º163-PE**, publicada no Diário da Justiça de 21/09/2005. Brasília: Diário da Justiça, 2005.

<sup>67</sup> GUERRA, 2005, op. cit., p. 272-275.

também, os riscos e os resultados que conclusões açodadas possam ocasionar - desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar -, é que defiro o pedido para suspender a decisão que concedeu o efeito modificativo ativo ao Agravo de Instrumento n° 63323-PE, em curso no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, até o julgamento do mérito da Ação Civil Pública naquela Corte.

Igualmente, o STJ<sup>68</sup> em seus julgamentos também tem aplicado o princípio da autocontenção do Judiciário, privilegiando o exercício da discricionariedade técnica da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, nas ações em que se discute a legalidade do ato normativo daquela agência que define os critérios da chamada “área local” para fins de cobrança da tarifa do serviço de telefonia fixa.

Nessa trilha, convém analisar a ação civil pública n.º 2008.83.00.008368-8 ajuizada pela Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde – ADUSEPS perante a 21ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco em face da ANS. Nessa ação, a autora atacou a legalidade da Resolução Normativa RN n.º 167<sup>69</sup>, de 9 de janeiro de 2008, da ANS, a qual atualizava e ampliava o rol de procedimentos de cobertura obrigatória pelas operadoras privadas de planos de saúde a que se refere o § 4º do art. 10<sup>70</sup> da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, em conformidade com atribuição prevista expressamente no inciso III do art. 4º da Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000<sup>71</sup>.

Em síntese, a ADUSEPS sustentou a ilegalidade da norma sob o principal argumento de que ela não contemplava todos os procedimentos em saúde previstos nas tabelas do SUS para a rede pública, em especial transplantes de órgãos. Asseverou que enquanto no SUS são cobertos diversos transplantes, tais como, coração, fígado, rins, medula, córnea, pele etc, o rol da RN 167 da ANS tornava obrigatória apenas a cobertura de transplantes de córnea, rim com doador vivo e medula.

---

<sup>68</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Ementa do acórdão do Recurso Especial n.º 572.070-PR**. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1183519&sReg=200301280351&sData=20040614&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1183519&sReg=200301280351&sData=20040614&sTipo=5&formato=PDF)>, acessado em 5 de janeiro de 2013:

<sup>69</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Resolução Normativa RN n.º 167, de 9 de janeiro de 2008**. Disponível em <[http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1242](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1242)>. Acessada em 10 de março de 2013.

<sup>70</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

<sup>71</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm)>. Acessado em 30 de julho 2012.

A ANS contestou o pedido alegando, em resumo, que o setor de saúde suplementar não se confunde com o SUS. Esclareceu também, que embora a lei dos planos de saúde não permita que um contrato de plano privado de saúde exclua doenças e problemas de saúde inseridos na Classificação Internacional de Doenças – CID da Organização Mundial de Saúde – OMS, o Congresso Nacional brasileiro, por meio do fenômeno da deslegalização, atribuiu à ANS a tarefa de definir, a partir de critérios técnicos, quais os procedimentos em saúde que deveriam ser obrigatoriamente cobertos pelos planos privados de saúde pertinentes àquelas doenças e problemas de saúde, incluindo-se nessa atribuição a definição dos transplantes de órgãos. Isso porque as doenças e os problemas de saúde muitas vezes podem ser tratados por meio de vários procedimentos com custo, eficiência e eficácia diversos.

Em sua contestação a ANS ainda esclareceu que a política regulatória do setor prevê a inclusão no rol de procedimentos obrigatórios de todos os transplantes previstos no SUS, mas que essa inclusão, em razão de aspectos técnicos, econômicos e operacionais do segmento regulado e da diversidade regional existente no Brasil, precisa ser feita de modo gradual.

Além desses argumentos, a ANS explicou que a questão da inclusão da cobertura obrigatória de todos os transplantes de órgãos no setor da saúde suplementar era objeto de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional (Projeto de Lei n.º 2.642/03, Projeto de Lei n.º 4.164/04 e Projeto de Lei n.º 7.128/06) e que durante a tramitação desses projetos o Legislativo realizou audiência pública onde foram ouvidos representantes do Ministério da Saúde, na qualidade de coordenador do Sistema Nacional de Transplantes – SNT, da ANS e da sociedade civil, e que nessa audiência foram apresentados, tanto pelo Ministério da Saúde quanto pela ANS, os motivos segundo os quais tecnicamente não era adequada alteração legislativa no escopo pretendido pelos projetos de lei. Em razão disso, a comissão parlamentar de seguridade social e saúde da Câmara dos Deputados opinou pela não aprovação dos projetos de lei no sentido de incluir na lei dos planos de saúde a obrigatoriedade de cobertura de todo e qualquer tipo de transplante, mantendo a atribuição da ANS de definir quais os transplantes cuja cobertura deve ser obrigatória.

A ANS instruiu sua contestação com os principais documentos que comprovavam os argumentos fáticos e técnicos contidos no procedimento administrativo (dossiê) que fundamentou a edição da RN 167, de 2008.

Em que pese todos os argumentos fáticos e técnicos apresentados pela ANS, o Juiz Federal Francisco Antônio de Barros e Silva Neto<sup>72</sup> entendeu, em síntese, que a saúde é direito fundamental do cidadão e que o seu exercício e tutela devem ser norteados pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da universalidade e integralidade do atendimento em saúde, de modo que, não obstante o texto expresso do § 4º do art. 10 da Lei n.º 9.656, de 1998, e o inciso III do art. 4º da Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a ANS não teria margem de discricionariedade para definir quais os procedimentos que seriam cobertos ou não, mas tão somente disciplinar a maneira como tais procedimentos seriam realizados. Em razão disso, o magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido e condenou a ANS a editar ato normativo incluindo no referido rol todos os transplantes de órgãos contemplados nas listas do SUS.

A ANS recorreu dessa sentença e, em sede de apelação, o Desembargador Federal Manuel Maia<sup>73</sup> do Tribunal Regional da 5ª Região proferiu voto, seguido à unanimidade, reformando a sentença.

Observa-se daquele voto que o TRF da 5ª Região entendeu, em primeiro lugar, que não havia ilegalidade flagrante, uma vez que a própria lei atribuía expressamente à ANS a tarefa de definir os procedimentos obrigatórios, incluindo transplantes médicos, e, em seguida, aplicando a técnica do *hard look review* (análise e valoração dos elementos contidos no dossiê administrativo), considerou legal o ato normativo regulatório infralegal judicialmente impugnado, reformando a sentença recorrida, haja vista a apresentação pela agência reguladora de argumentos técnicos, econômicos e operacionais sólidos e de procedimento administrativo para a edição do ato regulatório escoreito. Veja-se a ementa do acórdão da relatoria do Desembargador Manuel Maia<sup>74</sup>:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANS-AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. AGÊNCIA REGULADORA. PODER NORMATIVO. LEIS Nºs 9.961/2000 E 9.656/1998. RESOLUÇÃO NORMATIVA ANS Nº167/2008. ROL DE REFERÊNCIA BÁSICA. COBERTURA DE TRANSPLANTES DE

<sup>72</sup> SILVA NETO, Juiz Federal Francisco Antônio de Barros. **Sentença proferida na Ação Civil Pública n.º 2008.83.00.008368-8.** Íntegra da sentença disponível em <<http://ww11.jfpe.gov.br/consultaProcessos/resconsproc.asp>>. Acessada em 24 de fevereiro de 2013.

<sup>73</sup> MAIA, Desembargador Federal Manuel. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Voto proferido na Apelação em ação civil pública n.º 2008.83.00.008368-8**, publicado no Diário Eletrônico da Justiça em 3 de setembro de 2010, disponível em <[www.trf5.jus.br/archive/2010/09/200883000083688\\_20100902\\_3012537.pdf](http://www.trf5.jus.br/archive/2010/09/200883000083688_20100902_3012537.pdf)>, acessado em 19 de janeiro de 2013.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

FÍGADO, CORAÇÃO E DEMAIS ÓRGÃOS. PLANOS DE SAÚDE. APELAÇÕES PROVIDAS.

1. Sentença que determinou à ANS que complementasse o rol de procedimentos previstos na Resolução Normativa nº 167/2008, pertinente ao plano de referência, inserindo os procedimentos e eventos de saúde relativos ao transplante de fígado, coração e demais órgãos.
2. A despeito de a Constituição ter erigido a saúde como dever do Estado, também assegurou a prestação de serviços de saúde por meio de instituições privadas (art. 199), cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. Nos termos da Lei 9.961/2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde, para fins de atuação no papel de promoção do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.
3. Nos moldes do art. 4º, III da Lei 9.961/2000 cabe à ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar a competência para “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”.
4. A Resolução Normativa ANS n.º 167/07, atualizou o rol básico de procedimentos e eventos de saúde, ampliando coberturas para os beneficiários de planos de saúde, cujo atendimento é obrigatório para todos estes. O rol básico teve o objetivo de estabelecer uma cobertura de procedimentos médico-hospitalares mínima e suficientemente ampla, mas que não comprometesse desmedidamente as finanças dos planos de saúde, acarretando um aumento conseqüente no preço pago pelos particulares, o que inviabilizaria a prestação privada da saúde, e ao mesmo tempo traria um acréscimo comprometedor ao tão sobrecarregado sistema único de saúde.
5. Apresenta-se inviável para o equilíbrio financeiro e atuarial dos planos de saúde a cobertura integral e irrestrita, tanto assim que o art. 10 da Lei nº 9.656/98, ao fazer a previsão de plano de referência de assistência à saúde, excluiu expressamente alguns procedimentos.
6. No § 4º do referido artigo existe previsão expressa no sentido de que “ A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS”. Assim, a disposição normativa em questão deixou à discricionariedade (e não ao arbítrio) da ANS a regulamentação dos procedimentos afeitos a transplantes, podendo esta excepcionar aqueles que sejam inviáveis diante da realidade técnica, econômica e social.
7. Os critérios valorativos adotados pela ANS para excluir da cobertura básica mínima dos planos de saúde transplante de coração e de fígado fundaram-se em razões técnicas e razoáveis, não se podendo catalogar a Resolução nº 167/07 como arbítrio científico, notadamente porque também geraria um excessivo ônus direto às empresas privadas que exploram atividade econômica no ramo da saúde, causando, conseqüentemente repercussão para os assistidos e para toda a coletividade em geral.
8. A regulamentação em questão não viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e nem dispositivos legais do CDC, tendo em vista que se pauta na razoabilidade.
9. Apelações providas.

Da análise desse caso concreto, depreende-se que a atuação do magistrado de primeiro grau consistiu na subsunção direta de princípios constitucionais sobre a questão deduzida em juízo, interpretando restritivamente as Leis n.º 9.656, de 1998 e n.º 9.961, de 2000, de modo a, por um lado, limitar a atribuição delegada expressamente pelo Congresso Nacional à ANS e, por outro, ampliar a cobertura dos planos privados de saúde, aproximando-os dos parâmetros que norteiam o serviço público de saúde. Essa atuação parece se ajustar àquela situação descrita na lição do professor Luís Roberto Barroso<sup>75</sup> anteriormente apresentada em que o magistrado substituiu as razões técnico-jurídicas do ente regulador pelas suas, apenas de ordem jurídica.

Já a atuação do tribunal pode ser segmentada em quatro fases bem distintas. Na primeira, a corte verificou se os princípios constitucionais apontados na fundamentação da sentença apelada realmente deveriam ser aplicados ao caso *sub judice*. O tribunal entendeu que o princípio constitucional do atendimento universal e integral se aplica ao SUS e não à rede privada de saúde, ao menos nas mesmas proporções, bem como entendeu que o ato normativo de regulação não violou o princípio da dignidade do ser humano.

Na segunda fase, o tribunal verificou se as leis de regência do setor regulado delegaram atribuição ao ente regulador para a prática do ato e se este fora editado dentro dos limites dessa delegação. O tribunal concluiu que havia atribuição expressa na lei e que o caso apresentava margem para exercício de discricionariedade técnica, assim como formalmente o ato não extrapolou os limites da norma legal.

Na terceira fase o tribunal conferiu se o ato normativo impugnado foi editado observando-se o princípio do devido processo legal em seu sentido formal, isto é, se agência observou o princípio da publicidade, se levou em consideração os resultados de audiência e/ou consulta pública e se o dossiê administrativo continha de modo razoável argumentos fáticos e técnicos para a fundamentação do exercício da discricionariedade técnica.

Por fim, na quarta fase, o tribunal avançou pelo *due process of law* em seu sentido substantivo, analisando e valorando os argumentos fáticos, técnicos, operacionais, sociais e econômicos apresentados pelo ente regulador. Isto é, atuou claramente utilizando aquela

---

<sup>75</sup> BARROSO, op.cit., in CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Organizador). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 251.

técnica descrita pelo professor Sérgio Guerra<sup>76</sup> como *hard look review* oriunda do direito norte americano.

### 3.1.3 O equilíbrio entre os interesses dos agentes econômicos e a defesa do consumidor

Apesar de tudo o que foi dito nos subitens anteriores quanto a nem sempre ser possível a análise da constitucionalidade ou legalidade do ato de regulação, notadamente o ato normativo, utilizando-se simples técnica de subsunção de normas constitucionais ou legais, haja vista a existência de espaços em branco que devem ser disciplinados pelo ente regulador a partir de exercício de discricionariedade técnica, fazendo com que o exame de validade do ato dependa muito mais de análises técnicas e fáticas referentes a aspectos econômicos e sociais do que da interpretação jurídica de normas, é importante reconhecer e destacar que há sim situações em que o ato de regulação pode vir a ser inconstitucional ou ilegal por violação direta de normas constitucionais ou legais, independentemente de qualquer circunstância fática, técnica, econômica ou social que se alegue.

Isso se dá naquelas situações em que o ato de regulação contraria de modo literal e gritante as regras e princípios da Constituição ou da lei. Imagine-se, por exemplo, uma resolução normativa da ANS que autorizasse as operadoras privadas a rescindirem unilateralmente os contratos de planos de saúde de pessoas idosas sob a alegação de que essa medida seria necessária para reduzir e controlar o aumento da sinistralidade das carteiras e dessa forma preservar ou restabelecer o equilíbrio econômico e financeiro dos fundos de mutualismo respectivos.

Ora, ainda que a ANS apresentasse estudo técnico demonstrando inexoravelmente que o envelhecimento da população brasileira está acarretando o envelhecimento das carteiras de beneficiários de planos de saúde e que uma carteira com quantidade de idosos superior a de jovens é econômica e financeiramente inviável não só no que tange à obtenção de lucro, mas à simples preservação da liquidez e solvência da empresa, esse ato seria flagrantemente inválido, por inconstitucionalidade e ilegalidade.

O hipotético ato normativo acima apresentado contrariaria sem qualquer sombra de dúvida o objetivo republicano de construção de uma sociedade justa e solidária, assim como

---

<sup>76</sup> GUERRA, 2010, op. cit., p. 8.

os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como os direitos fundamentais à saúde e à tutela estatal do idoso e do consumidor.

O ato ainda colidiria grosseiramente com várias normas do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto do Idoso, da Lei dos Planos de Saúde e do Código Civil. Vale dizer, ainda que aquele hipotético problema decorrente de circunstâncias econômicas e sociais permitisse à agência reguladora buscar uma solução regulatória dentro de um espaço aberto pelo Legislador para o exercício de discricionariedade técnica, aquela solução acima apontada a título de exemplo não se sustentaria, haja vista, além dos argumentos jurídicos acima, não corresponder a uma posição equilibrada entre os interesses envolvidos (agentes econômicos x consumidores idosos).

Mas e se a ANS, diante de requerimento e comprovação prévia de operadora específica, autorizasse por ato regulatório de efeito individual e concreto, na forma do inciso XVII do art. 4º da Lei n.º 9.961<sup>77</sup>, de 2000, combinado com o inciso XI do art. 16 da Lei n.º 9.656<sup>78</sup>, de 1998, o aumento linear da mensalidade de todos os contratos de sua carteira por revisão técnica para correção de déficit econômico e financeiro decorrente de aumento de sinistralidade em razão daquele envelhecimento acima mencionado, além do reajuste anual geral por variação de custos e do aumento individual de cada contrato por mudança de faixa etária nos limites previstos nas leis e resoluções normativas em vigor, o ato seria inconstitucional, ou ilegal? Observe-se que segundo a ANS<sup>79</sup>, revisão técnica é uma espécie de aumento para fins de reequilíbrio da equação econômica e financeira de um plano de saúde.

A ciência jurídica é eminentemente argumentativa e com certeza seria possível construir-se teses convincentes baseadas em teorias de direito constitucional, administrativo, econômico, civil, empresarial, consumidor e análise econômica do direito, dentre outros ramos, para se defender tanto a validade quanto a invalidade da conduta da Agência.

---

<sup>77</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm)>. Acessado em 30 de julho 2012.

<sup>78</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

<sup>79</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Reajuste de preços de planos de saúde.** Informação divulgada na página institucional da rede mundial de computadores a respeito de revisão técnica. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude>>, acessada em 23 de janeiro de 2013.

Para se defender a invalidade do ato poder-se-ia dizer que o envelhecimento da população é, em princípio, um fenômeno previsível não extraordinário, bem como não decorre de culpa dos consumidores, razão pela qual, pela chamada teoria da imprevisão desenvolvida a partir da cláusula *rebus sic stantibus* do direito civil, não seria lícita a revisão das bases econômicas dos contratos em benefício do agente econômico em detrimento dos consumidores, haja vista que o inciso V do art. 6º da Lei n.º 8.078<sup>80</sup>, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, prevê a revisão em favor dos consumidores em caso de onerosidade excessiva, mas não o contrário. Poder-se-ia dizer também que a postura da agência reguladora é inconstitucional, na medida em que, não obstante suposta previsão em lei específica, a autorização de aumento por revisão naquelas circunstâncias não estaria em sintonia com o princípio constitucional que determina que o Estado, e agência reguladora é entidade estatal, promova a defesa dos consumidores.

Em sentido oposto, a Agência poderia tentar sustentar a validade do ato argumentando que, em razão de eventuais particularidades do caso, aquele envelhecimento populacional poderia ter sido realmente imprevisível e que a ausência de aumento por revisão traria consequências piores para os consumidores, como, por exemplo, a quebra da empresa em uma região onde poderia não haver outra operadora de planos de saúde atuando. Essas circunstâncias hipotéticas permitiriam à Agência alegar que não atuou em desconformidade com o princípio constitucional segundo o qual o Estado deve promover a tutela dos consumidores, porque a medida do ponto de vista prospectivo seria necessária e benéfica.

Com efeito, esse exemplo parece demonstrar com propriedade a pertinência daquela afirmação de que o controle judicial da validade dos atos de regulação muitas vezes depende mais da análise de questões fáticas do que jurídicas. Observe-se que no presente caso apenas à luz das questões fáticas de natureza econômico e social que circunscrevem o problema objeto do ato regulatório é que será possível dizer-se se a agência reguladora atuou em consonância com aquele princípio constitucional segundo o qual o Estado deve promover a defesa dos consumidores.

Aliás, esse exemplo ainda traz à tona uma matéria que suscita muitas discussões no meio do direito regulatório e do direito consumerista, qual seja, o papel das agências reguladoras no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC. Esse tema provoca as seguintes indagações: agência reguladora é órgão de defesa do consumidor? Qual o papel de

---

<sup>80</sup> BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acessado em 22 de fevereiro de 2013.

uma agência reguladora na tutela do consumidor? Como deve se posicionar uma agência reguladora na solução de problemas de mercado envolvendo conflitos de interesses entre agentes econômicos e consumidores? Como o Judiciário deve analisar a validade de um ato de regulação à luz do princípio constitucional que determina que o Estado promova a tutela dos consumidores?

A fim de contextualizar esse assunto, convém transcrever-se abaixo a íntegra de um artigo assinado por Saulo Luz,<sup>81</sup> publicado em 26 de setembro de 2010 no Jornal da Tarde, do grupo Estado, em que é abordada a atuação das agências reguladoras na tutela dos consumidores:

### **Agência reguladora falha ao ‘proteger’ o consumidor**

A criação das agências reguladoras federais não foi suficiente para reduzir os problemas dos clientes de serviços regulados. Em alguns casos, as agências editam normas que acabam prejudicando os consumidores, em vez de protegê-los, e os problemas sobrecarregam os Procons. Entre os dez assuntos com mais reclamações no ranking da Fundação Procon-SP em 2010, oito são de serviços monitorados por agências e órgãos reguladores. Em 1990, eram dois.

São queixas sobre serviços de telefonia – tanto fixa quanto móvel –, TV por assinatura e acesso à internet (Anatel), energia elétrica (Aneel), planos de saúde (ANS), cartões de crédito e serviços bancários (Banco Central).

“Por mais atuante que seja o Procon, ele está limitado pelo espaço e pelo trabalho mal executado pelas agências reguladoras. Em vez de proteger, elas têm atrapalhado. Muitas vezes as agências editam normas que prejudicam os consumidores. Não só não auxiliam, como atrapalham”, diz Roberto Pfeiffer, diretor executivo do Procon-SP.

Carlos Tadeu de Oliveira, gerente de informação do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) concorda. “É aquilo que a gente costuma chamar de ‘captura da agência’. Ela é capturada pelas próprias empresas que devem regular. Hoje as nossas relações com as agências são litigiosas.”

Parte disso pode ser explicado pela falta de profissionais com histórico de defesa dos consumidores nas direções das agências, ocupadas apenas por técnicos da área, políticos de carreira e ex-funcionários das empresas que são reguladas.

O JT apurou que muitos diretores das agências reguladoras têm passado ligado a empresas que hoje regulam. “Além de não ter representantes de entidades de defesa dos consumidores, as agências têm diretores que vieram das próprias empresas que devem ser reguladas. Alguns até voltam a trabalhar nessas empresas após deixarem a agência”, afirma Oliveira.

Na Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), o presidente Nelson José Hübner Moreira chegou a ser diretor da Associação Brasileira de

---

<sup>81</sup> LUZ, Saulo. **Agência reguladora falha ao ‘proteger’ o consumidor**. Artigo publicado em 26 de setembro de 2010. Jornal da Tarde: São Paulo, 2010. Disponível em <[blogs.estadao.com.br/jt-seu-bolso/agencia-reguladora-falha-ao-proteger-o-consumidor/](http://blogs.estadao.com.br/jt-seu-bolso/agencia-reguladora-falha-ao-proteger-o-consumidor/)>, acessado em 24 de janeiro de 2013.

Empresas de Distribuição (Abradee). Na Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), um diretor já atuou em empresa de transporte aéreo privada. No Banco Central, diversos diretores trabalharam em bancos comerciais; e na Agência Nacional do Petróleo (ANP), alguns diretores trabalharam na Petrobrás.

Na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) três diretores trabalharam em empresas do setor.

Procurados, nenhum dos órgãos reguladores questionou o levantamento feito pela reportagem. Porém, ANS, Aneel, ANA, ANP e ANTT afirmaram que não há conflito de interesses e os indicados às diretorias têm ampla experiência em suas áreas de atuação e passam por sabatinas em comissões do Senado e, para tomarem posse, precisam ser aprovados nas comissões temáticas e pelo plenário do Senado. O Banco Central, a Anac e a Anatel não responderam ao JT.

Pois bem, pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC sob a coordenação do professor Marcelo Gomes Sodré<sup>82</sup> demonstra que as leis que instituíram as principais agências reguladoras federais, tais como, ANATEL, ANEEL e ANS contêm normas que deixam claro que entre as suas atribuições se insere a proteção do consumidor. Mas por outro lado, também demonstra que essa proteção do consumidor está sempre contida em um conceito mais amplo, qual seja, a defesa dos interesses públicos no segmento regulado.

Igualmente, texto do juiz federal e pesquisador Alceu Maurício Júnior<sup>83</sup> em conjunto com o professor José Ribas Vieira e outros defende esse mesmo entendimento do IDEC de que as agências reguladoras têm o poder-dever de promover a defesa dos consumidores, no entanto, refere-se também à defesa do interesse público do setor respectivo, permitindo concluir-se que aquele se insere neste último e que, portanto, defesa de interesse público em setor regulado não se reduz à proteção do consumidor. Veja-se trecho desse texto:

Neste contexto, ocorre uma transformação do papel do Estado e do direito público. Como a literatura jurídica sugere, os direitos fundamentais típicos de uma sociedade de riscos são os direitos à proteção estatal. O direito administrativo começa a se mover para além de uma cômoda idéia de defesa dos indivíduos frente a uma poderosa e arbitrária Administração Pública. Sua principal função atual tem sido defender os cidadãos das eventuais e reais agressões de grupos privados - que não raramente são corporações globalizadas e mais poderosas que o próprio Estado. Cada vez

<sup>82</sup> SODRÉ, Marcelo Gomes (coordenador). INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Agências reguladoras e tutela dos consumidores**. Série pensando o Direito n.º 21/2010 – versão publicação. Resumo do projeto. São Paulo/Brasília, p.p. 17-24, 2010. Disponível para download em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={7393FACA-F9C1-42B0-BE43-8F8756A587C8}>>. Acessado em 24 de janeiro de 2013.

<sup>83</sup> MAURÍCIO JR, Alceu; VIEIRA, José Ribas et al. **Agências reguladoras e a tutela do consumidor**. Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito. Rio de Janeiro. Disponível em <[www.arco.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito/8-agencias-reguladoras-e-a-tutela-do-consumidor](http://www.arco.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito/8-agencias-reguladoras-e-a-tutela-do-consumidor)>, acessado em 24 de janeiro de 2013.

mais se exige que os poderes públicos atuem na defesa dos hipossuficientes, ao invés de simplesmente se absterem de intervir nas relações entre particulares, o que demanda mecanismos efetivos para que os cidadãos afetados possam requerer e obter a proteção estatal (PASCUAL, 2006). Liberdade, dignidade e segurança humana tornam-se o fundamento constitucional da tutela do "cidadão-consumidor" e a Administração Pública passa a ter um "dever discricionário" de perseguir o interesse coletivo (BARONE, 2006). O direito brasileiro não se afasta desse paradigma. A Constituição Federal de 1988 estabelece como um dever fundamental do Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. Os entes federativos têm o dever de legislar sobre a responsabilidade por dano ao meio ambiente e ao consumidor.

A defesa do consumidor também é listada como um dos princípios constitucionais da ordem econômica, cabendo ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Inserido nesse quadro normativo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabeleceu a Política Nacional das Relações de Consumo, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e a necessidade de ações governamentais no sentido de protegê-lo efetivamente.

A tarefa estatal de proteger o consumidor tem sido atribuída em grande medida às Agências Reguladoras, principalmente após a reforma administrativa promovida no final da década de 1990. Dentre outros órgãos de regulação instituídos nesse período, a Lei 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Lei 9.427/1996 criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), e a Lei 9.472/1997 instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

**Em todos esses casos, as leis instituidoras estabeleceram como finalidade dos órgãos reguladores promover a defesa do interesse público e dos consumidores**, estimulando a competitividade entre os concessionários e garantindo qualidade, eficiência, continuidade, confiabilidade e isonomia na prestação dos serviços, bem como sua constante atualização e progressiva universalização. [g.n.]

Nessa tarefa, as Agências Reguladoras são responsáveis por harmonizar os conflitos de interesses entre os diversos atores envolvidos com o serviço público regulado, sendo indispensável a utilização de procedimentos de participação na elaboração dos atos normativos.

Conforme já discorrido no início desta Seção 3, cabe às agências reguladoras, tanto aquelas que regulam serviços públicos como as que regulam atividade privada de relevância pública estabelecer normas que tenham por objetivo manter o equilíbrio do mercado e aperfeiçoá-lo.

Mas o que vem a ser mercado equilibrado? Como também já dito, sob uma perspectiva ampla, e não simplesmente no sentido estrito da econômica, é aquele onde há viabilidade econômica para o empresário; estabilidade das relações jurídicas; fornecimento contínuo de produtos e serviços de boa qualidade; preços justos; respeito aos direitos dos consumidores e

demais pessoas; respeito às relações de trabalho e emprego; inexistência de dano ao meio ambiente e não comprometimento da saúde, segurança e ordem públicas e defesa nacional.

Nesse passo, pode-se concluir que defesa de interesse público no mercado regulado compreende não só a defesa do consumidor, mas a tutela de todos os elementos envolvidos na ideia ampla de mercado equilibrado conforme acima exposto. Por conseguinte, nas palavras de Alceu Maurício Júnior, José Ribas Vieira e outros “as Agências Reguladoras são responsáveis por harmonizar os conflitos de interesses entre os diversos atores envolvidos com o serviço público regulado”<sup>84</sup>.

É sob esse foco que deve ser compreendido o principal papel de uma agência reguladora no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, ou seja, como agente harmonizador de interesses em permanente estado conflituoso. Nesse sentido encontra-se lição do professor Paulo Cesar Melo da Cunha<sup>85</sup>, cujo trecho se transcreve:

Remarque-se, afinal, que a **regulamentação** é *política*, ao passo que a tendência de **regulação** é *técnica*, mediante a explicitação de conceitos jurídicos indeterminados, tais como eficiência, modicidade de tarifas, serviços adequados, segurança etc., por meio de ponderação entre custos e benefícios na intervenção econômica sobre a liberdade privada. Não se confunde com o **regulamento autônomo**, que inova no ordenamento jurídico, estabelecendo normas sobre matérias não disciplinadas em lei prévia. Ademais, como se verá adiante, não se limita à edição de atos normativos.

Importa, por ora, frisar que a regulação, ao almejar a eficiência, é importante instrumento de criação, correção ou organização de um mercado, com defesa da concorrência e do consumidor, procurando ponderar e maximizar os interesses envolvidos.

[...]

A estrutura administrativa encarregada de tal função deve ter o objetivo de compatibilizar a satisfação do destinatário dos bens e serviços, as expectativas do fornecedor de bens e serviços e o interesse coletivo, ampliando a eficiência econômica e avaliando custos e benefícios de suas medidas, procurando minimizar a diferença entre eles.

A Lei n.º 8.078<sup>86</sup>, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, fundamenta esse entendimento ao estabelecer no inciso III do seu art. 4º que a política nacional das relações de consumo será regida, dentre outros, pelo princípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do

<sup>84</sup> MAURÍCIO JR; VIEIRA et al, op. cit., disponível em <[www.arco.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito/8-agencias-reguladoras-e-a-tutela-do-consumidor](http://www.arco.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito/8-agencias-reguladoras-e-a-tutela-do-consumidor)>, acessado em 24 de janeiro de 2013.

<sup>85</sup> CUNHA, Paulo Cesar Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 54 e 57.

<sup>86</sup>BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acessado em 22 de fevereiro de 2013.

consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Esse papel implica a adoção de medidas que muitas vezes repercutem sobre os direitos e deveres dos atores que participam direta ou indiretamente do mercado regulado, de modo que é natural e comum que diante de um ato de regulação os consumidores ou os agentes econômicos possam se sentir prejudicados em benefício do outro.

Nesse caso, se os consumidores ajuizarem ações para discutir a validade da atuação da agência, como o Judiciário poderia avaliar se o ato de regulação realmente harmonizou os interesses a fim de equilibrar as relações de consumo ou se violou direitos dos consumidores, colidindo com o dever estatal de protegê-los?

A resposta à questão acima não é simples, uma vez que pode decorrer de múltiplas situações distintas. Por exemplo, o descontentamento dos consumidores pode ter origem em um ato concreto de fiscalização da ANEEL, o qual considerou correta a conduta de um prestador de serviço e deixou de aplicar-lhe multa. Pode advir ainda de um ato concreto de controle da ANS, o qual autorizou aumento de preços de planos de saúde. Também pode surgir de ato normativo de caráter geral da ANATEL, disciplinando, por exemplo, a chamada “área local” para fins de cobrança de tarifa de ligações telefônicas etc.

Diante dessa circunstância, parece não ser possível a definição de uma regra fechada para se verificar a validade do ato regulatório à luz da tutela do consumidor. Contudo é possível sugerir-se parâmetros que auxiliem o Judiciário nessa tarefa.

O que se propõe aqui é que o juiz, diante do caso concreto, inicialmente verifique se o ato regulatório é flagrantemente inconstitucional. Superada essa fase, o magistrado deve verificar se o ato se encontra formalmente no rol de atribuições do ente regulador. Em seguida, o julgador deve conferir se o ato atinge visível e inequivocamente direito adquirido, isto é, aquele que já se encontra definitivamente incorporado ao patrimônio do consumidor. Se o ato não atingir direito adquirido e se inserir naquelas hipóteses em que o Legislador autoriza o exercício da discricionariedade técnica o magistrado chega então àquela situação em que seria recomendável utilizar aqueles princípios reconhecidos pela doutrina já apresentados nas subseções anteriores, quais sejam, a presunção de legalidade e legitimidade do ato administrativo, a deferência à expertise técnica do regulador e a autocontenção do Judiciário.

No entanto, se ainda assim o magistrado entender necessária uma análise mais aprofundada do caso deverá avançar pela técnica do *hard look review*, examinando a regularidade dos procedimentos administrativos que levaram à prática do ato, bem como examinando os estudos técnicos apresentados pelo ente regulador, de modo a verificar se há pertinência entre suas conclusões e a medida regulatória impugnada, assim como deve também valorar e ponderar os interesses em jogo, de modo a avaliar se há proporcionalidade entre os bônus concedidos aos agentes econômicos, os ônus a que se sujeitarão os consumidores e os benefícios trazidos para o mercado de modo geral.

Nesse ponto, cabe salientar que se o autor da ação judicial impugnar especificamente os estudos técnicos apresentados pela agência reguladora mediante apresentação de estudos científicos razoavelmente idôneos em sentido contrário, a solução será a prova pericial. Nesse caso, por óbvio, o perito deverá ser pessoa física ou jurídica capaz de realizar estudo técnico-científico de mesma ou superior envergadura.

Pois bem, como visto ao longo desta Seção, encontram-se na doutrina nacional juristas renomados que, com base na doutrina predominantemente norte-americana, defendem que no controle judicial dos atos das agências reguladoras o Judiciário, em deferência a sua expertise técnica e à atribuição legal para fazer as escolhas necessárias à manutenção ou restabelecimento do equilíbrio do mercado ou à necessidade de aperfeiçoamento e evolução deste, adote uma postura de autocontenção, dando-se mais ênfase à aplicação do princípio *due process of law* em seu aspecto formal do que substancial.

Não obstante, e a bem da verdade, a experiência profissional de dez anos atuando como procurador federal em procuradoria de agência reguladora permite ao autor desta dissertação dizer, sem a necessidade de especificar casos, que muitas das críticas apresentadas pelos representantes das entidades de defesa dos consumidores naquele artigo escrito pelo jornalista Saulo Luz transcrito no início desta subseção são pertinentes, de modo que para que o Judiciário se sinta verdadeiramente em condições de aplicar os princípios de jurisdição administrativa pregados aqui, é necessário que os instrumentos de representatividade e participação democrática nas agências sejam consideravelmente fortalecidos.

Não se prega aqui a proibição de o presidente da república nomear para a diretoria de uma agência reguladora alguém oriundo do mercado, até porque a presença dessa pessoa na agência pode ser bastante proveitosa, na medida em que provavelmente conhecerá visceralmente os problemas que atingem os agentes econômicos. Mas em contrapartida é importante que o corpo diretivo da agência também possua alguém indicado pelas entidades

de defesa dos consumidores. É necessário que a composição da diretoria colegiada reflita verdadeiramente uma representatividade equilibrada dos interesses em conflito a serem harmonizados. Por exemplo, a diretoria colegiada da ANS é coposta por cinco diretores com mandatos não coincidentes, de modo que o ideal seria que o Governo nomeasse alternativamente uma pessoa indicada pelas operadoras de planos de saúde, uma pelos órgãos de defesa dos consumidores, uma pelas entidades representativas dos profissionais de saúde, uma indicada pelo próprio governo e uma de notório conhecimento técnico indicado ao presidente pela própria agência.

É necessário também que a legislação discipline melhor os instrumentos de participação democrática, como, por exemplo, as audiências e consultas públicas, bem como que estabeleça de forma clara que as sessões ou reuniões deliberativas de diretoria colegiada sejam públicas e que tenham as suas pautas divulgadas com antecedência.

Finalmente deve-se frisar que é absolutamente indispensável que os procedimentos administrativos instaurados com vista à edição de atos normativos de regulação em que há exercício de discricionariedade técnica sejam instruídos com todos os estudos técnicos e com todos os elementos que fundamentaram a escolha da agência, bem como com os documentos decorrentes das audiências e consultas públicas e que esses procedimentos administrativos sejam instruídos de modo organizado, permitindo que os representantes dos agentes econômicos, das entidades de defesa do consumidor, do ministério público, da defensoria pública, do público em geral e o Judiciário possam compreender com clareza tudo o que se passou no processo regulatório, ainda que não tenham conhecimento científico acerca da matéria. Em outras palavras, os procedimentos devem ser capazes de transmitir ao leigo que vier a examiná-los a sensação sólida de que a agência agiu com tecnicidade, imparcialidade, equidistância e lisura. Convém salientar que muitas vezes os estudos técnicos ou os procedimentos de consulta ou audiência públicas são volumosos e complexos. Nesse caso, o ideal seria autuá-los em apenso ao volume principal e instruir este com resumos daqueles redigidos em linguagem clara e objetiva.

Aquela pesquisa organizada pelo IDEC sob a coordenação do professor Marcelo Gomes Sodré<sup>87</sup> apresenta sugestões semelhantes quanto ao fortalecimento da participação social no processo regulatório, conforme abaixo transcrito:

---

<sup>87</sup> SODRÉ, op. cit., disponível para download em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={7393FACA-F9C1-42B0-BE43-8F8756A587C8}>>>, acessado em 24 de janeiro de 2013.

Um dos grandes problemas identificados no então processo de criação e estruturação das agências reguladoras foi a segregação das instituições de proteção e defesa do consumidor, governamentais e não governamentais desse debate. Consequência disso é a quase total ausência de mecanismos de coordenação entre as agências e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cuja existência é prevista pelo Código de Defesa do Consumidor (artigos 105 e 106). Há um longo caminho a ser percorrido para que se chegue a uma situação de equilíbrio nas relações de consumo, caminho este diretamente vinculado à previsão e à concretização da participação social nos processos regulatórios.

Para a viabilização da participação social, os órgãos reguladores devem trabalhar para que se satisfaçam os seguintes itens: (a) existência de canais institucionalizados e condições para a participação dos consumidores; (b) transparência de atos, procedimentos e processos decisórios; (c) acesso à informação e resultados das ações dos órgãos; e (d) divulgação do órgão e mecanismos de contatos para os consumidores.

Finalmente, reafirmando a necessidade e a importância da participação social no processo regulatório como forma de legitimar a atuação das agências reguladoras em face da multiplicidade dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos envolvidos, notadamente os interesses dos consumidores, cabe trazer à baila a lição do professor Alexandre Santos Aragão<sup>88</sup> a respeito do tema:

Como analisado no Item 3.8 um dos mecanismos de legitimação da Administração Pública que mais vem sendo institucionalizado em nosso direito positivo é o da participação dos titulares e defensores dos interesses individuais, coletivos e difusos no processo de tomada das decisões que lhes afetarão. Se, como visto no Item anterior, o exercício da discricionariedade se dá através da ponderação entre os diversos e genéricos interesses em questão, nada mais justo e natural que os seus titulares e defensores possam manifestar as suas posições perante a Administração, com o que estarão inclusive contribuindo para o controle da legalidade e da efetividade dos seus atos, vez que os participantes no processo administrativo carrear-lhe-ão elementos e opiniões para que possa tomar decisões mais equânimes e eficientes.

[...]

Podemos inferir do fato de as leis das agências reguladoras imporem a adoção de modernos mecanismos de participação procedimental, a necessidade de que fosse suprido o déficit democrático co-natural a todas as agências reguladoras que, além de amplos poderes normativos, têm os seus dirigentes resguardados da livre exoneração pelos titulares de poder político democraticamente eleitos.

Note-se que estas exigências procedimentais, longe de serem meras formalidades, constituem requisitos da validade dos atos e normas a serem editadas. “Ainda que o poder regulamentar contenha inevitavelmente aspectos discricionários, com um núcleo de oportunidade em que são possíveis várias soluções igualmente justas, não cabendo substituição da decisão administrativa pela judicial, a participação cidadã é essencial nesta ‘zona de pura oportunidade’, de modo que a omissão na realização deste

---

<sup>88</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 435-436 e 439-440.

trâmite deve ser considerada como causa invalidadora do ato normativo expedido<sup>89</sup>”

Vistos os princípios reconhecidos pela doutrina pátria aplicáveis no exercício do controle judicial sobre os atos de regulação, bem como o papel das agências reguladoras na defesa dos consumidores, passa-se a seguir ao estudo de aspectos do setor da saúde suplementar considerados relevantes para o controle judicial de validade dos atos regulatórios da ANS.

### **3.2 O controle judicial da ANS: proposta de aspectos do mercado a serem considerados na fundamentação das decisões judiciais de revisão de ato regulatório infralegal**

Conforme Andreza Cristina Baggio, “a sociedade atual pode ser caracterizada como uma sociedade de risco resultante dos avanços da era industrial, da modernização da informação e da complexibilização dos processos de tomada de decisões”<sup>90</sup>. Cristina Baggio ainda explica que “Desde o século XX, a sociedade está organizada a partir do fenômeno mundial das relações de consumo, massificada pelo crescente aumento de oferta de produtos e serviços, sendo o risco incorporado ao próprio modo de ser da sociedade pós-moderna”<sup>91</sup>.

Cabe ao Estado proteger o consumidor ou o próprio cidadão em geral dos riscos dessa sociedade de relações massificadas. Um dos instrumentos de que o Estado lança mão para cumprir essa missão é a regulação de serviços públicos e atividades econômicas e sociais relevantes realizados pela iniciativa privada.

No Brasil, a regulação das atividades das empresas privadas realizadas em razão de concessão ou permissão para prestação de serviços públicos ou autorização para a exploração de atividades econômicas tem ocorrido em vários setores, tais como transporte terrestre; aquaviário; aeronáutico; infraestrutura de portos, aeroportos e hidrovias; atividades aeroespaciais; petróleo e seus derivados; recursos hídricos; telecomunicações; energia elétrica; energia nuclear; saúde; indústria farmacêutica; sistema financeiro; mercado de capitais; seguro; previdência complementar; educação; mercado cinematográfico; tecnologia da informação etc.

<sup>89</sup> VELA, David Ciriano. **Administracion econômica y discrecionalidad**, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª edição, 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 440.

<sup>90</sup> BAGGIO, Andreza Cristina. **A sociedade de risco e a confiança nas relações de consumo**. Revista de Direito econômico e Socioambiental (ISSN 2179-345X). Curitiba, v.1, n.1, p. 127, jan./jul. 2010.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 127.

A presença do Estado na regulação dessas atividades tem feito com que aquela clássica divisão do direito em público e privado se torne cada vez menos acentuada, haja vista a incidência concomitante de normas de direito administrativo, econômico, empresarial, civil, consumerista, dentre outros, sobre as relações jurídicas que se estabelecem nesses segmentos, sejam elas travadas entre o Estado e o empresário ou entre este e o consumidor.

Aquela característica da pós-modernidade de sociedade de risco baseada em relações massificadas e reguladas pelo Estado tem provocado também alterações no âmbito das relações processuais, na medida em que cada vez mais o judiciário tem sido demandado para solucionar litígios envolvendo interesses metaindividuais, isto é, difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Vale dizer, ao lado daquele clássico processo individual em que se profere sentença de efeito interpartes e cujo objeto costuma ser bem delimitado por um dos tradicionais ramos do direito, como, por exemplo, o civil ou o empresarial, surge o processo coletivo, cuja sentença produz efeitos *erga omnes*.

Frequentemente, os objetos desses processos coletivos são circunscritos concomitantemente por normas de direito público e privado, porquanto ao passo em que dizem respeito ao poder regulatório do Estado sobre a atividade desempenhada pelo empresário, também envolvem as relações privadas entre este e os consumidores dos seus serviços ou produtos, exigindo dos membros da magistratura a necessidade de familiaridade com todos os ramos do direito público e privado, sobretudo no âmbito da Justiça Federal, haja vista a extensa competência legislativa e administrativa atribuída pela Constituição da República à União.

Mas no exercício do controle judicial sobre os atos de regulação de mercados, não basta que o juiz tenha conhecimento de normas de direito público e privado. Embora não haja necessidade de formação técnico-científica em outras áreas do saber, é importante que o juiz moderno possua conhecimentos básicos multi e interdisciplinares, tais como, economia, saúde, ecologia, biologia, psicologia, sociologia, antropologia, filosofia, informática, matemática, estatística, atuária, física, química e muitas outras disciplinas, assim como as interações dessas com o direito.

Isso porque, como já exposto no capítulo anterior, a revisão de validade de um ato regulatório pode depender da análise do exercício da discricionariedade técnica do ente regulador por meio daquele procedimento denominado *hard look*.

Esse procedimento implica o exame da finalidade econômico-social do ato regulatório à luz dos fatos econômicos e sociais, bem como dos estudos científicos relacionados a eles

apresentados pela agência reguladora como motivação da sua escolha técnica. Implica também a valoração e ponderação dos interesses em conflito, sendo certo que tudo isso deve ser feito em cotejo com as características e particularidades do próprio mercado.

Essa necessidade de melhor compreensão de aspectos técnicos a respeito de assuntos submetidos ao exercício da jurisdição foi objeto da Recomendação n.º 31 do Conselho Nacional de Justiça CNJ<sup>92</sup> no que tange especificamente às interações entre o direito e a saúde. Dentre várias medidas, o CNJ recomendou que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais promovessem visitas dos magistrados a unidades de saúde para melhor compreensão técnica de suas finalidades e funcionamento, bem como recomendou às Escolas de Magistratura Estaduais e Federais que promovessem e realizassem seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores de saúde, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria.

Em consonância com essa situação, enquanto ao longo do subitem 3.1 foram estudados princípios de jurisdição administrativa reconhecidos pela doutrina aplicáveis de maneira geral ao controle judicial dos atos de regulação de mercados setoriais, neste subitem que se inicia serão apresentados e estudados alguns aspectos específicos da saúde suplementar cujo conhecimento se considera fundamental para o controle jurisdicional da validade dos atos de regulação editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

### **3.2.1 A não confusão entre a saúde suplementar e a saúde pública**

O primeiro aspecto ou característica da saúde suplementar que se propõe seja observado pelos magistrados no processo de revisão de validade de atos de regulação editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar é a sua não confusão com a saúde pública.

Como já visto ao longo da Seção 2 desta dissertação, o art. 196 da Constituição da República<sup>93</sup> definiu que a saúde é direito fundamental do ser humano e atribuiu ao Estado brasileiro, em todas as suas esferas políticas, isto é, União, Estados membros, Distrito Federal

---

<sup>92</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. BRASIL. **Recomendação n.º 31, de 30 de março de 2010.** Disponível em <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/recomendacao/recomendacao\\_31\\_30032010\\_22102012173049.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf)>. Acessado em 2 de fevereiro de 2013.

<sup>93</sup> BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

e Municípios, o dever de prestar serviços de saúde por meio do que hoje se denomina Sistema Único de Saúde – SUS.

Contudo, a Constituição da República<sup>94</sup> não reservou aos entes políticos o monopólio dos serviços de saúde. Ao contrário, assegurou expressamente no art. 199 que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Vale dizer, ainda que do ponto de vista global o estudo da saúde da população seja compreendido como saúde coletiva, sob a perspectiva das entidades organizacionais que realizam tais ações e prestam esses serviços, no Brasil a saúde está dividida em dois setores, o público e o privado.

Em razão disso, embora a saúde seja sempre direito fundamental do ser humano, tanto nas relações entre cidadão e poder público como nas relações privadas, percebe-se que os princípios constitucionais norteadores da saúde definidos no art. 196 da Constituição<sup>95</sup>, ou em outros dispositivos, devem ser compreendidos e aplicados levando-se em consideração essa dicotomia. Por esse motivo, a incidência desses princípios sobre a Lei n.º 8.080, de 1990, a qual disciplina o SUS, e sobre a Lei n.º 9.656, de 1998, que trata da saúde suplementar, se dá de modo distinto.

Na primeira, o legislador em atendimento ao princípio do acesso universal e igualitário estabeleceu a gratuidade dos serviços de saúde para qualquer pessoa, independentemente de nacionalidade, naturalidade, situação econômica ou de ser ou não contribuinte da seguridade social ou de qualquer outro tributo.

Já na Lei n.º 9.656, de 1998, o reflexo do princípio do acesso universal e igualitário se dá por meio de normas que buscam impedir a criação de obstáculos pelas operadoras de planos de saúde a pessoas que de alguma forma possam ser consideradas indesejáveis, como, por exemplo, idosos e pessoas portadoras de deficiência física. Pessoas com essas características são consideradas de risco adverso, haja vista a grande probabilidade de necessitarem de serviços de saúde (alta sinistralidade). Veja-se nesse sentido, por exemplo, o art. 14, o qual prescreve que “Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde”<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

Outro reflexo do princípio do acesso universal e igualitário consiste na norma contida no inciso I do art. 18 daquela lei<sup>97</sup>, segundo a qual o consumidor de determinada operadora, em nenhuma hipótese e sob nenhum pretexto ou alegação, pode ser discriminado ou atendido de forma distinta daquela dispensada aos clientes vinculados a outra operadora ou plano.

Não obstante a regra acima, enquanto no SUS nenhum cidadão receberá ou deixará de receber serviços em razão da sua capacidade econômica e financeira, na saúde suplementar os serviços serão prestados de acordo com o plano contratado, o qual, por sua vez, tem preço definido em razão da sua segmentação, amplitude geográfica, qualidade da rede hospitalar e padrão de acomodação.

Ou seja, no SUS o direito fundamental à saúde será garantido em razão de dever constitucional atribuído ao Estado, sendo certo que a toda e qualquer pessoa serão asseguradas as ações e serviços de saúde necessários ao tratamento ou prevenção de doenças ou à promoção da saúde independentemente da capacidade econômica do usuário. Já na saúde suplementar, a saúde também é considerada direito fundamental, contudo as ações e serviços serão prestados na medida da contraprestação pecuniária do beneficiário do plano.

Vale dizer, no âmbito da saúde suplementar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário impede que as operadoras criem obstáculos ao ingresso de pessoas com determinadas características consideradas de risco adverso e impede também tratamento discriminatório ou desigual, no entanto, não impede que as operadoras ofereçam ao público planos de saúde com padrões de qualidade diferenciados, para os quais o acesso naturalmente dependerá da capacidade econômico-financeira do consumidor.

Em razão da circunstância acima, o princípio da integralidade das ações e serviços de saúde previsto no inciso II do art. 198<sup>98</sup> da Constituição da República também deve ser compreendido sob a perspectiva da não confusão entre saúde pública e privada pelo Judiciário. Observe-se que a Carta Magna ao estabelecer a diretriz do atendimento integral ou integralidade das ações e serviços refere-se expressamente à rede pública de saúde não fazendo referência à saúde privada.

Enquanto na saúde pública o princípio da integralidade das ações incide diretamente sobre o dever do Estado, de modo a definir o universo de prestações de saúde devidas ao cidadão, no setor da saúde suplementar esse princípio funciona como limitador da liberdade

---

<sup>97</sup> Ibidem.

<sup>98</sup> BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

contratual, dizendo o que pode ou não ser excluído da cobertura contratual. Mas deve-se frisar que o princípio da integralidade das ações não suprime a possibilidade de existirem na saúde suplementar contratos com amplitudes de coberturas diferenciadas.

Em razão de sua pertinência com o tema, é oportuno transcrever-se trechos de artigo do professor e advogado Henrique Freire de Oliveira Souza<sup>99</sup> a partir do qual se verifica que, embora os princípios constitucionais norteadores do direito à saúde devam ser compreendidos sob perspectivas próprias nos setores público e privado, não é incomum o Legislativo, o Judiciário e mesmo o Executivo brasileiros (até por meio da própria ANS) projetarem de modo equivocado princípios e regras da saúde pública sobre a suplementar. Veja-se:

A Constituição Brasileira é clara ao definir que o modelo de saúde adotado no Brasil é um modelo misto: ao mesmo tempo em que determina que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, deixa claro que a atividade privada poderá atuar na área da saúde.

Além disso, a Constituição Brasileira determina que a atuação do Estado se dará por meio de uma rede hierarquizada (SUS) com a observância, dentre outros, dos seguintes princípios: universalidade de acesso, integralidade da assistência, preservação da autonomia das pessoas, igualdade da assistência, direito à informação, participação da comunidade, descentralização político-administrativa, regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde, ficando cada vez mais claro na doutrina e na jurisprudência que a obrigação do Estado Brasileiro, além de estar subordinada ao mínimo existencial, seria uma obrigação solidária da União, dos Estados, propriamente ditos, do Distrito Federal e dos Municípios.

[...]

À iniciativa privada, por sua vez, caberia atuar oferecendo uma atividade diferenciada da estatal. Essa atividade não seria nem complementar, nem suplementar (como normalmente se costuma dizer): ela seria independente da atividade estatal, ainda que se considerada de interesse público. Essa é a razão pela qual o sistema privado, em vários pontos, ora é uma duplicação do sistema público (ex.: os dois cobrem todas as doenças do CID), ora apresenta uma cobertura inferior ao sistema público (ex.: somente são cobertos pelo sistema privado os transplantes de rins, córnea e medula) e ora, ainda, apresenta-se superior ao sistema público (ex.: cobertura em quarto particular). Apesar da imprecisão do uso da expressão “suplementar”, ela é utilizada de maneira corriqueira e majoritária; assim, apesar das ressalvas anteriores, a expressão “suplementar” será também utilizada aqui.

Embora distintas as atividades, cada vez mais se percebe a tentativa de se analisar a atividade privada e de formatá-la segundo padrão do modelo público, muitas vezes com o propósito de transferir custos e obrigações originalmente públicas para o sistema privado; sendo tais custos e obrigações assumidos, então, pelas OPS, pelos empregadores (que já se esforçam para conceder um plano para seus empregados), e pelo

---

<sup>99</sup> SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. **Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde** in CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Organizador). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 123-124 ;126-127 e 131.

consumidor final. Essa transferência ora se dá pela atuação do Estado Legislador, ora pela atuação do Estado Juiz e ora pela atuação do Executivo, notadamente por meio da atuação das Agências Reguladoras (Agência Nacional de Saúde Suplementar – “ANS” – e ANVISA).

[...]

Do item anterior se percebe uma clara distinção entre o atuar do sistema público e o do sistema privado, bem como uma tendência de tratar sob a mentalidade pública uma atividade que é privada. Isso fica muito claro quando se discute as alterações dos limites de cobertura dos Contratos de Planos de Saúde com a introdução de novas tecnologias.

Por conseguinte, conclui-se que o poder Judiciário, ao exercer controle judicial de validade sobre ato de regulação da ANS não deve considerá-lo inconstitucional ou ilegal por violação aos princípios do acesso universal e igualitário ou ao princípio da integralidade das ações pelo fato de o ato regulatório da ANS, seja ele de efeito individual e concreto ou normativo, ser praticado nos limites da lei e em conformidade com as características do setor, conforme acima exposto. Aliás, o caso concreto examinado nesta dissertação versando sobre a inclusão de transplantes de órgãos no rol de procedimentos de cobertura obrigatória no setor da saúde suplementar traduz exatamente a questão ora estudada neste subitem.

Mas por outro lado, também é importante observar-se que, embora a saúde privada não se confunda com a pública, existem pontos de intersecção que fazem com que o público e o privado se toquem. A obrigação de ressarcimento ao SUS prevista no art. 32 da Lei n.º 9.656<sup>100</sup>, de 1998, é um exemplo disso. Segundo esse dispositivo legal, se um beneficiário de plano de saúde for atendido no SUS e o procedimento em saúde for coberto pelo plano, a operadora deve ressarcir a rede pública.

A toda evidência, se os princípios constitucionais e legais que norteiam a ordem econômica e a saúde permitem a cobrança de valores na realização de ações e serviços de saúde privada, bem como a obtenção de lucro nessa seara, outros princípios constitucionais, como, por exemplo, os princípios da solidariedade social e da função social da empresa, exigem que uma operadora de planos de saúde arque com os custos financeiros do tratamento de saúde quando um procedimento tem previsão contratual, ainda que o beneficiário do plano opte por realizá-lo no SUS na qualidade de cidadão.

Isso se dá, porque se o procedimento tem previsão contratual, ele foi levado em consideração no cálculo atuarial realizado pela operadora no momento da precificação do seu produto e, portanto, a mensalidade já paga pelo beneficiário inclui os valores para aquele

---

<sup>100</sup> BRASIL. Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

tratamento com margem de lucro (ainda que para a formação de fundo de mutualismo global). Caso a operadora não suporte as despesas respectivas, o seu lucro saltará do patamar da lucratividade ordinária (fundada no cálculo atuarial) para um patamar extraordinário (acima do previsto no cálculo atuarial) gerando para a empresa um enriquecimento sem causa em detrimento de toda a sociedade. Esse enriquecimento sem causa não se dá propriamente em prejuízo do beneficiário do plano, mas sim do SUS, na medida em que o procedimento foi realizado na rede pública. Ademais, as despesas realizadas com o plano de saúde podem ser integralmente deduzidas no imposto de renda pelo beneficiário.

O Legislador entendeu que essa situação acima caracteriza um ponto de intersecção entre a saúde pública e a privada e que a rede de saúde pública, ainda que sem culpa das operadoras privadas, estaria sendo utilizada por estas como rede prestadora de serviços, gerando-lhes enriquecimento sem causa em detrimento do SUS, e, portanto, de toda a sociedade, conforme já exposto.

A fim de corrigir essa situação, o Legislador criou a obrigação de as operadoras privadas ressarcirem ao SUS aqueles procedimentos cobertos pelos contratos de planos de saúde realizados no âmbito da rede pública.

No início, o instituto suscitou na Justiça Federal muita discussão a respeito da sua constitucionalidade. Contudo, hoje, a matéria vem se pacificando na jurisprudência no sentido de sua constitucionalidade. Já há na súmula do Tribunal Regional Federal da 2ª Região<sup>101</sup> o enunciado n.º 51 declarando a constitucionalidade do art. 32 da Lei n.º 9.656, de 1998. Por outro lado, convém frisar que, embora na ação direta de inconstitucionalidade n.º 1931-8 o Supremo Tribunal Federal<sup>102</sup> não tenha concedido medida cautelar para suspender liminarmente a eficácia daquela norma sob o fundamento de suposta inconstitucionalidade, até o momento da conclusão desta dissertação o STF ainda não havia julgado o mérito da questão.

Enfim, no controle judicial de validade dos atos de regulação da ANS o Judiciário precisa levar em consideração que a saúde suplementar não se confunde com a saúde pública,

---

<sup>101</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO (Brasil). **Enunciado n.º 51 da Súmula**. Disponível em [http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:3JYWfElrKnoJ:trf2nas.trf.net/GSA/Sumulas/sumula\\_051.pdf+s%C3%BAmula+51+&client=jurisprudencia&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&site=sumulas&access=p&oe=UTF-8](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:3JYWfElrKnoJ:trf2nas.trf.net/GSA/Sumulas/sumula_051.pdf+s%C3%BAmula+51+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=sumulas&access=p&oe=UTF-8). Acessado em 10 de março de 2013.

<sup>102</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Andamento processual da Ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.931-8**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1741189>. Acessado em 10 de março de 2013.

de sorte que os princípios constitucionais norteadores desses segmentos devem ser aplicados em conformidade com as características inerentes a cada um deles. Isto é, o Judiciário precisa observar as normas constitucionais e legais que definem direitos dos consumidores, mas, por outro lado, não deve perder de vista as seguintes premissas: a) a obtenção de lucro por operadoras de planos privados é um fenômeno constitucionalmente legítimo; b) a saúde suplementar não deve ser vista como instrumento para saneamento das deficiências da rede pública de saúde; c) o vínculo entre beneficiário de plano e operadora em regra é relação de consumo e, por isso mesmo, contratual e onerosa; e) a constituição e a lei permitem que o beneficiário de um plano de saúde exerça a sua liberdade de contratar optando por um plano com cobertura igual, superior ou inferior ao chamado plano referência e e) o contrato é a moldura e a medida dentro da qual e na razão em que os direitos e deveres se definem e devem ser exercidos e cumpridos no âmbito da saúde suplementar.

### **3.2.2 A amplitude de cobertura dos planos de saúde**

Como desdobramento do estudo da incidência do princípio constitucional da integralidade das ações no âmbito da saúde suplementar, será estudada agora a multiplicidade de perspectivas sob a qual deve ser examinada a amplitude de cobertura dos planos de saúde, o qual, nos termos do inciso I do art. 1º da Lei 9.656<sup>103</sup>, de 1998, pode ser definido como a 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.

Pelo conceito legal acima apresentado, pode-se sintetizar plano de saúde como sendo o acordo de vontades em razão do qual uma pessoa jurídica denominada operadora de planos de saúde se obriga a prestar assistência à saúde (ou cobrir o custo da assistência nos casos de

---

<sup>103</sup> BRASIL. Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

seguradoras de saúde) por prazo indeterminado a pessoas físicas denominadas beneficiárias, em regra mediante contraprestação pecuniária predeterminada.

Como visto na subseção precedente, no âmbito do SUS o princípio da integralidade das ações em saúde impõe que a rede pública disponibilize a todo e qualquer cidadão todos os serviços em saúde necessários ao tratamento de todas as doenças e problemas de saúde, assim como também devem ser realizadas ações necessárias à promoção de saúde e à prevenção de doenças e problemas de saúde. No SUS, todo usuário, independentemente de qualquer circunstância, tem direito a assistência hospitalar (internação cirúrgica, psiquiátrica, pediátrica, obstétrica e terapêutica), ambulatorial (atendimento em consultório) e odontológica, além de ter direito a realizar os exames de apoio a diagnóstico.

Já na saúde suplementar, o princípio da integralidade das ações deve ser compreendido observando-se a permissão legal de amplitudes contratuais diferenciadas. Mas qual a margem dentro da qual é possível no âmbito das relações de planos de saúde exercer-se a liberdade contratual? Vale dizer, as partes dos contratos podem definir quais as doenças que serão cobertas? Podem especificar quais os procedimentos em saúde os beneficiários terão direito para o tratamento, recuperação ou prevenção daquelas doenças? Podem ainda definir quais os tipos de serviços (hospitalar, ambulatorial, obstétrico e odontológico) em saúde serão prestados?

As respostas às indagações acima se iniciam a partir do estudo do *caput* do art. 10 da Lei n.º 9.656<sup>104</sup>, de 1998, o qual institui o chamado plano-referência, cujo oferecimento é obrigatório pelas operadoras de planos de saúde.

Esse plano contém cobertura para todas as doenças e problemas de saúde listados na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde – CID da Organização Mundial de Saúde – OMS, prevendo também cobertura para atendimento hospitalar, médico-ambulatorial e obstétrico. Conforme será visto mais adiante, além do plano referência, as operadoras podem comercializar outros modelos contratuais, contudo, esses planos segmentados também devem cobrir todas as doenças e problemas de

---

<sup>104</sup> BRASIL. Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

saúde constantes da CID. Nesse sentido, veja-se o que diz Daniela Silva Fontoura de Barcellos<sup>105</sup> acerca do plano referência e da possibilidade de contratos segmentados:

O plano-referência é um contrato-padrão que contém em si todos os tipos de atendimento, ou seja, os tratamentos ambulatorial, hospitalar, obstétrico, incluindo urgências e emergências. A cobertura abrange o tratamento de todas as doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID), e exclui tratamentos experimentais; procedimentos e tratamentos com finalidade estética ou de rejuvenescimento; inseminação artificial; medicamentos importados e não nacionalizados ou para tratamento domiciliar.

[...]

Esta modalidade de plano deve ser oferecida por todas as operadoras, a todos os seus consumidores futuros, excetuando-se as empresas que operem pela modalidade de autogestão ou exclusivamente planos odontológicos [...].

Partindo-se do plano-referência, de acordo com o art. 12, é possível segmentar os planos em: tratamento ambulatorial, hospitalar, obstétrico e odontológico.

Com isso, verifica-se que em um primeiro momento o próprio Legislador regulou a amplitude dos planos de saúde de modo a impedir a existência de cláusulas contratuais prevendo exclusão de cobertura em razão da doença ou do problema de saúde, caso eles estejam listados na CID.

Ocorre que as doenças e problemas de saúde podem ser objeto de diversos procedimentos e eventos de saúde. Aliás, uma mesma doença pode ser prevenida ou tratada mediante procedimentos variados, cada qual com graus de eficiência e custos distintos. Como existem milhares de procedimentos e eventos em saúde, e como as análises de eficiência, atualidade e impacto financeiro desses procedimentos dependem de conhecimentos técnicos específicos, além do fato de que tais procedimentos e eventos estão em constante processo de modificação decorrente da evolução tecnológica, o Legislador entendeu por bem não arrolar no corpo da Lei n.º 9.656, de 1998, aqueles que devem ser obrigatoriamente cobertos para a prevenção, tratamento e reabilitação das doenças e problemas de saúde classificados pela OMS.

Ao contrário, conforme a norma do § 4º do art. 10 da Lei n.º 9.656<sup>106</sup>, de 1998, segundo a qual “A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de

---

<sup>105</sup> BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. **A regulação da saúde suplementar: avanços e limites perante o usuário de planos de saúde.** in ASSENI, Felipe Dutra e PINHEIRO, Roseni (organizadores). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012, p. 225-226.

alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS” o Congresso Nacional optou pelo fenômeno da deslegalização, ou seja, por atribuir essa tarefa regulatória normativa à agência setorial correspondente, ANS. Nessa tarefa a ANS edita o chamado rol de procedimentos obrigatórios ou de referência básica, o qual caracteriza então um segundo aspecto que deve ser levado em conta na análise da amplitude de cobertura dos planos de saúde.

Neste ponto, convém observar-se que se no momento em que a ANS editar uma resolução normativa instituindo o rol ou atualizando-o, esse ato regulatório vier a ter a sua validade impugnada perante a justiça, o magistrado deve levar em conta que tal rol necessita ser constantemente atualizado pela ANS, haja vista a evolução permanente da tecnologia na área da saúde seja em razão do surgimento de procedimentos mais eficientes ou menos custosos ou até em decorrência da constatação de que certo procedimento se tornou obsoleto. Aliás, essa situação também ocorre no âmbito do serviço público de saúde.

Por conta dessa dinâmica evolutiva, não faria sentido manter a obrigatoriedade de cobertura de procedimentos considerados obsoletos ou ineficientes e, ao revés, não prever a obrigatoriedade de procedimentos modernos, eficientes e, muitas vezes, mais baratos.

Em relação a esse aspecto, é comum encontrar-se em impugnações judiciais de operadoras alegações de que a incorporação de novos procedimentos ao rol de cobertura obrigatória só deveria valer para os contratos celebrados após a sua vigência, na medida em que obrigar contratos já aperfeiçoados a cobrirem novos procedimentos em saúde caracterizaria violação ao ato jurídico perfeito.

Em relação à alegação acima, convém inicialmente observar-se que os planos de saúde são contratos de trato sucessivo de longa duração, podendo sua vigência vir a ultrapassar 80 anos, por exemplo. Ora, essa característica autoriza concluir-se que não seria minimamente razoável entender-se que a operadora só seria obrigada a cobrir aqueles procedimentos e eventos de saúde existentes no momento da celebração do negócio jurídico.

Com efeito, a incorporação dos novos procedimentos ao objeto dos planos de saúde deve ser inerente à própria natureza desses contratos, na medida em que, mesmo se houvesse omissão na Lei n.º 9.656, de 1998, essa conclusão seria o resultado lógico da aplicação hermenêutica dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, os

---

<sup>106</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

quais norteiam a teoria geral dos contratos e estão positivados, respectivamente nos artigos 421 e 422 do Código Civil<sup>107</sup> em vigor.

Ademais, entendimento em sentido oposto levaria à absurda conclusão de que se amanhã fosse descoberto algum procedimento médico capaz de curar o câncer, ou o mal de Alzheimer, os pacientes com contratos de plano de saúde já em vigor não teriam direito a eles, sob a alegação de suposta violação ao princípio da irretroatividade da lei, ainda que do ponto de vista das doenças estas estejam cobertas por estarem incluídas na CID.

Vale dizer, o ato normativo da ANS que altera o rol de procedimentos obrigatórios, seja para incluir ou excluir procedimentos em saúde, não produz alteração nos direitos e deveres oriundos de negócios jurídicos já aperfeiçoados, porque em verdade o rol de procedimentos, incluindo suas revisões e atualizações futuras efetuadas pela ANS, já integra o objeto do contrato desde o seu nascimento, ou seja, já é direito do beneficiário desde o nascimento do contrato as incorporações de novos procedimentos. Isso equivale a dizer que todo contrato de plano de saúde contém uma cláusula, ainda que tácita, segundo a qual toda alteração do rol é automaticamente incorporada ao contrato. Além disso, convém destacar que as normas que alteram o rol de procedimentos de cobertura obrigatória só produzem efeitos da data da sua vigência em diante. Ou seja, se um procedimento vier a ser excluído, não significa que o beneficiário terá que ressarcir a operadora em relação a procedimentos realizados no passado.

Convém destacar que para o art. 104 do Código Civil brasileiro<sup>108</sup>, a validade de um contrato não pressupõe que o seu objeto já esteja determinado logo em seu aperfeiçoamento. Para tanto, basta que seja determinável no momento do cumprimento da prestação correspondente.

À evidência, verifica-se que o objeto do contrato de plano de saúde possui parte determinável, na medida em que tanto a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde da OMS, quanto o rol editado pela ANS estão sujeitos a revisões e atualizações periódicas.

Isso faz com que a determinação exata do conteúdo da prestação da operadora de planos só ocorra em momento futuro à data do contrato, porque é a Classificação Internacional da OMS e o rol da ANS em vigor na data do fato que determinarão quais as

---

<sup>107</sup> BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acessado em 10 de março de 2013.

<sup>108</sup> BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acessado em 10 de março de 2013.

doenças e os procedimentos de saúde que devem ser cobertos pela operadora, embora as linhas gerais do objeto do contrato já estejam definidas desde o seu aperfeiçoamento.

Finalmente, ainda existe um terceiro aspecto pertinente à amplitude de cobertura de planos de saúde que deve ser levado em conta, qual seja a segmentação do plano contratado.

De acordo com o *caput* do art. 12 da Lei n.º 9.656<sup>109</sup>, de 1998, ainda que o plano referência seja de oferecimento obrigatório pelas operadoras de planos de saúde, os beneficiários não são obrigados a querer contratá-lo, podendo optar por um produto diferente, ou seja, segmentado, seja ele mais amplo ou inferior.

Essa segmentação foi definida pelo próprio Legislador no art. 12 da Lei n.º 9.656<sup>110</sup>, de 1998. Os planos de saúde são segmentados em hospitalar (com ou sem obstetrícia), ambulatorial e odontológico. Esse dispositivo permite a comercialização de planos formados também pela combinação dessas segmentações (ex: amb + hosp c/ ou s/ obst + odonto).

As regras acima já expostas acarretam a impossibilidade de uma operadora de plano de saúde negar cobertura alegando a natureza da doença se esta estiver classificada pela OMS. No entanto, permitem concluir que o plano de saúde só é obrigado a cobrir os procedimentos e eventos em saúde constantes do rol de cobertura obrigatória definido pela ANS, salvo se houver previsão contratual ampliativa (ex. cirurgia plástica meramente estética), e a segmentação contratada comportar o procedimento.

A título de exemplo acerca dos aspectos da segmentação na amplitude de cobertura, observe-se que o vulgarmente conhecido cálculo renal está classificado pela OMS no grupo N20-23 da CID 10, sob a denominação técnica de calculose renal. Todavia, se for necessário procedimento cirúrgico como tratamento (internação em centro cirúrgico para realização de cirurgia com anestesia geral), mesmo que este esteja classificado no rol editado pela ANS, a operadora não será obrigada a cobri-lo na hipótese de o plano contratado ser meramente ambulatorial. Isso se dá porque essa segmentação só comporta os procedimentos que possam ser realizados em ambulatório ou consultório, excluindo-se, portanto, aqueles que necessitem de internação hospitalar.

Ainda a título de exemplo, cumpre esclarecer que se um beneficiário consumidor de plano exclusivamente ambulatorial sentir dor abdominal, ele terá direito à consulta com médico de qualquer especialidade, assim como terá direito a exames para diagnóstico, como,

---

<sup>109</sup> BRASIL. Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

<sup>110</sup> Ibidem.

por exemplo, endoscopia, raio x, tomografia, ressonância magnética etc, bem como terá direito a realizar todo e qualquer procedimento em saúde que possa ser realizado em ambiente de consultório ou ambulatório (e desde que estejam no rol de cobertura obrigatória editado pela ANS). Mas se após o diagnóstico ele precisar de uma internação hospitalar para realizar uma cirurgia para tratamento de uma úlcera gástrica, ele não terá direito a essa cobertura, ainda que esteja em situação de emergência. Nesse caso, emergência, ou ele terá que custear o procedimento ou pedir para ser removido para uma unidade do SUS. Cabe frisar que nesse exemplo, em caso de emergência, o plano terá que cobrir os procedimentos iniciais necessários para afastar o risco de morte e, só após, o paciente poderá ser removido para o SUS a custas da operadora. Essas situações são reguladas pela Resolução n.º 13<sup>111</sup>, de 1998, do CONSU, a qual até a presente data ainda não foi revista pela ANS.

Igualmente, se o beneficiário de um plano meramente hospitalar precisar de uma internação cirúrgica, o plano será obrigado a cobri-la, assim como deverá cobrir todos os procedimentos que forem necessários durante a internação (ex. exames, medicamentos, fornecimento de material hospitalar, enfermagem, procedimento terapêutico realizado durante a internação etc). Mas após a alta, havendo necessidade de procedimentos ambulatoriais terapêuticos a serem realizados em prosseguimento para o tratamento da doença ou a recuperação da saúde, o plano não será obrigado a cobri-los, porque o art. 12 da Lei n.º 9.656<sup>112</sup>, de 1998, autoriza esse tipo de segmentação.

Nesse caso, não vale aquele ditado de quem pode o mais pode o menos. Caso contrário, imagine-se o que aconteceria, por exemplo, se um plano hospitalar + ambulatorial custasse R\$ 200,00; um apenas hospitalar custasse R\$ 130,00; e um apenas ambulatorial custasse R\$ 90,00. O entendimento de que o plano hospitalar deve cobrir também procedimentos ambulatoriais teria como consequência o fato de que nenhum beneficiário contrataria um plano hospitalar + ambulatorial de R\$ 200,00, uma vez que a contratação do plano exclusivamente hospitalar de R\$130,00 já lhe propiciaria a cobertura ambulatorial. Para evitar essa situação, as operadoras simplesmente não ofereceriam mais a opção de plano exclusivamente hospitalar por R\$ 130,00, retirando dos consumidores essa alternativa.

---

<sup>111</sup> CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. BRASIL. **Resolução n.º 13, de 3 de novembro de 1998.** Disponível em [http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=300](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=300). Acessado em 10 de março de 2013.

<sup>112</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm). Acessado em 30 de julho de 2012.

Existem consumidores que não possuem condições financeiras de contratarem planos com cobertura hospitalar + ambulatorial, então optam por contratarem apenas cobertura ambulatorial, realizando na rede privada as consultas, os exames e os procedimentos terapêuticos típicos de ambulatório, deixando para realizar no SUS apenas as internações hospitalares. Existe também, ao contrário, quem opte por contratar apenas plano hospitalar, realizando no SUS as consultas, os exames e os procedimentos terapêuticos de ambulatórios, deixando para realizar na rede privada apenas as internações hospitalares. Excluir do mercado essa última possibilidade não satisfaz os interesses públicos analisados de uma maneira global, na medida em que não traria benefícios para os consumidores, para as operadoras privadas e ainda aumentaria a demanda na rede pública. Sendo assim, decisões judiciais que determinem que plano hospitalar também cubra procedimentos ambulatoriais a primeira vista pode parecer benéfica aos consumidores, contudo, sob uma perspectiva global não traz benefícios à manutenção do equilíbrio do setor.

Por conseguinte, enquanto no SUS o princípio da integralidade consiste na atribuição de direito a todo usuário a ações e serviços hospitalares, médico-ambulatoriais, obstétricos e odontológicos para o tratamento e a prevenção de todas as doenças, bem como para a promoção de saúde independentemente de qualquer manifestação de vontade, no setor da saúde suplementar o princípio da integralidade consiste na obrigatoriedade de oferecimento de plano referência e na proibição de exclusão de doenças em cláusula contratual, contudo não impede que a ANS defina a partir de critérios técnicos o rol de procedimentos de cobertura obrigatória, assim como não impede que o beneficiário exerça a sua liberdade de contratar um plano segmentado com cobertura diferente daquela do plano referência, o que significa dizer que na saúde suplementar o beneficiário pode escolher contratar um plano apenas com cobertura ambulatorial, por exemplo.

Sendo assim, pode-se dizer que não seria inconstitucional ou ilegal, por exemplo, ato normativo da ANS editado a partir da premissa de que beneficiária de plano de saúde com cobertura hospitalar sem obstetrícia não tem direito à cobertura de parto. Assim como não seria ilegal ato normativo da ANS fundamentado na premissa de que beneficiário de plano exclusivamente ambulatorial não tem direito à cobertura de internação hospitalar, ainda que em situação de urgência ou emergência, assim como não é inconstitucional ou ilegal ato normativo da ANS não incluindo, em razão de fundamentação técnica, transplante de coração ou fígado no rol de procedimentos de cobertura obrigatória.

Não obstante, há no Superior Tribunal de Justiça decisão de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito<sup>113</sup> contendo algumas considerações em sentido oposto a algumas regras definidas pela Lei n.º 9.656, de 1998, notadamente em relação à amplitude de cobertura de planos de saúde, em que pese haver no voto uma série de consideração que estão em perfeita harmonia com a atual Lei dos Planos de Saúde. Veja-se a ementa do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito<sup>114</sup>:

Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva.

1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta.

2. Recurso especial conhecido e provido.

Trata-se de processo judicial em que se discutia se determinado beneficiário de contrato celebrado antes da vigência da Lei n.º 9.656, de 1998, teria ou não direito a cobertura de certo procedimento médico, cujo contrato continha cláusula de exclusão expressa.

Segundo a operadora tratava-se de contrato de segmentação exclusivamente hospitalar contendo cláusula expressa excluindo a quimioterapia, de sorte que não haveria cobertura contratual.

O Tribunal de Justiça de São Paulo acolheu os argumentos da operadora, reconhecendo que o plano contratado pelo beneficiário não possuía cobertura para o procedimento pleiteado.

Diversamente, o STJ entendeu que os contratos de planos de saúde podem conter cláusulas excluindo certas doenças, contudo não podem excluir os procedimentos necessários ao tratamento das doenças cobertas pelo contrato. O STJ entendeu que se o contrato possuía cobertura para tratamento de câncer, deveria também cobrir a quimioterapia, independentemente de ela ser ambulatorial ou hospitalar. Em seu voto o ministro

<sup>113</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Voto proferido no julgamento do recurso especial n.º 668.216-SP**. Integra do relatório e do voto disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2410074&num\\_registro=200400999090&data=20070402&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2410074&num_registro=200400999090&data=20070402&tipo=51&formato=PDF)>. Acessado em 18 de fevereiro de 2013.

<sup>114</sup> DIREITO, op. cit., disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2410074&num\\_registro=200400999090&data=20070402&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2410074&num_registro=200400999090&data=20070402&tipo=51&formato=PDF)>. Acessado em 18 de fevereiro de 2013.

expressamente diz que independentemente de a quimioterapia ser ambulatorial ou hospitalar, o plano deve cobri-la, na medida em que é o procedimento terapêutico necessário ao tratamento de uma doença coberta pelo contrato.

Embora essa decisão diga respeito a um contrato celebrado antes da vigência da Lei dos Planos de Saúde, é oportuno salientar que o voto contém algumas premissas que estariam em desconformidade com a atual Lei n.º 9.656, de 1998.

A primeira delas é a afirmação de que o contrato pode definir as doenças que serão ou não cobertas. Como já vista, a solução legal atualmente é justamente ao contrário, o contrato não pode definir ou excluir quais as doenças que serão ou não cobertas, devendo cobrir todas as que estiverem incluídas na CID da OMS.

A segunda desconformidade com a Lei dos Planos de Saúde seria o entendimento do ministro de que o contrato não pode definir quais os procedimentos que serão cobertos para o tratamento de uma doença que esteja coberta pelo contrato. Em verdade, essa desconformidade é apenas parcial, na medida em que realmente pelo parágrafo 4º do art. 10 e pelo art. 12 da Lei n.º 9.656, de 1998, um contrato não pode conter cláusulas definindo os procedimentos em saúde que serão ou não cobertos, contudo existe sim a possibilidade de um contrato excluir os procedimentos que não estejam inseridos no rol de referência editado pela ANS, assim como existe a possibilidade de um contrato ser segmentado, excluindo-se, por consequência, a cobertura de todos os procedimentos que tenham natureza diversa da segmentação contratada, ainda que a doença respectiva esteja coberta.

Veja-se que a íntegra do voto deixa claro que o contrato era apenas hospitalar, ou seja, não possuía cobertura para procedimentos da segmentação ambulatorial. Mas por outro lado, não esclarece se a quimioterapia era meramente ambulatorial ou se dependia de internação hospitalar (existem quimioterapias ambulatoriais e hospitalares).

Enfim, se a quimioterapia necessária ao tratamento do autor fosse hospitalar, a decisão do STJ estaria em conformidade com a lei atual, na medida em que o plano não poderia conter cláusulas excluindo procedimentos que estejam inseridos no rol editado pela ANS e que sejam compatíveis com a natureza da segmentação contratada.

Mas se a quimioterapia fosse meramente ambulatorial, a decisão do STJ estaria em desconformidade com a lei atual, porque por esta um plano de segmentação exclusivamente hospitalar não é obrigado a cobrir procedimentos ambulatoriais, ainda que eles estejam no rol de referência da ANS e que sejam necessários ao tratamento de doenças cobertas pelo plano.

### 3.2.3 A pluralidade de espécies de operadoras e de planos de saúde

Ao iniciar-se este subitem, é conveniente lembra-se que operadoras e planos são conceitos que não se confundem. Enquanto operadoras de planos de saúde são as pessoas jurídicas de direito privado que operam sistemas de saúde suplementar, os planos são os produtos que elas disponibilizam a seus beneficiários. Esses planos podem ter o seu conteúdo definidos em contratos, regulamentos ou estatutos, conforme a natureza de quem os opera.

Relembrados os conceitos acima, pode-se dizer que outro aspecto do setor da saúde suplementar que precisa ser levado em consideração pelo juiz ao realizar controle judicial de validade de atos de regulação da ANS é a existência de pluralidade de espécies de operadoras e de planos de saúde, cada qual com características próprias, de modo que os argumentos fáticos ou técnicos podem fundamentar a validade do ato de regulação para operadoras de uma espécie, mas não para de outras, assim como pode sustentar a validade para planos de uma natureza e não para outros.

Essa situação também pode se projetar sobre a fundamentação de decisão judicial de revisão de validade de ato de regulação da ANS, ou seja, argumentos fáticos ou técnicos que tornam correta uma decisão judicial para certas operadoras ou planos podem não ser apropriados para operadoras ou planos de natureza distinta.

Nesse sentido dispõe o § 2º do art. 4º da Lei n.º 9.961<sup>115</sup>, de 2000, ao definir a competência normativo-regulatória da ANS, que “As normas previstas neste artigo obedecerão às características específicas da operadora, especialmente no que concerne à natureza jurídica de seus atos constitutivos”. Isto é, segundo esse dispositivo, os atos normativos editados pela agência devem levar em consideração a existência de operadoras com características distintas. Por óbvio esse princípio também vale para planos, porque não faria sentido a lei se preocupar em determinar que a ANS leve em consideração no exercício do seu poder normativo-regulatório a diversidade de operadoras e não levasse em consideração a existência de planos com características diversas.

---

<sup>115</sup> BRASIL. Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm)>. Acessado em 30 de julho 2012.

Segundo Aluísio Junior e Maria Thereza Gouveia<sup>116</sup> as operadoras de planos de saúde estão classificadas da seguinte maneira: “medicina ou odontologia de grupo, seguradora, cooperativa médica ou odontológica, filantropia, autogestão e administradora”.

Para os autores acima<sup>117</sup>, cooperativas médicas ou odontológicas “são as operadoras que se organizam como sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas na forma da Lei n.º 5.764, de 1971, que operam planos de saúde”. Ainda esclarecem que nelas os médicos ou dentistas são ao mesmo tempo sócios e prestadores de serviço recebendo pagamento de modo proporcional à produção de cada um, além de participarem do reateio final do lucro ou prejuízo observado pela cooperativa no final do exercício financeiro. Aliás, convém salientar que embora a sociedade cooperativa não possua a finalidade de obter lucro em seu estatuto, isso não significa dizer que ela não persiga de fato lucro, haja vista o ganho financeiro ser sempre um dos objetivos dos médicos e dentistas que exercem a atividade de saúde como profissão liberal e que compõem o quadro societário das cooperativas. Observe-se que eventual prejuízo da cooperativa será suportado por aqueles. A principal representação de sociedade cooperativa médica no Brasil é o denominado sistema Unimed.

Em relação às operadoras filantrópicas, Aluísio Junior e Maria Thereza Gouveia<sup>118</sup> esclarecem se tratar de instituições sem fins lucrativos que operam planos de saúde e que possuem certificado de entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e declaração de utilidade pública, sendo as Santas Casas de Misericórdia o exemplo mais característico dessa categoria de operadora. As Santas Casas muitas vezes além de atuarem no SUS por meio de convênios com o Poder Público criam planos de saúde para aumentarem a sua arrecadação financeira. Em algumas cidades do interior do país, os hospitais das Santas Casas são os melhores da região, de modo que o interesse dos beneficiários em adquirirem planos de saúde de Santas Casas decorre da possibilidade de disporem de melhor padrão de acomodação em caso de internação hospitalar nesses hospitais (apartamento com acompanhante ao invés de enfermaria). Nesse caso, o paciente será internado em caráter privado e não como usuário do SUS. A Santa Casa, ainda que conveniada com a rede pública, não poderá cobrar do SUS essa internação.

---

<sup>116</sup>SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes da; GOUVEIA, Maria Thereza Carolina. **Saúde suplementar: regulação e jurisdição** in ASSENI, Felipe Dutra e PINHEIRO, Roseni (organizadores). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012, p 231.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 232.

<sup>118</sup> SILVA JUNIOR e GOUVEIA, op. cit., in ASSENI, Felipe Dutra e PINHEIRO, Roseni (organizadores). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012, p. 232-233.

Já as autogestões são pessoas jurídicas que não possuem propriamente como atividade fim o exercício de atividade de saúde em caráter empresarial. No entanto, criam sistemas de saúde para atendimento de público fechado em razão de vínculo trabalhista ou associativo, como, por exemplo, a Companhia Vale do Rio Doce, a Infraero, a Caixa de Assistência do Banco do Brasil, dentre outras. Veja-se o ensinamento de Aluísio Junior e Maria Thereza Gouveia<sup>119</sup> acerca dessa modalidade de operadora:

São classificadas como autogestão as entidades privadas que operam planos em sistema fechado, com população assistida delimitada, vinculada a instituições públicas ou organizações privadas ou, ainda, a sindicatos ou associações, operando o plano por intermédio de um setor interno, normalmente departamento de recursos humanos, ou por uma pessoa com personalidade jurídica própria, sem finalidade lucrativa, criada com esse objetivo.

O grande diferencial das autogestões é que não comercializam planos de saúde, pois apenas operam planos para um grupo predefinido, o qual pode ser patrocinado por uma ou mais empresas empregadoras (autogestões multipatrocinaadas) ou até sem patrocínio, caso em que são custeadas apenas por seus associados.

Quanto às seguradoras especializadas em saúde, Aluísio Junior e Maria Thereza Gouveia<sup>120</sup> esclarecem se tratar de “empresas que comercializam o seguro enquadrado como plano privado de assistência à saúde, devendo, para tanto, realizar a atividade com exclusividade, isto é, sem *mix* de carteiras com outros ramos do seguro”. A disciplina da Lei n.º 9.656, de 1998, incide igualmente sobre plano ou seguro de saúde. A distinção entre um e outro basicamente consiste em que os planos, via de regra, prestam a assistência à saúde por meio de rede própria ou contratada, enquanto o seguro saúde geralmente faz o reembolso posterior das despesas realizadas pelos segurados com a assistência à saúde realizada por prestadores de serviço livremente escolhidos pelo beneficiário. A Bradesco Saúde S.A. e a Sul América Seguro Saúde S.A. são exemplos de seguradoras especializadas em saúde.

A respeito das operadoras classificadas como administradoras de benefícios, Aluísio Junior e Maria Thereza Gouveia<sup>121</sup> esclarecem se tratar de empresas que na verdade não operam seus próprios planos, atuando como captadoras e intermediadoras entre beneficiários e outras operadoras. A Qualicorp Administradora de Benefícios S.A. é um exemplo dessa espécie de operadora classificada pela ANS como administradora de benefícios. Os autores apresentam o seguinte ensinamento:

---

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>120</sup> SILVA JUNIOR e GOUVEIA, *op.cit.*, in ASSENI, Felipe Dutra e PINHEIRO, Roseni (organizadores). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012, p. 233.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 231.

As administradoras de benefícios são a modalidade de operadoras incluídas no ambiente regulado mais recentemente pela ANS. Em vista da crescente coletivização dos planos de assistência à saúde, surgem no mercado de saúde suplementar empresas voltadas para administrar a contratação, na condição de estipulante entre grupos de consumidores e operadoras de planos de assistência à saúde. Essas administradoras não comercializam seus próprios planos, uma vez que têm apenas o objetivo de captar, no mercado, carteira de clientes e gerenciar esses grupos coletivos, como intermediárias, com as operadoras que disponibilizam planos de saúde.

Finalmente, pode-se dizer que medicina ou odontologia de grupo é uma classificação residual utilizada para classificar aquela pessoa jurídica de direito privado que de alguma forma opera algum sistema de saúde que se ajuste ao conceito de plano de saúde definido no inciso I do art. 1º da Lei n.º 9.656<sup>122</sup>, de 1998, mas que por alguma razão não corresponde às demais classificações de operadoras. Em verdade as medicinas ou odontologias de grupo são aquelas empresas que têm como objeto social a exploração da atividade de assistência à saúde com finalidade de lucro. Como exemplo de medicina de grupo pode-se citar a Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda e a Amil Assistência Médica Internacional Ltda. A respeito dessas operadoras vale transcrever a lição de Aluísio Junior e Maria Thereza Gouveia<sup>123</sup>:

Classificam-se como medicina de grupo as operadoras que administram planos de saúde pelos antes conhecidos convênios médico-hospitalares. Pela regulamentação da ANS, a medicina de grupo figura como modalidade residual, na medida em que não há característica jurídico-institucional específica que lhe dite sua essência. É a forma dominante no mercado, tanto em número de operadoras como de consumidores, mas sua maioria é de operadoras de pequeno porte.

É inegável a similitude entre a estrutura das medicinas de grupo e as *HMO* norte-americanas [...]

Em relação aos planos de saúde, o inciso VII do art. 16 da Lei n.º 9.656<sup>124</sup>, de 1998, prevê que dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos planos de saúde devem constar dispositivos que indiquem o regime, ou tipo de contratação, podendo ser individual ou familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão.

<sup>122</sup> BRASIL. Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

<sup>123</sup> SILVA JUNIOR e GOUVEIA. Ob. cit. in ASSENI, Felipe Dutra e PINHEIRO, Roseni (organizadores). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012, p. 233.

<sup>124</sup> BRASIL. Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

A Resolução Normativa RN n.º 195, de 2009, da ANS define esses tipos de planos. Nos termos dessa resolução, “Plano privado de assistência à saúde individual ou familiar é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar”<sup>125</sup>. Por exemplo, João da Silva celebra com Amil um contrato de plano de saúde para si e sua família (esposa e filhos).

Em relação aos planos coletivos empresariais, a RN 195 os define como “aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária”<sup>126</sup>. Por exemplo, Rede Globo Ltda celebra com Golden Cross um contrato coletivo de plano de saúde por meio do qual a segunda disponibilizará assistência à saúde a todos os empregados da primeira, independentemente de manifestação de vontade destes (terceiros beneficiários) e, em razão do qual, a primeira pagará à segunda um valor fixo pré-definido.

Finalmente a RN 195 define plano coletivo por adesão como “aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial: I – conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão; II – sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações; III – associações profissionais legalmente constituídas; IV - cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas; V - caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução; VI - entidades previstas na Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.398, de 4 de novembro de 1985”<sup>127</sup>. Por exemplo, Conselho Regional de Engenharia do Rio de Janeiro CREA-RJ celebra com Unimed Rio contrato coletivo prevendo que qualquer engenheiro registrado no CREA-RJ poderá aderir-lo mediante manifestação de vontade expressa, tornando-se, a partir de então, parte da relação contratual e assumindo o ônus financeiro do serviço.

Essa pluralidade de espécies de operadoras e de regimes ou modo de contratação de planos de saúde torna a regulação da saúde suplementar algo bem complexo, na medida em

<sup>125</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Resolução Normativa RN n.º 195, de 14 de julho de 2009.** Disponível em [http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1458](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1458)>. Acessada em 10 de março de 2013.

<sup>126</sup> Ibidem.

<sup>127</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Resolução Normativa RN n.º 195, de 14 de julho de 2009.** Disponível em [http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1458](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1458)>. Acessada em 10 de março de 2013.

que o ato regulatório precisa levar em conta diversas variáveis, tais como o regime jurídico ao qual a operadora está sujeita. Por exemplo, sociedade anônima é regida por uma lei enquanto sociedade cooperativa por outra.

A natureza do contrato também não pode ser desconsiderada no exercício do poder-dever regulatório. Por exemplo, a assimetria de informações existente na relação contratual de um plano individual celebrado entre João da Silva e Amil S.A. dificilmente existirá na relação contratual de um plano coletivo empresarial celebrado entre Rede Globo Ltda, assessorada por advogados e economistas, e a Golden Cross S.A.

Ora, tudo isso também deve ser levado em consideração pelo juiz no controle da validade do ato regulatório. Seria ilegal, por exemplo, um ato normativo da ANS que limitasse o reajuste anual para correção de processo inflacionário dos planos de saúde individuais a índice divulgado anualmente por ela e que ao mesmo tempo permitisse que o índice de reajuste anual dos contratos coletivos, sejam eles empresariais ou por adesão, seja livremente negociado entre a pessoa jurídica contratante (estipulante) e a operadora contratada? Seria ilegal, por exemplo, ato normativo incluindo no rol de procedimentos obrigatórios todos os transplantes de órgãos, mas ao mesmo tempo afastando dessa obrigatoriedade as operadoras autogestões? Seria ilegal, por exemplo, ato normativo da ANS que impusesse mesmas exigências patrimoniais e contábeis a operadoras filantrópicas e medicinas de grupo em razão de elas, apesar de possuírem regimes jurídicos distintos, operarem em concorrência no mesmo mercado relevante?

Acredita-se que as respostas para as indagações acima não dependem apenas da aplicação direta de princípios e normas constitucionais e legais. Dependem também da análise dos estudos técnico-científicos apresentados pela agência como fundamento do ato.

#### **3.2.4 A existência de planos consumeristas e não consumeristas**

Em continuidade e como consequência do estudo do subitem anterior, pode-se dizer que existem planos de saúde que caracterizam típicas relações de consumo, enquanto existem outros que não possuem essa natureza, de sorte que essa circunstância também deve ser levada em consideração pela ANS no exercício da atividade regulatória e, por conseguinte, pelo Judiciário no controle de validade dos atos de regulação dessa agência, na medida em que os princípios e regras de defesa do consumidor incidirão ou não sobre a relação jurídica

de saúde complementar conforme o caso. Guilherme Valdetaro Mathias<sup>128</sup>, apesar de informar que essa questão não é pacífica na doutrina, corrobora esse entendimento de que nem toda relação jurídica de saúde complementar é de consumo. Veja-se sua lição:

O Código de Defesa do Consumidor, proclamado como uma das legislações de proteção do consumidor mais avançadas do mundo, tem evidente e notável relevância nas relações entre usuários e operadoras de planos de saúde. É inegável que tais relações massificadas e estandardizadas deverão, via de regra, ser direta e significativamente influenciadas pelos princípios que norteiam o Código de Defesa do Consumidor, principalmente quando lembrado que o objetivo primeiro dos contratos de planos de saúde é a viabilização dos tratamentos médicos e hospitalares dos usuários, facultando-lhes os meios necessários à busca da saúde de e à tentativa de cura das moléstias que eventualmente os acometam.

Apesar disso, é preciso destacar que o Código de Defesa do Consumidor não terá aplicação na totalidade de contratos de plano de saúde. Como sabido, para que a norma de proteção ao consumidor incida, é fundamental que exista uma relação entre um fornecedor de produtos e serviços e um consumidor. Por seu turno, o conceito de consumidor, segundo o atual entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deve ser informado pelos parâmetros da teoria finalista ou subjetiva, segundo a qual o Código de Defesa do Consumidor somente protegerá o consumidor não profissional, ou seja, aquele que não usa os produtos ou serviços no contexto de uma atividade econômica específica.

A situação tratada nesse item torna importante verificar-se o que é uma relação de consumo e quais os planos que caracterizam ou não essas relações. Segundo o professor Rizzatto Nunes, “haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos pólos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços”<sup>129</sup>.

A partir desse conceito, depreende-se que nos planos individuais ou familiares, isto é, aqueles decorrentes de contratos celebrados diretamente entre pessoas físicas e as operadoras, e disponibilizados abertamente por estas no mercado, sempre haverá relação típica de consumo, qualquer que seja a espécie de operadora. Observe-se que mesmo as operadoras filantrópicas, como, por exemplo, as Santas Casas de Misericórdia, quando operam planos privados de saúde, o fazem com o intuito de obterem resultado financeiro positivo nesse segmento para poderem aplicar a diferença entre o custo e a receita na atividade filantrópica.

---

<sup>128</sup> MATHIAS, Guilherme Valdetaro. **O código civil e o código do consumidor na saúde complementar** in CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Organizador). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 112-116.

<sup>129</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 2ª ed. rev., modif. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 71.

Ou seja, prestam serviço de saúde privado e oneroso a beneficiários que o tomam como destinatários finais.

O mesmo já não pode ser dito em relação aos contratos coletivos empresariais (por exemplo, XYZ Ltda X Golden Cross S.A.). Veja-se que embora os serviços de saúde contratados sejam prestados em benefício de pessoas físicas, o que motiva essa contratação é o exercício de uma atividade econômica realizada pela empresa contratante. Essa circunstância afasta a natureza consumerista da relação jurídica decorrente do contrato celebrado entre as duas empresas, conforme entendimento consignado em decisão proferida pelo ministro Massami Uyeda<sup>130</sup> do Superior Tribunal de Justiça em recurso especial. Veja-se a ementa do voto do ministro Uyeda<sup>131</sup>:

RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE DE REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES – PLANO EMPRESARIAL – CONTRATO FIRMADO ENTRE O EMPREGADOR E A SEGURADORA – NÃO-APLICAÇÃO DO CDC - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - E DA HIPOSSUFICIÊNCIA NA RELAÇÃO ENTRE AS EMPRESAS CONTRATANTES – CONTRATO ONEROSO – REAJUSTE – POSSIBILIDADE – ARTIGOS 478 e 479 DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Trata-se de contrato de seguro de reembolso de despesas de assistência médica e/ou hospitalar, firmado entre duas empresas.

II - A figura do hipossuficiente, que o Código de Defesa do Consumidor procura proteger, não cabe para esse tipo de relação comercial firmado entre empresas, mesmo que uma delas seja maior do que a outra e é de se supor que o contrato tenha sido analisado pelos advogados de ambas as partes.

III - Embora a recorrente tenha contratado um seguro de saúde de reembolso de despesas médico-hospitalares, para beneficiar seus empregados, dentro do pacote de retribuição e de benefícios que oferta a eles, a relação da contratante com a seguradora recorrida é comercial.

IV - Se a mensalidade do seguro ficou cara ou se tornou inviável para os padrões da empresa contratante, seja por variação de custos ou por aumento de sinistralidade, cabe ao empregador encontrar um meio de resolver o problema, o qual é de sua responsabilidade, pois é do seu pacote de benefícios, sem transferir esse custo para a seguradora. A recorrida não tem a obrigação de custear benefícios para os empregados da outra empresa.

V - A legislação em vigor permite a revisão ou o reajuste de contrato que causa prejuízo estrutural (artigos 478 e 479 do Código Civil – condições excessivamente onerosas). Não prospera o pleito de anulação da cláusula de reajuste, pois não se configura abusividade o reequilíbrio contratual.

VI – Recurso especial improvido.

<sup>130</sup> UYEDA, Massami. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Voto proferido no julgamento do Recurso Especial 1.102.848/SP**, julgado em 3 de agosto de 2010. Íntegra do voto disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12102041&sReg=200802744932&sData=20101025&sTipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12102041&sReg=200802744932&sData=20101025&sTipo=91&formato=PDF)>. Acessado em 22 de fevereiro de 2013.

<sup>131</sup> Ibidem.

Mas por outro lado, essa natureza não consumerista caracteriza apenas a relação contratual estabelecida entre a empresa estipulante e a operadora contratada, mas não é possível existir dúvida quanto à natureza consumerista da relação que se trava entre a pessoa física beneficiária do plano coletivo empresarial e a operadora de saúde contratada no momento em que o serviço está sendo executado. Ou seja, em relação às pessoas físicas beneficiárias do plano coletivo empresarial, a operadora é considerada fornecedora e sobre a sua atividade incidirão as regras de proteção de defesa do consumidor em benefício da pessoa física beneficiário do serviço de saúde.

Em razão da presença de uma pessoa jurídica estipulante suportando os ônus econômicos desses contratos coletivos empresariais (é a empresa contratante quem paga o plano) e negociando as suas condições com a operadora contratada, a regulação exercida pela ANS pode ser diferenciada em relação a planos individuais. É por isso que até o presente momento, em que pese existir autorização legal no inciso XVII do art. 4º da Lei n.º 9.961<sup>132</sup>, de 2000, a ANS não fixa limite para reajuste anual de preço de contrato coletivo empresarial.

Por outro lado, os motivos acima permitem concluir-se que há relação consumerista nos contratos de planos coletivos por adesão, ainda que as suas cláusulas tenham sido negociadas por pessoas jurídicas naquilo em que é possível exercer-se liberdade contratual.

Essa afirmação decorre do fato de os contratos coletivos por adesão se posicionarem em uma situação intermediária entre os contratos individuais e os coletivos empresariais, uma vez que o beneficiário pessoa física ao realizar a sua adesão torna-se parte integrante da relação contratual como tomador e destinatário final do serviço (não é apenas um terceiro beneficiário como ocorre no contrato coletivo empresarial), suportando pessoalmente os ônus econômicos do serviço de saúde (quem paga o plano é o próprio beneficiário pessoa física). Apesar disso, a presença da pessoa jurídica estipulante na relação contratual, atenuando a assimetria de informações e o desequilíbrio negocial, também autoriza a que a regulação da ANS incida sobre esses planos de modo distinto da dos planos individuais, como, por exemplo, permitindo que o índice de reajuste anual seja negociado livremente entre a pessoa jurídica estipulante e a operadora contratada.

---

<sup>132</sup> BRASIL. Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm)>. Acessado em 30 de julho 2012.

Situação diferente da acima ocorre com os planos de saúde operados por autogestões. O exame das relações de saúde suplementar nesses casos pressupõe, em primeiro lugar, observar-se que existem, em síntese, duas situações que podem caracterizar uma operadora autogestão.

A primeira situação ocorre quando uma pessoa jurídica de direito privado, por exemplo, uma sociedade empresária do setor automobilístico, institui um sistema de saúde suplementar interno, próprio, fechado, gerido pelo seu departamento de recursos humanos ou assemelhado, para dar assistência a um grupo de pessoas delimitadas, como, por exemplo, seus empregados e dependentes, em razão de negociações trabalhistas como forma de salário indireto. Observe-se que, diversamente de um contrato coletivo empresarial de plano de saúde, a empresa não está contratando uma operadora para prestar serviço de saúde a seus empregados. Ao contrário, ela está criando o seu próprio sistema de saúde. Por isso denominada autogestão.

Apesar de a situação acima ser classificada pelo § 2º do art. 1º da Lei n.º 9.656<sup>133</sup>, de 1998, como saúde suplementar para fins de regulação da ANS, nesse caso não existe um contrato típico de plano de saúde celebrado entre o empregador e o empregado. A assistência suplementar à saúde é um benefício decorrente da própria relação de emprego. O serviço de saúde não está sendo disponibilizado pela empresa classificada como operadora autogestão no mercado e nem é decorrência de negociação entre consumidor e fornecedor, mas sim fruto de negociações trabalhistas entre o sindicato patronal e o de empregados. Nesse caso, não se vislumbra a possibilidade de caracterização de relação de consumo sobre a qual devam incidir princípios e regras de defesa do consumidor.

Mas por seu turno, o serviço prestado pelos profissionais de saúde, hospitais, clínicas e laboratórios contratados pela operadora autogestão aos seus beneficiários caracterizará efetivamente uma relação de consumo.

Mas existe outra situação que caracteriza operadora autogestão diferente da acima. Trata-se da situação em que uma pessoa jurídica de direito público ou privado, de finalidade econômica ou não, institui uma fundação ou associação (esta será a operadora autogestão, enquanto aquela é a instituidora) para prestar assistência à saúde a universo delimitado de pessoas vinculadas a si ou a outras entidades mediante adesão a plano coletivo (o §1º do art.

---

<sup>133</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

2º da Resolução Normativa n.º 137<sup>134</sup>, de 2006, da ANS proíbe que autogestão opere plano individual), cujo ônus será suportado integralmente pelo beneficiário ou parcialmente por este e pelo instituidor ou outras instituições patrocinadoras que venham a se filiar à autogestão. Nesse caso, haverá ou não relação de consumo?

A priori, o autor desta dissertação pensa que as circunstâncias casuísticas é que podem dizer com clareza se tratar ou não de relação consumerista. Contudo há decisões judiciais considerando que essa relação jurídica é consumerista. Veja-se, por exemplo, conforme voto proferido pelo Desembargador Gilberto Pereira de Oliveira<sup>135</sup>, que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios considera que o plano de saúde coletivo por adesão operado pela GEAP – Fundação de Seguridade Social, classificada pela ANS como autogestão, caracteriza relação de consumo. Vale observar que atualmente a GEAP é uma fundação de direito privado conveniada a diversos órgãos e entidades públicas, a qual tem por objetivo estatutário prestar previdência complementar, assistência suplementar à saúde e assistência social a servidores públicos federais ativos e inativos. Veja-se a ementa do voto do Desembargador Gilberto Pereira Oliveira<sup>136</sup>:

APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA ANTECIPADA. CONFIRMAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. GEAP. APLICAÇÃO CDC. EXAME PET/SCAN. PROCEDIMENTO OBRIGATÓRIO. PREVISÃO. ANS. RESTRIÇÃO A CERTOS TIPOS DE CÂNCER. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. OCORRÊNCIA.

1. "Aplica-se o código de defesa do consumidor aos contratos de plano de saúde." (súmula 469 do STJ).
2. O exame pet/scan tem previsão obrigatória pela Agência Nacional de Saúde (ANS), conforme se observa da Resolução Normativa nº 262/2011, portanto, não é possível o plano de saúde limitar o tratamento do segurado quando prescrito exame de diagnóstico pelo médico que o assiste, quando expressamente em seu regulamento prevê a cobertura dos procedimentos elencados pela ANS.
3. "A recusa indevida de cobertura de plano de saúde é passível de gerar o dever de indenização por danos morais, na medida em que agrava a aflição e o sofrimento do segurado, já abalado pela gravidade da doença." (acórdão n. 605860, 20100110932294 APC, relator Arnaldo Camanho de Assis, 4ª Turma Cível, julgado em 09/07/2012, DJ 03/08/2012 p. 81)

<sup>134</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). Resolução Normativa RN n.º 137, de 14 de novembro de 2006. Disponível em <[http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1117](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1117)>. Acessado em 12 de março de 2013.

<sup>135</sup> OLIVEIRA, Desembargador Gilberto Pereira. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Voto proferido no julgamento da apelação cível n.º 0009914-02.2012.8.07.0001**. Inteiro teor do voto e acórdão disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NXTPGM=jrhtm03&ORIGEM=INTER&PGATU=641220&l=&ID=871762875&OPT=&DOCNUM=1>>. Acessado em 22 de fevereiro de 2013.

<sup>136</sup> Ibidem.

4. A quantia arbitrada na sentença como indenização por dano moral deve ser mantida quanto a sua fixação está atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observando no caso concreto a extensão e a gravidade do dano, a capacidade econômica das partes com vistas a preservar o caráter punitivo-pedagógico da medida.
5. Recurso desprovido. Sentença mantida.

Enfim, em que pese o enunciado n.º 469 da súmula do STJ dizer que “Aplica-se o código de defesa do consumidor aos contratos de plano de saúde”<sup>137</sup>, acredita-se que essa assertiva pressupõe que a relação jurídica de saúde suplementar caracterize relação de consumo. Em outras palavras, se a relação contratual de plano de saúde caracterizar relação de consumo, se aplica o CDC, caso contrário não.

### 3.2.5 A base econômica dos planos de saúde

Como já visto na Seção 2 desta dissertação, no Brasil a saúde é sempre um direito fundamental, seja ela objeto das relações entre o cidadão e o Estado ou entre o consumidor e a empresa privada prestadora de serviços, de modo que qualquer ação ou atividade de saúde pública ou privada é considerada de relevância pública e sujeita à regulação estatal, nos termos do art. 197 da Constituição<sup>138</sup>.

Contudo, enquanto as ações e serviços públicos de saúde são financiados pelo orçamento da seguridade social e pelos orçamentos fiscais dos entes federativos, bem como prestados gratuitamente à população, as ações e serviços privados de saúde são custeados com recursos particulares e prestados em grande parte dos casos com intuito de lucro.

Ora, assim como a natureza fundamental do direito à saúde é uma variável que deve ser observada pela ANS na regulação do mercado de planos privados de saúde, a onerosidade dos serviços correlatos e a legitimidade da busca por lucro também são variáveis que não podem deixar de ser consideradas pelo ente regulador do setor.

Essas últimas variáveis precisam ser examinadas à luz da base econômica e atuarial sobre a qual estão estruturados os planos e seguros de saúde, sob pena de a regulação estatal não ser capaz de manter o equilíbrio do setor regulado.

<sup>137</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Enunciado n.º 469 da súmula do STJ**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=30>>. Acessado em 22 de fevereiro de 2013.

<sup>138</sup> BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

Em que pese o objeto dos planos e seguros de saúde não poder ser confundido com os bens que constituem o objeto de outras espécies de seguro, o economista e atuário Luiz Augusto Ferreira Carneiro<sup>139</sup> esclarece que no Brasil todos esses serviços se encontram estruturados sobre bases econômicas e atuariais semelhantes. Veja-se trecho de artigo publicado por esse autor:

O objetivo deste capítulo é o de apresentar os princípios econômicos e atuariais que norteiam todos os tipos de seguros, inclusive os seguros e planos de saúde. É importante ter-se em mente que os planos de saúde possuem especificidades em relação os demais seguros, sendo a principal delas a de cobrirem as despesas com assistência à saúde de pessoas. Ou seja, os planos de saúde tem ligação direta com a vida das pessoas. Além disso, no Brasil, a Constituição Federal define a saúde como um direito social, o que eleva a relevância dos serviços prestados por todas as instituições de saúde, inclusive por seguros e planos de saúde privados.

No entanto, no que diz respeito à estrutura de financiamento e às condições para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, aos seguros e planos de saúde aplicam-se os mesmos princípios econômicos e atuariais aplicados a todos os seguros em geral. Esses princípios funcionam de forma análoga às leis da Física, como, por exemplo, a Lei da Gravidade, a qual se aplica igualmente tanto a coisas como a pessoas.

No artigo cujo trecho foi transcrito acima, Luiz Augusto Ferreira Carneiro<sup>140</sup> ainda ensina que no Brasil todos os planos e seguros de saúde possuem estrutura econômico-atuarial baseada em mutualismo com regime financeiro de repartição simples. O mutualismo consiste na formação de um fundo comum com os recursos arrecadados de todas as pessoas que terão a cobertura do plano ou seguro. Já o regime de repartição simples significa que os recursos do fundo serão empregados para custear todas as despesas decorrentes dos eventos que devem ser cobertos pelo plano ou seguro saúde em relação a qualquer beneficiário, independentemente do montante contribuído por cada um.

Para exemplificar a situação acima, imagine-se um grupo de 100 pessoas beneficiárias de um plano de saúde, cada qual pagando mensalidade de R\$ 100,00 (na linguagem comum dos seguros esse valor é denominado prêmio). Ao término do período de um ano (prazo mínimo de vigência de um contrato de plano de saúde) cada um contribuiu com R\$ 1.200,00 e o fundo captou R\$120.000,00. Durante o período de cobertura (um ano) 20 beneficiários ficaram doentes e precisaram de serviços médicos. Oitenta beneficiários não utilizaram serviço algum. Quinze precisaram de consultas de R\$ 100,00, totalizando despesa de R\$

---

<sup>139</sup> CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. **Princípios básicos de seguros e planos de saúde** in CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Organizador). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 67.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 71-75.

1.500,00. Um precisou de um exame de R\$ 1.000,00. Outro de uma cirurgia de R\$ 5.000,00. Outro beneficiário precisou de uma cirurgia e de um período de internação hospitalar totalizando despesa de R\$ 20.000,00. Outro precisou de um exame, cirurgia, e internação hospitalar totalizando R\$ 25.000,00. O último precisou de exames, cirurgia e internação hospitalar em UTI por período de 30 dias, totalizando despesa de R\$ 50.000,00. Ou seja, durante o período de cobertura, o plano realizou despesas no total de R\$ 102.500,00. A diferença de R\$ 17.500,00 entre o total arrecadado e as despesas realizadas com os sinistros (eventos ocorridos que precisam ser cobertos) serão utilizadas para pagar despesas comerciais, administrativas, tributos e o que sobrar é o lucro da empresa no período.

No exemplo acima, observa-se que várias pessoas contribuíram para o fundo durante o período de vigência do contrato, mas não utilizaram serviços médicos. Outras contribuíram com um montante de R\$ 1.200,00 e obtiveram serviços em valor muito superior.

Essa, grosso modo, é a essência do mutualismo baseado em regime financeiro de repartição simples. Isto é, tudo o que for captado durante a vigência do contrato é utilizado para cobrir todas as despesas ocorridas no período, independentemente do valor contribuído individualmente. Não há necessidade de pagamento complementar por aqueles que obtiveram serviços de valor superior ao valor contribuído, mas também aqueles que não geraram despesas não têm direito a resgatar o valor de suas contribuições.

Situação diferente ocorreria em mutualismo com regime financeiro de capitalização, como se observa, por exemplo, no mercado de previdência complementar, haja vista que nesse regime cada indivíduo terá benefícios proporcionais ao montante da sua contribuição. Veja-se o que Luiz Augusto Ferreira Carneiro<sup>141</sup> diz a respeito do regime financeiro de capitalização:

Reservas individuais para cada segurado somente são formadas quando temos o *regime financeiro de capitalização*, cujo exemplo mais fácil é o dos fundos de pensão. Nas entidades fechadas de previdência complementar, os fundos de pensão, as contribuições de cada participante vão para um mesmo “fundo de investimento coletivo” que renderá juros e proporcionará o pagamento de benefícios futuros, como, por exemplo, o de aposentadoria. Cada participante tem a sua cota nesse fundo, proporcionalmente ao que contribuiu. Quando os participantes se aposentam, o fundo de investimento coletivo deve ser suficiente para pagar, por exemplo, todas as aposentadorias. Porém nem todos os participantes tem o mesmo tempo de vida após se aposentarem. Alguns viverão mais, alguns menos. Nesse caso, o mutualismo ocorrerá de forma que os aposentados que viverem menos subsidiarão parte da aposentadoria dos que viverem mais. Ocorre um mutualismo ao longo do tempo, ao

---

<sup>141</sup> CARNEIRO, op. cit., p. 74.

contrário do mutualismo dentro de um mesmo período de tempo, como no caso do regime financeiro de repartição simples.

Verifica-se, a partir da lição do autor referido, que a viabilidade econômica de um plano de saúde estruturado no modelo de mutualismo com regime financeiro de repartição simples exige que a empresa de saúde possa, em um primeiro momento, reunir em um mesmo grupo os indivíduos que possuem perfil de risco, ou sinistralidade, parecido, para, em um segundo momento, realizar o cálculo atuarial para a precificação do produto, de modo a que pessoas com mesmo perfil de risco paguem o mesmo preço. Cabe destacar que sinistralidade é a probabilidade de ocorrência de um sinistro, isto é, de um evento futuro e incerto que deve ser coberto pelo plano ou seguro saúde. Vários fatores influenciam no perfil de risco, tais como, idade, sexo, profissão e hábitos de vida, como, por exemplo, fumar, praticar esporte etc.

Imagine-se, por exemplo, o que aconteceria se pessoas com perfil de risco diferente fossem reunidas em um mesmo grupo e pagassem o mesmo valor de mensalidade de um plano de saúde. Com certeza pessoas com perfil de risco alto contribuiriam bem menos do que os valores dos serviços que demandariam, enquanto aquelas com perfil de risco baixo pagariam bem mais do que os valores dos serviços a eles prestados. Diante disso o plano, por um lado, seria vantajoso para pessoas com perfil de risco alto e as atrairia, enquanto por outro lado seria desvantajoso e desestimularia o ingresso de pessoas com perfil de risco baixo. Essa situação agravaria o que se chama no mercado de planos e seguros de saúde de seleção de risco adversa. Provavelmente o plano de saúde seria inviável. Convém destacar que os seguros em geral e os planos de saúde são considerados produtos causadores de seleção adversa de risco, porque tendem a despertar interesse e atrair indivíduos de alto risco e, ao contrário, não gerar interesse em indivíduos que se consideram de baixo risco.

Ocorre que o professor Luiz Augusto Ferreira Carneiro explica que o art. 15 da Lei n.º 9.656, de 1998, “estabelece que o prêmio de seguro-saúde somente pode ser diferente por faixa etária de segurado”<sup>142</sup>. Ou seja, a operadora de plano de saúde ou a seguradora de saúde não pode formar grupos de pessoas com perfis de risco diferentes para fins de fixação do preço do produto, a não ser agrupá-las por faixas etárias.

É por essa razão que a ANS, ao regulamentar o art. 15 da Lei n.º 9.656, de 1998, fixa as faixas etárias para fins de aumento de mensalidade e define os limites máximos de aumento

---

<sup>142</sup> CARNEIRO, op. cit., p. 72.

entre uma faixa e outra, assim como o limite máximo entre o valor da primeira faixa e o da última.

Em relação a esse tema, é importante frisar que o § 3º do art. 15 da Lei n.º 10.741<sup>143</sup>, de 1º de outubro de 2003, Estatuto do Idoso, proíbe a incidência de aumento nos planos de saúde por mudança de faixa etária a partir dos sessenta anos. Isso levou a ANS a reformular o escalonamento das faixas etárias. Para os contratos celebrados durante a vigência da Lei n.º 9.656, de 1998, e antes do Estatuto do Idoso, existiam sete faixas etárias previstas na Resolução CONSU n.º 6<sup>144</sup>, 3 de novembro de 1998: 0-17; 18 a 29; 30 a 39; 40 a 49; 50 a 59; 60 a 69 e 70 a mais. Atualmente, para os contratos celebrados após a vigência do Estatuto do Idoso, existem dez faixas etárias previstas na Resolução Normativa RN n.º 63<sup>145</sup>, de 22 de dezembro de 2003, da ANS: 0 a 18; 19 a 23; 24 a 28; 29 a 33; 34 a 38; 39 a 43; 44 a 48; 49 a 53; 54 a 58 e 59 ou mais.

Não obstante, o STJ, por meio de voto proferido pela Ministra Nancy Andrigh<sup>146</sup>, entendeu que a restrição ao aumento de mensalidade por mudança de faixa etária se aplica a qualquer contrato, mesmo os celebrados antes da vigência do Estatuto do Idoso, se o beneficiário do plano só completou 60 anos após a sua vigência. Essa decisão aplica o princípio protetivo do Estatuto do Idoso sem levar em consideração que o equilíbrio econômico-financeiro daquele plano está baseado em precificação feita a partir de cálculo atuarial que levava em consideração aumentos por mudança de faixa etária a partir dos 60 anos, porquanto à época isso era legal. Essa situação implica impacto econômico sobre essas carteiras.

Outra situação também preocupante são decisões judiciais que estão sendo proferidas no âmbito da Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, as quais, mesmo havendo norma expressa da ANS redefinindo todo o escalonamento das faixas etárias para fins de aumento e

<sup>143</sup> BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741compilado.htm)>. Acessado em 26 de fevereiro de 2013.

<sup>144</sup> CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Resolução n.º 6, de 3 de novembro de 1998**. Disponível em <[http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=312](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=312)>. Acessado em 10 de março de 2013.

<sup>145</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Resolução Normativa n.º 63, de 22 de dezembro de 2003**. Disponível em <[http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=748](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=748)>. Acessada em 10 de março de 2013.

<sup>146</sup> ANDRIGH, Ministra Nancy. **Voto proferido no julgamento do Recurso Especial n.º 809329**. Íntegra do relatório e voto disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2561479&num\\_registro=200600037836&data=20080411&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2561479&num_registro=200600037836&data=20080411&tipo=51&formato=PDF)>. Acessado em 26 de fevereiro de 2013.

adequação à norma do Estatuto do Idoso, diluindo os aumentos que seriam aplicados após os 60 anos por todas as faixas, consideram que dar aumento por mudança de faixa etária aos 59 anos caracterizaria fraude à lei (ao Estatuto do Idoso) e consideram, por conseguinte, abusiva e nula a cláusula respectiva. Veja-se, por exemplo, trecho de decisão proferida pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Ney Wiedemann Neto<sup>147</sup> nesse sentido:

Ademais, quanto ao fato de o reajuste estar previsto para o completar dos 59 anos de idade, embora não lhe aplique o Estatuto do Idoso, tenho que a antecipação dos reajustes excessivos para beneficiários prestes a completar 60 anos consubstancia burla à legislação protetiva, malferindo o princípio da boa-fé objetiva, bem como o estatuto consumerista.

Diante disso, tenho por suficientemente demonstrado o requisito da verossimilhança das alegações a ensejar a antecipação de tutela. No que tange ao requisito do dano irreparável, tenho por igualmente presente, tendo em vista que a efetivação de reajustes exorbitantes poderá trazer prejuízos irreversíveis à autora que, dessa forma, poderá acabar retirando-se do plano por não conseguir arcar com o valor das mensalidades.

Pois bem, o Congresso Nacional entendeu necessário tutelar os idosos, de modo a impedir que as operadoras de planos de saúde apliquem aumento por mudança de faixa etária aos 60 anos. Ao fazer isso, o Congresso definiu política pública para o setor de saúde suplementar, a qual consiste em fazer as gerações mais jovens subsidiarem parte das despesas com saúde das gerações mais velhas. Essa regra é constitucional e legal e deve ser respeitada. Mas por seu turno, o Poder Judiciário, ao julgar a validade de atos de regulação da ANS precisará levar em conta que os planos de saúde no Brasil estão estruturados em base de mutualismo com regime financeiro de repartição simples, de modo que as operadoras de planos de saúde precisam agrupar seus beneficiários em faixas etárias e que o preço dos planos precisa aumentar à medida que a idade do beneficiário aumenta. É necessário que se leve em conta também que o aumento de despesa referente ao aumento da demanda dos beneficiários com 60 ou mais anos precisará ser suportado pelas faixas etárias mais jovens, de modo que os atos de regulação da ANS precisam levar em consideração essa assertiva.

---

<sup>147</sup> WIEDEMANN NETO, Desembargador Nei. **Decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento n.º 70053110292, em 04 de fevereiro de 2013.** Íntegra da decisão disponível em documento Word ou HTML em

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=plano+de+sa%FAde+e+faixa+et%Elria&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=plano+de+sa%FAde+e+faixa+et%Elria&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acessado em 26 de fevereiro de 2013.

Outros aspectos do mercado relacionados com as suas bases econômicas e que precisam ser compreendidos sob a perspectiva técnica são a carência, a cobertura parcial temporária para doenças preexistentes, a coparticipação e a franquia.

A carência e a cobertura parcial temporária estão associadas àquele fenômeno já apresentado denominado seleção de risco adversa, enquanto a coparticipação e a franquia com o chamado risco moral.

A fim de minimizar os efeitos da seleção de risco adversa, o inciso V do art. 12 da Lei n.º 9.656<sup>148</sup>, de 1998, permite que os contratos de planos de saúde estabeleçam prazos de carência, bem como, por força de seu art. 11<sup>149</sup>, submetam os portadores de doenças e lesões preexistentes a cobertura parcial temporária – CPT.

A carência corresponde a um período durante o qual o beneficiário do plano, embora deva pagar as mensalidades, não faz jus a determinadas coberturas. Já a cobertura parcial temporária – CPT é um período de 24 meses durante o qual o contratante não terá direito a algumas coberturas, como, por exemplo, internação cirúrgica, leito de alta tecnologia e procedimentos de alta complexidade, referentes a doenças e lesões preexistentes.

A carência e a CPT minimizam a seleção de risco adversa, na medida em que provocam a necessidade de os consumidores de baixo risco aderirem a contratos de planos de saúde, ainda que acreditem não terem a necessidade de utilização em curto ou médio prazo, sob pena de não terem assistência médica privada quando virem a precisar. É oportuno salientar que diversamente do que se costuma ouvir em ambiente leigo, a finalidade precípua da carência não é permitir a uma operadora privada de saúde a sua capitalização financeira durante o período, mas sim minimizar a ocorrência de seleção de risco adversa.

Esses mecanismos ainda preservam o caráter aleatório do contrato de plano de saúde, uma vez afastarem a necessidade de cobertura de eventos já ocorridos antes da vigência do negócio jurídico.

Contudo, ao passo em que ensejam a redução da seleção adversa, a carência e a CPT atribuem aos planos de saúde a indesejável característica de contrato cativo.

O contrato passa a ter esse perfil, porque o avanço da idade torna as pessoas mais propensas a doenças e problemas de saúde. Ora, não é difícil perceber o quão desestimulante

---

<sup>148</sup> BRASIL. Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

<sup>149</sup> Ibidem.

e oneroso é resilir um contrato com carências já cumpridas para migrar para um novo plano de saúde em que o consumidor terá que se submeter a novos prazos e a eventual CPT.

Também não é difícil constatar que essa catividade engessa consideravelmente a concorrência e a competitividade no setor de saúde suplementar.

Para amenizar a característica de contrato cativo e incrementar a concorrência no setor, objetivando melhorias para os beneficiários de planos de saúde, a ANS, com fulcro nas competências arroladas nos artigos 3º e 4º da Lei n.º 9.961<sup>150</sup>, de 2000, instituiu e disciplinou pela RN n.º 186<sup>151</sup>, de 14 de janeiro de 2009, a intitulada mobilidade com portabilidade de carências.

Essa norma da ANS impede que uma operadora exija cumprimento de novos prazos de carência ou de CPT para consumidores que já os cumpriram em planos equivalentes, ainda que estejam vindo de outras operadoras. Caso o plano de destino seja superior ao plano de origem, o beneficiário terá que cumprir carências referentes às coberturas que estiverem sendo ampliadas.

Se a finalidade daqueles institutos é afastar a seleção de risco adversa e se os consumidores já ingressaram no sistema de saúde suplementar, não há razão para submetê-los a novos prazos de carência quando decidem mudar de plano apenas por estarem insatisfeitos com o plano ou com a operadora de origem.

Por sua vez, o risco moral pode ser traduzido como sendo o risco de os serviços a serem prestados pela operadora de planos de saúde serem demandados em quantidade superior àquela que seria normal caso o risco não estivesse coberto em favor do beneficiário. Por exemplo, se uma pessoa não possuísse plano de saúde, talvez só fosse a uma ou duas consultas médicas por ano. Mas tendo plano de saúde, talvez ela resolva ir a cinco ou seis, mesmo que não ocorra algum fato que justifique esse aumento de demanda por serviço.

Como forma de reduzir o chamado risco moral, algumas operadoras incluem em contratos de planos de saúde a coparticipação. Trata-se de uma cláusula segundo a qual para certos serviços haverá pagamento de um percentual pelo beneficiário. Por exemplo, em caso de consulta médica a operadora pagaria 90% da despesa e o beneficiário 10%. A franquia

---

<sup>150</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm)>. Acessado em 30 de julho 2012.

<sup>151</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Resolução Normativa RN n.º 186, de 14 de janeiro de 2009**. Disponível em <[http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1389](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1389)>. Acessada em 10 de março de 2013.

tem finalidade e mecânica semelhantes, mas normalmente corresponde a um valor fixo previamente definido. É mais utilizada em contratos de seguro saúde.

## 4 CONCLUSÃO

Como resultado do estudo e da pesquisa realizada acerca do controle judicial da regulação da saúde suplementar no Brasil, apresentam-se as conclusões seguintes.

A primeira delas consiste na confirmação da legitimidade atribuída pela Constituição da República ao Poder Judiciário para realizar o controle de validade dos atos regulatórios da ANS e de qualquer outra agência reguladora, não existindo qualquer possibilidade de dúvida de que o juiz federal pode declarar, tanto em processos individuais quanto coletivos, a invalidade de um ato de regulação da ANS, condenando-a a se abster de aplicá-lo.

No entanto, durante o estudo e a pesquisa, verificou-se existir divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de juiz federal, em sede de ação coletiva, declarar a ilegalidade por omissão de agência reguladora federal quanto ao exercício do seu poder-dever normativo e condená-la a editar ato normativo. A divergência diz respeito à condenação a editar o ato normativo. Enquanto alguns magistrados entendem ser possível essa condenação em sede de ação coletiva, como, por exemplo, ação civil pública, outros juízes federais sustentam que isso não seria possível, haja vista a Constituição estabelecer que a omissão na regulação de lei por ente da Administração federal deve ser objeto de mandado de injunção, cuja competência para processá-lo e julgá-lo é originária do STJ. No mandado de injunção, o STJ declararia a omissão e definiria a regulação necessária ao exercício do direito fundamental, até que a agência reguladora editasse a norma omissa. Esse mandado de injunção poderia ser coletivo e teria efeito *erga omnes* em todo o território nacional.

A segunda conclusão consiste na verificação de que, excluindo-se aqueles casos de inconstitucionalidade ou ilegalidade flagrantes, nem sempre o controle judicial de validade de um ato de regulação da ANS pode ser feito utilizando-se a simples subsunção de princípios e regras constitucionais ou legais sobre o ato levado ao controle do Judiciário.

Nessas hipóteses em que o Judiciário não se depara com casos de inconstitucionalidade ou ilegalidade flagrantemente aparentes, propõe-se que o magistrado, no exercício do controle judicial da validade do ato regulatório, utilize aqueles princípios de jurisdição administrativa oriundos da jurisprudência e da doutrina norte americanas divulgados aqui no Brasil por autores renomados, como, por exemplo, o professor Luís Roberto Barroso e o professor Sérgio Guerra. Observe-se que esses princípios já estão sendo reconhecidos e aplicados pelo Superior Tribunal de Justiça no controle de validade dos atos de regulação das agências reguladoras federais.

Isto é, quando o juiz entender que não está diante de um caso de inconstitucionalidade ou ilegalidade flagrante e que a ANS editou o ato regulatório dentro daquela margem em que o Legislador lhe delegou atribuição para exercer discricionariedade técnica, propõe-se que o magistrado aplique o princípio da deferência à expertise do ente regulador e mantenha postura de autocontenção, preservando a validade do ato impugnado.

Contudo, caso o juiz entenda que deva avançar na investigação da validade do ato, propõe-se que lance mão daquele princípio ou técnica denominada *hard look*, verificando a congruência entre os fundamentos fáticos e técnico-científicos que motivaram o ato e as suas consequências sobre o mercado.

Caso o juiz constate a existência de mais de uma solução tecnicamente equivalente àquela adotada pela ANS, entende-se que o magistrado deve manter a validade do ato regulatório. Caso contrário, o Judiciário estaria substituindo a atuação da agência pela sua, ensejando judicialização da regulação.

Outra conclusão a que se chega a partir deste trabalho é a de que o Judiciário, ao verificar a validade de um ato de regulação da ANS à luz do princípio constitucional que determina que o Estado promova a defesa dos consumidores, precisa considerar que o papel da ANS no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor não se resume à proteção do consumidor. Embora essa tarefa esteja incluída dentre as suas atribuições, o papel da ANS é bem mais amplo, porquanto consiste em regular todo o mercado de saúde suplementar de modo a mantê-lo equilibrado em sentido amplo. Ou seja, a ANS deve atuar como um harmonizador dos conflitos de interesses entre os agentes econômicos e os consumidores de planos de saúde.

Conclui-se também que muitas vezes o controle judicial da validade de um ato de regulação editado pela ANS exige a compreensão da finalidade econômica e social do ato, de modo que a demonstração dessa compreensão se faz lançando-se na sentença ou decisão judicial considerações a respeito de aspectos do mercado relacionados com o objeto do ato impugnado. A ausência dessas considerações pode dar à decisão judicial um indesejável caráter subjetivo e politizado.

Com efeito, o estudo e a análise de todos os aspectos técnicos do mercado de saúde suplementar que eventualmente deverão ser considerados pelos juízes nas fundamentações de decisões judiciais tornaria esta dissertação bastante extensa, de sorte que foram abordados apenas alguns aspectos considerados relevantes pelo autor e associados às relações jurídicas que se estabelecem no setor de saúde suplementar entre as operadoras e os beneficiários.

Embora importantes, não foram abordados nesta dissertação aspectos do setor de saúde suplementar referentes às relações entre as operadoras e os prestadores de serviço, assim como não foram estudados aspectos inerentes ao controle que a ANS exerce sobre a vida econômica, financeira, patrimonial, contábil e administrativa das operadoras.

Quanto aos aspectos do setor regulado que foram abordados, conclui-se que a saúde suplementar não se confunde com a saúde pública, de modo que o juiz, ao realizar a revisão judicial do ato de regulação da ANS, não deve aplicar os princípios constitucionais do acesso universal e igualitário e o princípio da integralidade das ações nas mesmas proporções que os aplicaria se estivesse diante de controle judicial sobre o SUS.

Como desdobramento do tema acima, conclui-se que no que tange à amplitude de cobertura, os juízes precisam levar em consideração na análise da validade dos atos de regulação da ANS, que nenhuma doença incluída na CID da OMS pode ter cobertura excluída, mas que a ANS possui atribuição legal para definir, a partir de fundamentação técnica, o rol de procedimentos em saúde de cobertura obrigatória, incluindo transplantes e procedimentos de alta complexidade. Faz-se necessário também levar-se em conta que a Lei n.º 9.656, de 1998, em que pese ter estabelecido forte dirigismo estatal sobre o contrato de planos de saúde, assegurou liberdade contratual quanto à amplitude dos serviços a serem prestados ao autorizar a comercialização e contratação de planos segmentados.

No controle judicial de validade o juiz ainda precisa observar que o ato regulatório da ANS deve levar em consideração a existência de operadoras e de planos de saúde de natureza distintas, assim como também deve observar que existem relações em saúde suplementar consumeristas e não consumeristas, de modo que as regras de proteção aos consumidores se aplicam àquelas, mas não a estas.

Igualmente, conclui-se que o controle judicial de validade dos atos de regulação da ANS não pode deixar de considerar as bases econômicas sobre as quais os planos de saúde no Brasil estão estruturados, vale dizer, mutualismo com regime de repartição simples. Também não se pode deixar de observar que os planos de saúde possuem características como, por exemplo, seleção de risco adversa, risco moral e catividade que precisam ser objeto de instrumentos próprios, como a carência, a cobertura parcial temporária, a coparticipação, a franquia e a mobilidade com portabilidade de carência.

Finalmente acredita-se que esta dissertação permite concluir que tanto o juiz estadual ao julgar litígios entre beneficiários de planos de saúde e operadoras, quanto os juízes federais ao julgarem ações em que se discute a validade dos atos de regulação da ANS, precisam levar

em consideração não só aspectos jurídicos inerentes à disciplina constitucional e legal do direito à saúde e à tutela do consumidor, mas também todos os aspectos econômicos e sociais que circunscrevem o setor de saúde suplementar e em razão dos quais a ANS edita os atos regulatórios que buscam preservar o equilíbrio amplo desse segmento sócio econômico e aprimorá-lo.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Reajuste de preços de planos de saúde**. Informação divulgada na página institucional da rede mundial de computadores. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude>>, acessada em 23 de janeiro de 2013.

\_\_\_\_\_. (Brasil). **Regulação & Saúde (volume 1):** estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: MS/ANS, 2002.

\_\_\_\_\_. (Brasil). **Regulação & Saúde (volume 2):** Planos odontológicos: uma abordagem econômica no contexto regulatório. Rio de Janeiro: MS/ANS, 2002.

\_\_\_\_\_. (Brasil). **Resolução Normativa n.º 63, de 22 de dezembro de 2003**. Disponível em <[http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=748](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=748)>. Acessada em 10 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. (Brasil). **Resolução Normativa RN n.º 137, de 14 de novembro de 2006**. Disponível em <[http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1117](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1117)>. Acessado em 12 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. (Brasil). **Resolução Normativa n.º 167, de 9 de janeiro de 2008**. Disponível em <[http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1242](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1242)>. Acessada em 10 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. (Brasil). **Resolução Normativa RN n.º 186, de 14 de janeiro de 2009**. Disponível em <[http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1389](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1389)>. Acessada em 10 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. (Brasil). **Resolução Normativa n.º 195, de 14 de julho de 2009**. Disponível em <[http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1458](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1458)>. Acessada em 10 de março de 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil). **Informação acerca de *International Nomenclature of Cosmetic Ingredient* – INCI**. Disponível em <<http://www.anvisa.gov.br/cosmeticos/inci.htm>>. Acessada em 16 de dezembro de 2012.

\_\_\_\_\_. (Brasil). **Resolução de Diretoria Colegiada RDC n.º 211, de 14 de julho de 2005**. Disponível em <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/dfa9b6804ace482bb7a1bfa337abae9d/Resolu%C3%A7%C3%A3o+RDC+n%C2%BA+211,+de+14+de+julho+de+2005.pdf?MOD=AJPERES>>. Acessada em 10 de março de 2013.

ANDRIGH, Ministra Nancy. **Voto proferido no julgamento do Recurso Especial n.º 809329.** Íntegra do relatório e voto disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2561479&num\\_registro=200600037836&data=20080411&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2561479&num_registro=200600037836&data=20080411&tipo=51&formato=PDF)>. Acessado em 26 de fevereiro de 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 2ª edição, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BAGGIO, Andreza Cristina. **A sociedade de risco e a confiança nas relações de consumo.** Revista de Direito econômico e Socioambiental (ISSN 2179-345X). Curitiba, v.1, n.1, p. 127-147, jan./jul. 2010.

BAHIA, Lígia. **Mudanças e Padrões das Relações Público-Privado: Seguros e Planos de Saúde no Brasil.** Tese apresentada para obtenção de título de doutor em saúde pública, pela Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, em dezembro de 1999. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum\\_saude/forum\\_bibliografias/abrangenciadaregulacao/AA10.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/abrangenciadaregulacao/AA10.pdf)>. Acesso em 01 de setembro de 2010.

BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. **A regulação da saúde suplementar: avanços e limites perante o usuário de planos de saúde.** in ASSENI, Felipe Dutra e PINHEIRO, Roseni (organizadores). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática.** Rio de Janeiro: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 56, 2002.

\_\_\_\_\_. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo** in Revista de direito do estado. - n.º 16 (outubro/dezembro 2009). Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde,** in CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Organizador). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BELLOTTI, Juíza Federal Marianna Carvalho. **Sentença proferida na Ação Civil Pública n.º 2008.51.01. 028713-6.** Sentença publicada no Diário Eletrônico da Justiça Federal, Rio de Janeiro, em 06 de agosto de 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição** (1998). Texto original. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado em 10 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acessado em 22 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acessado em 30 de julho de 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm)>. Acessado em 30 de julho 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acessado em 10 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741compilado.htm)>. Acessado em 26 de fevereiro de 2013.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. **Princípios básicos de seguros e planos de saúde** in CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Organizador). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CECHIN, José (organizador e coordenador). **A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação**. São Paulo: Saraiva, Letras & Lucros, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. BRASIL (Brasil). **Recomendação n.º 31, de 30 de março de 2010**. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/recomendacao/recomendacao\\_31\\_30032010\\_22102012173049.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf)>. Acessado em 2 de fevereiro de 2013.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Resolução n.º 6, de 3 de novembro de 1998**. Disponível em <[http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=312](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=312)>. Acessado em 10 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. (Brasil). **Resolução n.º 13, de 3 de novembro de 1998**. Disponível em <[http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=300](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=300)>. Acessado em 10 de março de 2013.

CORDEIRO, Maria Leiliane Xavier. **O direito à saúde e a atuação do Poder Judiciário: breves considerações**. Publicações da Escola da AGU: temas de direito e saúde, Brasília, n. 4, 2010.

CUNHA, Paulo Cesar Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

DIREITO, Ministro Carlos Alberto Menezes. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Voto proferido no julgamento do Recurso Especial n.º 668.216-SP**. Íntegra do relatório e do voto disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2410074&num\\_registro=200400999090&data=20070402&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2410074&num_registro=200400999090&data=20070402&tipo=51&formato=PDF). Acessado em 18 de fevereiro de 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. São Paulo: MP Editora, 2006.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner e SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira**, in ASSENI, Felipe Dutra e PINHEIRO, Roseni (organizadores). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012.

FRIEDE, Desembargador Federal Reis. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. **Voto proferido no julgamento da apelação em ação civil pública n.º 2008.51.01.028713-6**. Íntegra do relatório e do voto disponível em [http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?procorig=2008.51.01.028713-6&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=0](http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?procorig=2008.51.01.028713-6&andam=1&tipo_consulta=1&mov=0). Acessado em 24 de fevereiro de 2013.

GONÇALVES, Juiz Federal João Batista. **Decisão proferida nos autos da ação civil pública n.º 2009.61.00.002894-4, em trâmite na sexta vara federal de São Paulo**. Decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça Federal, São Paulo, em 25 de março de 2009.

GRAU, Ministro Eros. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto proferido no julgamento do Mandado de Injunção n.º 712-8/PA**. Íntegra do relatório e voto disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acessado em 24 de fevereiro de 2013.

GUERRA, Sérgio. **Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios**. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo n.º 21 (fevereiro/março/abril), 2010, ISSN 1981-1861.

\_\_\_\_\_. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUZ, Saulo. **Agência reguladora falha ao ‘proteger’ o consumidor**. Artigo publicado em 26 de setembro de 2010. Jornal da Tarde: São Paulo, 2010. Disponível em [blogs.estadao.com.br/jt-seu-bolso/agencia-reguladora-falha-ao-proteger-o-consumidor/](http://blogs.estadao.com.br/jt-seu-bolso/agencia-reguladora-falha-ao-proteger-o-consumidor/), acessado em 24 de janeiro de 2013.

MAIA, Desembargador Federal Manuel. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. **Voto proferido na Apelação em ação civil pública n.º 2008.83.00.008368-8**, publicado no Diário Eletrônico da Justiça em 3 de setembro de 2010. Disponível em

<[WWW.trf5.jus.br/archive/2010/09/200883000083688\\_20100902\\_3012537.pdf](http://WWW.trf5.jus.br/archive/2010/09/200883000083688_20100902_3012537.pdf)>. Acessado em 19 de janeiro de 2013.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. **O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar** in CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Organizador). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MAURÍCIO JR, Alceu; VIEIRA, José Ribas et al. **Agências reguladoras e a tutela do consumidor**. Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito. Rio de Janeiro. Disponível em <[www.arco.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito/8-agencias-reguladoras-e-a-tutela-do-consumidor](http://www.arco.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito/8-agencias-reguladoras-e-a-tutela-do-consumidor)>, acessado em 24 de janeiro de 2013.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 2ª ed. rev., modif. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. **Manual de direito administrativo, 3ª edição**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SALVATORE, Dominick. **Microeconomia**. Tradução e revisão de Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1984.

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

SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes da; GOUVEIA, Maria Thereza Carolina. **Saúde suplementar: regulação e jurisdição** in ASSENI, Felipe Dutra e PINHEIRO, Roseni (organizadores). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012, p 231.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANK, Hermann Josef e SOMMERMASS, Karl-Peter (coordenadores). **Código de Jurisdição Administrativa (o modelo alemão)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA NETO, Juiz Federal Francisco Antônio de Barros. **Sentença proferida na Ação Civil Pública n.º 2008.83.00.008368-8**. Íntegra da sentença disponível em <<http://ww11.jfpe.gov.br/consultaProcessos/resconsproc.asp>>. Acessada em 24 de fevereiro de 2013.

SODRÉ, Marcelo Gomes (coordenador). INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Agências reguladoras e tutela dos consumidores**. Série pensando o Direito n.º 21/2010 – versão publicação. Resumo do projeto. São Paulo/Brasília, 2010. Disponível para *download* em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={7393FACA-F9C1-42B0-BE43-8F8756A587C8}>>, acessado em 24 de janeiro de 2013.

SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. **Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde** in CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Organizador). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Ementa do acórdão do Recurso Especial n.º 572.070-PR.** Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1183519&sReg=200301280351&sData=20040614&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1183519&sReg=200301280351&sData=20040614&sTipo=5&formato=PDF). Acessado em 5 de janeiro de 2013.

\_\_\_\_\_. (Brasil). **Enunciado n.º 469 da súmula do STJ.** Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=30>. Acessado em 22 de fevereiro de 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Andamento processual da Ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.931-8.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1741189>. Acessado em 10 de março de 2013.

TIBÚRCIO, Dalton Robert. **Interpretação dos atos normativos das agências reguladoras.** Revista virtual da Advocacia Geral da União, ano X, n.º 100, maio de 2010, disponível em [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=143887&id\\_site=1115](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=143887&id_site=1115), acessado em 18 de janeiro de 2013.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO (Brasil). **Enunciado n.º 51 da Súmula.** Disponível em [http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:3JYWfEIrKnoJ:trf2nas.trf.net/GSA/Sumulas/sumula\\_051.pdf+s%C3%BAmula+51+&client=jurisprudencia&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&site=sumulas&access=p&oe=UTF-8](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:3JYWfEIrKnoJ:trf2nas.trf.net/GSA/Sumulas/sumula_051.pdf+s%C3%BAmula+51+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=sumulas&access=p&oe=UTF-8). Acessado em 10 de março de 2013.

UYEDA, Ministro Massami. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Voto proferido no julgamento do Recurso Especial 1.102.848/SP,** julgado em 3 de agosto de 2010. Íntegra do relatório e do voto. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12102041&sReg=200802744932&sData=20101025&sTipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12102041&sReg=200802744932&sData=20101025&sTipo=91&formato=PDF). Acessado em 22 de fevereiro de 2013.

VELA, David Ciriano. **Administracion económica y discrecionariadad,** Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 2ª edição, 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Forense.

VIDIGAL, Ministro Edson. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Decisão judicial proferida na Suspensão de Liminar e de Sentença n.º163-PE no Superior Tribunal de Justiça,** publicada no Diário da Justiça de 21/09/2005. Brasília: Diário da Justiça, 2005.

WIEDEMANN NETO, Desembargador Nei. **Decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento n.º 70053110292, em 04 de fevereiro de 2013.** Íntegra da decisão disponível em documento Word ou HTML em

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=plano+de+sa%FAde+e+faixa+et%E1ria&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=plano+de+sa%FAde+e+faixa+et%E1ria&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>).  
Acessado em 26 de fevereiro de 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution.** Disponível em <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>>. Acessado em 1 de agosto de 2012.