

A COBERTURA DE NOVAS DOENÇAS POR OPERADORAS DE SAÚDE, NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA.

Vinícius Bergantini Parede ¹
Prof. Dr. Matheus Massaro Mabtum ²

RESUMO

Diante dos novos cenários enfrentados pelo sistema público de saúde, o presente artigo analisa a cobertura obrigatória de doenças pelos planos de saúde. Tem por objetivo discorrer sobre a saúde suplementar brasileira, frente os desafios da saúde pública nacional diante de novas doenças, sejam elas pandêmicas ou epidêmicas, que ofereçam risco de colapso ao sistema de saúde. Para tanto, será desenvolvido pela perspectiva de que os planos de saúde devem operar no país sob a égide da constituição e, conseqüentemente, sob os princípios que regem o SUS, de forma que, mesmo sendo operadoras privadas com fins lucrativos, não se eximem da carta magna brasileira. No mais, a metodologia será indutiva empírica, com enfoque bibliográfico e qualitativo que inclui, e não somente, a análise da atuação da ANS, a Lei nº 9.656/98 dos planos e seguros de saúde privados, o Código do Consumidor, a Medida Provisória 1067/2021 que modifica a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar. Por fim, busca-se adentrar no debate e fornecer subsídio teórico para uma área mais específica do direito da saúde suplementar.

Palavras Chave: Saúde Suplementar; Direito Fundamental; Saúde Pública; Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

Desde a inclusão na Constituição Federal do Brasil de 1988 da saúde privada, e a criação da lei nº 9.656/98, muito se recorreu aos tribunais buscando efetivar possíveis direitos acerca da prestação da saúde suplementar.

Principalmente por ser uma questão tão defendida e garantida pela Constituição, o tema da saúde se mistura com a ordem econômica vigente, o que gera expectativas de direitos dos consumidores, que entram em conflito com as expectativas de lucros das Operadoras de Saúde Suplementar. É neste contexto em que entra a discussão sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em que proporciona interpretação a ser utilizada para equilibrar as relações de consumo que existem entre segurado e operadora.

Com a entrada no debate sobre os princípios consumeristas, abre-se a grande divergência de entendimentos jurisprudenciais com relação ao Rol de

¹ Graduando em Direito no Centro Universitário UNIFAFIBE de Bebedouro - SP. E-mail: bergantiniparede@gmail.com

² Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2006). Doutor em Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. (2021) Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP (2014). Especialista em Direito Administrativo. (2013) Professor em cursos de graduação e pós-graduação. Docente no Centro Universitário UNIFAFIBE. E-mail: mabtum@gmail.com

procedimentos obrigatórios da lei dos planos de saúde, no qual são postos os entendimentos que, o referido rol deveria ser taxativo ou exemplificativo, sendo que o rol taxativo impediria que fossem deferidos novos procedimentos que não são contemplados no rol. Já o exemplificativo, entende que o rol seria uma lista de base mínima que não impede o deferimento de procedimentos receitados pelos médicos.

No mais, em análise das súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo, nota-se uma tendência ao entendimento de maior proteção dos interesses coletivos em detrimento ao interesse privado das Operadoras, principalmente nas súmulas do Tribunal de São Paulo.

Diante da análise da conjuntura do cenário da Saúde Suplementar no Brasil, o presente trabalho se propõe a questionar se o rol obrigatório deveria abarcar as novas doenças que surgem no mundo e que oferecem risco direto ao sistema coletivo de saúde.

Por fim, a metodologia a ser utilizada é a bibliográfica e documental, por utilizar trabalhos, artigos e pesquisas acadêmicas, bem como dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), legislação e súmulas de tribunais, e teórico-dedutiva, por se basear nas conclusões e dados bibliográficos sobre o tema para estabelecer comparações dialéticas sobre a viabilidade ou não da proposição.

Com relação a pesquisa documental realizada acerca dos dados do portal de transparência da ANS, foram coletadas informações acerca da quantidade de usuários dos planos de saúde, bem como a quantidade existente e a evolução do número de operadoras de saúde no Brasil.

2 PLANOS DE SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De início, se faz necessário esclarecer a relação da saúde privada com o ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição brasileira. Pode parecer por vezes óbvio que, nada está acima ou fora da Constituição, porém é recente em termos jurídicos o debate sobre a constitucionalização do Direito Privado, uma vez que a ideia neoliberal, importada do direito anglo-saxão, era a de supremacia e absoluta vontade entre as partes.

No entanto, mesmo que a Constituição Federal de 1988 tenha facultado em regular em maiores detalhes a saúde privada no país, em seu artigo 199, inclui a saúde suplementar, tornando-a constitucional. Portanto, é necessária uma análise

da atuação das Operadoras de Saúde sob a luz da carta magna, principalmente por atuar em um setor em que é amplamente garantido e protegido, o da saúde.

Tendo em vista essa pequena introdução, retomo ao artigo 199 da CF/88, mas em seu §1º, o qual diz que as instituições privadas participarão de forma complementar e segundo diretrizes do sistema único de saúde. Ademais, o art. 197, prega que são de relevância pública ações e serviços de saúde, incluindo as pessoas jurídicas de direito privado, portanto, deve-se ter como ponto de partida que os planos de saúde devem priorizar a dignidade humana, bem como garantir com plenitude e boa fé a saúde pública como um coletivo, considerando que o coletivo se faz com ou sem conveniados ao sistema de saúde. Com isso, não significa que estariam sendo as Operadoras obrigadas a atender gratuitamente qualquer cidadão, mas sim que, na visão de saúde pública coletiva, deve andar complementando o Sistema Único de Saúde (SUS) com um suporte digno às pessoas que são conveniadas, pois, apesar do sistema único ter o dever de atender com plenitude os cidadãos, não se pode considerar que os atendimentos dos planos de saúde se atenham apenas à enfermagem e consultas ambulatoriais básicas, uma vez que deve ser complementar.

Como explica Marily Diniz do Amaral Chaves (2005), o direito está em constante mutação e mesmo que hajam normas constitucionais que norteiam o direito, a Constituição não pode ser uma pedra rígida imutável, ela deve se atentar para a realidade fática da sociedade atual, sem esquecer do seu sentido de ser e do que a levou a ser constituída, acima de tudo, norma de base de um Estado Social e coletivo. Segue trecho:

Sob esse enfoque de que o direito é dinâmico e, portanto, não pode ser um sistema fechado na medida em que precisa atender as demandas sociais, torna-se incontestável a importância dos princípios constitucionais que refletem os valores sociais, e em razão de sua baixa densidade semântica e pequena carga normativa tem a função de flexibilizar a Constituição, adaptando-a às novas realidades, tornando o mecanismo de alterar a Constituição por meio de Emenda o último recurso a ser utilizado, a fim de garantir o máximo possível de estabilidade e segurança jurídica, cumprindo assim o objetivo do Estado de Direito. (CHAVES, 2005, p. 62).

Nessa perspectiva, a autora também menciona que deve haver um equilíbrio entre a livre iniciativa e a dignidade humana. Para tanto, Marily Diniz do Amaral Chaves (2005) realiza um processo de hermenêutica constitucional para expor as individualidades e importâncias de ambos princípios em análise, de forma que o

princípio da dignidade humana é de fato a essência, não só da Constituição, mas da sociedade humana moderna, uma vez que tal princípio abarca o sentido de nos fazermos humanos, individualizando nossas necessidades e resguardando assim direitos que nem mesmo sabemos ainda precisar. Em contrapartida, o princípio da livre iniciativa remonta ao início do liberalismo e à essência do Capitalismo, o qual, longe do presente trabalho aprofundar-se na eficiência ou não do mesmo, está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana.

Portanto, logo a livre iniciativa estando também garantida pela dignidade humana, se faz claro que o último prevalece sobre o primeiro; em um conflito que a livre iniciativa viole a dignidade de ser quem somos, do bem estar social e conseqüentemente a coletividade, o direito individual do lado mais vulnerável deverá ser protegido. Conclui a autora:

Considerando a questão principiológica das normas constitucionais, a evolução constitucional tanto dos direitos sociais como da livre iniciativa, a ampliação do princípio da dignidade do ser humano e sua função no contexto constitucional, podemos por ora traçar uma conclusão preliminar. Sustentamos que havendo qualquer confronto entre o direito à saúde e a livre iniciativa, princípio este que se refere ao meio pelo qual é prestado o serviço de saúde suplementar, deve prevalecer o direito ao objeto da prestação, qual seja a saúde, sob pena de ferir-se uma série de princípios fundamentais da República Federativa brasileira, dentre eles o princípio da dignidade do ser humano, o que não se admite em sede de Direito Constitucional. (CHAVES, 2005, p. 114-115).

O principal ponto de equilíbrio que deve haver entre os interesses dos indivíduos e das operadoras, em específico ao tema, é que deverão ser analisados casos discrepantes, que não estejam de acordo com temas já sedimentados pela jurisprudência, como por exemplo, questões de tratamentos experimentais de alto custo não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Com o exposto, não se busca que as medidas que sejam tratadas ao longo do trabalho reflitam em um risco de quebra no sistema de saúde privado, visto que desempenha papel constitucional complementar ao SUS.

2.1 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS PLANOS DE SAÚDE

Após o exposto no tópico anterior, partiremos para a análise da relação segurado/operadora de saúde, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Em síntese, conforme Renan William Kraus (2019) os direitos consumeristas obtiveram relevante destaque na Constituição de 1988, os quais obtiveram expressa

e imperativa proteção legal, uma vez que se encontra dentro do artigo 5º abarcado pela defesa das cláusulas péticas.

A lei nº 8.078/90 que instituiu o CDC, portanto, vem ao cenário jurídico nacional para dar efetividade ao art. 5º, inciso XXXII da CF/88, de modo inovador, ao apresentar um código multidisciplinar, ao verter sobre áreas do direito civil, penal, processual, etc. Também inova por ter como característica básica normas principiológicas, sendo considerado um diploma de normas horizontais e de eficácia supralegal, como menciona Fábio Schwartz:

A divergência terminológica, entretanto, não revela verdadeiro dissenso doutrinário. A classificação do CDC como sendo um microsistema não retira dele sua vocação irradiante por toda ordem jurídica, eis que tal efeito decorre, em verdade, das características das normas nele contidas, as quais denotam a adoção de valores e princípios próprios, segundo reza seu art. 1º, ao estatuir que “são de ordem pública e de interesse social, nos termos dos arts. 5º, XXXII, 170, V, da CF/88 e art. 48 de suas disposições transitórias.”

Assim, nos parece que quando se assinala o CDC como uma norma de sobredireito, ou uma sobre-estrutura jurídica, não se está perquirindo sua classificação, mas tão somente apontando as consequências, ou efeitos, da adoção do modelo principiológico pelo Código. Portanto, no nosso entender, os doutrinadores não contendem nesse aspecto, mas estão se referindo um à causa e os outros aos efeitos do modelo principiológico adotado pelo CDC [...] (SCHWARTZ, 2019, p. 10-11)

Portanto, a eficácia legal do referido diploma tem prioridade e dever de ser norma e orientação jurídica, principalmente por seu caráter principiológico, o CDC trata da defesa do consumidor, por ser parte vulnerável e que deve ser reconhecido como tal. Essa defesa, entretanto, tem de ser reconhecida como um equilíbrio numa relação em que há pesos diferentes, assim como debatido logo acima entre dignidade humana e livre iniciativa. Renan William Kraus (2019) então, reitera o pensamento de que a relação de consumo deve ser compreendida como um meio de harmonização entre consumidores e fornecedores, bem como observar a compatibilidade dos envolvidos.

No mais, se faz necessária, agora, a análise e revisão das relações de consumo, uma vez que configurada a relação consumerista entre segurado e seguradora, tem-se por base hermenêutica, além da Constituição, o Código do Consumidor, para que sirvam de subsídios na análise do objetivo do presente trabalho. Portanto, conforme o CDC, consumidor é todo aquele que adquire produto ou serviço como destinatário final. O contratante de plano de saúde paga por um

serviço pessoal, que será utilizado para seu benefício próprio, sem destinatário final, conclui-se que é consumidor.

Já as Operadoras de Saúde, não resta dúvidas quanto à classificação do artigo 3º, sendo pessoa jurídica que presta serviço, remunerado. Conclui-se que são fornecedoras de serviço, para o segurado (consumidor).

Tendo em vista o quanto demonstrado que o CDC é norma de eficácia horizontal, se posicionando acima de normas ordinárias, uma vez que está enraizado no ordenamento jurídico pátrio, bem como fora configurada a relação de consumo entre segurado e seguradora, necessário agora amoldar o contrato de plano de saúde com os princípios e regras do CDC.

De início, como expõe a Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial (REsp) 1.876.630:

O Plenário do STF reafirmou, no julgamento da ADI 2.095/RS (julgado em 11/10/2019, DJe de 26/11/2019), que “o poder normativo atribuído às agências reguladoras deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência”, razão pela qual os atos normativos exarados pela ANS, além de compatíveis com a Lei 9.656/1998 e a Lei 9.961/2000, dentre outras leis especiais, devem ter conformidade com a CF/1988 e o CDC, não lhe cabendo inovar a ordem jurídica. Conquanto o art. 35-G da Lei 9.656/1998 imponha a aplicação subsidiária da lei consumerista aos contratos celebrados entre usuários e operadoras de plano de saúde, a doutrina especializada defende a sua aplicação complementar àquela lei especial, em diálogo das fontes, considerando que o CDC é norma principiológica e com raiz constitucional, orientação essa que se justifica ainda mais diante da natureza de adesão do contrato de plano de saúde e que se confirma, no âmbito jurisdicional, com a edição da súmula 608 pelo STJ. (BRASIL, 2021, A)

Os atos normativos produzidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) devem estar de acordo com a CF/88 e o CDC, o que inclui considerar os segurados como vulneráveis, impedir abusos, principalmente nas relações de contratos de adesão e interpretar as cláusulas de modo mais favorável ao consumidor. É abusivo, então, a prática adotada pelas Operadoras de Saúde em restringir tratamentos de doenças previstas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID) uma vez que indicadas pelo rol em seu artigo 10º (Lei nº 9.656/98) e cobertas pelo plano, a limitação contratual, ou por norma da ANS, desses tratamentos, prescritos por médico, e autorizados pela ANVISA ou pelo Conselho Federal de Medicina, fere a hierarquia legal e os princípios constitucionais e consumeristas.

3 ROL DE COBERTURA OBRIGATÓRIO: TAXATIVO OU EXEMPLIFICATIVO?

Tema de grande debate e alvo de julgamento pelo STJ para pacificação da discussão, o rol de cobertura obrigatória é, por uma das turmas do Egrégio Tribunal, reconhecido como exemplificativo e por outra taxativo.

Como analisado anteriormente sobre a constitucionalização da saúde pública, bem como a aplicação do CDC, a interpretação do rol como exemplificativo é a teoria e o entendimento reiterado de decisões para basear de melhor forma os interesses coletivos, bem como do consumidor. Esta teoria, defendida pela Ministra Nancy Andrighi, faz com que as operadoras não estejam vinculadas a oferecer o mínimo coberto pelo rol da Lei dos Planos de Saúde (9.656/98).

Trata-se de um debate complexo, portanto, conforme a muito discutido, serão analisadas as pontuações feitas pela Ministra defensora do mesmo. Nancy Andrighi (2021) traz um ponto de vista fundamental para o debate, quando expõe que o consumidor em sua vulnerabilidade, ao assinar contrato básico com plano de saúde, de adesão, sem forças para debater com a prestadora, não tem o conhecimento técnico, muito menos preditivo, de que algum tempo depois poderá ter uma doença coberta pelo rol, mas que o tratamento não está aprovado pela operadora de saúde. A vulnerabilidade do consumidor decorre de que o rol base não prevê e nem suporta que o segurado saiba quais tratamentos ele poderá precisar um dia. Fere um dos princípios do CDC de forma que não tem o conhecimento e a informação suficientes para estar assinando tal contrato. Ademais, o rol muito menos prevê quais tratamentos e tecnologias inovadoras serão incorporadas ao sistema de saúde como seguras, para uso e, portanto, mais uma vez fere o CDC ao proibir o contato do consumidor com as inovações e que trazem benefícios à saúde. Reforça a Ministra:

Não é razoável impor ao consumidor que, no ato da contratação, avalie os quase 3.000 procedimentos elencados no Anexo I da Resolução ANS 428/2017, a fim de decidir, no momento de eleger e aderir ao contrato, sobre as possíveis alternativas de tratamento para as eventuais enfermidades que possam vir a acometê-lo.

A qualificação do rol de procedimentos e eventos em saúde como de natureza taxativa demanda do consumidor um conhecimento que ele, por sua condição de vulnerabilidade, não possui nem pode ser obrigado a possuir; cria um impedimento inaceitável de acesso do consumidor às diversas modalidades de tratamento das enfermidades cobertas pelo plano de saúde e às novas tecnologias que venham a surgir; e ainda lhe impõe o ônus de suportar as consequências de sua escolha desinformada ou mal informada, dentre as quais, eventualmente, pode estar a de assumir o risco à sua saúde ou à própria vida. (BRASIL, 2021,B)

Em contrapartida, na defesa do rol obrigatório como taxativo, o Ministro Luis Felipe Salomão pondera o equilíbrio econômico das decisões, em como afetam as operadoras e aos outros segurados, analisando como funciona o mercado da saúde privada e a proteção do consumidor. Conforme expõe Salomão:

O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas. (BRASIL, 2020)

Portanto, considerar o rol exemplificativo poderia encarecer os planos, uma vez que não haveria diferenças entre as operadoras, levando ao prejuízo consumidores e prestadoras de serviço de saúde. Reitera o Ministro Luis Felipe Salomão (2020) que ao ser levado em conta o Código de Defesa do Consumidor, se deve ter por princípio a harmonia da relação, não podendo haver um descompasso em que o consumidor estaria em vantagem em relação ao fornecedor. Continua dizendo que, o rol como taxativo é constitucional, pois é concebido sobre o tripé segurança, efetividade e impacto econômico.

O impacto econômico já foi mencionado. A segurança, é no sentido de que o rol taxativo impediria abusos por parte de operadoras em oferecer tratamentos experimentais, ou tratamentos aprovados, mas que são prejudiciais ao segurado. Por fim, a efetividade está baseada em pontos técnicos da área da saúde, em que os tratamentos do rol seriam aqueles não caros demais, mas que efetivamente servem ao bem estar do paciente, sempre tendo em vista, portanto, o equilíbrio da relação.

3.1 EQUILÍBRIO ECONÔMICO DO ROL OBRIGATÓRIO

No presente tópico, não será proposto, ou tem a intenção de fazer cálculos contábeis ou análises profundas de mercado, uma vez que não é o objetivo do

trabalho. Entretanto, será feita uma análise bibliográfica sobre as questões que impactam o mercado da saúde privada brasileira, uma vez que é de suma importância para o entendimento a ser tomado quanto da decisão do rol taxativo ou exemplificativo.

Tendo em vista o exposto, de início se percebe que o mercado de planos de saúde é um tema complexo e de grande debate acadêmico. Conforme Renato Madrid Baldassare (2014), em uma análise do cenário nacional dos anos 2000 a 2013, traz observações que impactam as operadoras de saúde em diferentes níveis. Um exemplo é a regulamentação pela ANS da obrigatoriedade das operadoras em ter uma reserva de valores para despesas rotineiras. Para Baldassare:

Além da instituição de reservas financeiras, outras determinações da ANS provocaram impacto nas empresas reguladas, como o registro de produtos, a **definição do rol mínimo de procedimentos cobertos** e o controle dos preços praticados na venda dos planos de saúde. (BALDASSARE, 2014, p. 17, grifo nosso)

Nota-se que, mesmo à época do estudo, a definição de um rol mínimo obrigatório já era causa de instabilidade financeira para as empresas. Informa a ANS que o número de operadoras ativas no Brasil vem caindo ano a ano, demonstrando uma concentração do mercado. Entre os anos de 2011 a 2021, o número de operadoras caiu de 1.015 para 703 (ANS, 2022) e de acordo com Renato (2014), entre o período estudado pelo autor, quase 90% foram a pedido (75%) e por liquidação extrajudicial (11%), com apenas 3,6% incorporações. No entanto, constata o autor que:

Embora 59,7% dos cancelamentos de registros tenham sido de operadoras que não informaram o número de beneficiários, as operadoras de médio e grande porte (de 20.001 a 100.000 e acima de 100.001 beneficiários, respectivamente) deixaram o mercado em proporções visivelmente menores, 1,7% e 0,2%. (BALDASSARE, 2014, p. 18)

Resta claro que, por ser um ramo comercial privado especial, também opera de forma complexa. A tendência, portanto, é de que as medidas tomadas pela ANS, ou por outras formas de regulação, impactam mais fortemente as empresas de pequeno porte, com poucos beneficiários. Em estudo feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea):

Na verdade, a partir de uma comparação ano a ano, verifica-se que, em todo período, a taxa de lucro das operadoras líderes superou a taxa das grandes empresas brasileiras. Inclusive, em diversos momentos, esse indicador chegou a ser três vezes superior à taxa média da economia brasileira: na média, 18% contra 6% do total das empresas financeiras e não financeiras entre 2008 e 2019. (IPEA, 2021)

Em contrapartida, as grandes operadoras batem recordes de lucros, puxando os dados do mercado para cima, o que faz a questão do equilíbrio financeiro dos contratos entre segurados e seguradoras dever ser, além de tudo, observado o porte da empresa classificado pela ANS entre pequena, média ou grande, para que então haja uma equidade e um balanceamento na aplicação de medidas e decisões sobre cada caso concreto.

4 SÚMULAS E LEGISLAÇÃO SOBRE A COBERTURA OBRIGATÓRIA

Passada a análise das incidências legais sobre contratos de planos de saúde, bem como a relação econômica dos contratos e os impactos de decisões sobre referida relação, entra no debate o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e o atual posicionamento legislativo acerca do tema.

De início, nota-se que das redações das súmulas proferidas pelo TJSP, reitera o posicionamento de equidade da relação, tendo em vista a vulnerabilidade e hipossuficiência dos consumidores.

Conforme a Súmula 100 do referido tribunal, considera legítima a aplicação do CDC aos contratos de plano de saúde, inclusive aos anteriores à Lei dos Planos de Saúde (9.656/98):

O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça)

A qual está, em parte, em harmonia com a súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.” (BRASIL, 2018). Apesar de uma ser mais abrangente do que a outra, concordam com a aplicação do CDC.

Com relação à Súmula 102 do TJSP, existe um pré requisito para o deferimento da medida judicial para obrigar o plano de saúde a cobrir o tratamento de fora do rol da ANS, qual seja a prescrição médica:

Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO)

Ou seja, para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é abusiva tal negativa, o que pode-se entender como uma interpretação exemplificativa do rol, desde que haja expressa indicação médica. Segue o Tribunal em editar as Súmulas 103 e 105 respectivamente:

É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO)

Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO)

Nota-se, portanto, que nas súmulas mencionadas, se preserva os direitos do consumidor acima dos interesses privados das operadoras e da manutenção contratual, declarando assim regras de contratos por adesão como abusivas.

Diante do posicionamento sumulado pelo colendo tribunal, e pelo todo exposto até então, conclui-se nesse momento que há abusividade nos contratos de planos de saúde privada, demonstrando inclusive a necessidade de ser sumulado entendimentos como o prazo de carência para atendimentos de emergência, ou a negativa para tratamento de doenças pré existentes, as quais nem mesmo os segurados tinham conhecimento, devendo, portanto, ficar a cargo da empresa do ramo da saúde em realizar os exames necessários de admissão do segurado.

Em todas essas situações, há respectiva súmula no STJ, quais sejam 302, 597 e 609. Portanto, não se pode ignorar que, em ambos tribunais é reconhecida a vulnerabilidade dos segurados, o desequilíbrio da relação e as reiteradas formas de abusos por parte das Operadoras de Saúde. Desse modo, definir o “rol da ANS”

como taxativo poderia ser considerado incompatível, tendo em vista o caminho de entendimento tido pelos julgados reiterados que acabaram por ser sumulados.

No mais, houve uma atualização legislativa da Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) pela Medida Provisória de nº 1.067 de 2021 que foi convertida na Lei 14.307 de 2022 que versa sobre a atualização do rol de cobertura obrigatória.

A principal alteração está na redação dos parágrafos do artigo 10 da Lei dos Planos de Saúde, em que foi implicitamente instituído o rol como taxativo ao regular sobre sua atualização. Como depreende-se da redação do antigo §4º do artigo 10 da referida lei, “A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS” (BRASIL, 2001), a nova redação inclui e deixa expresso qual coberturas se referem a nova legislação: “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.” (BRASIL, 2022). No entanto, é pela análise do recém incluído artigo 10-D que infere-se a ideia do legislador em instituir um rol taxativo:

Art. 10-D: Fica instituída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar à qual compete assessorar a ANS nas atribuições de que trata o § 4º do art. 10 desta Lei. (BRASIL, 2022)

Com a inclusão deste artigo que indica expressamente o §4º, o qual reitera a amplitude (máxima) dos planos de saúde, para o método de atualização, estipula que o rol obrigatório regido por esta lei e editado pela ANS, torna-se fechado.

No entanto, ignora a nova legislação a competência do CDC, os princípios constitucionais aqui já expostos, bem como o entendimento de tribunais, uma vez que reforça a atualização para um rol taxativo, mas não soluciona o debate do tema em torno da vulnerabilidade do consumidor frente ao equilíbrio econômico dos contratos de plano de saúde privado.

Apesar de não obrigatória e não serem vinculantes, as súmulas editadas pelos tribunais demonstram claro posicionamento e efetiva hermenêutica jurídica em analisar a ordem legal, dos princípios constitucionais e de defesa do consumidor.

No mais, enquanto vaga a lei 9.656/98 para definir a taxatividade ou não do rol, deveria ser interpretada em consonância ao Código de Defesa do Consumidor. Com a inovação legal trazida pela Lei 14.307/2022, poderia se dizer que supriu a

indefinição que existia, mas, traz à luz a discussão se então deveria ser abarcada no ordenamento jurídico, porque estaria em contradição à interpretação de norma superior. Ser norma horizontal, com base principiológica, não tira o caráter positivo das normas do CDC e seria dizer que a nova lei prevalece sobre os princípios consumeristas.

Portanto, pode-se entender que ao editar súmulas e definir um entendimento de interpretação legal com base em norma superior, o judiciário não faz lei, mas aplica a vontade do legislador que criou o referido diploma legal e ignorar isso seria violar a forma como age o direito.

5 NOVAS DOENÇAS FRENTE O ROL OBRIGATÓRIO

Ante todo o exposto, o presente trabalho propõe a pergunta que eleva um pouco mais o debate. As Operadoras de saúde têm a obrigação de cobrir tratamentos para novas doenças, que ofereçam risco pandêmico ou epidêmico? Para este questionamento, será utilizada toda a construção lógico-dedutiva construída até então, bem como o posicionamento majoritário adotado pelos tribunais analisados e por fim os princípios de direito.

Como ponto de partida, as operadoras de saúde desempenham um serviço essencial e protegido constitucionalmente. Portanto, a prestação de cuidados suplementares à saúde da população exige um mínimo de planejamento e sincronia com a saúde pública. Por exemplo, em campanhas de vacinação da gripe. No entanto, diante de um cenário de risco ao colapso da saúde pública, frente a uma nova doença de alto contágio, a validade da negativa sobre o argumento contratual de não abrangência, automaticamente implica em uma maior pressão ao setor público de saúde, sobrepujando o interesse privado à necessidade pública - tema anteriormente debatido - o que contraria a questão social da saúde suplementar no Brasil.

Diante dos desafios da pandemia do SARS-CoV-2 (Covid-19), podem ser usados de exemplo e de base para o raciocínio construído até então, uma vez que fora uma variante de um vírus já existente que causou uma doença não antes prevista, que afetou bilhões de pessoas ao redor do globo. Na questão nacional do Covid-19, sem entrar no mérito das medidas do ente público ao combate da pandemia, ficou notório o sufocamento do Sistema Único de Saúde e que, em efeito cascata, atingiu os hospitais particulares e as Operadoras de Saúde.

Fazendo paralelo ao cenário que fora enfrentado pelo país, com o presente trabalho, em questão de direitos, os segurados de planos de saúde deveriam ficar desamparados sob a premissa das Operadoras de que por se tratar de nova doença, não há obrigação em cobrir os tratamentos? A questão deve ser tratada como prioridade de saúde pública ou de interesse privado? A partir do certo distanciamento que requer o direito sobre o fato, mas em retrospecto com o quanto já debatido sobre os entendimentos, o interesse coletivo e social aparentemente tem prevalência e, tendo em vista isso, a questão posta a controvérsia é que situações similares de surgimento de doenças impõe que o direito pátrio tome uma posição equilibrada, sem passar por cima do interesse coletivo e da saúde pública.

Deste modo, em exposição de fatos sobre o tema da saúde privada, diz Júnior de Oliveira Costa (2021) sobre posicionamento do Supremo Tribunal Federal que em Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgou e firmou posicionamento de que diante da normativa constitucional, não pode ocorrer a contragosto da ordem social, os lucros da rede privada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre todo o exposto e desenvolvido no trabalho sobre a relação entre o direito público e o direito privado, foi analisada a constitucionalidade e a recepção pela Constituição Federal de 1988 acerca da saúde suplementar. Como pontuado por pesquisadores e ministros do STJ, o tema está mais do que sedimentado em dizer que as relações privadas, mesmo que regidas por regras de direito privado, devem obedecer à normativa constitucional, as quais incluem princípios constitucionais e as normas hierarquicamente superiores, como o Código de Defesa do Consumidor.

Dentro deste tema, foi demonstrado o firme entendimento do acolhimento constitucional do CDC, bem como a aplicação deste diploma legal às relações de consumo existentes entre segurado e operadoras de planos de saúde. Como consequência, ao constatar tal entendimento, passou-se a aplicar a visão consumerista à lei dos planos de saúde (9.656/98). Desta forma, é apresentado o debate ainda sem consenso com relação a taxatividade ou não do rol mínimo obrigatório proposto na referida lei e atualizado pela ANS.

Neste momento, verifica-se que dentro dessa situação controversa, houve atualização legislativa que propõe implicitamente um rol taxativo ao incluir o artigo 10-D e modificar o §4º do artigo 10 da Lei 9.656/98.

Não obstante, houve a apresentação da defesa dos dois posicionamentos majoritários sobre o tema no STJ. De um lado a Ministra Nancy Andrighi, em defesa do rol exemplificativo, e de outro o Ministro Luis Felipe Salomão Salomão. Dentro os pontos cruciais para o tema, trazem os ministros a relação econômica que envolve a questão, que afeta diretamente consumidores e empresas, de modo que não se pode pesar demais para nenhum dos lados. Por fim, com relação ao mesmo equilíbrio econômico, foi verificado que os impactos das medidas legislativas e normativas da ANS sobre o rol taxativo impactam de maneira diferente as operadoras de saúde a depender da quantidade de segurados que cada uma tem.

Após todo o exposto, traz o presente trabalho, por fim, o tema a ser questionado, qual seja a obrigatoriedade da cobertura de novas doenças pelos planos de saúde. A partir das premissas apresentadas e considerando os pontos divergentes, propõe-se que o rol deve ser considerado exemplificativo. No entanto, deve haver uma modulação para cada caso concreto apresentado pelas Operadoras de Saúde, de modo que as menores, que já vem fechando ao longo dos anos - demonstrando uma concentração do mercado - devem ter especial atenção do judiciário para a definição do rol como exemplificativo, podendo ser considerado taxativo por questão de equilíbrio econômico.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Operadoras com beneficiários (Brasil – 2011-2021)**. 2022, Disponível em: <<https://www.gov.br/ans/pt-br/acao-a-informacao/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 30 de mar. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Nº 1.876.630 - SP (2020/0125504-0). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Unimed De Sorocaba Cooperativa De Trabalho Médico. Advogados: Luiz Roberto Meirelles Teixeira - SP 112411. Ednei Angelo Correa - SP245618. Recorrido: Karine Lisboa Senwaitis. Advogado: Márcio Borges - SP159717. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2027111&num_registro=202001255040&data=20210311&formato=PDF. Acesso em: 30 de mar. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Nº 1.733.013 - PR (2018/0074061-5). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Recorrente: Victoria

Teixeira Bianconi. Advogados: Adriano Moro Bittencourt - PR 025600. Suelen De Oliveira Vianna - Pr066371. Recorrido: Unimed De Londrina Cooperativa De Trabalho Médico. Advogados: Marco Túlio De Rose - RS 009551. Paulo Roberto Do Nascimento Martins - RS 028992. Armando Garcia Garcia - PR 004903. Rafael Lima Marques - RS 046963. Cássio Augusto Vione Da Rosa - RS 050660. Soc. De Adv.: De Rose, Martins, Marques E Vione Advogados Associados Interes.: Federação Nacional De Saúde Suplementar - "Amicus Curiae". Advogados: Frederico José Ferreira - RJ 107016. Luis Felipe Freire Lisboa E Outro(S) - DF 019445. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&formato=PDF. Acesso em: 30 de mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Súmula nº 100. O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais. Presidência da seção de direito privado - **GAPRI**, biênio 2020/2021, p. 67, Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/GAPRI/SumulasTJSP-STJ-STF.pdf?d=1648663401338>. Acesso em: 30 de mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Súmula nº 102. Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS. Presidência da seção de direito privado - **GAPRI**, biênio 2020/2021, p. 67, Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/GAPRI/SumulasTJSP-STJ-STF.pdf?d=1648663401338>. Acesso em: 30 de mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Súmula nº 103. É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98. Presidência da seção de direito privado - **GAPRI**, biênio 2020/2021, p. 67, Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/GAPRI/SumulasTJSP-STJ-STF.pdf?d=1648663401338>. Acesso em: 30 de mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Súmula nº 105. Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional. Presidência da seção de direito privado - **GAPRI**, biênio 2020/2021, p. 67, Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/GAPRI/SumulasTJSP-STJ-STF.pdf?d=1648663401338>. Acesso em: 30 de mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 608. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 de Abril de 2018. Brasília. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_608_2018_segunda_secao.pdf. Acesso em: 31 de mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 de maio de 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de Agosto de 2001**. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 27 de Agosto de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2177-44.htm#art1. Acesso em: 30 de mar. 2022.

BRASIL. **Lei 14307, de 3 de Março de 2022**. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 4 de Março de 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14307.htm#art1. Acesso em: 30 de mar. 2022.

BALDASSARE, Renato Madrid. **Análise do desempenho econômico-financeiro de operadoras de planos de saúde no mercado de saúde suplementar brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/renato_madrid_baldassare.pdf. Acesso em: 30 de mar. 2022.

CHAVES, Marily Diniz do Amaral. **A saúde suplementar à luz da constituição**. 2005. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/8051/1/Marily%20Diniz%20do%20Amaral%20Chaves.pdf>. Acesso em: 30 de mar. 2022.

COSTA, Júnior de Oliveira. **A efetividade social do direito à saúde no contexto da pandemia de SARS-COV-2: reflexões sobre as operadoras de planos de saúde e a negativa de atendimento ao consumidor**. 2021. 54f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/44838/1/TCC%20-%20UFRN%20-%20OJ%c3%banior%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 30 de mar. 2022.

KRAUS, Renan William. **A aplicação do código de defesa do consumidor nos contratos de planos de saúde suplementar**. 2019. 43 f. Monografia (Graduação em Direito) - Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Santa Rosa, 2019. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/6490>. Acesso em: 31 de mar. 2022.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; LEAL, Rodrigo Mendes; CARDOSO, Simone de Souza. **Lucro líquido per capita de planos de saúde mais que dobrou em quatro**

anos. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 28 de set. de 2021. Nota Técnica. Disponível em:
https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=38540. Acesso em: 31 de mar. 2022.

SCHWARTZ, Fábio. **Manual de Direito do Consumidor:** tópicos & controvérsias. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020. Disponível em: Acesso em: 31 de mar. 2022.