

**STRONG BUSINESS SCHOOL
CURSO DE DIREITO**

BIANCA MARCHI

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR:
impactos da discricionarieidade judicial no âmbito do Tribunal de Justiça do
Estado de São Paulo.**

**Santo André
2023**

BIANCA MARCHI

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR:
impactos da discricionariedade judicial no âmbito do Tribunal de Justiça do
Estado de São Paulo.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso de Direito da STRONG BUSINESS SCHOOL.

Orientador(a): Prof.^a Me. Sueli Torossian

Santo André

2023

Dedico este trabalho aos meus professores, que foram primordiais para a minha formação, aos meus amigos e familiares, ao meu noivo, por fim, aos meus líderes no estágio em direito regulatório, que me inspiraram na escolha do tema.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores do curso de Direito da *Strong Business School* que me forneceram todas as bases essenciais para a realização deste trabalho, especialmente, a Dra. Gabrielle Jacobi Kölling e a Me. Sueli Torossian, por todo o apoio que me deram ao longo da realização do meu trabalho. Por fim, agradeço ao meu noivo, Mateus, por ter sido suporte necessário durante todo o desenvolvimento do projeto.

“[...] temos de ser contra a distorção a que estamos assistindo, em nosso país, da coexistência do mais alto nível de assistência médica e do mais baixo nível de assistência à saúde, na mesma cidade e no mesmo local”.¹

¹ JATENE, Adib Domingos. O acesso precário da população brasileira à saúde. Disponível em <<https://projetoredacaonota1000.com.br/o-acesso-precario-da-populacao-brasileira-a-saude-t37355.html>> Acesso em 15 de outubro de 2023.

RESUMO

A saúde e o direito são temas que constantemente se relacionam, na atualidade, a submissão de pleitos relacionados à saúde suplementar para atuação judicial se torna sinal de alerta. A judicialização é um fenômeno que não ocorre apenas na saúde suplementar, vem crescendo nos mais variados temas, no entanto, o que chama atenção no aspecto da saúde suplementar, é que quando prestada pela iniciativa privada, as operadoras de plano de saúde devem assegurar um rol de coberturas mínimas, conhecido como o rol da ANS, este rol é estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Há grande discussão se o rol da ANS é taxativo ou exemplificativo, diante disso, como não há um entendimento pacificado, por vezes, o judiciário acaba deferindo um pleito no qual o segurado não teria direito, pois entende que o rol da ANS é meramente exemplificativo, tendo o plano que cobrir tantos quantos procedimentos forem solicitados. Em desrespeito as limitações do rol da ANS, e por vezes, ao contrato celebrado entre as partes, que pode prever expressamente exclusão de cobertura, ou ainda, cumprimento de carência, o segurado recorre ao Poder Judiciário para tentar forçar o plano de saúde autorizar e custear o procedimento. A judicialização dos casos de saúde suplementar é um fenômeno que vem crescendo ao longo dos últimos anos, somada ao desrespeito dos limites trazidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Assim, este trabalho pretende analisar a discricionariedade judicial no setor de saúde suplementar, sobretudo, os impactos das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo como objetivos específicos explorar o direito fundamental à saúde apresentado na Constituição Federal de 1988, fazer um panorama do contexto da prestação da saúde no Brasil, finalizando com a observação da judicialização nos anos de 2021 a 2023 e os impactos trazidos pela discricionariedade judicial. A presente monografia será construída com base em pesquisa descritiva, através de revisão bibliográfica, pesquisa documental e estudo de caso. Ante o exposto, mas sem o objetivo de findar a discussão, este trabalho tornou possível concluir que a judicialização da saúde suplementar pode impactar negativamente tanto o segurado, na condição de consumidor, com reflexos nos reajustes do sinistro, quanto o próprio sistema de saúde suplementar, diante da instabilidade no setor, em razão do deferimento de pleitos contrários ao contrato ou as normativas da ANS. Dessa forma, é de suma importância trazer o tema para

debate, tendo em vista o aumento dos casos nos últimos anos, principalmente no período pós-lei 14.454/2022.

Palavras-chave: saúde; direito; judicialização; suplementar; discricionariedade.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Resolutividade das demandas 1	31
Gráfico 2: Amostra coletada 1	41
Gráfico 3: <i>Home Care</i> (Negativa) 1	44
Gráfico 4: <i>Home Care</i> (Fundamento) 1	45
Gráfico 5: <i>Home Care</i> (Negativa) 1	45
Gráfico 6: <i>Home Care</i> (Fundamentação) 1	46
Gráfico 7: Rituximabe (Negativa) 1	47
Gráfico 8: Rituximabe (Fundamentação) 1	47
Gráfico 9: Rituximabe (Negativa) 1	48
Gráfico 10: Rituximabe (Fundamentação) 1	48
Gráfico 11: Gastroplastia (Negativa) 1	49
Gráfico 12: Gastroplastia (Fundamentos) 1	49
Gráfico 13: Gastroplastia (Negativa) 1	50
Gráfico 14: Gastroplastia (Fundamentos) 1	50
Gráfico 15: <i>Home Care</i> (Negativa) 1	53
Gráfico 16: <i>Home Care</i> (Fundamentos) 1	53
Gráfico 17: <i>Home Care</i> (Negativa) 1	54

Gráfico 18: <i>Home Care</i> (Fundamentos) 1	54
Gráfico 19: Rituximabe (Negativa) 1	55
Gráfico 20: Rituximabe (Fundamentos) 1	55
Gráfico 21: Rituximabe (Negativa) 1	56
Gráfico 22: Rituximabe (Fundamentos) 1	56
Gráfico 23: Gastroplastia (Negativa) 1	57
Gráfico 24: Gastroplastia (Fundamentos) 1	57
Gráfico 25: Gastroplastia (Negativa) 1	58
Gráfico 26: Gastroplastia (Fundamentos) 1	58

LISTA DE SIGLAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CDC	Código Brasileiro de Defesa do Consumidor
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde
CONSU	Conselho de Saúde Suplementar
CR	Constituição da República Federativa do Brasil
DUT	Diretriz de Utilização
EUA	Estados Unidos da América
FENASAÚDE	Federação Nacional de Saúde Suplementar
LPS	Lei dos Planos de Saúde
NATJUS	Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário
NIP	Notificação de Intermediação Preliminar
OMS	Organização Mundial da Saúde
PAS	Processo Administrativo Sancionador
RN	Resolução Normativa
SADT	Serviço de Apoio Diagnóstico Terapêutico
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	13
2.1 Direito fundamental e dever do Estado	14
2.2 Sistema de prestação da saúde vigente na Constituição de 1988.....	16
3 REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR	21
3.1 ANS como agência reguladora da Saúde Suplementar	24
3.1.1 Rol de procedimentos de eventos em saúde	27
3.1.2 Procedimentos extrajudiciais de resolução de conflitos sobre saúde suplementar.....	30
4 AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO FRENTE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	33
4.1 Análise da discricionariedade judicial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: estudo de caso das fundamentações nas decisões contrárias a competência da ANS.....	39
4.1.1 Levantamento: Pré-lei 14.454/22	42
4.1.2 Levantamento: Pós-lei 14.454/22.....	51
4.1.3 Resultados da discussão.....	59
4.2 Impactos da discricionariedade judicial.....	60
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe um rol de direitos fundamentais que devem ser garantidos pelo Estado, em relação ao direito à saúde, o trouxe como direito de todos e dever do Estado, bem como tornou possível a prestação pela iniciativa privada, desde que sujeita ao controle, fiscalização e regulamentação do Estado, que o faz através de Agências Reguladoras. Em vista disso, a Lei n. 9.961 de 28 de janeiro de 2000 cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar, restando a ela a regulamentação do setor de saúde suplementar.

Nesse sentido, a principal competência da ANS que impacta diretamente neste equilíbrio é a elaboração do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que traz a relação de coberturas mínimas que devem ser atendidas, além de diretrizes de utilização em determinados casos. No entanto, ainda que a ANS elabore e revise constantemente o mencionado rol, mesmo somado as estipulações contratuais entre as partes, não se mostra suficiente, diante da judicialização da saúde suplementar. Sendo, inclusive, notória a não observância do poder normativo da ANS nas decisões judiciais.

A discricionariedade é observada diante do constante aumento de decisões contrárias ao rol da ANS, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a maioria das decisões são fundamentadas com base no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, ignorando completamente a competência normativa da agência reguladora e acarretando em impactos sociais negativos aos próprios segurados, enquanto consumidores e aos próprios prestadores de saúde suplementar, levando a um alarmante desequilíbrio de mercado, que vem assombrando o setor nos últimos anos.

Assim, o presente projeto de pesquisa propõe-se a questionar: Quais os impactos das decisões discricionárias proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no setor de saúde suplementar?

Tem-se como objetivo geral: a discricionariedade judicial no setor de saúde suplementar, sobretudo, os impactos das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, uma vez que pode afetar diretamente no equilíbrio do mercado, sendo de interesse tanto para as operadoras de planos de saúde, quanto para os próprios consumidores.

Como objetivos específicos: pretende-se explorar o direito fundamental à saúde apresentado na Constituição Federal de 1988 e entender o contexto da prestação da saúde vigente no Brasil; estudar a função social da regulação da ANS no setor de saúde suplementar e a importância do rol de procedimentos e eventos em saúde; e por fim, observar o aumento da judicialização nos anos de 2021 a 2023 e os impactos trazidos pela discricionariedade judicial no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É de suma importância analisar se o deferimento de pleitos contrários ao rol de procedimentos está influenciando no poder normativo da ANS, tendo em vista que embora seja assegurado o controle externo pelo Poder Público, este deve ser exercido com cautela, desde que não se intrometa na competência dos entes reguladores, diante dos impactos sociais que pode acarretar, conforme se observará no presente trabalho.

2 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A saúde nem sempre foi encarada pelo ordenamento jurídico como um direito, apenas com a promulgação da Constituição de 1934, o Brasil passou a encarar a saúde do trabalhador como um direito constitucional. No entanto, em que pese outras disposições constitucionais discriminassem a saúde da criança e a competência da União, só com a Constituição de 1988 foi possível reconhecer o direito a saúde no seu máximo conceito, como um direito social e fundamental. (OLIVEIRA, 2022). Na perspectiva de Scliar, “o conceito de saúde reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural”. Assim, a definição de saúde depende do contexto histórico, do lugar e da classe social inserida. (SCLIAR, 2007 p. 30 *apud* ROSA, 2021, p. 10).

De acordo com o art. 3º da Lei n.º 8.080/90 a saúde é determinada e condicionada por fatores essenciais, como alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, renda, trabalho, educação, transporte, lazer, atividade física, acesso a bens e serviços essenciais, entre outros. (BRASIL, 1990). Dessa forma, quando o ordenamento apresenta a saúde como um direito, não engloba apenas o acesso à assistência médica gratuita, mas todas as ações voltadas à garantia de condições de bem-estar físico, mental e social. (OLIVEIRA, 2022), sendo este o conceito adotado pela Organização Mundial da Saúde em 1948. (ROSA, 2021). Ainda, apenas com a atual Constituição, também conhecida como Constituição Cidadã, a proteção a saúde passou a ser universal, pois antes

o trabalhador tinha a obrigatoriedade de contribuir para a manutenção do regime, e assim fazia em conjunto com as contribuições da previdência social, de forma, que muitos trabalhadores estavam excluídos do sistema e somente poderiam contar com o atendimento médico das Santas Casas de Misericórdia ou outros hospitais beneficentes. (IBRAHIM, 2012, p. 8 *apud* STURZA; SOUZA, 2022, p. 140).

Ademais, além de ser mais extensiva em relação à definição do conceito, trazendo as noções: curativa, ao possibilitar a cura da doença ou pelo menos uma melhora na qualidade de vida; preventiva, para evitar o surgimento da doença; e por fim, promocional, com ações que promovam uma melhora nas condições de vida e saúde (SARLET; FIGUEIREDO, 2009), o legislador também trouxe a ideia de acesso universal da saúde, ou seja, a todos deve ser garantido o direito à saúde. Assim, para assegurar o acesso universal, a Lei n.º 8.080/90, conhecida como a Lei

Orgânica da Saúde, que dispõe as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, criou o Sistema Único de Saúde, bem como disciplinou a sua organização e funcionamento. Cabe destacar que o direito a saúde é concebido tanto na esfera individual quanto na coletiva, cabendo ao Estado assegurar a saúde para toda a coletividade, em seu maior nível, como ofertando melhores condições de vida e oportunidades. (OLIVEIRA, 2022).

Os entes federativos são solidariamente responsáveis pelo acesso da saúde no Brasil. (OLIVEIRA, 2022). A Constituição Federal atribuiu competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e assistência pública, conforme seu art. 23, inciso II, bem como estabeleceu que compete à União, Estados e Distrito Federal a defesa da saúde, no seu art. 24. Embora não tenha mencionado expressamente os Municípios, o art. 30, inciso I, os incumbiu legislar sobre assuntos de interesse local, em razão da execução da maior parte dos serviços de saúde se dar no âmbito municipal. (MORAIS; MARTINS, 2021, p. 9).

2.1 Direito fundamental e dever do Estado

Direitos fundamentais podem ser compreendidos como situações jurídicas indispensáveis para a vida humana, “sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem sobrevive” (ROSA, 2021, p. 39). A saúde é pressuposto para manutenção da vida com dignidade, assim, somente se assegurado o direito à saúde se torna viável o desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade. Por consequência, a Constituição lhe atribuiu o status de direito fundamental. (SARLET; FIGUEIREDO, 2009), assim, a saúde é encarada como um direito fundamental e social, conforme trazido no art. 6º da Constituição Federal de 1988,

são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

A Constituição de 1988 foi pioneira quando assegurou a saúde como direito fundamental, assim, trouxe um novo tratamento aos direitos sociais, não só pela aplicabilidade imediata do direito à saúde, mas pela adoção de um sistema de

seguridade social. (ROSA, 2021). Além de prever a dignidade humana no seu art. 1º, III como fundamento da República Federativa e a inviolabilidade do direito à vida, no art. 5º, o legislador definiu, expressamente, a saúde como direito social no art. 6º e enfatizou o direito a saúde de forma minuciosa no capítulo da seguridade social (OLIVEIRA, 2013), afirmando no art. 196 da Constituição Federal como um direito universal e dever do Estado,

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

O rol de direitos sociais foi resultado dos movimentos populares para redemocratização política no Brasil, cabe ressaltar que o direito à saúde foi o único dos direitos sociais introduzidos na Constituição Federal que teve a sua garantia vinculada às políticas sociais e econômicas. (DALLARI, 2008). Por ser um direito social, há de se considerar o direito a saúde como um direito de segunda dimensão, a ser concretizado pelo Estado em prol da coletividade. (TORRES, 2021). Não obstante, no entendimento de José Afonso da Silva, os direitos sociais são prestações positivas estatais, que objetivam o alcance da igualdade real, com a finalidade de minorar a desigualdade. (SILVA, 2013).

Assim, direito à saúde pode ser dividido em duas dimensões: positiva e negativa. Precisamente na dimensão negativa, é considerado um direito de defesa, pois visa à proteção da saúde contra as ingerências estatais indevidas (CERQUEIRA, 2018). A proteção em relação ao viés negativo, não se dá apenas em contra as ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também pelas organizações sociais e particulares (SARLET, 2008). Já na dimensão positiva, é encarado como um direito prestacional, ou seja, o direito de exigir do Poder Público alguma prestação material, como o fornecimento de um medicamento, por exemplo. (SARLET, 2002 *apud* TORRES, 2021).

As prestações positivas são realizadas pelo Estado por meio de políticas públicas, destinadas a redução da desigualdade social e garantia de uma vida digna. (MORAIS; MARTINS, 2021). O direito a prestação pode ser dividido em sentido amplo e estrito. No sentido amplo, impõe ao Estado o dever de proteção da saúde, além da criação de um sistema de saúde pública. Por fim, o estrito se relaciona a efetiva prestação de atendimento médico. Assim, para ser garantido o mínimo

existencial, é necessária a proteção e plena realização do direito à saúde, que só pode ser efetivada por meio das prestações estatais positivas. (CERQUEIRA, 2018). Dessa forma, o Estado deve, por meio de políticas públicas, viabilizar o acesso à saúde, de forma universal e igualitária. Para tanto, a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos entes da federação a responsabilidade solidária na garantia da assistência a saúde. (OLIVEIRA, 2022).

Entretanto, cabe destacar que nenhum direito é absoluto, desta forma, o direito à saúde sofre limitações em razão dos princípios da igualdade, da reserva do possível e do mínimo existencial. (MORAIS; MARTINS, 2021). Conforme assevera Nelson Nery Junior “dar tratamento isonômico às pessoas significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.” (NERY JUNIOR, 1999, p. 42 *apud* MORAIS; MARTINS, 2021). O mínimo existencial, por sua vez, representa os direitos sociais que devem ser assegurados pelo Estado, para a garantia de uma vida digna, tendo relação direta com o princípio da reserva do possível, que traz a limitação do Estado para cumprir as políticas públicas, já que diante de recursos finitos para atender necessidades infinitas. (MORAIS; MARTINS, 2021).

2.2 Sistema de prestação da saúde vigente na Constituição de 1988

A prestação da saúde pode ser efetivada pela adoção de um dos três possíveis sistemas: exclusivamente pelo Estado, ou seja, pelo sistema público; exclusivamente por particulares, portanto, pelo sistema privado; ou pela conjunção de ambos, o denominado sistema misto. Dessa forma, quando o Estado detém o monopólio da prestação dos serviços de saúde, estamos diante do sistema público (CERQUEIRA, 2018). Já quando a prestação dos serviços de saúde fica sob responsabilidade exclusiva da iniciativa privada, estamos diante do sistema privado, que deve atuar sob a fiscalização e intervenção estatal. Por fim, no sistema misto, o Estado continua sendo o titular do dever de prestar a assistência à saúde, mas também é possível a prestação pela iniciativa privada. (CERQUEIRA, 2018).

No sistema misto, a prestação da saúde pode ser efetivada de duas formas: diretamente pelo poder público ou pela iniciativa privada. Ainda, em relação à iniciativa privada, se divide em duas: saúde complementar e saúde suplementar. Na saúde suplementar, a prestação se dá mediante contrato entre a pessoa, de forma

individual ou coletiva, e a operadora de plano ou seguro de saúde. (SARLET; FIGUEIREDO, 2009). Em síntese, a saúde suplementar consiste em toda prestação de serviços a saúde “fora da órbita do Sistema Único de Saúde”. (SCHULMAN, 2009, p. 201 *apud* TORRES, 2021, p. 14).

O Brasil optou pela adoção do sistema misto de saúde, tornando mais efetiva a prestação da saúde no Brasil. O sistema misto de saúde “é consubstanciado na prática pela prestação de tais serviços pela saúde complementar e pela saúde suplementar”. (CERQUEIRA, 2018, p. 28). Dessa forma, pode se afirmar que o sistema brasileiro de saúde é híbrido, podendo ser prestado diretamente pelo Estado, através do SUS ou pelo sistema privado. (TORRES, 2021). Assim, é composto por “um subsistema público e universal (Sistema Único de Saúde) e por um subsistema privado, que funciona de forma suplementar e é composto pelas atividades exercidas pelas operadoras de planos e seguros de saúde” (ALVES, 2022, p. 1).

Portanto, quando falamos da prestação direta pelo poder público, as ações e serviços públicos de saúde “devem ser organizados em sistema único, financiado por toda a sociedade, nos termos do art. 195 da CR/88, resguardada, no entanto, à iniciativa privada, a possibilidade de exploração da assistência à saúde”. (OLIVEIRA, 2013, p. 83). Assim, no sistema misto, o setor público e o privado coexistem na prestação da saúde, conforme apontam Cardoso, Ferla, Oliveira e Nunes,

[...] devido a esses arranjos entre o público e o privado na estrutura operacional do sistema de saúde brasileiro, parte-se da premissa de que ele é um sistema misto, onde o setor público e o privado coexistem no provimento, no financiamento, na demanda e na utilização dos serviços de saúde. (CARDOSO; FERLA; OLIVEIRA; NUNES, 2017, pág. 113).

Cabe ressaltar que o direito à saúde tem como base o princípio da universalidade, este princípio norteia a prestação da saúde pelo SUS em todos os níveis de assistência. Assim, o Estado deve assegurar o acesso da saúde a todas as pessoas, não apenas a quem seja hipossuficiente financeiramente, dessa forma, quando o legislador estabeleceu o acesso universal, baseou-se na titularidade do direito, levando a conclusão de que todas as pessoas, independentemente de quem seja, pode recorrer a saúde pública, pois “buscou-se assegurar a todos igualmente o acesso a ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde,

satisfazendo as necessidades do indivíduo em sua plenitude” (OLIVEIRA, 2013, p. 83). Dessa forma, como bem assegura Oliveira,

[...] quando se fala em universalidade, refere-se ao acesso às ações e serviços de saúde, como deixam claro o art. 196 da CR/88 e o art. 7º, I da Lei 8.080/90. Trata-se, pois, da titularidade do direito e não de seu objeto. Nesse contexto, a garantia de acesso universal pode ser resumida à expressão constitucional de que "a saúde é direito de todos", o que veda o estabelecimento de pré-requisitos ou discriminações para a fruição do direito. Todos, pela só condição de pessoa, têm direito à saúde e de acesso às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CR/88). (OLIVEIRA, 2013, p. 84).

No entanto, o Estado não tem condições de sozinho assegurar a saúde de toda a população, isto, pois, o SUS é financiado com recursos do orçamento da "seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes" (OLIVEIRA, 2022, p. 14 e 15). Dessa forma, em razão do direito a saúde ser um direito fundamental e ser dever estatal a garantia da saúde, somado as limitações do Estado frente à reserva do possível, que consiste na “limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas” (BARCELLOS, 2008, p. 261 *apud* ROSA, 2021, p. 41) é necessária a atuação da iniciativa privada para tornar efetivo o acesso à saúde no Brasil (ROSA, 2021). Ainda, o Estado não pode deixar de atender o mínimo existencial alegando falta de recursos públicos ou outros interesses públicos. Conforme aponta Matta,

não se poderá deixar de atender a um parcela dos direitos fundamentais básicos do cidadão, o que se convencionou denominar de "mínimo existencial". Isto é, existem direitos e situações específicas em relação às quais não se concebe possa o Estado abster-se, alegando falta de recursos públicos ou outros interesses públicos. (MATTA, 2006, p. 11)

A Constituição Federal dispõe sobre o sistema misto em seu art. 199, quando possibilita a assistência à saúde pela iniciativa privada. (BRASIL, 1988). Em relação à prestação direta pelo Estado, se dá através do Sistema Único de Saúde (SUS), que é uma “rede regionalizada e hierarquizada cujas diretrizes encontram-se fixadas no art. 198 da Constituição Federal”. (REÑA; BONELLI, 2018, p. 1155). O SUS consiste em um sistema interligado, organizado em rede, o que não ocorre no setor privado, pois tem natureza fragmentada, nesta linha salientam Cardoso, Ferla, Oliveira e Nunes,

[...] o SUS está organizado em rede, com ações, serviços, clínicas e postos de saúde, hospitais, centros de serviços de apoio à diagnose e terapia (SADT), profissionais que executam as ações e os serviços, recursos físicos, e políticas orientadoras articuladas. Sozinhos, esses pontos não formam uma rede, somente quando seus pontos são interligados (com sistema de informação, logística, comunicação etc.) é que constituem os fios da rede. Isso não ocorre no setor privado pela sua natureza fragmentada. (CARDOSO; FERLA; OLIVEIRA; NUNES, 2017, pág. 114)

Assim, o Sistema Único de Saúde é um instrumento para o cumprimento do dever estatal de assistência a saúde disposto na Constituição Federal, com suas diretrizes dispostas no art. 198 (TORRES, 2021), sendo financiado pelos recursos do orçamento da seguridade social de todos os entes. (OLIVEIRA, 2022). Compreende, portanto, um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados pelo Estado, através de seus órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta, e ainda, pela iniciativa privada de forma complementar, conforme dispõe o §2º do art. 4º da Lei 8.080/90. (BRASIL, 1990).

Essas ações e serviços devem ser exercidos forma regionalizada e hierarquizada. A regionalização “significa organizar os serviços de saúde em cada região para que a população tenha acesso a todos os tipos de atendimento”. Sobre a organização do SUS, a Constituição Federal aponta três diretrizes: a descentralização; o atendimento integral; e a participação da comunidade. A descentralização consiste na distribuição da gestão do sistema entre os municípios e o repasse das verbas da União, o atendimento integral envolve a promoção, a proteção e a recuperação da saúde; por fim, a participação da comunidade é uma forma de democratização da saúde. (PAIM, 2009 *apud* OLIVEIRA, 2022).

Na forma privada, no Brasil existem duas maneiras de prestação dos serviços de saúde: pela saúde complementar e pela saúde suplementar. A saúde complementar é basicamente a “delegação estatal de determinado serviço para a iniciativa privada”, exercida por meio de convênios ou contratos com a Administração Pública, prestada pelas entidades filantrópicas e por aquelas sem fins lucrativos. (CERQUEIRA, 2018). Na forma complementar, a iniciativa privada participa do Sistema Único de Saúde, por meio de convênios ou contratações, sendo uma forma do Estado lidar com a escassez de recursos orçamentários. (OLIVEIRA, 2022). De acordo com Cerqueira,

[...] o particular atua em lugar da Administração Pública, mas sempre sujeito aos limites e diretrizes estabelecidos no convênio ou contrato administrativo e, ainda, se sujeitando aos princípios inerentes ao direito administrativo, inclusive no que se refere à eventual responsabilização objetiva na forma do artigo 37, § 6º, da CF. (CERQUEIRA, 2018, p. 29).

Já na saúde suplementar, a execução é feita diretamente pelas operadoras de planos e seguros de saúde, sob a fiscalização do Poder Público, precisamente, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Neste sistema, o Estado permanece com o dever de prestar a saúde a todos, mas faculta a iniciativa privada a modalidade suplementar de prestação dos serviços de saúde. (CERQUEIRA, 2018), no entanto, cabe ao Estado atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica (CERQUEIRA, 2018), conforme assegurado no art. 174 da Constituição “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. (BRASIL, 1988).

De acordo com Paulo Lobo, a livre iniciativa concedida aos particulares para prestação de serviços de saúde é na realidade mitigada, em razão de que esta deve ser desenvolvida em conformidade com o interesse público. (LOBO, 2011 *apud* TORRES, 2021). Isto, pois, embora esteja assegurada a efetivação do direito à saúde de forma complementar, “o Poder Público manteve as prerrogativas de regulamentação, fiscalização e controle relativos ao segmento”. (TORRES, 2021, p. 21). Dessa forma, no Brasil coexiste um mix público e privado no sistema de serviços saúde, sendo que, as diretrizes devem ser únicas, condicionadas à regulação estatal, o que se faz por meio das Agências Reguladoras. (CARDOSO; FERLA; OLIVEIRA; NUNES, 2017). Nessa toada, o Poder Público assume as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, as quais são determinantes para o setor público e meramente indicativas para o setor privado. (BRASIL, 1988).

3 REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

O Brasil importou o modelo americano de regulação, preponderantemente utilizado nos EUA, muito pautado na figura das agências reguladoras. (BONIZZATO; RODRIGUES; BOLONHA, 2020). Uma característica da regulação no Brasil é a sua diferença em relação aos modelos internacionais, já que na maioria dos países a regulação é apenas na atividade econômica em si, garantindo a solvência das empresas do setor e assegurando a competitividade no mercado. Já no Brasil, regula-se principalmente o produto oferecido, assim, há forte regulação sobre a assistência à saúde, de forma a se proibir a seleção de risco e o rompimento unilateral dos contratos. (BAHIA; VIANA, 2002 *apud* PIETROBON; CAETANO, 2008).

Portanto, além de regular a questão econômica, objetivando a continuidade da operadora no mercado e assegurando um mercado competitivo, busca a qualidade do serviço prestado e a proteção dos beneficiários enquanto consumidores. Assim, no modelo brasileiro, o poder normativo das agências reguladoras no Brasil é eminentemente técnico. (BONIZZATO; RODRIGUES; BOLONHA, 2020). As agências reguladoras brasileiras têm como objetivos controlar e fiscalizar a prestação privada dos serviços essenciais seja no âmbito da saúde, telecomunicações, petróleo, entre outros.

Permanecendo, sobretudo, a noção de Estado Mínimo, mas atuante, sendo definido como “um Estado que, embora terceirize, continue sendo minimamente capaz de gerenciar o por ele terceirizado”. (BONIZZATO; RODRIGUES; BOLONHA, 2020, p. 863). De acordo com o art. 199 da Constituição Federal de 1988 “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. (BRASIL, 1988). No entanto, por ser o Estado o responsável pela prestação da saúde no Brasil, o Poder Executivo deve, quando a prestação se der no âmbito da saúde suplementar, obrigatoriamente e por meio de lei, transferir para as Agências Reguladoras as funções decisórias e de regulação, de forma a promover a liberdade econômica, a defesa do mercado e a qualidade do serviço. (MORAES, 2005 *apud* SOUZA, 2022).

Pietrobon e Caetano ao conceituarem regulação, com base no dicionário Aurélio, apontam que significa “sujeitar-se a regras, dirigir, regar, encaminhar conforme a lei, esclarecer e facilitar por meio de disposições, regulamentar, estabelecer regras para regularizar, estabelecer ordem ou parcimônia (...)”.

(PIETROBON; CAETANO, 2008, p. 768). Regular é uma tarefa primordial no setor de saúde suplementar. Mas, não só, a necessidade de intervenção estatal visa corrigir e atenuar falhas de mercado, como restrições de cobertura injustificadas e cobrança de reajustes abusivos. (SILVA, 2003 *apud* PIETROBON; CAETANO, 2008).

Assim, a criação das Agências Reguladoras está diretamente ligada à descentralização das atividades da Administração Pública Direta para a Administração Pública Indireta, objetivando eficiência e celeridade na prestação dos serviços públicos pela iniciativa privada. (MORAES, 2002 *apud* SOUZA, 2022). Portanto, a regulação tem três principais objetivos: a) sustentar a estabilidade do mercado; b) regular os agentes principais – operadoras de planos de saúde; c) garantir os direitos dos consumidores. (CHOLLETT; LEWIS, 1997 *apud* SOUZA, 2022).

O mercado de saúde suplementar é um setor complexo, compreendido por “um conjunto de ações, serviços e programas de promoção, prevenção, tratamento e reabilitação, que incluem tanto cuidados individuais quanto coletivos e que requerem a atenção em distintos serviços de saúde ambulatoriais e hospitalares”. (BRASIL, 2007, p. 23). Assim, deve ser submetido a uma dura regulação, a fim de organizar e direcionar o mercado, resguardando os direitos dos usuários dos planos de saúde. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

A saúde suplementar, além de complexa, é de importante relevância social e apresenta diversas especificidades, expressas principalmente pelas relações contratuais estabelecidas entre os agentes que englobam esse setor: beneficiários, operadoras e prestadores dos serviços de saúde. (MACERA e SAINTIVE, 2004 *apud* SOUZA, 2022). Essa relação triangular tende a colocar em confronto interesses antagônicos, que precisam ser balizados para que o sistema funcione. (GOUVEIA, 2004 *apud* SOUZA, 2022). Assim, há ao menos três interesses conflitantes no setor de saúde suplementar:

[...] de uma banda estão as operadoras, que vão em busca de estabilizar o equilíbrio econômico-financeiro que garanta a operação do produto; de outro lado encontra-se os prestadores de serviço, que almejam ver preservada a integridade do ato médico; e por último estão os consumidores, que desejam por um preço justo os meios disponíveis e precisos para a preservação de sua saúde (SOUZA, 2022, p. 17).

Pode se afirmar que o setor de saúde vive em uma eterna evolução, já que a cada dia surgem novas condições de saúde, novas doenças, novos tratamentos, novos equipamentos e novas curas. Portanto, diante as falhas de mercado e a necessidade de equilíbrio dos interesses envolvidos, instaura-se a figura da agência reguladora no setor de saúde suplementar. Segundo Macera e Saintive a regulação se destina justamente a corrigir as falhas de mercado. (MACERA; SAINTIVE, 2004 *apud* SOUZA, 2022).

Até a publicação da Lei 9.656/1998, o segmento de saúde suplementar não tinha nenhum órgão específico que regulasse o setor. Embora o Decreto-Lei 73 de 1966 regulasse as operações de seguros e resseguros, não havia normas específicas direcionadas à saúde, que envolvesse a operadora, prestador e usuário. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019). Nesse ínterim, os usuários eram protegidos com a aplicação da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e com a atuação dos Procons estaduais e municipais.

Nesse cenário, imperavam as regras de direito do consumidor nas relações com planos de saúde. (MAZZONI, 2020). Porém, como apontam Pietrobon e Caetano “a atuação desses organismos estatais mostrou-se insuficiente para regular as relações entre consumidores e operadoras”. (PIETROBON; CAETANO, 2008, p. 771). O marco legislativo da saúde suplementar é a Lei 9.656/98 criada em 03 de junho de 1988 para regular a atividade dos planos e seguros privados de assistência à saúde (BRASIL, 1988) e por esta razão, passou a ser conhecida como a lei dos planos de saúde. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019). Que, juntamente com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar como autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, com a Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000, tornou possível a efetiva regulação do setor. (BRASIL, 2000).

A Lei dos Planos de Saúde (LPS) estabeleceu regras para o funcionamento dos planos de saúde privados e das operadoras de planos de saúde, aumentando a transparência no setor e visando a proteção dos beneficiários estabeleceu critérios para a garantia de capacidade de atendimento e sustentabilidade financeira da operadora. Prevendo ainda, direitos e deveres entre as partes, restringindo a liberdade de contratação para de alguma forma, minimizar as consequências da assimetria de poder e informações entre operadora e usuário. (WANG *et al*, 2023). A lei também define padrões mínimos de cobertura e estabelece critérios para o funcionamento das operadoras. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

A criação da ANS se dá em momento de desestatização das atividades essenciais, que passam a ser exercidas também pela iniciativa privada. Acima de tudo, transformou o setor de saúde suplementar, unificou a regulação e a fiscalização em um único órgão, vinculado ao Ministério da Saúde através de contrato de gestão, com políticas e diretrizes fixadas pelo Conselho de Saúde Suplementar (CONSU). Cabe mencionar que outras normas também foram importantes no setor, como a MP 2.177-44 de 2001 e a Lei 10.185/2001 que dispôs sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de saúde. (BRASIL, 2003).

Assim, são três os órgãos que regulam a saúde no Brasil: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e Agência Nacional de Saúde (ANS). A primeira é responsável por promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, na saúde, a ANVISA atua nas áreas de medicamentos, alimentos, cosméticos, produtos para saúde, segurança do paciente e serviços de saúde, que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde. Já o SBDC é responsável por garantir a competitividade no setor. E por fim, a ANS é a agência reguladora do setor de saúde suplementar. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

3.1 ANS como agência reguladora da Saúde Suplementar

Embora vinculada a Administração Pública Indireta e vinculada ao Ministério da Saúde, a ANS foi instituída para ser um órgão com autonomia financeira, administrativa e patrimonial, principalmente autonomia técnica nas suas decisões, tendo ainda, liberalidade na contratação e gestão de recursos humanos, no entanto, com mandato fixo para seus dirigentes. Assim, a ANS é o órgão responsável para regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades dos agentes de saúde suplementar, com foco, principalmente, nas operadoras de plano de saúde, tanto no âmbito da regulação econômica quanto na regulação da atividade em si, ou seja, na qualidade dos serviços prestados, por meio de normas de caráter técnico. (WANG *et al*, 2023). Entre as suas competências, se destacam:

[...] autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados; criar resoluções para regular o funcionamento do setor, inclusive

quanto à acessibilidade, qualidade, manutenção e temporaneidade dos serviços cobertos por planos de saúde; fiscalizar operadoras quanto ao cumprimento dessas normas regulatórias; e elaborar o rol obrigatório de procedimentos e eventos em saúde. (WANG *et al*, 2023, p. 15).

A autonomia financeira da agência é expressa principalmente por uma arrecadação própria, sem qualquer vinculação com o governo, portanto, possui também autonomia política. Por fim, a autonomia administrativa se dá em relação ao seu poder legal para criar e efetivar suas resoluções, inclusive com poder de polícia com competência normativa, decisória e sancionária sobre qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresentem riscos a assistência médica, hospitalar ou odontológica. (LIMA, 2007 *apud* PIETROBON; CAETANO, 2008). Na sua competência fiscalizatória, a ANS “objetiva propiciar um ambiente público regulatório equilibrado, promovendo uma regulação mais indutiva do que punitiva” (BRASIL, 2009, p. 10).

Como responsável pela regulação, a ANS iniciou pelo âmbito econômico e financeiro do setor, estabelecendo regras claras para as operadoras de saúde e exigiu o cumprimento de garantias financeiras para assegurar a sustentabilidade do segmento, bem como salvaguardar que os usuários façam jus do atendimento que contratarem, em segundo momento, focou na assistência, da forma mais técnica possível, minimizando a assimetria de informações entre operadora, prestador e usuário, principalmente com a definição do Rol de procedimentos e eventos em saúde, o qual prevê as coberturas obrigatórias a serem garantidas pelos planos de saúde. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar tem como missão a promoção do interesse público, regulando as operadoras de saúde “inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo, assim, para o desenvolvimento das ações de saúde no país”. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019, p. 59). A ANS tem, portanto, a finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as relações entre consumidor, prestador e operadoras de saúde. (BRASIL, 2003). Assim, busca possibilitar que as operadoras se mantenham no mercado, os prestadores qualifiquem a assistência prestada e os usuários tenham seus direitos resguardados e protegidos. (BRASIL, 2009).

Em vista disso, a finalidade primordial da agência, conforme disposta no art. 3º da lei 9.961/2000, em síntese, foi a de promover a defesa do interesse público na

prestação da saúde pela iniciativa privada, de forma a regular a relação entre os agentes envolvidos no setor de saúde suplementar. (BRASIL, 2000). Assim, abrange a função da ANS tentar encontrar um ponto de equilíbrio para assegurar a proteção do direito à saúde, porém, harmonizando os interesses público e privado das entidades privadas e dos consumidores, visto tratar de um serviço essencial previsto constitucionalmente. (MAZZONI, 2020).

Em certa medida, a atuação maior ou menor da agência reguladora esta relacionada ao tipo de contrato de seguro saúde celebrado entre as partes – que podem ser individuais ou familiares; ou coletivos, por sua vez, sendo coletivos, podem ser por adesão ou empresarias. Essa diferenciação na atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar pode ser percebida, por exemplo, quanto ao reajuste a ser aplicado no contrato. Neste aspecto, nos planos individuais, o reajuste é limitado pela ANS, que determina o percentual máximo de reajuste. (WANG *et al*, 2023).

Já nos planos coletivos, valem as regras entre operadora e a pessoa jurídica contratante, normalmente a sociedade empregadora. Nesses casos, a pessoa jurídica por ter presunção de paridade com a operadora, negocia em livres condições com a operadora quanto ao percentual de reajuste. A exceção está nos contratos coletivos com menos de 30 beneficiários, conhecidos como falso coletivos, nesses casos, a ANS estabelece que a operadora reúna esses beneficiários em um único grupo para diluir os riscos e aplicar um mesmo percentual de reajuste, o agrupamento é dispensado para alguns casos, como contratos antigos não adaptados à Lei n. 9656/1998. (WANG *et al*, 2023).

Portanto, a ANS surge na tentativa de equacionar esses interesses, já que o lado mais fraco é o lado do beneficiário consumidor. Tornando o mercado de planos de saúde mais equilibrado e eficiente. (BRASIL, 2009). A regulação do setor de saúde suplementar busca, portanto, a efetivação de ações normativas e fiscalizadoras, de modo a garantir: a) a cobertura e condições de acesso; b) condições de ingresso, operação e saída; c) preço justo ao consumidor; d) simetria de comunicação e informações; e) fiscalização e efetividade; por fim, f) ressarcimento ao Sistema Único de Saúde. (BRASIL, 2003).

Assim, por essas seis dimensões é possível afirmar que a regulação engloba um sistema para efetivar o cumprimento da legislação e assegurar o bom funcionamento do setor. No entanto, embora a Agência Nacional de Saúde

Suplementar tenha sido criada para suprir a lacuna regulatória do segmento, as normas expedidas pela agência possuem sua validade frequentemente questionada, pelos consumidores e pelo próprio Poder Judiciário, de forma, por vezes, a ser ignorada para fazer valer uma norma geral mais benéfica ao usuário. (MAZZONI, 2020).

3.1.1 Rol de procedimentos de eventos em saúde

O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde é definido pela ANS, nada mais é do que uma lista de consultas, exames e tratamentos de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, ou seja, são coberturas mínimas que devem ser oferecidas para todos os planos contratados a partir de 02 de janeiro de 1999 e para os planos contratados antes desse período, mas adaptados à Lei 9.656/1988. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019). Tendo em vista que, em regra, a Lei dos Planos de Saúde abrange os planos comercializados após sua publicação, ou aqueles que foram adaptados.

O rol é atualizado com apoio técnico Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, essa comissão apresenta relatório com base nas evidências científicas sobre os procedimentos e medicamentos avaliados, avaliação financeira e econômica comparada do custo-benefício em relação às coberturas já presentes no rol e a análise do impacto financeiro da possível ampliação de cobertura. A atualização do rol é semestral, podendo inclusive, se dar a qualquer momento, por iniciativa da ANS, conforme dispõe o art. 34 da Resolução Normativa n. 470/2021. (WANG *et al*, 2023).

Na atualização do rol, a ANS deve realizar audiências públicas para colher subsídios e informações da população e propiciar o atendimento de seus pleitos, opiniões e sugestões, bem como identificar aspectos relevantes ou simplesmente dar publicidade à ação. (DALLARI, 2014). Portanto, há a possibilidade da população colaborar com a elaboração do rol. A elaboração de um rol de coberturas mínimas obrigatórias é previsão expressa do parágrafo quarto do art. 10 da Lei dos Planos de Saúde, dispondo que

a amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida

em norma editada pela ANS, que publicará rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado a cada incorporação. (BRASIL, 1998).

O rol vigente é previsto na Resolução Normativa n. 465/2021, a resolução também estabelece os requisitos a serem observados para se ter acesso aos tratamentos, inclusive, em certos casos prevê a necessidade de observância de diretrizes de utilização (DUT). Assim, mesmo descrito no rol, pode ser que um procedimento seja negado, por não atendimento da DUT prevista. (WANG *et al*, 2023). A própria Lei 9.656/1998 e a RN 465/2021 permitem hipóteses de exclusões assistenciais, como tratamentos experimentais, procedimentos estéticos, inseminação artificial, fornecimentos de medicamentos sem registro na ANVISA, tratamento domiciliar, entre outros. (WANG *et al*, 2023). Mas não há proibição para que as partes envolvidas, por mera liberalidade pactuem a cobertura em contrato para além do rol previsto pela ANS. (WANG *et al*, 2023).

De um lado, existem argumentos de que o rol possui natureza taxativa, isto é, apenas o que está previsto deve ser obrigatoriamente assegurado, assim, não havendo dispositivo contratual em contrário, a cobertura deve se limitar ao rol obrigatório. De outro lado, argumenta-se que o rol tem natureza meramente exemplificativa, ou seja, estabelece o mínimo de cobertura, mas não vincula apenas ao que está descrito na lista da ANS, podendo ir além, dessa forma, não há qualquer impedimento para que o consumidor exija a cobertura de tratamentos não incorporados ao rol, desde que apresentem uma justificativa médica para tal cobertura. (WANG *et al*, 2023).

De forma que, a discussão sobre o caráter taxativo ou exemplificativo do rol de procedimentos e eventos da ANS tem se tornado alvo de constante disputa nos tribunais e o entendimento tem sido divergente entre os poderes. (WANG *et al*, 2023). No entanto, esse trabalho não se propõe a findar a discussão, mas sintetizar as atualizações mais recentes sobre o tema, de forma a colaborar com a discussão da discricionariedade no judiciário. O Poder Judiciário, principalmente em segunda e última instância decidem, de forma majoritária pela exemplificidade do rol, ou seja, que embora contemple coberturas mínimas obrigatórias pode ir além, desde que prescritos segundo o critério médico. (LOPES, 2021 *apud* SOUZA, 2022).

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou em junho de 2022, os Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.886.929 firmando posicionamento de que o caráter do rol seria taxativo, com exceções. Porém, no

mesmo ano, a Lei n. 14.454/2022 foi promulgada em setembro de 2022, determinando o caráter exemplificativo do rol exemplificativo, estabelecendo critérios para coberturas fora do rol da ANS. (WANG *et al*, 2023). Assim, no mesmo ano, o Poder Judiciário salientou que o rol teria natureza taxativa e o Legislativo optou pela definição do rol como meramente exemplificativo, gerando grande instabilidade no setor.

A promulgação da Lei 9.656/1998 foi de grande relevância para o setor de saúde suplementar, já que estabeleceu um plano referência de assistência, determinando um rol mínimo de coberturas para todos os planos que vierem a ser comercializados. (WANG *et al*, 2023). O rol de procedimentos e eventos veio para evitar que as operadoras tenham liberdade para escolher as coberturas da maneira que mais seja vantajosa, garantindo atendimento aos usuários, assegurando informações claras quanto aos tratamentos cobertos pelo plano e aplicando sanções no caso de descumprimento. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019)

Segundo o entendimento do STJ, definir o caráter do rol como exemplificativo coloca as operadoras em uma grande instabilidade jurídica e financeira, já que as obriga a fornecer qualquer tratamento prescrito, assim, restringe a livre concorrência e nega vigência as normativas da ANS. Assim, cabe a Agência Nacional de Saúde Suplementar a definição dos tratamentos obrigatórios, como definiu no art. 2º da RN 465/22, já que há nítido risco obrigar as operadoras a cobrirem todo e qualquer procedimento prescrito, sem observância das normas pertinentes ou ao contrato celebrado entre as partes.

Ocorre que, quando as operadoras negam procedimentos não abrangidos no rol de procedimentos e eventos em saúde, os beneficiários recorrem ao Poder Judiciário, visando cobertura de procedimentos e/ou medicamentos extra rol. (LOPES, 2021 *apud* SOUZA, 2022). É nesse cenário que surgem embates entre beneficiários e planos de saúde sobre cobertura de procedimentos além do rol obrigatório, que não foram incluídas contratualmente ou as quais estão expressamente excluídas do contrato. Essa é a principal causa da judicialização na saúde suplementar, com forte discussão sobre a natureza do rol. (WANG *et al*, 2023).

3.1.2 Procedimentos extrajudiciais de resolução de conflitos sobre saúde suplementar

A fim de evitar a judicialização, a Agência Nacional de Saúde Suplementar implantou, em 2010, a Notificação de Intermediação Preliminar. A NIP é uma forma de resolução extrajudicial de conflitos entre beneficiários de planos de saúde e operadoras, que tramita administrativamente na ANS. Nessa linha, a NIP tem prestado relevantes serviços para evitar uma judicialização ainda maior no âmbito da saúde suplementar, pois, trata-se de uma ferramenta eficaz na solução extrajudicial de conflitos entre operadoras e consumidores. (ANS, 2020). Há uma forte estimativa de que o caso seja solucionado sem a intervenção do Poder Judiciário, quando um beneficiário busca os canais de atendimento da própria operadora ou registra uma NIP. (SILVA, 2019 *apud* SOUZA, 2022). No entanto, antes de instaurar a NIP,

[...] é indispensável que o beneficiário busque inicialmente a sua operadora de plano de saúde em caso de dificuldades, e tente uma solução para seu problema, e nessa tentativa amigável de resolução, sempre pegue o número de protocolo. Caso não consiga resolver o problema com a OPS, o beneficiário deve entrar em contato com a ANS, de posse do número de protocolo da queixa registrada na operadora. Isso agilizará a identificação da solicitação e a solução do conflito (SOUZA, 2022, p. 21).

A NIP é realizada a partir de uma reclamação efetuada pelo beneficiário nos canais de atendimento da ANS, tendo a operadora o prazo de cinco dias úteis para retorno nas demandas de natureza assistencial – que conforme prevê o art. 5º, parágrafo único, inciso I, da Resolução Normativa nº 388/2015 da ANS são todas aquelas que envolvem restrição de cobertura para atendimento; e até dez dias úteis nas demandas de natureza não assistencial – prevista no art. 5º, parágrafo único, inciso II, da RN nº 388/2015, são as demandas que tenham outros temas que não a cobertura assistencial, como as que versam sobre reajuste, por exemplo. (ANS, 2020).

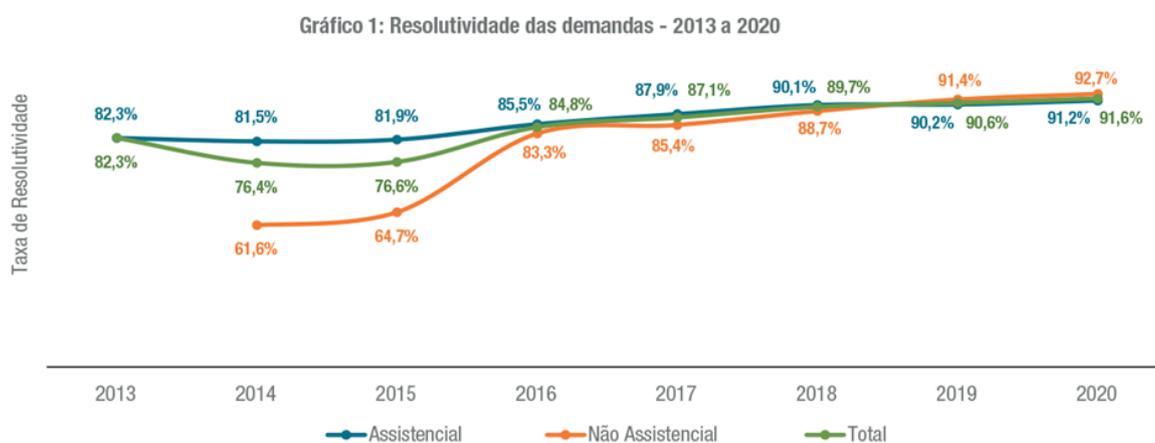
Após o retorno da operadora com a resposta da reclamação, o usuário recebe uma devolutiva para manifestação sobre a resolução do conflito, para assim, a demanda ser classificada como resolvida ou não resolvida. A demanda é considerada resolvida quando a resposta da operadora é satisfatória para a solução da reclamação, e não resolvida quando a operadora permaneça omissa ou ainda, quando a resposta não é capaz de resolver a demanda. Nesse caso, instaura-se um

Processo Administrativo Sancionador (PAS) que também tramita internamente na ANS. (FACHINI, 2021).

No Processo Administrativo, a figura do consumidor sai de cena e apuram-se possíveis infrações cometidas pela operadora. Pode levar a resultados diversos a depender da conduta da operadora e da apuração pelo fiscal da agência, assim: pode resultar em arquivamento, no caso de reparação voluntária eficaz ou quando não há irregularidade na conduta; aplicação de sanções como multas e advertências, nesse caso, podendo haver ainda, concessões de descontos, caso haja resolução da demanda no prazo de 10 dias úteis do fim do prazo da NIP, a operadora obtém desconto de 80% na multa aplicada. Ou ainda, caso haja pagamento antecipado da multa, a sanção permanece, com aplicação de desconto de 40% no valor. (BRASIL, 2021).

Em dados, em 2020, a ANS atingiu o maior percentual de queixas de consumidores desde 2013, alcançando o índice de 91,6% de efetividade, ou seja, a cada 100 (cem) demandas, mais de 91 (noventa e uma) foram resolvidas por intermédio da agência, com a resolução de Notificação de Intermediação Preliminar. (BRASIL, 2021). Portanto, mesmo diante da pandemia do coronavírus, a ANS conseguiu solucionar de forma satisfatória conflitos entre usuários e operadora. Assim, é inegável que a NIP é a medida mais célere e eficaz no setor de saúde suplementar. (BRASIL, 2021). Não obstante, o gráfico abaixo apresenta os índices de resolutividade de demandas nos anos de 2013 a 2020.

Gráfico 1: Resolutividade das demandas 1



Fonte: BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2021

Ademais, a implementação de medidas para resolução extrajudiciais de conflitos no âmbito interno da agência foi primordial para uma mudança de estratégia da relação entre operadoras e consumidores e ao mesmo tempo desafogar o Poder Judiciário, já que sai de uma ótica punitiva e sancionadora para uma medida preventiva e educativa (BRASIL, 2014 *apud* SOUZA, 2022), buscando em consonância um melhor procedimento fiscalizatório e uma melhor comunicação entre operadoras e consumidores. (BRASIL, 2014). Cabe ressaltar que o processo administrativo, assim como no processo judicial, deve respeitar os princípios do contraditório e ampla defesa para que seja válido. (SALVATORI; VENTURA, 2012 *apud* SOUZA, 2022).

Assim, pretende de forma educativa e indutiva corrigir a conduta da operadora, apresentando uma solução mais célere ao consumidor e proporcionando mais arrecadação aos cofres públicos. (BRASIL, 2021). Portanto, para evitar a massificação de pleitos no judiciário, é indispensável que o beneficiário tente solucionar o conflito inicialmente pelos meios alternativos criados pela agência. Portanto, a NIP e o PAS são medidas administrativas mais eficientes que as judiciais, já que por não envolverem a máquina judicial, tendem a ser mais céleres na resolução de conflitos. (FACHINI, 2021).

4 AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO FRENTE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Um dos temas mais frequentes no Poder Judiciário em relação a direito fundamental é o direito à saúde, mais especificamente no campo da saúde suplementar, a discussão envolve os direitos dos usuários e a responsabilidade das operadoras. A judicialização é conceituada como a decisão pelo Poder Judiciário, em caráter final, de temas de relevância política, social ou moral, por meio da transferência de outro poder ao Poder Judiciário. (BARROSO, 2011 *apud* CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

Na saúde suplementar, a principal causa de judicialização se dá por negativas de coberturas assistenciais, uma vez que, o consumidor diante da negativa de sua solicitação pelo plano, se vê insatisfeito e judicializa a demanda em face da operadora para exigir o custeio do tratamento. (MADUREIRA; GARCIA, 2016 *apud* SOUZA, 2022). Os beneficiários ingressam com ações judiciais, normalmente ações de obrigação de fazer, por entenderem que seus direitos foram violados, requerendo mais do que é previsto no contrato ou do que dispõe a agência reguladora competente. (RIANI, 2011, *apud* SOUZA, 2022).

Na judicialização, não há relevância quanto ao modo que a assistência à saúde é prestado, conforme apontam Gibran e Filho não importa se a prestação se dá “através do SUS, isolado ou em complementariedade, ou do sistema de saúde suplementar”, de toda forma, quando o usuário se sente lesado por não ter um tratamento assegurado, judicializa a demanda, e comumente recebe uma decisão favorável para a demanda. (GIBRAN; FILHO, 2018, p. 96).

Muitas vezes, as demandas envolvendo beneficiários e operadoras de saúde trazem decisões que deixam de observar e aplicar as normas especiais sobre o tema sem, contudo, oferecer uma fundamentação plausível para tal afastamento, na maioria dos casos, conforme aponta Vianna: “julgam de maneira automática e padronizada e, o que é pior, proferem decisões diferentes sobre casos que envolvem a mesma discussão”. (VIANNA, 2016, p. 187).

Assim, há diversos impasses que prejudicam a atuação dos planos e seguros saúde e o sistema de saúde na sua integralidade. Na maioria dos casos, o juiz defere o pedido do beneficiário, sem possuir um entendimento técnico da demanda, autorizando procedimentos que não deveria ou obrigando a operadora a fornecer um

medicamento não aprovado pela ANVISA, por exemplo. Ou seja, além do plano, o próprio paciente sofre com a inaptidão do judiciário de julgar questões técnicas de saúde. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019)

Segundo Vianna a Judicialização decorre do modelo constitucional vigente. (VIANNA, 2016). Em complemento, Fachini entende que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 os juízes de direito passaram a ser encarados como juízes constitucionais, assim, qualquer decisão pode ser levada ao Supremo Tribunal Federal (STF). (GIBRAN; FILHO, 2018). Cabe de toda forma, propor uma diferenciação entre o conceito de judicialização e o de ativismo judicial, já que por serem assuntos próximos, tendem a causar confusões.

O ativismo judicial, conforme aponta Freitas, é algo ligado a atuação do juiz na lide, nesse caso, mais atuante e protagonista. (FREITAS, 2021). Ou seja, leva a uma participação mais ativa na concretização dos objetivos constitucionais, expandindo o sentido ou o alcance da Constituição. (VIANNA, 2016). No entanto, há cuidados a se levar em consideração em relação ao ativismo judicial, que pode ser bom para impulsionar os demais a tomar iniciativas ou agiliza a Justiça, ou ruim quando os magistrados interferem indevidamente em outros poderes estatais, sem avaliar as consequências de seus atos. (FREITAS, 2021).

Nesse sentido, segundo Fachini “[...] o ativismo judicial é uma consequência da judicialização”, pois, ao oferecer poder constitucional ao Judiciário, os juízes se tornam legisladores, em certa medida. No entanto, em razão de integrar um estado democrático de direito permeado pela segregação dos poderes, é necessário cuidado quanto o poder colocado nas mãos do juiz, já que um poder jamais pode sobressair frente ao outro. (FACHINI, 2023, p. 1).

De acordo com Barroso, o ativismo judicial está pautado na ideia de participação mais ampla do Judiciário na consecução de valores e fins constitucionais, com maior interferência nos outros poderes. (BARROSO, 2009 *apud* GIBRAN; FILHO, 2018). Por esta razão, nem sempre o ativismo judicial é uma afronta a separação dos poderes, pois visa efetivar direitos do texto constitucional. Desde que, se utilizado para dar uma resposta a uma omissão ou “letargia” por parte dos outros poderes. (GIBRAN; FILHO, 2018, p. 92)

São extremamente recorrentes decisões ativistas no judiciário, que ignoram a lei ou as resoluções normativas das Agências Reguladoras. (VIANNA, 2016). De acordo com Bonizzato *et al* “mesmo sendo as Agências parte do Poder Executivo,

nada impedirá a existência de conflitos com outras instituições, tanto de outros, quanto do mesmo Poder”. (BONIZZATO; RODRIGUES; BOLONHA, 2020, p. 860).

Dessa forma, mais do que simplesmente levar a questão para apreciação do judiciário, o fenômeno da Judicialização consiste em levar ao Poder Judiciário um tema que em regra não seria de sua alçada, assim, solucionando uma lide de outro poder estatal, seja legislativo ou executivo. (FACHINI, 2023). Assim, as questões deveriam estar sendo resolvidas pelo Poder Legislativo e Executivo, mas é transferido ao Poder Judiciário o poder decisório sobre o tema. (GIBRAN; FILHO, 2018).

Nas demandas judicializadas em relação a saúde suplementar é possível encontrar diversas decisões com características próprias de um ativismo. A preocupação se dá nas decisões carentes de fundamentação constitucional adequada, principalmente nos tribunais estaduais e nos tribunais superiores, mostrando que discricionariedade judicial é cada vez mais freqüente no Judiciário. (VIANNA, 2016).

Na prática, se percebe uma diversidade de entendimentos sobre um mesmo tema, causando instabilidade e insegurança jurídica ao segmento, principalmente porque segundo Vianna “tais decisões muitas vezes padecem de uma fraca ou inexistente fundamentação (fato que propicia/fomenta o aumento do uso de recursos), carregando consigo uma discricionariedade judicial” (VIANNA, 2016, p. 187).

O próprio consumidor desrespeita o pacto contratual, já que, mesmo diante de uma expressa exclusão contratual, quando necessita de cobertura ignora a cláusula de exclusão e judicializa o tema. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019). São cada vez mais presentes decisões determinando cobertura de medicamentos não autorizados pela ANVISA, tratamentos experimentais, procedimentos fora do rol e de procedimentos não previstos ou excluídos contratualmente pelas partes. (SOUZA, 2012 *apud* CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

Assim, no Judiciário as normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar não são respeitadas, sem qualquer menção, inclusive, ao motivo de sua não aplicação, muitas vezes não considerando o próprio contrato assinado pelas partes, entendendo na maioria dos casos que em razão do direito à vida, o tratamento deve ser coberto pelo plano. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

Em diversos casos é deferido pleitos de tratamentos fora do rol da ANS, obrigando o custeio de procedimentos e medicamentos de cunho não obrigatório. Pautando a decisão exclusivamente no direito à vida, sem quaisquer outras avaliações. Por esta razão, em diversos estudos sobre a judicialização da saúde suplementar é proposta a presença de um médico perito nas ações voltadas à saúde, para assegurar uma decisão mais clara e justa da lide. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

Embora exista a teoria da deferência no Poder Judiciário como bem aponta Cueva o Judiciário “[...] para tomar decisões na esfera administrativa, e da expertise técnica de que são dotadas as agências reguladoras, deve prestar deferência às decisões e aos atos administrativos dessas agências”. (CUEVA, 2019, p. 13). É visível a carência do Poder Judiciário em julgar lides sobre saúde, tanto na esfera privada quanto na pública. São tantos interesses e direitos fundamentais envolvidos, que fica difícil decidir sem violar outro direito constitucional.

É necessário raciocinar que a saúde tem custo, e este custo será revertido de alguma forma, na saúde suplementar, é refletido na mensalidade do plano ou seguro saúde. Assim, é preciso pensar que “a vida não tem preço, mas tem custo”. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019, p. 65). Assim, nas decisões judiciais se faz necessário prezar pelos direitos envolvidos, mas, sobretudo, pela sustentabilidade do sistema de saúde. Assim, teria o Judiciário que em vista do princípio da separação dos poderes e da legitimação específica do Executivo, respeitar as normas das Agências Reguladoras, já que normalmente respaldam aspectos técnicos sobre o tema.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, uma das causas da discricionariedade é a confiabilidade extrema na prescrição médica, assim, não se questiona sobre a necessidade e eficácia do tratamento proposto. (GUAZZELLI, 2013 *apud* GIBRAN; FILHO, 2018). Assim também é o entendimento do TJSP, por exemplo a Súmula n. 90 que trata sobre *home care*: “havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de “home care”, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer”. (TJSP, 2012). Assim, ora os argumentos para afastar a aplicação das normas da ANS são os princípios constitucionais, ora a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ora citação de jurisprudência do próprio tribunal. (SOUZA, 2012 *apud* CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

Portanto, na maioria dos casos, são fundamentações gerais, padronizadas e aplicadas a qualquer tratamento visado pelo usuário. Comumente nas decisões judiciais, o julgador acaba por alterar o conteúdo legislativo de uma norma, com sentidos de si próprio, os quais não correspondem o verdadeiro conteúdo jurídico formal e material estabelecido na lei. Nesses casos é que se tem a discricionariedade judicial. (GIBRAN; FILHO, 2018). Normalmente essa discricionariedade é entendida como “decido conforme minha consciência”, conforme bem aponta Streck. (STRECK, 2012 *apud* VIANNA, 2016, p. 187).

Anterior a criação da ANS, o Código de Defesa do Consumidor foi publicado em 1990, para aplicação em todas as relações de consumo, inclusive nos contratos de plano de saúde. Por esta razão, antes do surgimento da ANS como agência reguladora do segmento de saúde suplementar, o entendimento dos Tribunais já estava consolidado e marcado pela influência do CDC nas relações entre operadoras e consumidores. (MAZZONI, 2020).

Dessa forma, sob justificativa dos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e o direito à saúde é possível encontrar decisões que afastam o conteúdo das normas da ANS, para proteger possível direito fundamental violado. (GIBRAN; FILHO, 2018). Assim como constantemente vem sendo decidido no Judiciário, não é distante a opinião de operadores do direito no sentido de que a negativa de tratamentos por ausência de previsão no rol, ou por expressa previsão contratual constitui violação ao CDC, como aponta Felipe

“[...] negar ou restringir qualquer tratamento que um paciente precisa por recomendação médica, com lastro em cláusula de exclusão contratual, ou por não fazer parte do Rol de Procedimentos da ANS, fulmina a própria natureza do contrato de seguro saúde”. (FELIPPE, 2022, p. 1).

Assim, na maioria das decisões judiciais emanadas em prol do consumidor “deixam de observar e aplicar a legislação especial sobre o assunto sem, contudo, trazer uma fundamentação adequada para o afastamento das normas positivadas”, proferindo, inclusive, decisões divergentes sobre um mesmo tema. (VIANNA, 2013, p. 31 *apud* SOUZA, 2022, p. 9). Além de criar precedentes jurisprudenciais, os Tribunais Superiores, ao decidir de forma contrária a estabelecida pela ANS, impactam diretamente na concepção de cobertura dos aplicadores do direito, distorcendo a lógica do sistema de saúde suplementar.

Resta nítida a extensão da cobertura pelo Poder Judiciário, em detrimento do estabelecido pela ANS. Um exemplo seria em relação à fixação das coberturas de sessões de psicoterapia, na Resolução Normativa nº 387/2015 a ANS fixou a cobertura mínima obrigatória para sessões de psicoterapia em 18 consultas anuais. (CUEVA, 2019). Segundo Cueva, ao julgar a questão, o STJ decidiu que “após a Lei nº 10.216/2001, que promoveu reforma psiquiátrica e instituiu os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais não deve haver restrição de cobertura em qualquer limite. (CUEVA, 2019, p. 15).

De acordo com o estudo publicado por Wang *et al* em fevereiro de 2023, o setor da saúde suplementar no Brasil é muito grande, à época atendia 49 milhões de usuários, que conforme salientam os autores, cobre 25% da população brasileira. (WANG *et al*, 2023). Atualmente, segundo dados disponibilizados pela ANS em abril, o número subiu para 50.494.433 de beneficiários, em relação aos planos privados de saúde, por cobertura assistencial. (ANS, 2023). Não obstante, de acordo com o estudo “o gasto assistencial do setor em 2021 somou R\$207 bilhões e foi significativamente maior que o orçamento do Ministério da Saúde no mesmo ano”. (WANG *et al*, 2023, p. 10).

Ante o exposto, mesmo que a Agência Nacional de Saúde Suplementar tenha reconhecido seu poder normativo, principalmente o de elaboração e revisão do rol de procedimentos e eventos em saúde, a competência de tal órgão tem sido ignorada, pois os beneficiários, enquanto consumidores recorrem ao Poder Judiciário para pleitear medidas excluídas de cobertura, segundo o entendimento da agência, levando a judicialização dos casos, com consequentes decisões eivadas de discricionariedade. (TORRES, 2021). Guazzelli aponta que nessas decisões favoráveis aos usuários são utilizados argumentos genéricos assentados no direito à vida e/ou à saúde, normalmente

[...] lançando mão do Código de Defesa do Consumidor e fundamentando sua decisão, geralmente com base na combinação do argumento de abusividade da cláusula contratual com outro argumento, entre os quais estão: (i) proteção ao direito à vida e/ou à saúde; (ii) operadora não realizou exame pré-admissional e/ou operadora não comprovou má-fé e/ou conhecimento de doença preexistente pelo consumidor; (iii) se há cobertura contratual da doença, não pode haver a exclusão de procedimento; e (iv) cláusula restritiva que atribui vantagem exagerada à operadora. (GUAZZELLI, 2013, p. 88 *apud* GIBRAN; FILHO, 2018, p. 98)

Assim, para diminuir a judicialização, as operadoras estão criando alternativas para que os conflitos sejam resolvidos no âmbito interno da própria OPS, por meio dos SACs e Ouvidorias. A ANS, por sua vez, criou mecanismos extrajudiciais que tramitam dentro do portal da agência, como as NIPs e PAS. Já na esfera judicial, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) foi criado o Núcleo de Apoio Técnico (NATJUS), destinado a subsidiar os magistrados com informações técnicas na tomada de decisões em demandas relacionadas com saúde pública e suplementar, aprimorando o conhecimento técnico dos julgadores. (SALGADO, 2018 *apud* SOUZA, 2022).

Por fim, cabe ressaltar que considerando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, embora o Magistrado se encontre no dever de atuação, deve decidir sobre o tema com limitações técnicas e específicas das agências reguladoras, decidindo com base nas normas e resoluções da ANS, assim, a revisão judicial deve ter deferência judicial às decisões das agências, evitando que as decisões fiquem pairadas de discricionariedade. (MAZZONI, 2020).

4.1 Análise da discricionariedade judicial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: estudo de caso das fundamentações nas decisões contrárias a competência da ANS

O presente estudo pretende uma análise quantitativa por amostragem e qualitativa. A pesquisa quantitativa consiste na análise de 112 acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, no período de 2021 a 2023, em relação à negativa de cobertura assistencial, no qual foram eleitos três tratamentos para a análise proposta: *home care*, ritixumabe e gastroplastia. Já a pesquisa qualitativa busca, a partir dessas ementas, analisar as fundamentações utilizadas nas decisões diversas aos regramentos da Agência Reguladora do Setor, o levantamento visa restringir a análise nas cinco principais negativas: rol da ans, presença de diretrizes de utilização (DUT), uso *off label*, exclusão contratual e cumprimento de carência parcial temporária (CPT).

Assim, busca oferecer detalhes sobre o objeto da demanda e o fundamento da ação, ou seja, busca analisar a negativa do tratamento por um dos temas a serem analisados e entender qual o fundamento utilizado na decisão discricionária proferida pelo TJSP. O resultado do estudo se dividiu em: decisões pré-lei

14.454/2022 – quando o rol era considerado taxativo, e decisões pós-lei – após a definição da exemplificidade do rol pelo Poder Legislativo, para assim, realçar se a definição da natureza do rol impactou nas fundamentações judiciais, ou se a discricionariedade se fez presente independente da tentativa de definição do rol.

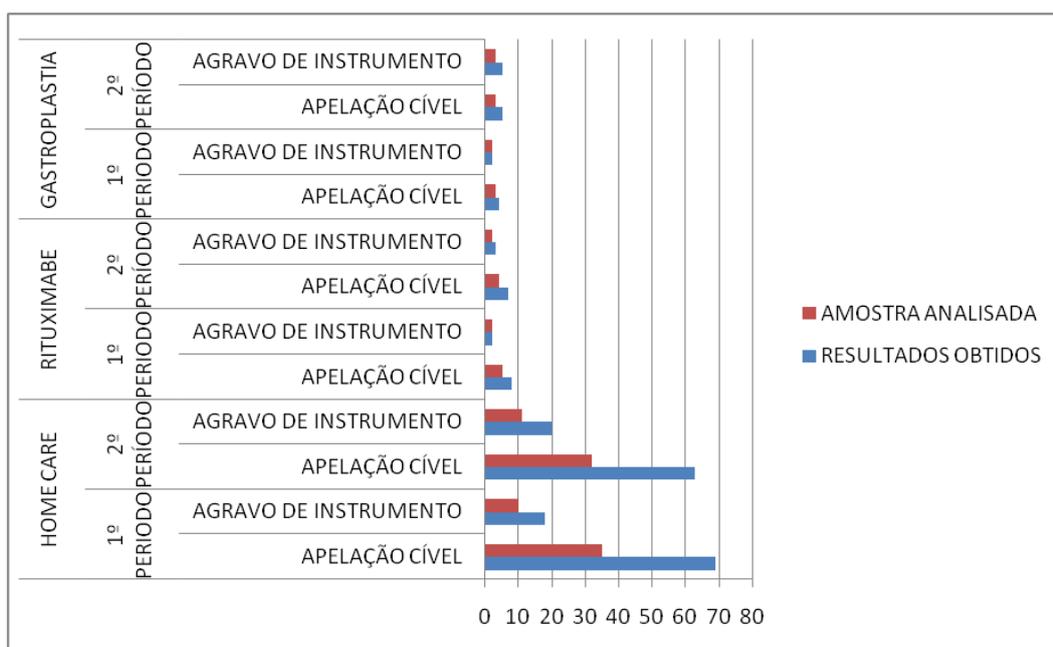
A escolha teve como base os resultados obtidos em estudo prévio de jurisprudências de 1ª e 2ª instâncias do Tribunal de Justiça de São Paulo no período de 2018 e 2021 realizada por Wang, Fajreldines, Vasconcelos, Malik, Oliveira, Souza, Souza, Arantes e Miziara, financiada pela Rede de Pesquisa e Conhecimento Aplicado da FGV e com doação da Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde). Os resultados da pesquisa indicaram que a negativa de cobertura assistencial é a principal causa de demandas envolvendo operadoras de planos de saúde, representando mais da metade do total de decisões nas duas instâncias e que nas demandas relativas a negativa de cobertura assistencial, as decisões favoráveis aos usuários e em desfavor das operadoras são mais frequentes. (WANG *et al*, 2023).

Na amostra levantada no estudo, os argumentos mais frequentes para as negativas foram: tratamento fora do rol da ANS; exclusão ou não inclusão contratual; e tratamento sem registro na ANVISA ou *off label*. Tendo como principais pedidos: medicamentos, cirurgias, internações, exames, órteses e próteses, *home care* e tratamento para autismo. Ainda segundo o estudo acima, na 1ª e 2ª instâncias o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tende a condenar a operadora em cerca de 80% (oitenta por cento) dos casos relativos à negativa de cobertura assistencial, ainda, quando incluída a condenação parcial, a taxa sobe para aproximadamente 86% (oitenta e seis por cento). (WANG *et al*, 2023).

De acordo com os autores, “os principais argumentos suscitados pela operadora para justificar a negativa de cobertura assistencial estão relacionados à não inclusão do tratamento no rol da ANS ou no contrato”, salientam que quando a negativa se dá por estas razões, a taxa de sucesso dos beneficiários é muito alta. E que, mesmo quando a operadora soma a negativa nesses casos ao não registro do medicamento na ANVISA ou o uso *off label* – fora da bula, ou seja, o procedimento “possui registro na ANVISA, mas para um uso diferente daquele pedido pelo usuário” – o TJSP ainda sim, se inclina a conceder o tratamento. (WANG *et al*, 2023, p. 40).

Na pesquisa completa de jurisprudência o presente estudo filtrou acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, considerando o período de julgamento, sendo o período de 21/09/2021 até 20/09/2022 (pré-lei) como primeiro período e 21/09/2022 (data da publicação da Lei 14.454/2022) até 20/09/2023, como o segundo período. Ainda, no campo “filtrar no resultado” foram selecionadas as classes “apelação cível” e “agravo de instrumento”, dividindo os resultados em recursos de apelações cíveis e de agravos de instrumento. Dessa forma, a pesquisa quantitativa se limitou a pesquisa do tratamento seguida das expressões “negativa cobertura desprovido” na ementa. Considerando que a proposta do estudo visa um levantamento por amostragem, foram coletados metade dos casos encontrados em cada período. Conforme demonstrado no gráfico abaixo:

Gráfico 2: Amostra coletada 1



Fonte: De autoria própria.

Sendo assim, ao pesquisar o termo “*home care* negativa cobertura desprovido” no primeiro período foram encontradas 69 apelações cíveis e 18 agravos de instrumento, e no segundo período 63 apelações e 20 agravos de instrumento. Logo, foram analisados neste estudo 67 apelações e 21 agravos de instrumento relacionados ao tema “*home care*”, considerando os dois períodos. Da mesma forma ocorreu com os demais temas, assim, limitando a análise a “*rituximabe* negativa cobertura desprovido” foram obtidas 8 apelações e 2 agravos

de instrumento no primeiro período e 7 apelações cíveis e 3 agravos de instrumento no segundo período. Sendo debatidos mais da metade no presente estudo, assim, 9 apelações e 4 agravos da amostra coletada.

Por fim, em relação ao tema “gastroplastia negativa cobertura desprovido” foram encontradas 4 apelações cíveis e 2 agravos de instrumento no primeiro período e 5 apelações e 5 agravos de instrumento no segundo período, sendo analisados, assim, 6 apelações e 5 agravos nos dois períodos. Assim, foram analisados no presente trabalho 112 acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo 43 apelações cíveis 14 agravos de instrumento no período de 2021 a 2022 e 39 apelações cíveis e 16 agravos de instrumento considerando a data de julgamento de 2022 a 2023, totalizando em 82 apelações cíveis e 30 agravos de instrumento.

4.1.1 Levantamento: Pré-lei 14.454/22

Faz-se necessária uma síntese geral de cada tratamento proposto para análise no presente projeto. O *home care* é basicamente um serviço de assistência a saúde prestada no domicílio do paciente, permitindo cuidado intensivo e multiprofissional. (FERREIRA, 2019). Segundo o parecer técnico nº 5 da ANS, há três modalidades de *home care*: atenção domiciliar, assistência domiciliar e internação domiciliar. A atenção domiciliar é encarada como um termo genérico que compõe ações desenvolvidas em domicílio para promoção à saúde, prevenção e tratamento de doenças e reabilitação. A assistência domiciliar consiste no conjunto de atividades para atendimento de caráter ambulatorial, programado e continuado, ou seja, atendimentos periódicos para consultas e acompanhamento. Por fim, a internação domiciliar é voltada para casos de maior complexidade, na qual o paciente precisa contar com uma equipe de profissionais de forma ininterrupta, ou seja, nas 24 horas do dia, de forma contínua e intensiva. (ANS, 2021).

A Lei 9.656/98 não inclui a atenção domiciliar nas coberturas obrigatórias, para uso domiciliar a lei garante “o fornecimento de bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, sonda vesical de demora e coletor de urina com conector (art. 10-B)”. (ANS, 2021, p. 2). Assim, como não garante o fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar (art. 10, VI), exceto em algumas hipóteses excepcionais. Também não prevê cobertura para procedimentos em domicílio. Porém, as

operadoras podem oferecer por iniciativa ou por expressa previsão no contrato cobertura extra rol, nesse caso, obedecendo às exigências mínimas da lei. Ainda, deve observar as regras descritas no instrumento contratual pactuado, bem como os comandos da RDC nº 11/2006 da ANVISA. (ANS, 2021).

Segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar, o rituximabe (MabThera) é um anticorpo voltado a combater a proteína CD20, expressa principalmente na superfície de Células B, que segundo o MyPathologyReport desempenha um papel fundamental na defesa do sistema imunológico contra infecções. (MYPATHOLOGYREPORT, 2023). Normalmente o medicamento é combinado com quimioterapia, para o tratamento de pacientes pediátricos – de 6 meses a 18 anos de idade, portadores de linfomas, leucemias, rejeições a transplantes e algumas desordens autoimunes. Assim, conforme a bula, o medicamento pode ser prescrito para: Linfoma não Hodgkin, Artrite reumatóide, Leucemia linfóide crônica e Granulomatose com poliangiite (Granulomatose de Wegener) e poliangiite microscópica (PAM). No entanto, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) aponta que “a adição de MabThera à quimioterapia resultou em um risco elevado de determinados eventos, incluindo infecções (incluindo sepse), em comparação com a quimioterapia isolada”. (ANVISA, 2023). Cabe ressaltar que o rituximabe não se encontra listado no rol da ANS.

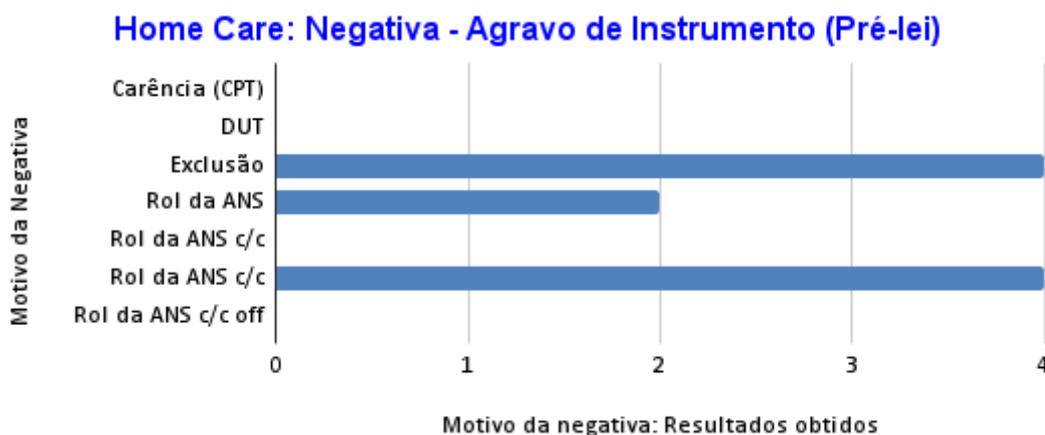
Por fim, a gastroplastia consiste em um procedimento cirúrgico, sendo um dos tipos de cirurgia bariátrica, indicado para pessoas que possuem obesidade mórbida, realizado por videolaparoscopia ou via laparotômica. (ANS, 2021). A obesidade é uma doença que apresenta riscos para diversas patologias, como diabetes mellitus e hipertensão arterial sistêmica. Assim, quando há fracasso nos tratamentos dietéticos ou farmacológicos, normalmente há indicação do tratamento cirúrgico. (AGRA; HENRIQUES, 2008). De acordo com o parecer técnico nº 12 da ANS, o procedimento faz parte do rol de procedimentos da ANS, no entanto, devem ser observadas diretrizes de utilização, descritas no item 27, do anexo II da RN nº 465/2021:

1. Cobertura obrigatória, quando preenchido um dos critérios de idade listados no Grupo I e um dos critérios clínicos listados no Grupo II e nenhum critério listado no Grupo III: Grupo I a. Pacientes maiores de 18 anos; b. Pacientes entre 16 e 18 anos, com escore-z maior que +4 na análise do IMC por idade e epífises de crescimento consolidadas. Grupo II a. Índice de Massa Corpórea (IMC) de 35 Kg/m² a 39,9 Kg/m², com co-morbidades (doenças agravadas pela obesidade e que melhoram quando a mesma é

tratada de forma eficaz) que ameacem a vida (diabetes, ou apnéia do sono, ou hipertensão arterial, ou dislipidemia, ou doença coronariana, ou osteoartrites, entre outras) com falha no tratamento clínico realizado por, pelo menos, 2 anos; b. IMC de 40 Kg/m² a 49,9 Kg/m², com ou sem comorbidades; com falha no tratamento clínico realizado por, pelo menos, 2 anos; c. IMC igual ou maior do que 50 Kg/m². Grupo III a. Pacientes com quadro de transtorno psiquiátrico não controlado, incluindo uso de álcool ou drogas ilícitas; b. limitação intelectual significativa em pacientes sem suporte familiar adequado; c. doença cardiopulmonar grave e descompensada que influenciem a relação risco/benefício; d. hipertensão portal, com varizes esofagogástricas; doenças imunológicas ou inflamatórias do trato digestivo superior que venham a predispor o indivíduo a sangramento digestivo ou outras condições de risco; e. síndrome de Cushing decorrente de hiperplasia na suprarrenal não tratada e tumores endócrinos. (ANS, 2021).

Sendo assim, tendo em vista os procedimentos sintetizados acima, e as normas e debates que os cercam, procurou-se delimitar dentro desses 121 casos os seguintes aspectos: (i) ano de julgamento; (ii) tratamento pretendido; (iii) a negativa do plano de saúde; e (iv) fundamentação do desprovimento do recurso pelo TJSP. Do presente estudo pode-se extrair diversas informações as quais foram condensadas nos gráficos abaixo. (De autoria própria, 2023)². Senão vejamos:

Gráfico 3: *Home Care* (Negativa) 1



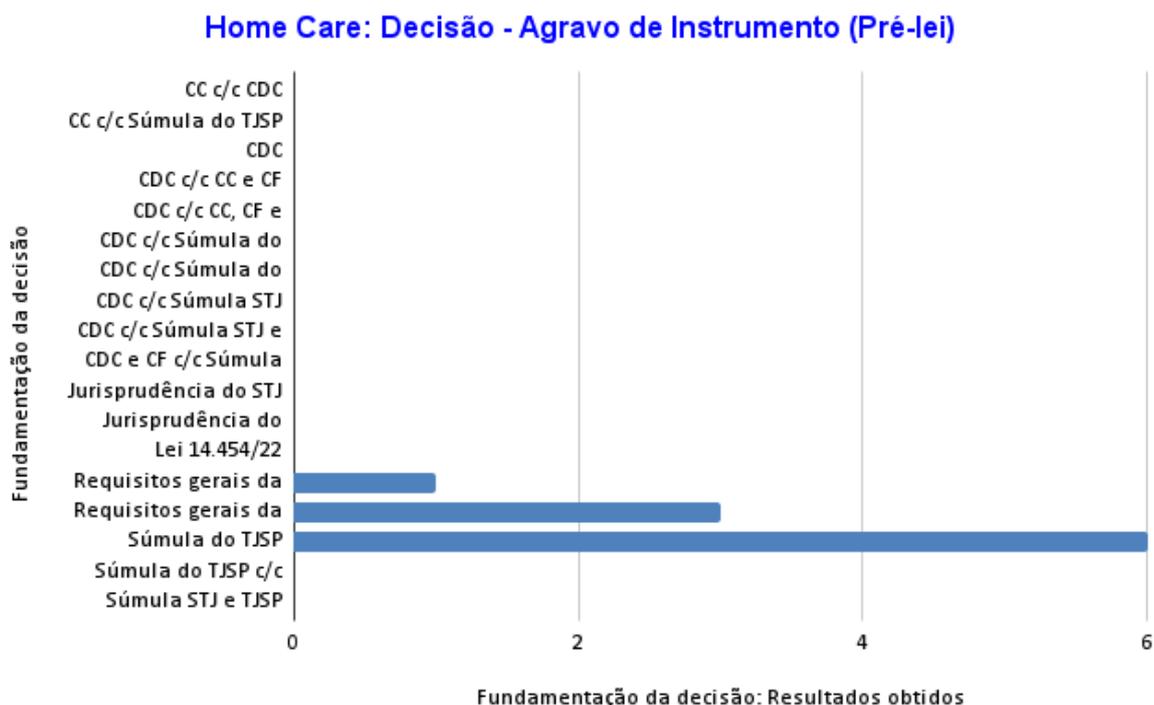
Fonte: De autoria própria.

Através do Gráfico 3 pode se perceber que nos agravos de instrumento as negativas das operadoras giraram em torno de exclusão contratual e não previsão no rol da ANS somada a exclusão contratual. Assim, dos 10 casos analisados, 4 foram sobre exclusão contratual e os outros 4 foram sobre exclusão contratual somada a não previsão no rol de procedimentos e eventos da ANS. No entanto, as

² De autoria própria. **Compilado de Julgados TJSP**: atualizado em 25 de novembro de 2023. Disponível em <https://drive.google.com/drive/folders/1BNZRdxKKiFMHTIR105tdiOuo-yHhDd9G?usp=drive_link> Acesso em 20 de outubro de 2023.

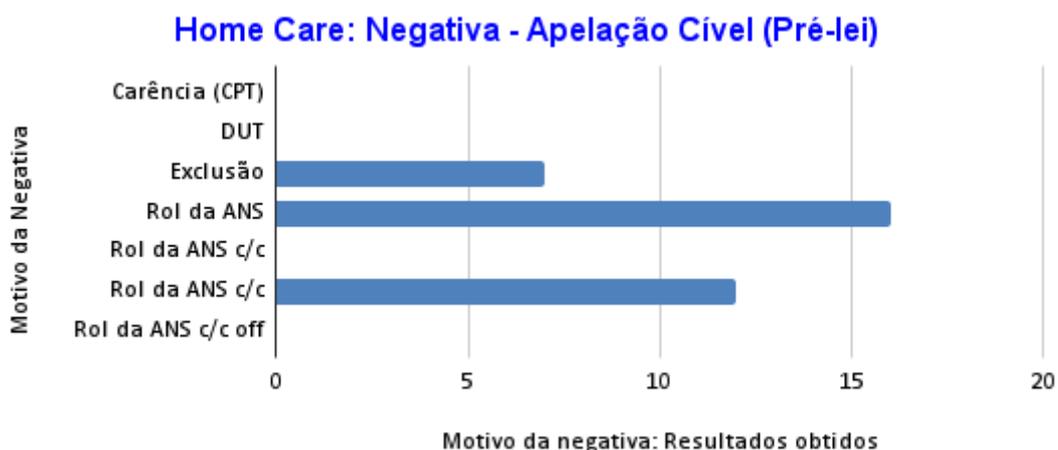
decisões proferidas nos acórdãos em grande maioria tiveram como fundamento súmulas do TJSP, totalizando em 6 dos 10 acórdãos de agravos de instrumento analisados. Assim, contrariando totalmente o disposto no art. 2º da RN 465/21, bem como qualquer normativa da ANS. Conforme se desprende do Gráfico 4:

Gráfico 4: *Home Care* (Fundamento) 1



Fonte: De autoria própria.

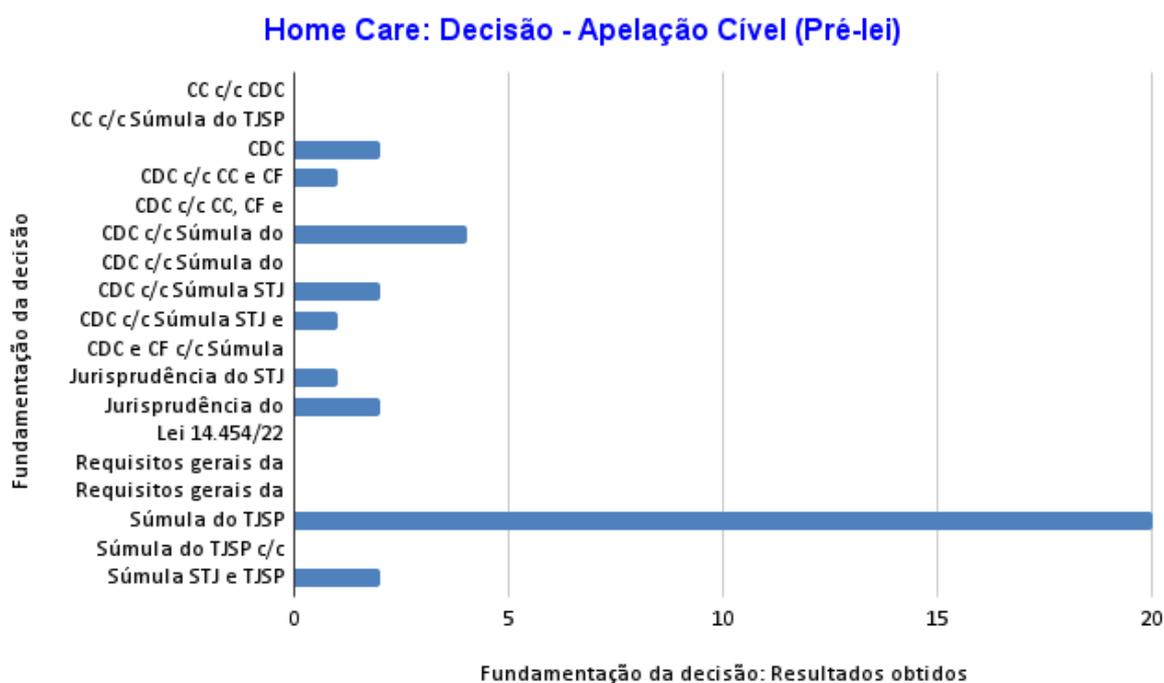
Gráfico 5: *Home Care* (Negativa) 1



Fonte: De autoria própria.

Ao analisar o tema nas apelações cíveis, a não previsão no rol da ANS se sobressaiu como o maior motivo de negativa do tratamento. Não obstante, como segundo maior motivo pode se encontrar a não previsão no rol da ANS somada à exclusão contratual. Assim, dos 35 acórdãos proferidos no julgamento das apelações cíveis no primeiro período, 16 foram relacionados a não previsão no rol da ANS, em 12 dos casos não havia previsão no rol e havia cláusula expressa de exclusão contratual, e por fim, em 7 dos casos havia cláusula de exclusão de cobertura. Dessa forma, conforme o parecer técnico da ANS, não haveria obrigatoriedade de cobertura. Conforme levantamento colacionado no Gráfico 5.

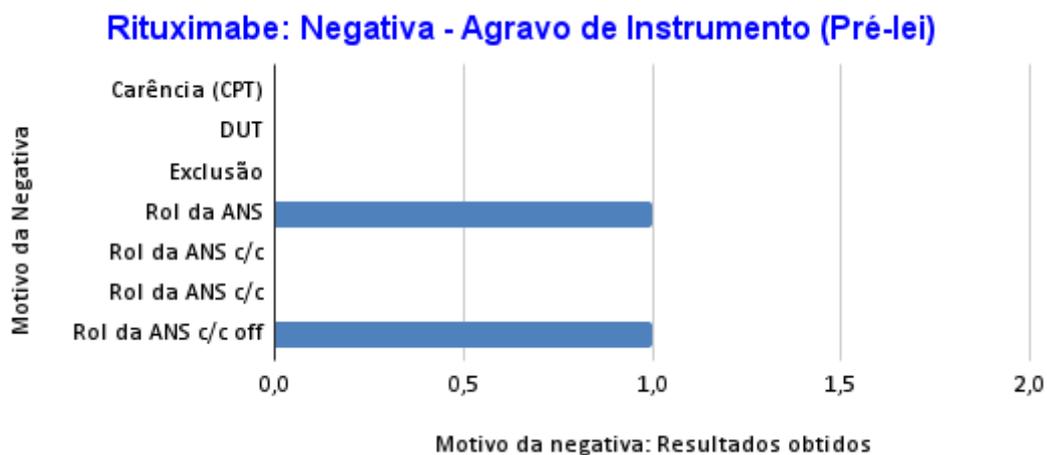
Gráfico 6: *Home Care* (Fundamentação) 1



Fonte: De autoria própria.

Em relação aos fundamentos utilizados nas decisões, conforme o Gráfico 6 na maioria dos casos foi utilizado súmulas do TJSP, ignorando completamente as normas da ANS. Assim, 20 dos acórdãos com decisões contrárias as normas da ANS tiveram como fundamentos súmulas do TJSP e nos demais casos, grande parte somou a Súmula do TJSP a outros fundamentos, como o CDC e a Jurisprudência do STJ.

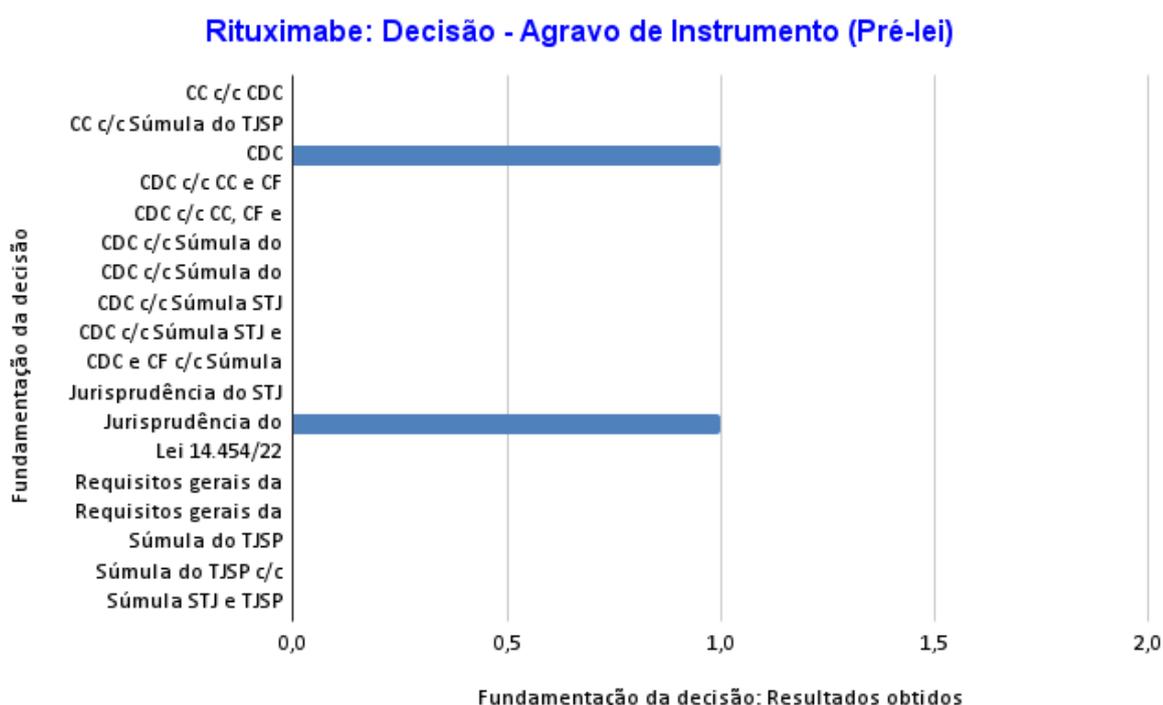
Gráfico 7: Rituximabe (Negativa) 1



Fonte: De autoria própria.

Já partindo para o estudo da negativa do medicamento rituximabe, as negativas foram motivadas por não previsão no rol e/ou uso *off label*, conforme se obteve do Gráfico 7, colacionado acima. Já as decisões se fundamentaram com o CDC ou com Jurisprudência do próprio tribunal analisado – TJSP, conforme demonstra o Gráfico 8.

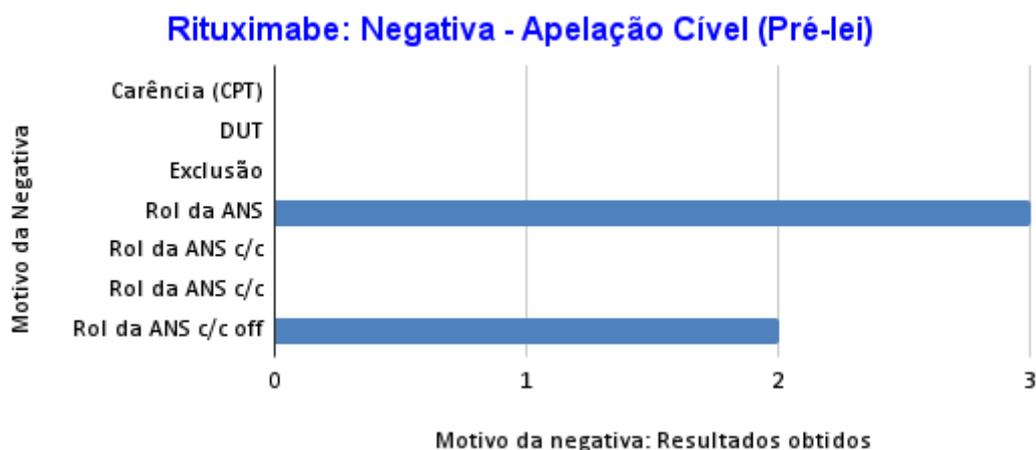
Gráfico 8: Rituximabe (Fundamentação) 1



Fonte: De autoria própria.

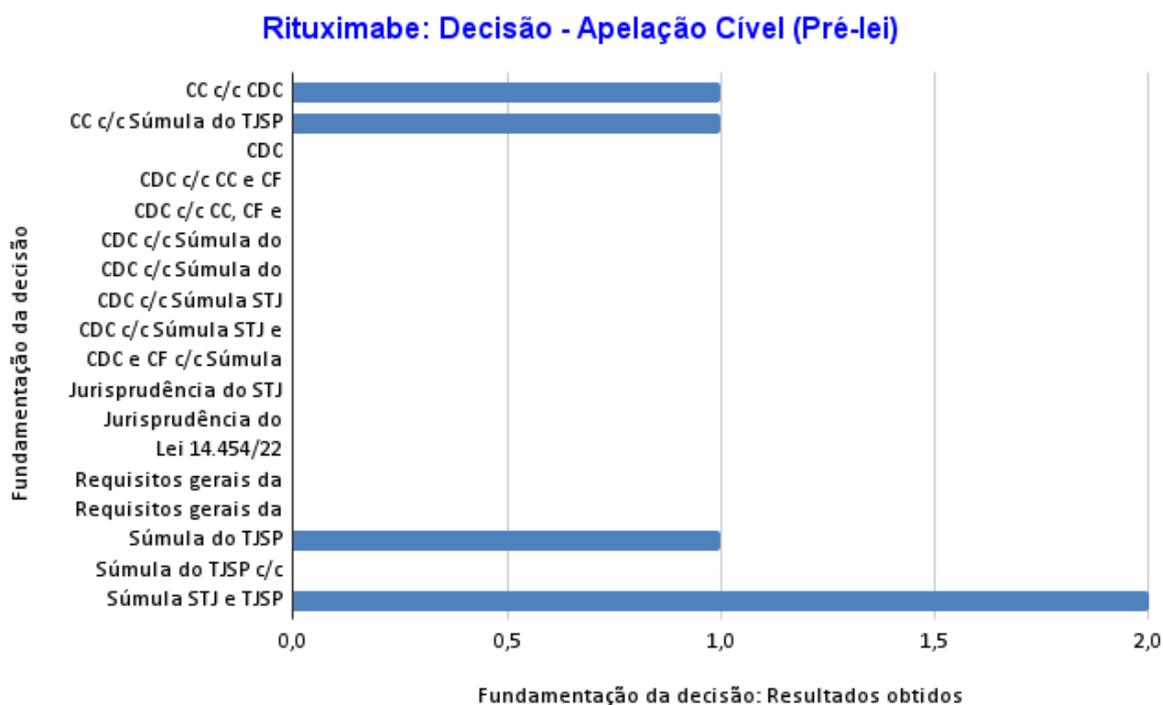
Nos recursos de apelação cível o cenário não foi diferente, assim, dos 5 casos analisados, 3 foram por ausência no rol e 2 por uso *off label* somado a não previsão no rol. Em contrapartida, as decisões dos acórdãos foram bem esparsas, mas se sobressaiu o uso de súmulas do STJ e do TJSP para basilar as decisões. Conforme se extraíram os resultados abaixo, nos Gráficos 9 e 10:

Gráfico 9: Rituximabe (Negativa) 1



Fonte: De autoria própria.

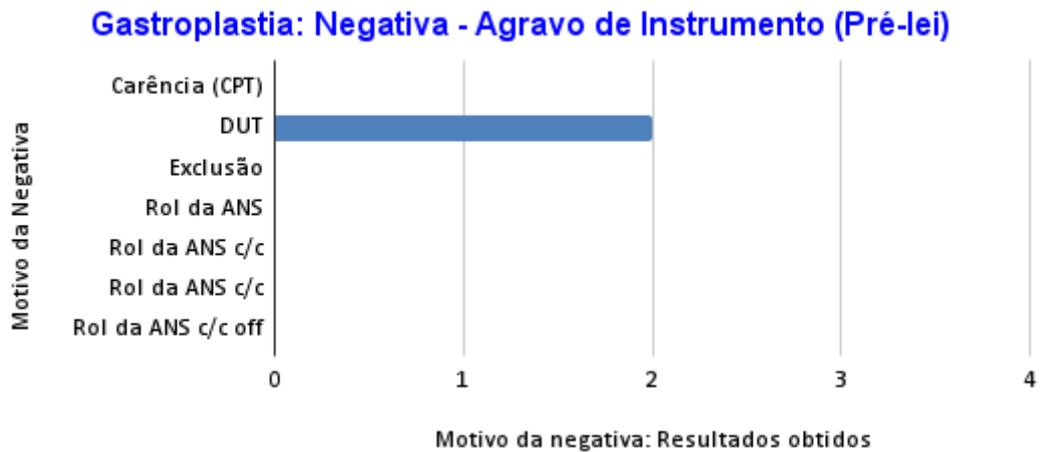
Gráfico 10: Rituximabe (Fundamentação) 1



Fonte: De autoria própria.

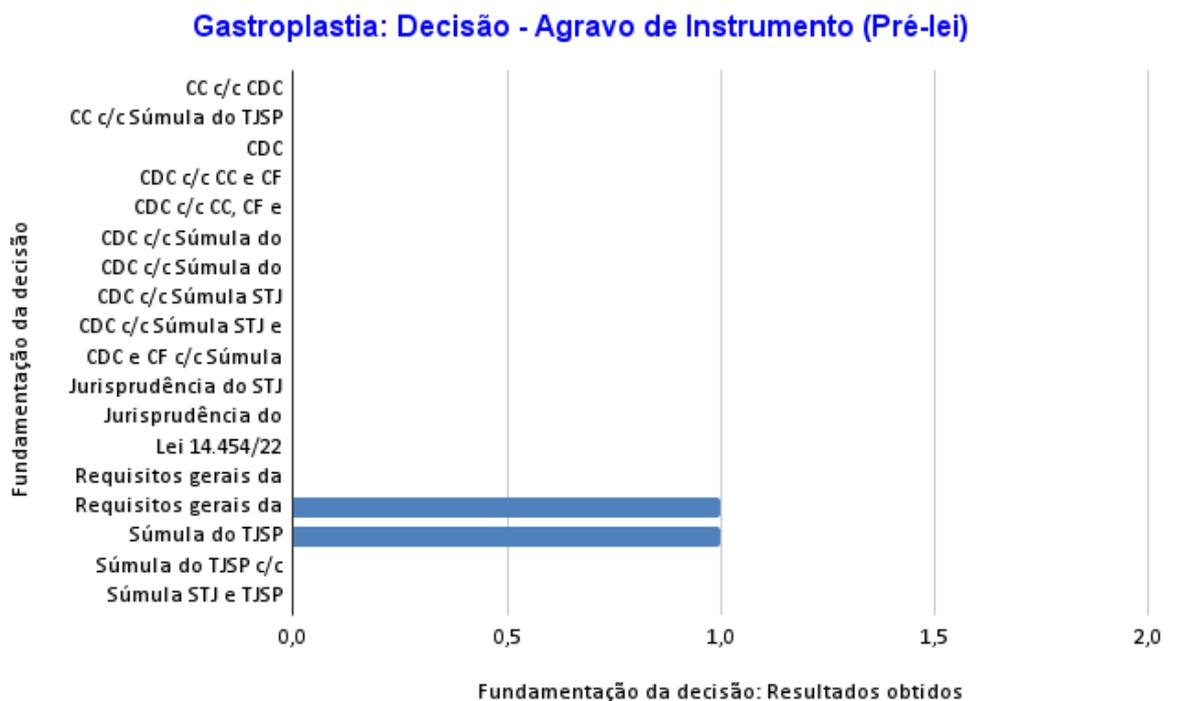
Por fim, em relação ao procedimento de gastroplastia, nos agravos de instrumento a principal fundamentação de negativa foi a ausência de cumprimento de diretrizes de utilização. No entanto, as decisões dos acórdãos, no primeiro período se fundamentaram em súmulas do TJSP, ou ainda, em requisitos gerais da tutela de urgência, presentes no art. 300 do CPC. Veja os gráficos 11 e 12:

Gráfico 11: Gastroplastia (Negativa) 1



Fonte: De autoria própria.

Gráfico 12: Gastroplastia (Fundamentos) 1



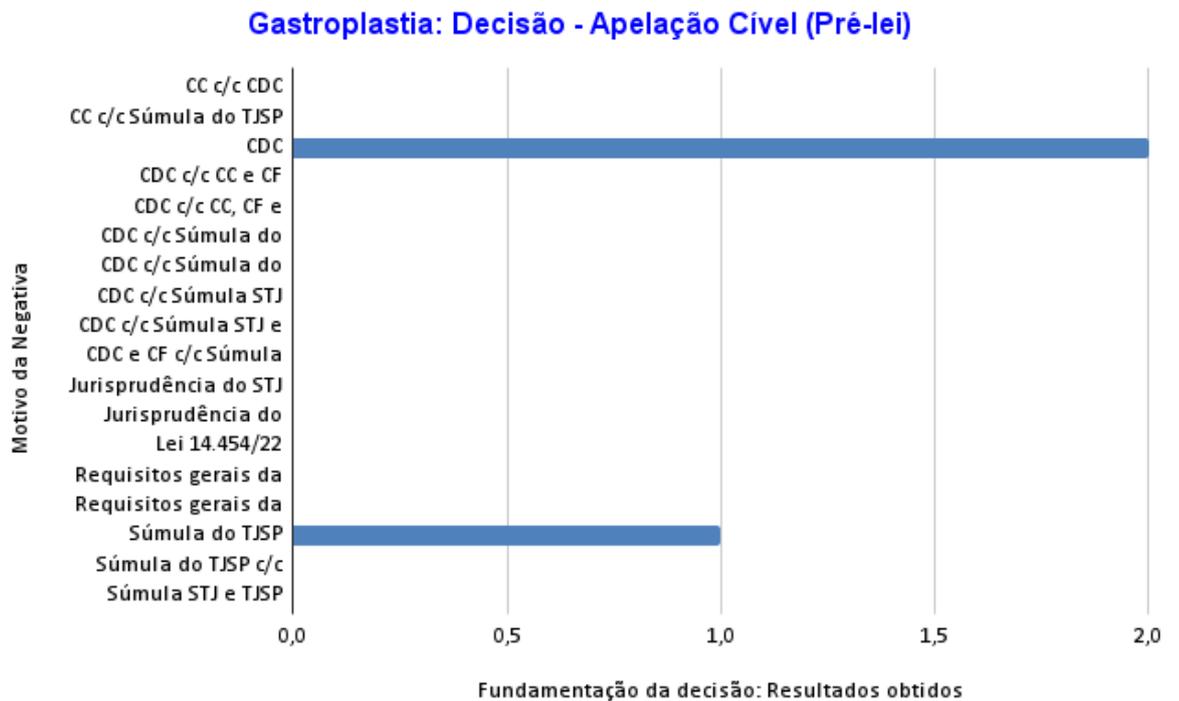
Fonte: De autoria própria.

Gráfico 13: Gastroplastia (Negativa) 1



Fonte: De autoria própria.

Gráfico 14: Gastroplastia (Fundamentos) 1



Fonte: De autoria própria.

Já em relação ao procedimento de gastroplastia nos recursos de apelação, conforme se observa nos Gráficos 13 e 14 analisados acima, a negativa da operadora girou em torno da não previsão do rol da ANS, por vezes somado a

outras justificativas, como o não atendimento de DUT ou exclusão contratual. Já as decisões dos acórdãos, no mesmo período, foram baseadas no CDC e nas Súmulas emanadas pelo TJSP.

4.1.2 Levantamento: Pós-lei 14.454/22

De acordo com a ANS, o rol taxativo é uma lista de procedimentos e eventos em saúde, aprovada por meio de resolução da própria agência reguladora, periodicamente, na qual são incluídos os tratamentos com obrigatoriedade de cobertura, conforme a segmentação assistencial do plano. (MIGALHAS, 2022). Em 2021, na resolução normativa 465/21 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, no art. 2º o rol é apresentado pela agência como um rol taxativo, que pode ser estendido para cobertura maior do que a obrigatória, por iniciativa da operadora ou mediante contratação expressa, informação que se extrai do art. 2º da referida resolução:

Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde. (ANS, 2021).

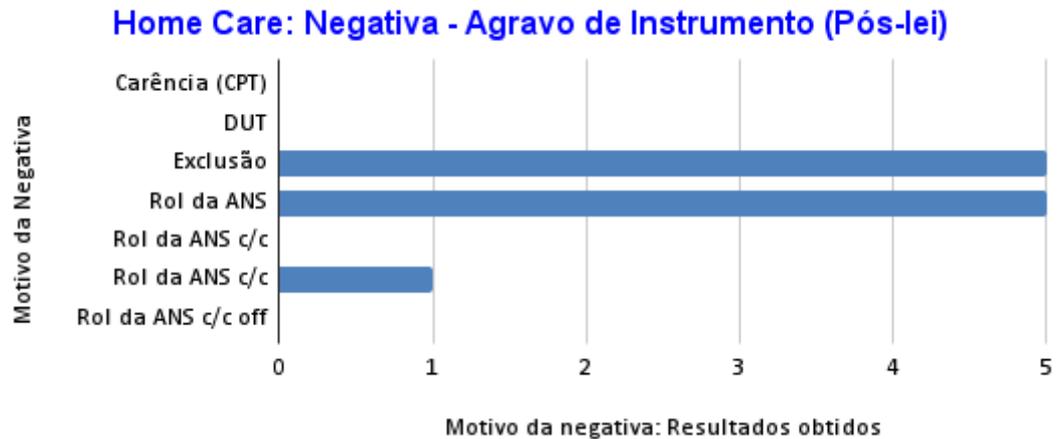
O tema que deu luz ao projeto de lei 2.033/22 chegou ao Congresso Nacional após decisão do STJ, em junho do mesmo ano, desobrigando os planos em arcar com tratamentos fora do rol da ANS. (MIGALHAS, 2022). No julgamento do EREsp 1.886.929/SP e do EREsp 1.889.704/SP, iniciado em 2021 e encerrado em 8 de junho de 2022, a terceira e a quarta turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiram pela taxatividade do rol. Logo, o Poder Judiciário corroborou com o entendimento da ANS pela taxatividade do rol. No entanto, a decisão listou uma série de hipóteses para ampliação do rol no caso em concreto, como a hipótese de esgotamento dos procedimentos do rol ou quando não há substituto terapêutico, sem negativa de inclusão pela ANS, com comprovação científica de eficácia, recomendação por órgãos técnicos de renome nacional (como a Conitec e o Nat-Jus), entre outros critérios. (MATTOS FILHO, 2022).

Assim, no dia 21 de setembro de 2022, o projeto de lei foi sancionado, resultando na lei 14.454/22, que alterou a Lei nº 9.656/98 para permitir a cobertura

de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, conforme disposto no seu artigo primeiro. A Lei traz como principais mudanças: a submissão das operadoras ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), a ampliação das coberturas, inclusive dos procedimentos de alta complexidade, e por fim, que no caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico que não estejam no rol, a cobertura deve ser autorizada, se existir comprovação de eficácia e existirem recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou recomendação de, no mínimo, um órgão de renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais, conforme disposto no art. 10, §13º da referida Lei. (BRASIL, 2022).

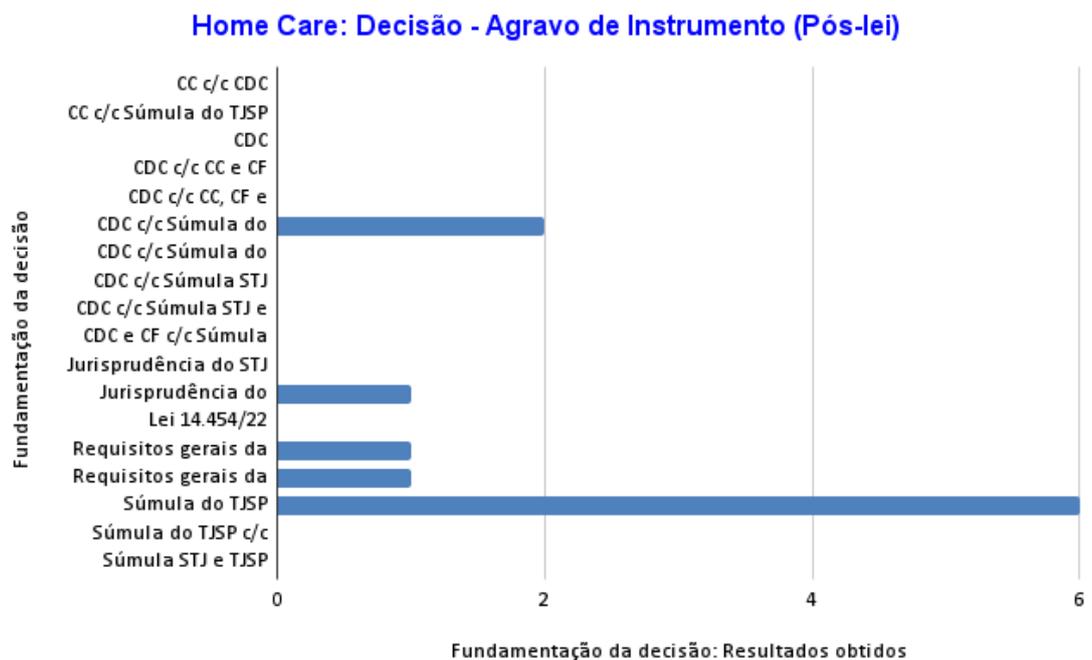
Por outro lado, a Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde), que é uma entidade representativa das operadoras de assistência médica e odontológica, lamentou a sanção do projeto de lei 2.033/22. Pois, segundo a entidade, a mudança dificulta a precificação adequada dos planos e compromete a previsibilidade no orçamento das agências, podendo refletir na alta dos preços das mensalidades e expulsão em massa dos beneficiários. Portanto, pode impactar ainda mais na situação financeira alarmante que o setor enfrenta atualmente. (MIGALHAS, 2022).

Importante destacar que os requisitos para coberturas extra rol na Lei 14.454/22 não são os mesmos que as hipóteses estabelecidas no julgamento do STJ, o que tornou ainda mais latente a insegurança jurídica das operadoras em cumprir tais medidas. Inclusive, após a publicação da Lei, foram propostas perante o STF ações diretas de inconstitucionalidade e arguições de descumprimento de direito fundamental, sustentando a inconstitucionalidade da limitação à cobertura dos planos de saúde e a inconstitucionalidade do rito de atualização do rol, assim, foram apresentadas as ADI 7088, 7183, 7193 e ADPF 986 e 990. (MATTOS FILHO, 2022).

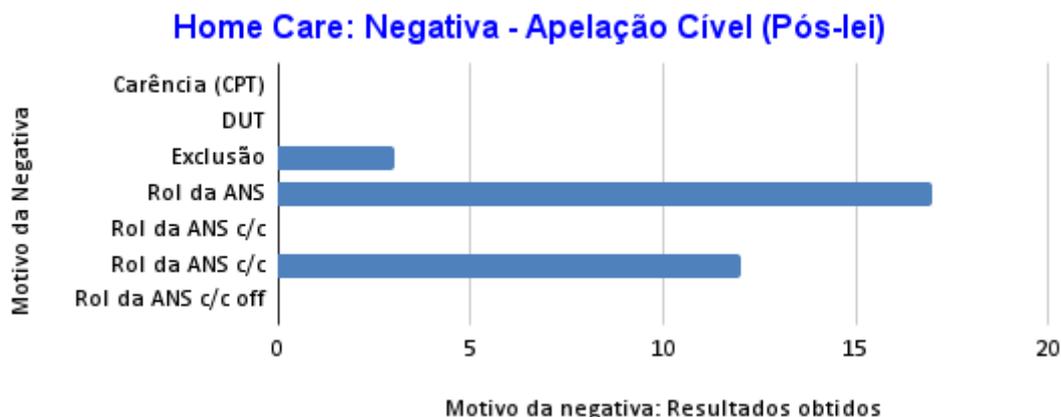
Gráfico 15: *Home Care* (Negativa) 1

Fonte: De autoria própria.

Assim, após a publicação da Lei 14.454/22 foi possível observar em relação ao tratamento *home care*, no Gráfico 15 que nos agravos de instrumento a negativa do plano foi no sentido do procedimento não estar incluído na listagem do rol da ANS ou por expressa exclusão contratual. Por outro lado, as decisões, conforme se desprende do Gráfico 16 (colacionado abaixo), se deram com fundamentos nas Súmulas do TJSP, na maioria dos casos analisados.

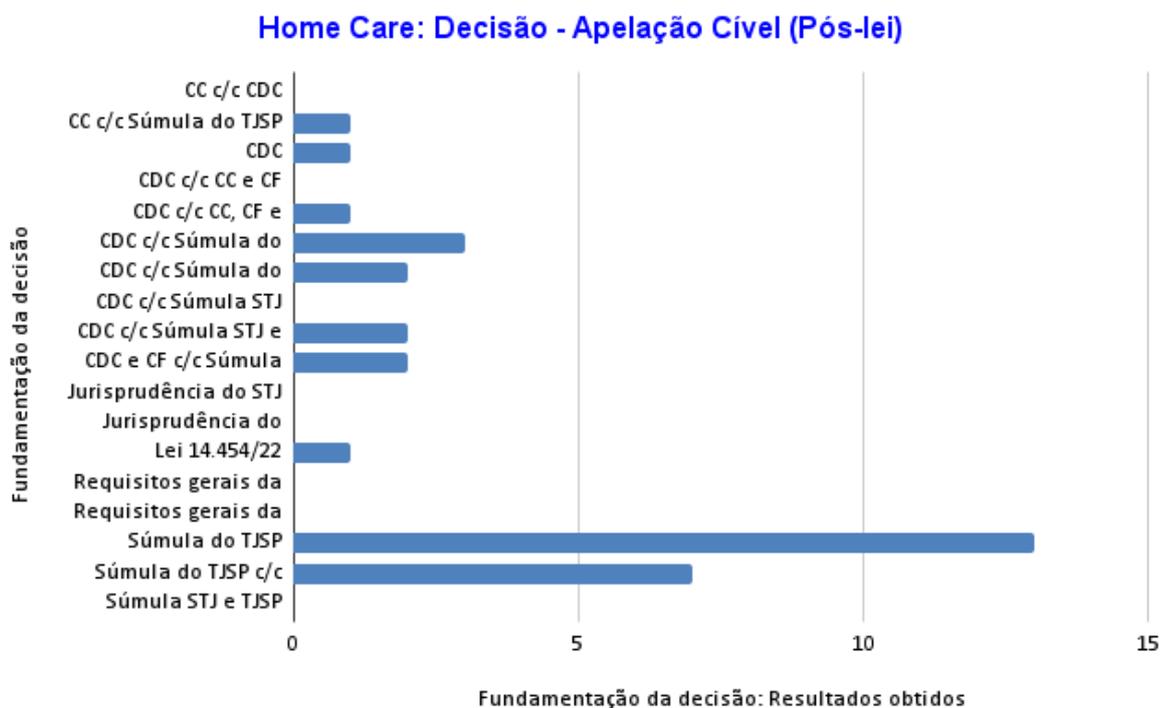
Gráfico 16: *Home Care* (Fundamentos) 1

Fonte: De autoria própria.

Gráfico 17: *Home Care* (Negativa) 1

Fonte: De autoria própria.

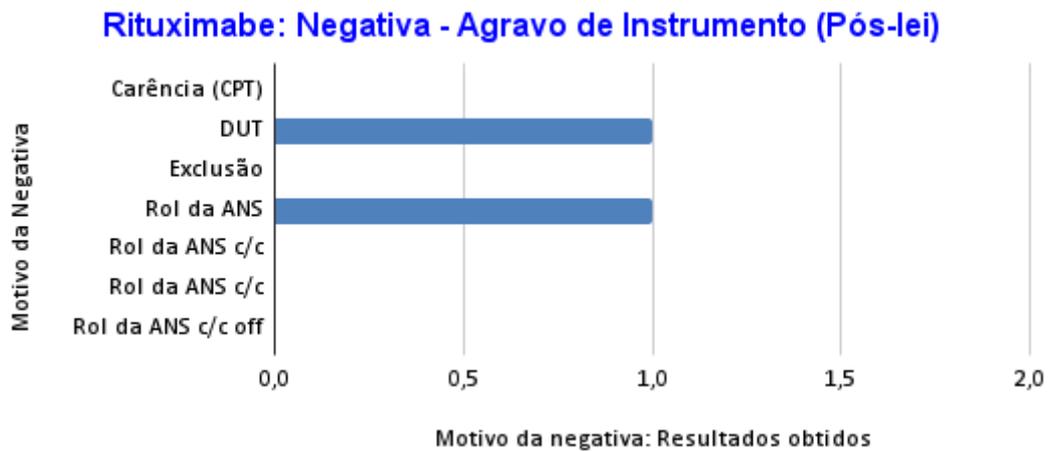
Já nos recursos de apelação, considerando o período pós-lei, a negativa se deu em maior parte pela ausência do tratamento no rol da ANS. E as decisões discricionárias dos acórdãos se fundaram em Súmula do TJSP e na Lei 14.454/22, conforme se observa nos gráficos 17 e 18.

Gráfico 18: *Home Care* (Fundamentos) 1

Fonte: De autoria própria.

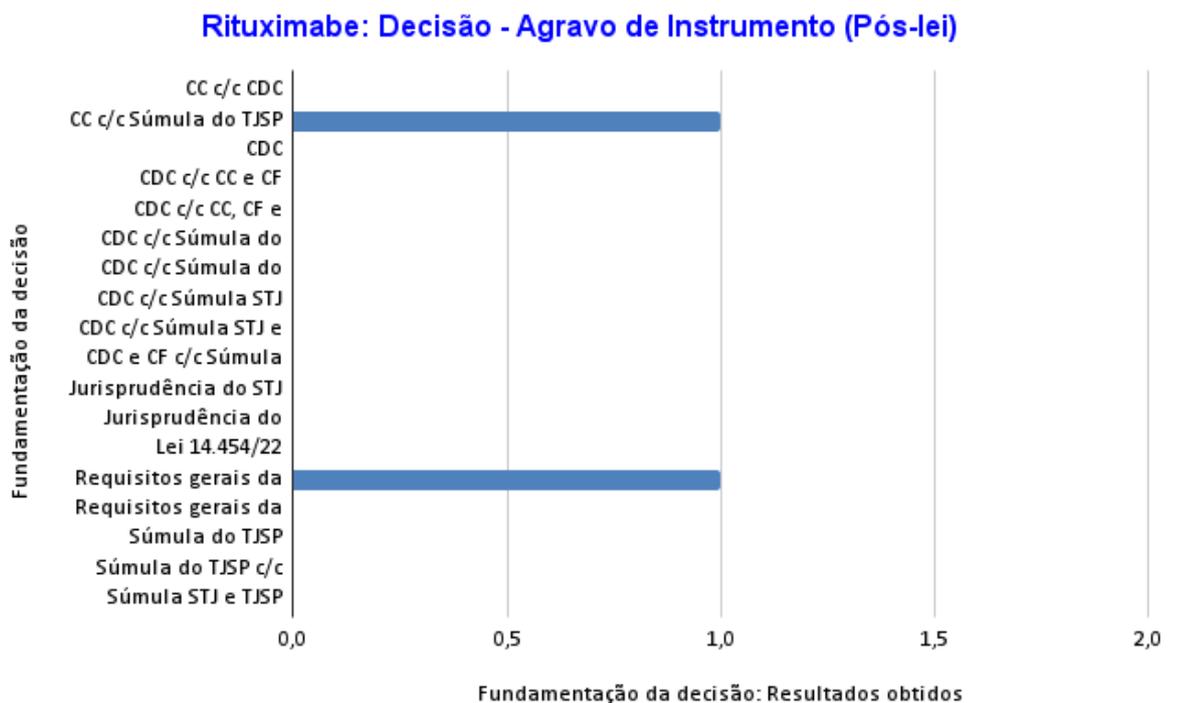
Em relação ao medicamento rituximabe, após a Lei que definiu pela exemplificidade do rol, os planos de saúde permaneceram com a negativa do medicamento em razão da não inclusão do rol e o não atendimento de DUT. Já as decisões se basearam nos requisitos gerais da tutela (art. 300 do CPC), Código Civil e Súmula do TJSP. Conforme compilado nos gráficos 19 e 20, analisados abaixo.

Gráfico 19: Rituximabe (Negativa) 1



Fonte: De autoria própria.

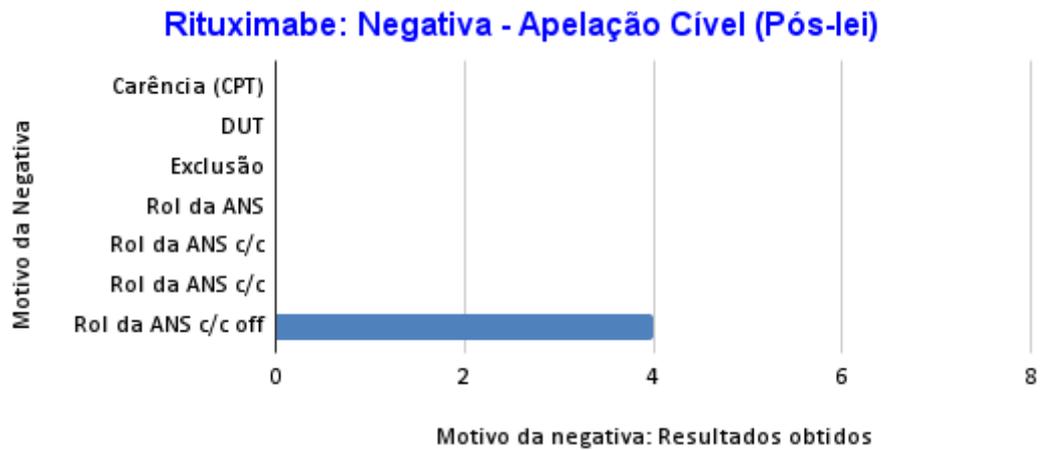
Gráfico 20: Rituximabe (Fundamentos) 1



Fonte: De autoria própria.

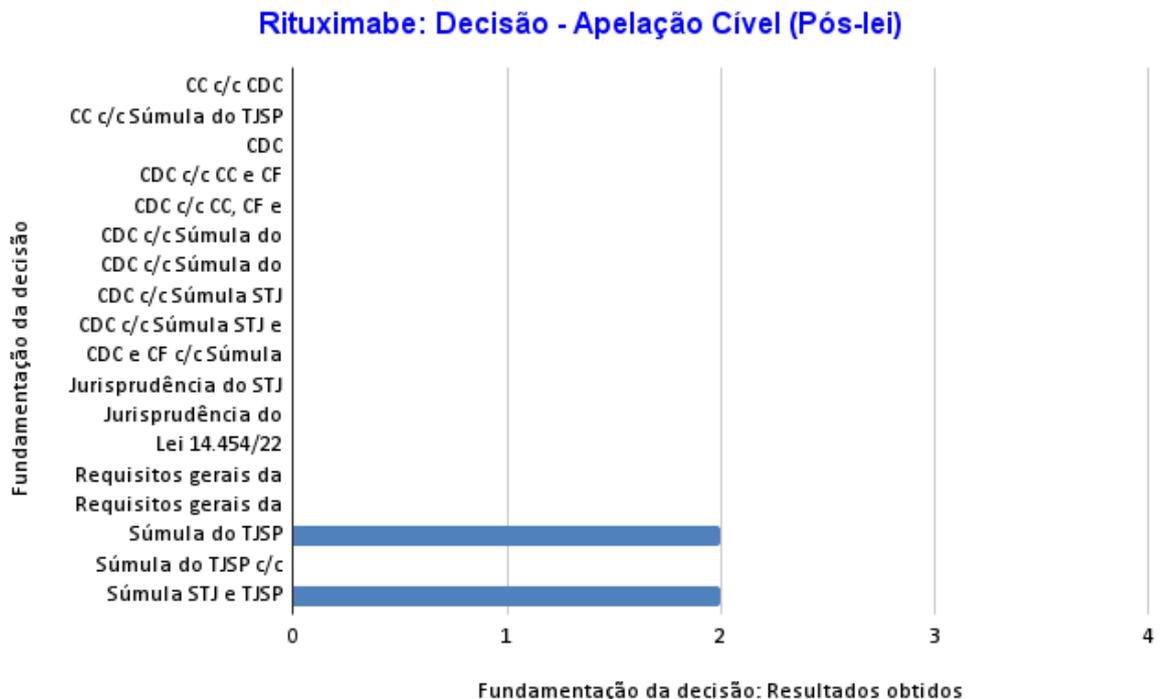
Conforme apresentado nos Gráficos 21 e 22, nos recursos de apelação as negativas na maioria dos casos se deram por ausência de previsão do medicamento no rol de procedimentos e eventos da ANS, e as decisões tomaram por base súmulas do STJ e TJSP.

Gráfico 21: Rituximabe (Negativa) 1



Fonte: De autoria própria.

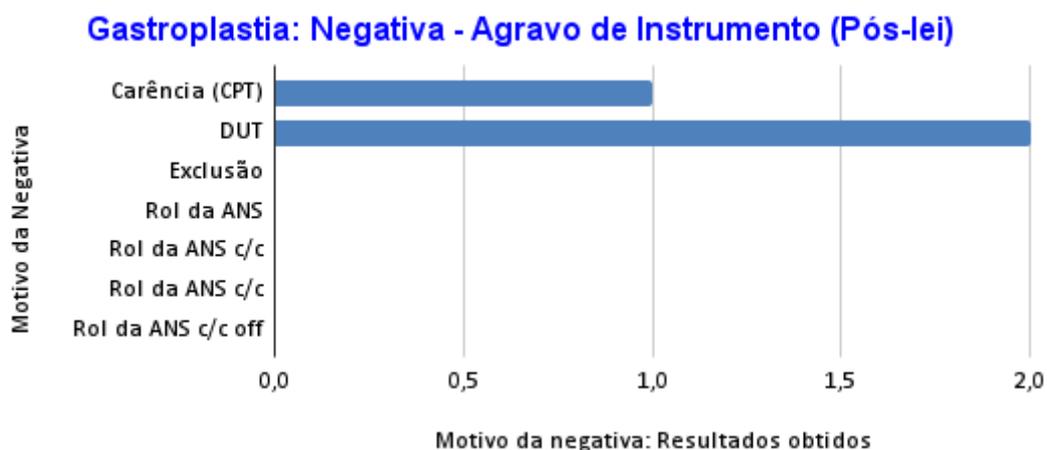
Gráfico 22: Rituximabe (Fundamentos) 1



Fonte: De autoria própria.

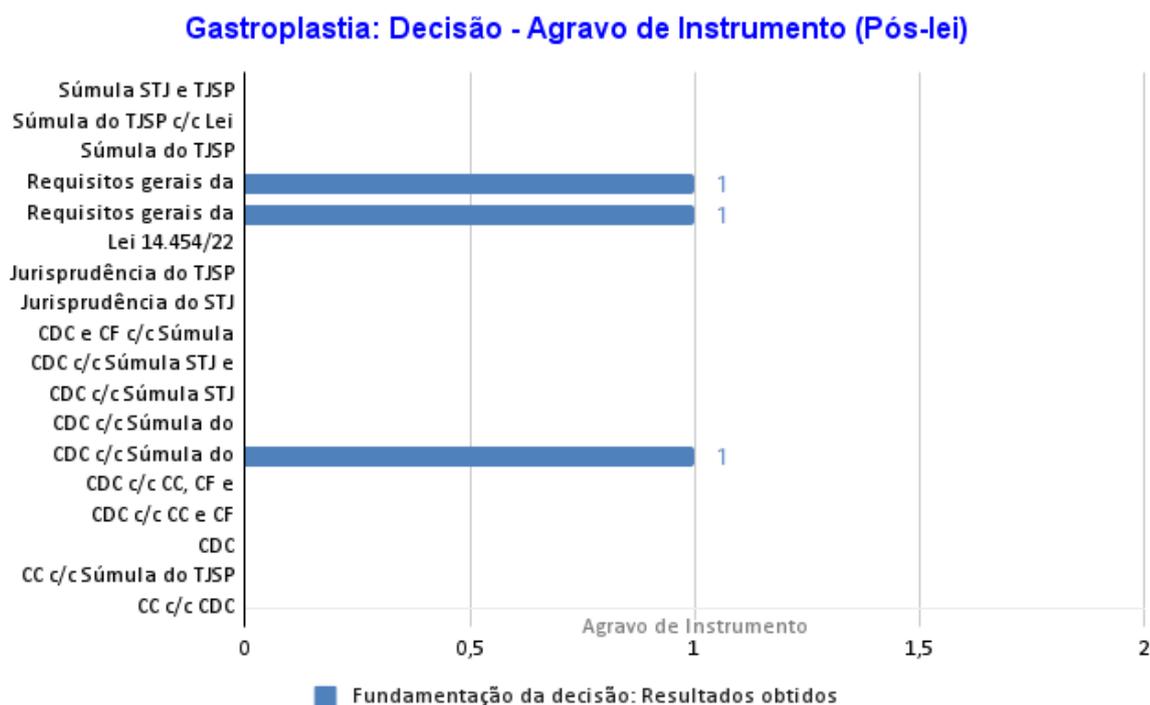
O procedimento de gastroplastia, por sua vez, no segundo período, teve como motivos de negativa mais recorrentes nos agravos de instrumento o não atendimento de DUT e o não cumprimento de carência parcial temporária. Já as decisões foram bem esparsas em relação a fundamentação, ora foi utilizada Súmula do TJSP corroborada com o CDC, ora requisitos gerais da tutela (CPC).

Gráfico 23: Gastroplastia (Negativa) 1



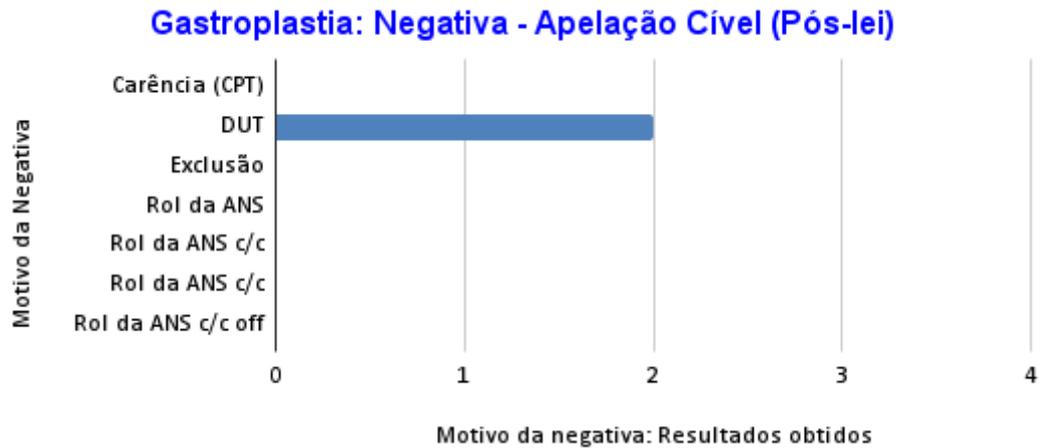
Fonte: De autoria própria.

Gráfico 24: Gastroplastia (Fundamentos) 1



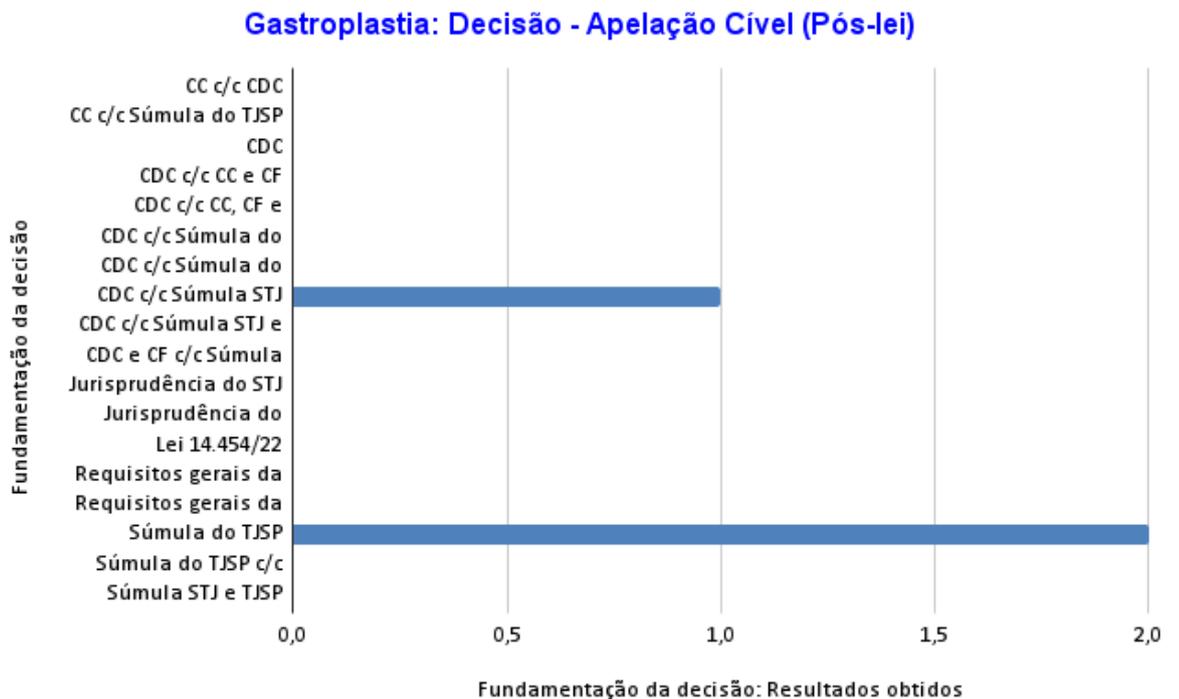
Fonte: De autoria própria.

Gráfico 25: Gastroplastia (Negativa) 1



Fonte: De autoria própria.

Gráfico 26: Gastroplastia (Fundamentos) 1



Fonte: De autoria própria.

Por fim, em relação ao procedimento cirúrgico de gastroplastia pós-lei 14.454/22, nos recursos de apelação, os casos analisados por unanimidade foram negados por não atendimento de DUT. Já as decisões tiveram como fundamentos Súmula do TJSP, CDC e Súmula do STJ.

4.1.3 Resultados da discussão

De acordo com os resultados obtidos com o presente estudo de caso foi possível obter que na maioria dos casos as negativas das operadoras cercaram as normas da ANS, com o apontamento do rol taxativo e dos pareceres emitidos pela agência. No entanto, nas decisões foram apresentados fundamentos que ignoraram completamente a competência da agência como reguladora no setor, sobressaindo normas de caráter geral sobre as normas específicas do setor. Ainda, levando a crer que as súmulas e jurisprudências dos tribunais superiores são mais importantes que as normas e resoluções disponibilizadas pela ANS.

Geralmente, com pressuposto de garantir a vida do usuário, mas sem saber ao certo se aquele tratamento é a medida mais adequada, o juiz concede o tratamento. Pois há um beneficiário necessitando de uma intervenção para melhora do seu estado de saúde, há uma prescrição médica indicando um tratamento, e há uma operadora negando o tratamento, embora existente e disponível em algum lugar do mundo (ainda que não autorizado pela legislação interna ou sem eficácia comprovada), assim, para alguns magistrados, isto é suficiente para a procedência da demanda. Logo, se aguardar o final do processo, o beneficiário pode não resistir. Portanto, constantemente os juízes são forçados a deferir liminares e decidir pela parcial ou total procedência da ação. (SCHULZE, 2018 *apud* CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

Logo, em um primeiro entendimento, com receio de acabar ceifando a vida do autor, já que o tratamento pode ser crucial para salvar a vida do usuário, mesmo que haja cláusula expressa de exclusão contratual ou qualquer outra justificativa utilizada pelo plano para negativa, os magistrados entendem por conceder a pretensão e forçar a operadora a custear o tratamento solicitado. No entanto, para outros julgadores “é preciso muito mais, como a comprovação do sucesso da providência buscada, com a demonstração de que o custo é suportável socialmente, sem provocar colapso no sistema de saúde”. (SCHULZE, 2018 *apud* CIRICO; RESNER; RACHED, 2019, p. 63).

Conforme o estudo elaborado por Wang *et al*, nos julgados de segunda instância “em apenas 3 de 599 casos há informação de que foi realizada perícia judicial, em 9 o tribunal informa que perícia deveria ocorrer, e nenhum menciona parecer de Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus)”, é um cenário

preocupante, já que são as principais fontes de pesquisa técnicas disponíveis ao Judiciário. Ainda, no levantamento de Wang et al, cabe destacar que foi percebido que “tanto nas decisões de primeira quanto de segunda instância a jurisprudência do TJSP e o CDC, por aparecerem com maior frequência, parecem ser mais relevantes como fundamento que a própria Lei 9656/98, que regula o setor”. (WANG *et al*, 2023, p. 43-44).

Dessa forma, não há uma resposta pronta quando o assunto envolve saúde. Porém, como já observado, na maioria dos casos, por não buscarem subsídios técnicos, os juízes seguem a primeira corrente, a qual defere quantos procedimentos e medicamentos forem necessários para evitar prejudicar o direito à vida do beneficiário. Na colisão entre o direito à vida e a saúde e os interesses secundários do Estado, o Supremo Tribunal Federal entende que há sempre de se preservar o primeiro. (BARROSO, 2014, *apud* CIRICO; RESNER; RACHED, 2019). Esse é um dos dilemas que norteiam a judicialização da saúde no Brasil e demonstram que diariamente há uma tarefa árdua no judiciário para basilar os melhores interesses das partes, de forma a lesar o mínimo de interesses possível nas relações.

Não obstante, é esperado das decisões judiciais que versem sobre saúde levassem em consideração aspectos técnicos do tratamento demandado, como evidências científicas de eficácia, sua necessidade e indispensabilidade, como nas solicitações de tratamentos fora do rol da ANS, bem como a análise da real urgência do procedimento, levando em consideração o cumprimento de carências, por exemplo, no entanto, não é a realidade presente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Assim, raramente as regulações da ANS entram como fundamento nas decisões do TJSP.

4.2 Impactos da discricionariedade judicial

Na saúde suplementar são inúmeros os reflexos da judicialização. Há no judiciário uma tendência de autorizar todo e qualquer pedido do beneficiário consumidor do plano de saúde, assim, os magistrados acabam autorizando medicamentos não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), tecnologias sem comprovação de eficácia, entre outros. Desse modo, independente da regulação do segmento, ou da necessidade e efetividade do

tratamento, há uma decisão favorável ao consumidor. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

Muito embora seja a ANS o órgão competente para regular o setor de saúde suplementar no Brasil, na grande maioria dos conflitos o Poder Judiciário é acionado para resolver as demandas entre consumidores, prestadores e operadoras de planos de saúde, ocasionando no crescimento da judicialização da saúde suplementar. (WANG *et al*, 2023). Logo, se verifica “a coexistência de dois sistemas que criam, interpretam e aplicam normas que incidem sobre o setor da saúde suplementar: o regulatório e o judicial”. (WANG *et al*, 2023, p. 15).

A judicialização da saúde suplementar é um tema extremamente complexo, já envolve agentes além dos beneficiários, prestadores e operadoras, como as esferas governamentais e a sociedade como um todo. Assim, apesar da ação judicial ser um meio lícito e legítimo para pleitear assistência à saúde quando da negativa do plano de saúde, pode ser um fator alarmante para o segmento, pois “se utilizada de forma indevida, pode gerar impactos organizacionais e orçamentários, podendo até falir um plano de saúde”. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019, p. 65).

Nos últimos anos tem se encarado uma discricionariedade preocupante, já que desconsideram as normas da ANS, não visam o equilíbrio do setor de saúde suplementar, não cruzam dados relevantes, não propõem análises técnicas nos julgamentos das demandas. Assim, não há qualquer tentativa para reverter esse cenário. (MEDEIROS, 2010 *apud* SOUZA, 2022). Portanto, é irrefutável que há grande divergência entre o determinado pelo Estado enquanto regulador, por meio das agências reguladoras, no âmbito da saúde suplementar pela ANS, e os entendimentos expostos pelo Estado enquanto juiz. (RIANI, 2011 *apud* SOUZA, 2022).

Como se observa, a judicialização não é um problema novo, mas cada vez mais crescente no Poder Judiciário, que se dá principalmente pela deficiência de expertise técnica dos magistrados, os quais, não enfrentam a análise dos impactos no SUS e na Saúde Suplementar. (SALGADO, 2018 *apud* SOUZA, 2022). Assim, em que pese a não observância das normativas da agência seja um fator de alerta, a atuação do Poder Judiciário na regulação pode apoiar a regulação ao suprir lacunas normativas e ajudar a interpretar normas regulatórias. Por outro lado, há de se evitar que o Judiciário venha sobrepor a competência da ANS, como quando entra em conflito com as normas da agência e fixa entendimentos divergentes dos

consolidados ou ainda, quando nega a validade das normas da ANS e aplica uma norma geral, como o Código de Defesa do Consumidor. (WANG *et al*, 2023).

Se o próprio Estado não suporta prover saúde ao povo, de forma igualitária e universal, resta aos planos uma missão quase que impossível. Já que, com o avanço constante da medicina, novos procedimentos, medicamentos, materiais e equipamentos são criados e/ou melhorados, somado ao entendimento de que o beneficiário ao pagar um prêmio mensalmente à seguradora deve ter atendimento a todo e qualquer tratamento necessário para prevenção, recuperação e promoção da saúde. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019). No entanto, não há como o setor de saúde suplementar se sustentar se assegurar atendimento ao usuário, sem qualquer limitação. De um lado, os planos de saúde tentam sobreviver aos altos custos da saúde e de outro, os beneficiários precisam de cobertura para o tratamento pleiteado.

Ocorre que as decisões judiciais em sua maioria são no sentido de garantia do direito subjetivo à saúde, sem dar relevância às consequências produzidas na coletividade e ou os impactos para as seguradoras e operadoras de planos de saúde. Já que se fundamentam no direito do consumidor, direito à vida, dignidade humana e assistência à saúde, observando, principalmente, a hipossuficiência do usuário. (GIBRAN; FILHO, 2018, p. 106). Resta claro que as decisões discricionárias podem levar a impactos indesejados, como o favorecimento do usuário sob a coletividade. Assim, conforme salienta Cirico, Resner e Rached:

“[...] foi percebido o aumento dos processos judiciais movidos pelos participantes contras seus planos de saúde. Ocorre que com este aumento e com os valores de determinadas liminares judiciais concedidas aos participantes, os planos de saúde suplementar estão enfrentando grandes dificuldades financeiras de se manterem no mercado.” (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019, p. 56).

Ainda, cabe ressaltar que os planos de saúde são encarados como uma espécie de seguro. Assim, distribui os custos dos tratamentos entre os beneficiários durante o contrato, independentemente de ter recebido assistência da operadora neste período. Portanto, a distribuição se dá mutualismo, ou seja, “as contribuições de segurados com riscos semelhantes são reunidas em um fundo comum, que serve para financiar os tratamentos”. (SANTOS, 2018, p. 16). Assim, o valor da contribuição mensal dos usuários depende dos custos dos tratamentos demandados

das operadoras. (SANTOS, 2018). Logo, quanto mais judicialização, maior o custo reflexo no prêmio do beneficiário.

Dessa forma, não basta somente analisar sobre o dever ou não do custeio de determinado tratamento assistencial pela operadora de saúde, mas também “garantir que a efetiva prestação não resulte em excessiva onerosidade para os demais beneficiários da operadora/seguradora de planos de saúde como decorrência da sinistralidade”. (GIBRAN; FILHO, 2018, p. 98). Ou seja, é necessário sopesar o direito subjetivo do beneficiário individualmente e o direito dos demais beneficiários do plano, já que, para se sustentar, a operadora terá que reajustar o plano de acordo com o percentual de sinistralidade.

Assim, o juiz deve se atentar para aspectos que transcendam a lide entre as partes, ou seja, os impactos que a discricionariedade pode gerar na sociedade, pois “realizar o direito fundamental de assistência à saúde sem levar em consideração as demais consequências de sua decisão é adotar um modelo de interpretação discricionário próprio do positivismo”. (GIBRAN; FILHO, 2018, p. 100). Portanto, todos os agentes dessa relação precisam pensar em alternativas, para reduzir os impactos na coletividade. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

Outro fator que deve ser analisado é a falta de respeito ao pacto contratual entre as partes, já que na maioria dos julgados, o magistrado não leva em consideração cláusulas com expressa exclusão de cobertura. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019). Não obstante, outro ponto relevante dentro do contrato é o cumprimento de carências, sendo comum um beneficiário antes do término do prazo de carência solicitar um procedimento e após receber a negativa do plano, solicitar o atendimento liminarmente, que na maioria dos casos é deferida, assim, o contrato assinado parece ser inválido, pois constantemente é ignorado pelo Poder Judiciário. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

Portanto, a operadora fica sem segurança, já que não contava com o custo do procedimento ora excluído da relação entre as partes, ora diante da presença de carência contratual. Assim, as operadoras não conseguem prever seus custos financeiros diante da alta concessão de liminares contrárias as normas da ANS e ao próprio contrato celebrado. Assim, muitas operadoras de menor porte faliram nos últimos anos. Portanto, “essa realidade é cruel para a sociedade como um todo, já que o fechamento de uma empresa gera demissões, menos impostos ao governo e

um impacto que pode afetar a vida de muitas pessoas e famílias”. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019, p. 66).

Por esta razão, a regulação precisa equilibrar as expectativas dos usuários, incentivando as operadoras a oferecerem o melhor serviço possível com um preço acessível, e ao mesmo tempo, viabilizar a manutenção econômica das operadoras e seguradoras, com a sustentabilidade do setor. (WANG *et al*, 2023). Logo, a regulação garante a proteção dos beneficiários e assegura a qualidade do serviço prestado, em razão da essencialidade do serviço para os objetivos constitucionais de proteção e promoção da saúde, também é importante por corrigir as falhas de mercado, como a assimetria de informações entre operadoras e usuários bem como pela própria complexidade do setor. (DE AZEVEDO, 2016 *apud* WANG *et al*, 2023).

Além da concepção da regulação no seu aspecto técnico, estabelecendo coberturas mínimas e qualidade no serviço prestado, é preciso pensar no viés econômico da regulação, e sua relevância na continuidade do sistema de saúde vigente no Brasil, já que o setor suplementar supre as diversas lacunas deixadas pela prestação da saúde pelo Sistema Único de Saúde. (BRASIL, 2007). Pois, em certa medida, os planos de saúde cumprem um papel que é do Estado, promovendo saúde além da sua capacidade econômica, colocando em risco toda uma atividade empresarial. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

Nesse íterim, as decisões contrárias os entendimentos das normas e resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar normalmente remetem a princípios e obrigações puramente estatais, fazendo com que a operadora de saúde sustente o funcionamento da máquina pública. Acompanhando esta linha, é possível notar que o SUS não atende seu objetivo por completo, já que insuficiente de recursos para assegurar atendimento à saúde para toda a sociedade brasileira, assim, além de prestarem o serviço que cabe ao Estado, os planos de saúde ainda suprem parte do que deveria ser do Sistema Único de Saúde. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

Assim, quando fundamentam suas decisões à linha dos direitos sociais e dos consumidores, os magistrados restringem a análise do caso somente na esfera individual e subjetiva do beneficiário, não analisando o todo, já que desconsidera eventuais impactos coletivos da decisão. (GUAZZELLI, 2013, *apud* GIBRAN; FILHO, 2018). Assim, a discricionariedade judicial abala tanto a estrutura da operadora de saúde, por não ter qualquer segurança jurídica ou financeira, quanto o próprio

consumidor, já que resulta na diminuição da qualidade dos serviços prestados. (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

Além do impacto financeiro suportado pelas operadoras e pelos consumidores é necessário considerar os custos para funcionamento da máquina estatal, com a judicialização e atendimento das demandas sobre saúde suplementar. Portanto, a extrajudicialização se torna a medida mais eficiente para resolver o impasse da judicialização e da discricionariedade do Judiciário nos dias atuais. (SILVA e SCHULMAN, 2017 *apud* SOUZA, 2022). Por esta razão, a redução da judicialização conduz a uma economia geral de recursos, tanto públicos quanto privados, de modo a proporcionar ao Estado uma concentração maior dos gastos na concretização dos reais objetivos constitucionais, por meio de investimento em políticas públicas para promoção da saúde no Brasil. (SILVA; SCHULMAN, 2017 *apud* SOUZA, 2022).

Dessa forma, os impactos ficam tanto para as operadoras, já que a incerteza sobre o dispêndio financeiro para custear as determinações judiciais geram insegurança jurídica nas operadoras, com conseqüente desequilíbrio-econômico (CIRICO, RESNER, RACHED, 2019), pela imposição do ônus de arcar com tratamentos fora da previsão contratual ou do rol de procedimentos e eventos. (MACHADO, 2020 *apud* SOUZA, 2022). Quanto para a massa de beneficiários como um todo, já que em razão da solidariedade e do mutualismo irão sofrer com os reflexos nas mensalidades. (SILVA, 2018 *apud* SOUZA, 2022).

Por esta razão, é de se analisar que quando o Judiciário decide a demanda individual do consumidor, não reflete sobre os impactos presentes e futuros de suas decisões, pois concedendo direitos além do contrato, lei, rol e qualquer outra regulamentação específica do setor, acaba por gerar uma carga financeira muito grande nas operadoras, que será repassada aos próprios consumidores do plano de saúde, pois, senão, a assistência suplementar à saúde seria inviabilizada. (SILVA, 2018 *apud* SOUZA, 2022). Vista disso, pode acarretar em prejuízos tanto ao consumidor, quanto ao plano de saúde em si, pois por não conseguir suportar o custeio de todos os procedimentos, o valor do sinistro irá aumentar, refletindo em forma de reajuste por sinistralidade, com conseqüente aumento no valor pago a título de prêmio pelos segurados.

Ademais, as decisões discricionárias dos tribunais superiores impactam diretamente na interpretação das normas jurídicas emanadas pelos órgãos regulatórios do segmento de saúde. (WANG *et al*, 2023). Assim, a neutralização da

discricionariedade dos magistrados em relação à saúde suplementar pode evitar a quebra do equilíbrio financeiro das operadoras de saúde, de forma a reduzir a instabilidade financeira do setor. Bem como desafogar o judiciário da massa de pleitos que poderiam ser facilmente solucionados pelas via administrativas da própria Agência Nacional de Saúde Suplementar. (SOUZA, 2022).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tornou possível concluir que os impactos da discricionariedade judicial no setor de saúde suplementar são inegáveis e alarmantes, sobretudo diante do crescimento da judicialização no cenário pós-lei 14.454/2022. Ainda, foi extremamente relevante para conceber a importância da saúde suplementar no Brasil, em razão da precariedade do Sistema Único de Saúde em atender adequadamente a totalidade da população, portanto, senão fossem as atividades das operadoras de planos de saúde, milhões de brasileiros ficariam sem o efetiva garantia da saúde disposta na Constituição Federal de 1988.

Não obstante, a discricionariedade foi comprovada nas análises jurisprudenciais das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, portanto, a pesquisa concluiu que as fundamentações carecem de expertise no assunto saúde suplementar, já que, na maioria dos casos desrespeita a competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar, baseando-se em normas gerais, como a Constituição Federal, Código de Processo Civil, Código de Defesa do Consumidor, ou ainda, em Súmulas do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ou do Superior Tribunal de Justiça, limitando-se a prescrição médica. Dessa forma, há nítida violação da separação de poderes, bem como, aos princípios da independência e autonomia das Agências Reguladoras.

Há de se concluir ainda, que o judiciário tende a desconsiderar os impactos das decisões sobre o interesse coletivo do consumidor, de forma a analisar o caso de maneira isolada, em uma verdadeira noção de direito subjetivo. Portanto, o trabalho tornou possível a concepção dos impactos coletivos que na grande maioria dos casos não são considerados, como o reflexo na definição dos reajustes anuais e principalmente, a própria manutenção e subsistência do setor de saúde suplementar, já que, como levantado na pesquisa, é de suma importância para preservação e garantia do direito à saúde.

A transferência da prestação da saúde para os agentes privados na saúde suplementar tem regramento próprio e diverso dos aplicados na prestação direta pelo Estado, bem como são submetidas à fiscalização de Agências Reguladoras. Além disso, de forma semelhante com a que ocorre no âmbito estatal, no setor privado também há a limitação de recursos, portanto, a pesquisa tornou possível perceber a impossibilidade do setor de saúde suplementar suportar a autorização de

procedimentos e eventos de modo desenfreado, por esta razão a regulação da ANS se mostrou primordial, deve o Poder Judiciário, portanto, analisar por este viés ao proferir decisões em desacordo com as normas do ente regulador.

Ademais, em relação à violação da competência da ANS com o advento da Lei n. 14.454/2022 e dos diversos julgados analisados ao longo do trabalho, como alternativa para a questão, a ANS como agência regulatória, com o poder normativo que detém e na tentativa de evitar o deferimento em massa de pleitos contrários ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde pode, de uma vez por todas, solucionar o impasse da natureza do rol. Uma vez que é o órgão competente para tal definição, já que, diante da vedação de interferência na autonomia das agências reguladoras, foge da competência dos Poderes Judiciário e Legislativo a definição da taxatividade ou exemplificidade do rol.

Cabe destacar que a pesquisa levantada não se presta a discutir a natureza do rol, nem avaliar a assertividade do Legislativo e Judiciário quanto à tentativa de tal definição, mas analisar os impactos do desrespeito as normas da ANS, pela não observância da independência e autonomia da agência reguladora e os causados pela constante discricionariedade judicial que tem crescido nos tribunais, principalmente o Tribunal de Justiça de São Paulo, que conforme demonstrado é o Tribunal de maior relevância quanto ao tema saúde suplementar no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Resolução Normativa 465 de 24 de fevereiro de 2021**. Disponível em <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2021/res0465_02_03_2021.html> Acesso em 20 de setembro de 2023.

Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Mabthera (rituximabe): nova indicação**: 29 de maio de 2023. Disponível em <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/novos-medicamentos-e-indicacoes/mabthera-rituximabe-nova-indicacao>> Acesso em 20 de novembro de 2023.

AGRA, Glenda; HENRIQUES, Maria Emília Romero de Miranda. **Vivência de mulheres que se submeteram à gastroplastia**. [Dissertação de Mestrado] defendida em 28 de fevereiro de 2008. Disponível em <<https://revistas.ufg.br/fen/article/view/33254/17590>> Acesso em 04 de setembro de 2023.

ALVES, Sandra Mara Campos. **Saúde como direito e o subsistema de saúde suplementar**. Cad. Ibero Am. Direito Sanit. Ed. 11 n. 1 (2022). Disponível em <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/908>> Acesso em 28 de maio de 2023.

BONIZZATO, Luigi; RODRIGUES, Tayssa Cristine; BOLONHA, Carlos. **Poder regulamentar e poder normativo das Agências Reguladoras: o caso da Resolução nº 433/2018 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), da ADPF 532 e demais desdobramentos** Revista Quaestio Iuris, [S.l.], v. 13, n. 02, p. 855-879, dez. 2020. ISSN 1516-0351. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/41234>> Acesso em 24 de abril de 2023.

BRASIL, Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Conhecendo a Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Série A. Normas e Manuais Técnicos. 1.ª edição. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. p. 10. Disponível em <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario_saude_suplementar.pdf> Acesso em 17 de outubro de 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Gerais**. Atualizado até abril de 2023. Disponível em <<https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em 25 de outubro de 2023.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Sala de situação**. Disponível em <https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de-situacao.html> Acesso em 26 de outubro de 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas Processuais de Direito à Saúde**. Disponível em <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4->

bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currusel> Acesso em 26 de outubro de 2023.

BRASIL. Diário Oficial da União. **Diretrizes de utilização para cobertura de procedimentos na saúde suplementar.** Anexo II da Resolução Normativa n. 465 de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em <https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/assuntos/consumidor/o-que-seu-plano-deve-cobrir/Anexo_II_DUT_2021_RN_465.2021_tea.br_RN473_RN477_RN478_RN480_RN513_RN536_RN537_RN538_RN539_RN540_RN541_RN542_RN544_546.pdf> Acesso em 20 de dezembro de 2022.

BRASIL. Diário Oficial da União. **Resolução Normativa n. 465 de 24 de fevereiro de 2021.** Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-rn-n-465-de-24-de-fevereiro-de-2021-306209339>> Acesso em 20 de dezembro de 2022.

BRASIL. Diário Oficial da União. **Rol de procedimentos e eventos em saúde.** Anexo I da Resolução Normativa n. 465 de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em <https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/assuntos/consumidor/o-que-seu-plano-deve-cobrir/anexo_i_rol_2021rn_4652021.pdf> Acesso em 20 de dezembro de 2022.

BRASIL. **Lei 14.454 de 21 de setembro de 2022.** Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14454.htm> Acesso em 20 de setembro de 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em 15 de outubro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, 3 de junho de 1998. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm> Acesso em 07 de outubro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e dá outras providências. Brasília, 28 de janeiro de 2000. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-9961-28-janeiro-2000-369733-norma-actualizada-pl.pdf>> Acesso em 07 de outubro de 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Evolução e desafios da regulação do setor de saúde suplementar.** Rio de Janeiro: ANS, n. 4, 2003. Disponível em <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/ans/serie_ans4.pdf> Acesso em 24 de outubro de 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **ANS atinge maior índice de resolução de demandas de consumidores desde 2013.** Publicado em 16/06/2021. Disponível em <<https://www.gov.br/ans/pt->

br/assuntos/noticias/beneficiario/ans-atinge-maior-indice-de-resolucao-de-demandas-de-consumidores-desde-2013> Acesso em 25 de outubro de 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Regulação em Saúde**. Brasília: CONASS, 2007. Disponível em <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colecao_progestores_livro10.pdf> Acesso em 24 de outubro de 2023.

CARDOSO, Márcia Roberta de Oliveira ; FERLA, Alcindo Antônio; OLIVEIRA, Paulo de Tarso Ribeiro de; NUNES, Nathália da Silva. **O mix público e privado no sistema de saúde brasileiro : coexistência em evidência**. *Saúde em Redes*. 2017; 3 (2):107-118. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/170053>> Acesso em 27 de maio de 2023.

CERQUEIRA, Rafael Soares de. **A análise do impacto das decisões judiciais sobre os planos de Saúde suplementar: a nova sistemática da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (LINDB)**: 2018. Disponível em <https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/11194/2/RAFAEL_SOARES_%20CERQUEIRA.pdf> Acesso em 20 de setembro de 2022.

CIRICO, Priscila Freitas; RESNER, Andrea Aparecida Ribeiro; RACHED, Chennyfer Dobbins Abi. **Os impactos da judicialização na saúde suplementar**. *Revista Gestão em Foco - Edição nº 11 – Ano: 2019*. Disponível em <https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2019/05/005_OS-IMPACTOS-DA-JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O-NA-SA%C3%9ADE-SUPLEMENTAR.pdf> Acesso em 20 de setembro de 2022.

CUEVA, Ministro Ricardo Villas Bôas. **Saúde suplementar: o dever de deferência às normas da ANS na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. *Revista Jurídica de Seguros nº 10*. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2019. Disponível em <https://www.cnseg.org.br/data/files/30/37/9A/16/95B8B610948677B63A8AA8A8/Revista_Juridica_Ed-10_maio19_completo.pdf#page=11> Acesso em 21 de abril de 2023.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A construção do direito à saúde no Brasil**. *Revista De Direito Sanitário*, v. 9 n.3 (2008) <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i3p9-34>> Acesso em 27 de março de 2023.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A democracia sanitária e o direito à saúde: uma estratégia para sua efetivação**: 2014 Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/CNJdsauadeDALLARI.pdf>> Acesso em 27 de março de 2023.

De autoria própria. **Compilado de Julgados TJSP**: atualizado em 25 de novembro de 2023. Disponível em <https://drive.google.com/drive/folders/1BNZRdxKKiFMHTIR105tdiOuo-yHhDd9G?usp=drive_link> Acesso em 20 de outubro de 2023.

DE AZEVEDO, Paulo Furquim *et al.* **A Cadeia de Saúde Suplementar no Brasil: Avaliação de Falhas de Mercado e Propostas de Políticas**. White Paper Nº 1,

Insper - Centro de Estudos em Negócios, mai. 2016. Disponível em <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/estudo-cadeia-de-saude-suplementar-Brasil.pdf>> Acesso em 25 de outubro de 2023.

FACHINI, Thiago. **Ativismo judicial: o que é, características e como funciona?** Projuris, 27 de abril de 2023. Disponível em <<https://www.projuris.com.br/blog/ativismo-judicial/>> Acesso em 28 de agosto de 2023.

FACHINI, Thiago. **Notificação de Intermediação Preliminar (NIP): o que é e como gerenciá-las?** Projuris, 07 de abril de 2021. Disponível em <<https://www.projuris.com.br/blog/notificacao-de-intermediacao-preliminar-nip/>> Acesso em 07 de outubro de 2023.

FELIPPE, Ricardo Alberto Neme. **Direito ao home care e a decisão da 2ª Turma do STJ tornando taxativo o rol de procedimentos obrigatórios da ANS.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6920, 22 jul. 2022. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/99253/direito-ao-home-care-e-a-decisao-da-2-turma-do-stj-tornando-taxativo-o-rol-de-procedimentos-obrigatorios-da-ans>> Acesso em 13 de abril de 2023.

FERREIRA, MONIQUE APARECIDA MAIA. **Contratos de adesão e suas cláusulas abusivas: uma análise das operadoras de planos de saúde quanto ao serviço de home care.** Rio de Janeiro, 2019. Disponível em <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/11025/TCC_Monique%20Maia.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 20 de novembro de 2023.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Ativismo judicial: afinal, do que se trata?** Conjur: 12 de dezembro de 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata>> Acesso em 28 de agosto de 2023.

GIBRAN, Sandro Mansur; FILHO, Miguel Ferreira. **A possível superação da discricionariedade na judicialização da saúde suplementar.** Percurso, [S.l.], v. 1, n. 24, p. 84 - 109, jul. 2018. ISSN 2316-7521. Disponível em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/2870/371371514>> Acesso em 10 de abril de 2023.

LACERDA, Maria Ribeiro, et al. **Atenção à saúde no domicílio: modalidades que fundamentam sua prática.** Saúde e sociedade v. 15 (2006). Disponível em <<https://www.scielo.br/j/sausoc/a/rBpvkcD5z8dtRy4S9xwV77m/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em 10 de novembro de 2023.

MATTA, Marco Antonio Sevidanes da. **Interpretação constitucional dos Direitos Sociais,** 2006. Disponível em <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30129-30576-1-PB.pdf>> Acesso em 28 de maio de 2023.

MATTOS FILHO. **Sancionada lei sobre a cobertura extra rol dos planos de saúde: 23 de setembro de 2022.** Disponível em <<https://www.mattosfilho.com.br/unico/cobertura-extra-rol-planos-saude/>> Acesso em 23 de novembro de 2023.

MAZZONI, Lidiane. **Judicialização da saúde suplementar e regulação: efeitos das normas da ANS nas decisões judiciais**. Dissertação (Mestrado em Medicina Preventiva) - Faculdade de Medicina, University of São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-31082021-153526/en.php>> Acesso em 21 de abril de 2023.

MIGALHAS (Da redação). **Sancionada lei que obriga plano a cobrir tratamento fora do rol da ANS: 22 de setembro de 2022**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/373931/sancionada-lei-que-obriga-plano-a-cobrir-tratamento-fora-do-rol-da-ans>> Acesso em 20 de setembro de 2023.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A discricionariedade judicial e a definitividade da decisão judicial: a teoria de Hart e as críticas apontadas por Dworkin**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 20, n. 1, jan./abr. 2019. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8697508>> Acesso em 21 de abril de 2023.

MORAIS, Máurisson Magno de; MARTINS, Georgines Rodrigues. **Judicialização da saúde: a excessiva intervenção jurisdicional na garantia do direito à saúde**, 2021. Disponível em <<http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/435>> Acesso em 28 de maio de 2023.

MYPATHOLOGYREPORT. **CD20**. Disponível em <<https://www.mypathologyreport.ca/pathology-dictionary/cd20/>> Acesso em 25 de novembro de 2023.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Hipossuficiência do autor e Princípio da Universalidade**. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 50, out./dez. 2013. Disponível em <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2592408/Luciano_Moreira_de_Oliveira.pdf> Acesso em 15 de outubro de 2023.

OLIVEIRA, Marcelle Pereira Dos Santos. **A efetividade do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro: o limite entre a adequada gestão e a necessária judicialização**, 2022. Disponível em <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Monografias-TCC-Teses-E-Book/58878/a-efetividade-do-direito-sade-no-ordenamento-juridico-brasileiro-o-limite-entre-a-adequada-gesto-e-a-necessria-judicializao>> Acesso em 27 de maio de 2023.

PIETROBON, Louise; PRADO, Martha Lenise do Prado; CAETANO, João Carlos. **Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor**. Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 18 [4]: 767-783, 2008. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/physis/a/KFy6MMGRnjWVLNL7DKkXRKm/abstract/?lang=pt>> Acesso em 27 de março de 2023.

REÑA, Adriana Gomes Martins; BONELLI, Rita. **Judicialização em saúde: o impacto das liminares judiciais nas operadoras de saúde e seu impacto empresarial**. 21ª SEMOC, Salvador, 2018. Disponível em

<<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1134/1/Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20em%20sa%C3%BAde.pdf>> Acesso em (ver data e-mail TCC – sugestões).

ROSA, Rosiléia. **Direito e saúde: reflexões sobre o direito à saúde pública no Brasil**, 2021. Disponível em

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/19471/1/TCC_Rosil%c3%a9ia_Rosa.pdf> Acesso em 27 de maio de 2023.

SANTOS, Ezequiel Fajreldines dos. **Diferenças de avaliação entre o poder judiciário e a ANS sobre a necessidade de oferecimento de home care nos contratos de plano de saúde**. [Dissertação de Mestrado]. Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2018. Disponível em

<<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24160/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Final%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 10 de setembro de 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**: 2008. Disponível em

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf> Acesso em: 25 de março de 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**: 2009. Disponível em

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf> Acesso em: 26 de março de 2023.

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

SOUZA, Maria Eduarda Pereira de. **ANS frente à judicialização das operadoras de plano de saúde**. Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da Universidade Evangélica de Goiás, Anápolis, 2022. Disponível em

<<http://repositorio.aee.edu.br/jspui/bitstream/aee/19493/1/Maria%20Eduarda%20Pereira%20de%20Souza.pdf>> Acesso em 10 de abril de 2023.

STURZA, Janaína Machado; SOUZA, Ezequiel Cruz De. **Direito à saúde e políticas públicas: o estado de bem-estar social e a evolução no cuidado com a saúde pública**. Conpedi Law Review v. 8 n.1 XI Encontro Internacional Do Conpedi Chile, Santiago, Jul-Dez, 2022. Disponível em <http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2022.v8i1.9043> Acesso em 28 de maio de 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgInt no AREsp n. 1.964.268/DF**. Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 19/6/2023. Disponível em

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102595768&dt_publicacao=19/06/2023> Acesso em 02 de setembro de 2023.

TORRES, Bruna Miranda. **Os reflexos da judicialização da saúde suplementar no Brasil na atividade das operadoras de planos de saúde.** Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Campinas, 2021. Disponível em <https://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/14669/cchsa_direito_tcc_torres_bm.pdf> Acesso em 20 de setembro de 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP). **NatJus.** Direito da Saúde. Disponível em <<https://tjsp.jus.br/NatJus>> Acesso em 23 de outubro de 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP). **Súmula n. 90:** de 13 de fevereiro de 2012. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=sumula+90+do+tjsp>> Acesso em 20 de novembro de 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Pesquisa completa de jurisprudência.** Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em 30 de outubro de 2023.

VIANNA, Geraldo Luiz. **Judicialização da saúde suplementar: a concepção do “direito como integridade” contra a discricionariedade judicial.** Prêmio IESS de produção científica em saúde suplementar 2011 a 2015, 1ª ed. São Paulo, 2016. Disponível em <<https://www.iess.org.br/sites/default/files/2021-04/PR-DIREITO.pdf#page=181>> Acesso em 15 de março de 2023.

WANG, Daniel Wei Liang; FAJRELDINES, Ezequiel; VASCONCELOS, Natália Pires de; MALIK, Ana Maria; OLIVEIRA, Bruno da Cunha de; SOUZA, Fernanda Mascarenhas de; SOUZA, Jacqueline Leite de; ARANTES, Luísa; MIZIARA, Nathalia Molleis. **A judicialização da saúde suplementar: uma análise empírica da jurisprudência de 1ª e 2ª instâncias do Tribunal de Justiça de São Paulo.** Relatório em parceria com a FGV e FenaSaúde: 08 fev. 2023. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/33248>> Acesso em 16 de fevereiro de 2023.