



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL.

Distribuição por prevenção ao Ministro Luís Roberto Barroso (art. 77-B do RISTF).

PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 00.719.575/0001-69, com sede na SAFS - Quadra 02 - Lote 03 (atrás do anexo do Itamaraty), Plano Piloto - Brasília/DF, CEP: 70042-900, neste ato representado por seu presidente nacional, **CARLOS ROBERTO LUPI**, brasileiro, administrador, portador da cédula de identidade nº: 036289023, expedida pelo IFP/RJ, 20, com endereço eletrônico: clupi@uol.com.br, com endereço na SAFS, s/nº, Quadra 2, Lote 3, atrás do Anexo Itamaraty, Plano Piloto, Brasília/DF, CEP: 70.042-900, vem, respeitosamente, por seus advogados *in fine* assinados, constituídos mediante instrumento procuratório que segue em anexo (**doc. 01**), perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 102, §1º, da Constituição Federal de 1988, bem como nos dispositivos da Lei nº 9.882/1999, propor a presente

<p>ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DE URGÊNCIA</p>
--

indicando como preceitos violados o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, a saúde, a legalidade e a proteção econômica do consumidor; e como ato do Poder Público causador da lesão, o art. 2º da Resolução Normativa nº 465/2021, expedido pela **AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)**, pessoa jurídica de direito público,



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



inscrita no CNPJ sob o nº 03.589.068/0001-46, com sede na Avenida Augusto Severo, nº 84, Glória, Rio de Janeiro (RJ), CEP 20021-040, conforme será demonstrado nos tópicos a seguir alinhavados:

I. DOS FATOS

A Lei nº 9.961/2000 estatuiu a ANS como uma autarquia especial que atua “como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde” (art. 1º, *caput*). Cabe à referida agência reguladora “elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988, e suas excepcionalidades” (art. 4º, inciso III). Ainda, dispõe o art. 3º da Lei nº 9.961/2000, que a ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, de modo a contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Como é cediço, apesar da Constituição Federal de 1988 acentuar que a saúde é um direito de caráter universal, hoje, o mercado de planos de saúde atingiu a marca de quase 49 milhões de beneficiários, de acordo com dados da ANS.¹ O setor de saúde suplementar é regulado pela Lei nº 9.656/1998, que prevê o plano-referência de assistência à saúde, de caráter obrigatório para as operadoras, cuja cobertura deve albergar as doenças listadas

¹ Disponível em: < <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/numeros-do-setor/planos-de-saude-setor-encerra-2021-com-crescimento-continuo-em-seus-12-meses> > . Acesso em 29 de junho de 2022.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da OMS. Confira-se:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Em sequência normativa, o §1º do art. 10 da Lei nº 9.656/1998 estabelece que as exceções constantes nos incisos do art. 10 serão objeto de regulamentação pela ANS. Em igual sentido, também dispõe que a amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS (art. 10, §4º, da Lei nº 9.656.1998).

Recentemente, a Lei nº 14.307/2022 incluiu dispositivos na Lei nº 9.656/1998 para dispor sobre prazos de atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar pela ANS, que será realizada por meio de instauração de processo administrativo a ser concluído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, prorrogável por 90 (noventa) dias corridos quando as circunstâncias o exigirem (§7º do art. 10).

Outrossim, determina o §8º do art. 10 da Lei nº 9.656/1998 que os processos administrativos e atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar referente aos tratamentos listados nas alíneas c do inciso I e g do inciso II do *caput* do art. 12 desta Lei deverão ser analisados de forma prioritária e concluídos no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, prorrogável por 60 (sessenta) dias corridos quando as circunstâncias o exigirem

Fácil perceber, por um lado, que o art. 10 da Lei nº 9.656/1998 já dispôs sobre as exceções acerca da obrigatoriedade de cobertura. Noutro quadrante, também vislumbra-se que o elastério temporal para a atualização do rol é *per se*, inconstitucional, na medida em que estabelece prazos que, para além de não alcançar as novidades tecnológicas referentes aos tratamentos médicos, não asseguram a proteção à vida e a saúde dos usuários dos planos de saúde.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



A ANS, a partir da publicação da Resolução Normativa nº 465 (art. 2º), passou a estatuir que “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”.

A concepção do Rol como taxativo conduz à diminuição de coberturas disponíveis, de modo a estorvar o acesso aos serviços necessários à salvaguarda da vida e da saúde dos usuários. Isso porque, para além do processo de atualização do rol não ser constante e célere, criará mais entraves para que serviços essenciais à garantia da vida e da saúde sejam usufruídos pelos cidadãos.

Cite-se, nesse norte, que o art. 3º, inciso I, da Resolução nº 470/2021, estabelece que o processo de atualização do Rol deverá observar a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, de modo a contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país. No entanto, não é necessário demandar muitos esforços para observar que, a manutenção do Rol como taxativo vai na contramão da razão de ser da agência reguladora.

É que o ato do poder público em apreço pode prejudicar mais de 8 milhões de beneficiários, que podem precisar alterar ou interromper os respectivos tratamentos. Cite-se, por exemplo que, tipos de quimioterapia oral e de radioterapia, técnicas de robótica, como a cirurgia de próstata, e outros tratamentos não estão inclusos na lista de “procedimentos considerados indispensáveis”, que os planos de assistência médica do



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



país são obrigados a oferecer. ² Desse modo, os planos de saúde ficam isentos da obrigatoriedade de custear determinados tratamentos, limitando-se a um rol básico que não abarca diversos tratamentos essenciais à manutenção da saúde dos usuários.

Entidades como o Conselho Nacional de Saúde (CNS) expediram nota pública contra o Rol taxativo da ANS, que causará imenso prejuízo à saúde de quase 50 milhões de pessoas usuárias de planos de saúde. Confira-se:

“Na compreensão do CNS a decisão causará imenso prejuízo à saúde de quase 50 milhões de pessoas, podendo culminar na morte de muitas beneficiárias e beneficiários. Já que, a priori, as operadoras de planos de saúde podem se recusar a custear parte dos tratamentos, havendo assim descontinuidade da assistência que poderá levar ao agravamento do quadro de saúde dos pacientes. A mudança do entendimento sobre a natureza exemplificativa do rol de procedimentos pode aumentar ainda mais a negativa de cobertura das operadoras. Tais negativas cresceram no período da pandemia da COVID-19. Segundo estudo realizado pelo Grupo de Estudos sobre Planos de Saúde e Interações Público-Privadas (GEPS/FMUSP), as negativas de cobertura são o principal motivo de judicializações no Tribunal de Justiça de São Paulo, representando 48,2% das demandas.

O impacto da decisão STJ também atingirá fortemente o Sistema Único de Saúde (SUS) e seus milhões de usuários dependentes. A exemplo disso, sabemos que durante a pandemia da Covid-19, vários planos de saúde recusaram fornecer

² Disponível em: < <https://www.cnnbrasil.com.br/business/rol-taxativo-pode-prejudicar-mais-de-8-milhoes-de-beneficiarios-dizem-entidades/> > . Acesso em 29 de junho de 2022.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



procedimentos diagnósticos a seus beneficiários, uma vez que estes não estavam no rol de procedimentos da ANS. Os beneficiários precisaram recorrer ao SUS para não agravar seus quadros de saúde. Tal situação levou o sistema de saúde do país à beira do colapso. A melhoria na situação só foi possível mediante ações judiciais, inclusive com participação do CNS, que firmaram o entendimento da natureza exemplificativa do rol da ANS. Dessa forma, a justiça fez prevalecer o direito constitucional à vida e à saúde, ao invés de privilegiar a lógica de mercado e do lucro das operadoras privadas que, durante a maior crise sanitária mundial, aumentaram seus rendimentos em mais de 50% e em abril tiveram o maior reajuste da história, imputando um acréscimo de 15,5% aos seus usuários.

Chamamos atenção também para a grave situação do ressarcimento das operadoras privadas ao SUS. Segundo a 3ª Edição do Panorama do Ressarcimento ao SUS – 1º trimestre de 2022, 44,36% dos valores a serem ressarcidos ao SUS pelos planos de saúde privados estão pendentes, em parcelamento ou suspensos judicialmente. Somado ao calote dos planos de saúde, o SUS ainda padece do desfinanciamento crônico gerado pela Emenda Constitucional 95/2016. A LDO 2023 agravou ainda mais o financiamento do SUS quando traz um déficit na ordem de 65,9 bilhões de reais em comparação com o ano anterior. Nesse sentido, as negativas, que já estão ocorrendo devido à decisão do STJ sobre o rol taxativo vão aumentar a demanda ao SUS de forma desproporcional aos recursos financeiros que são destinados a ela”.³

³ Disponível em: < <http://www.conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/2519-nota-publica-rol-taxativo-e-um-retrocesso-contrario-a-vida-e-ao-sus> > . Acesso em 29 de junho de 2022.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



Um dos argumentos apresentados por aqueles que defendem o Rol taxativo é a possibilidade de acarretar prejuízo financeiro às operadoras de plano de saúde ou elevação dos valores cobrados aos beneficiários, como forma de manter a sustentabilidade de suas carteiras. No entanto, esse argumento não se sustenta, uma vez que, a receita das operadoras cresceu R\$ 10 bilhões em 2021. ⁴

Outrossim, faz-se necessário ressaltar que, segundo o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), esta década, de 2010 a 2020, foi a década em que perdurou pacificamente o entendimento dos tribunais acerca do caráter exemplificativo do Rol de Eventos e Procedimentos em Saúde da ANS e, mesmo assim, as receitas arrecadadas por meio de mensalidades saltaram de 72,6 bilhões de reais para 217,5 bilhões. ⁵

Cite-se, por seu turno, que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu entendimento no sentido de que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde detém natureza exemplificativa, com determinação que os planos de saúde devam arcar com os tratamentos determinados pelos médicos dos pacientes, ainda que os procedimentos não estejam previstos em norma pela ANS, e desde que a moléstia esteja listada na CID e a medida não esbarre nas exceções fixadas nos incisos do art. 10 da Lei nº 9.656/1998. Confira-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. ANS. ROL EXEMPLIFICATIVO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na

⁴ Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/noticia/2022/04/planos-de-saude-receita-de-operadoras-cresce-10-bi-em-2021-mas-lucro-cai-com-maior-uso-por-clientes-25492802.ghtml> > . Acesso em 29 de junho de 2022.

⁵ Disponível em: < https://idec.org.br/sites/default/files/manifesto_-_rol_da_ans_2.pdf > . Acesso em 29 de junho de 2022.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. O rol de procedimentos da ANS tem caráter meramente exemplificativo, sendo abusiva a negativa da cobertura pelo plano de saúde do tratamento considerado apropriado para resguardar a saúde e a vida do paciente. (STJ - AgInt no AREsp: 1732163 SP 2020/0181433-2, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 23/08/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2021)

Por tudo isso que resta evidenciado, nesse ponto, que o ato normativo em apreço promove odiosos acintes ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à saúde, à legalidade e à proteção econômica do consumidor; razão pela qual o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuíza esta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para impedir que o referido ato possa continuar a violar direitos constitucionalmente assegurados.

II. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

II.I DO CABIMENTO DA ADPF

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi prevista na Constituição Federal, no artigo 102, §1º, e regulamentada pela Lei nº 9.882/1999. Seu objetivo maior é o de evitar o descumprimento de preceito fundamental, aumentando o grau de proteção jurisdicional. A sua origem está dentro do diapasão de garantir aos



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



preceitos fundamentais plena eficácia, seja no seu aspecto positivo, seja no seu aspecto negativo.⁶

Para André Ramos Tavares, o termo “descumprimento” engloba a violação de norma constitucional fundamental por qualquer comportamento, ou seja, tanto pode descumprir a Constituição um ato normativo como um ato não normativo.⁷ A Lei nº 9.882/1999 contemplou duas modalidades possíveis para o manejo da ADPF, a saber: a arguição autônoma, que representa uma típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto; e a incidental, que pressupõe a existência de determinada lide intersubjetiva, na qual tenha surgido uma controvérsia constitucional relevante.

Conforme dispõe o *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.882/1999, a arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e **terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público**”. Além do descumprimento de preceito fundamental, a Lei nº 9.882/1999 assevera que caberá a ADPF quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição. Para o seu cabimento, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: a) lesão ou ameaça a preceito fundamental; b) um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; c) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Estes três requisitos estão sobejamente configurados, conforme será demonstrado no corpo desta peça inaugural.

⁶ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 703.

⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 313.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



II.II DA LESÃO E AMEAÇA A PRECEITO FUNDAMENTAL. DA OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Preceito significa ordem, comando, prescrição, o que abrange o conceito de norma como gênero do qual defluem duas espécies: as regras e os princípios constitucionais.⁸ O segundo designativo indica a fundamentalidade do preceito, sua imprescindibilidade para o conjunto de normas que formam a Carta Magna.

Nota-se, com isso, que a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível acinte a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmem densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Sustenta André Rufino do Vale que tendo em vista as interconexões e interdependências entre princípios e regras, não seria recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto da Carta Magna.⁹

Dependendo da extensão dada ao mencionado instituto jurídico, ele pode se tornar um relevante instrumento para a garantia dos direitos fundamentais da sociedade, mormente quando não há nenhum sentido para interpretação restritiva do seu alcance,

⁸ “Nos quadrantes do Direito, portanto, a noção de preceito ancora-se na ideia de ‘ordem’, ‘comando’, identificando-se, uma vez mais, com o sentido que se encontra tanto em regras quanto em princípios. Parece, pois, que ‘preceito’ engloba tanto as regras quanto os princípios. Assim, torna-se sinônimo de ‘norma’, no sentido empregado acima, insista-se, designativo das regras e princípios jurídicos”. TAVARES, André Ramos. **Tratado de arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 117.

⁹ VALE, André Rufino. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



que abrangeria apenas os preceitos fundamentais. Mesmo diante da indefinição quanto à extensão do conceito, parece não pairar dúvidas de que cabe arguição de preceito fundamental contra afronta aos direitos e garantias fundamentais (arts. 5º ao 17 da CF/88), às cláusulas pétreas (art. 60, I ao IV da CF/88) e aos princípios sensíveis (art. 34, I a VII da CF/88), dentre outros contidos nas demais partes da *Lex Mater*, que deve ser interpretada como um todo sistêmico.

Frise-se que devem ser entendidos não apenas os preceitos explícitos, mas também os implícitos, que aumentam a eficácia do ordenamento jurídico. Se não fosse assim, a tutela dos direitos fundamentais restaria incompleta, e a jurisdição constitucional deixaria de auferir um importante elemento de legitimidade. Conforme será demonstrado pormenorizadamente, os preceitos fundamentais vulnerados são: direito à vida, a dignidade da pessoa humana, a saúde, a legalidade e a proteção econômica do consumidor.

II.III DO ATO DO PODER PÚBLICO E DA OBSERVÂNCIA AO POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE

A teor do comando vertido do artigo 1º, da Lei nº 9.882/1999, a ADPF terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Frise-se, no ponto, que aí estão incluídos os atos de natureza normativa, administrativa e judicial. No caso posto sob análise, o ato estatal do qual resulta a ameaça de lesão que se pretende consubstancia-se na edição do Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo Presidente da República.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



O artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.882/1999 é categórico quanto à vedação do ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.¹⁰ Vale dizer, a ADPF somente poderá ser usada quando não houver mais nenhum mecanismo adequado para a garantia dos preceitos fundamentais, ou quando esses mecanismos não produzirem os efeitos desejados.¹¹ Da análise do preceptivo legal mencionado poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz de para afastar eventual lesão poder-se-ia manejar a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Para a verificação do cumprimento da subsidiariedade não basta a existência de mecanismos que combatam a lesão a preceito fundamental. É preciso indagar acerca da sua eficácia, da força e extensão do mecanismo, sendo referencial válido, para o uso do teste, haver no sistema judicial a possibilidade de sanar plenamente a lesão a preceito fundamental por outro mecanismo. Esclarece o Ministro Celso de Mello, que o princípio da subsidiariedade “não pode- nem deve- ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos

¹⁰ Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

¹¹ “A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, no entanto, não basta, só por si, para justificar a inovação do princípio em questão, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz e real, a situação de lesividade que se busca neutralizar com o ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental” (ADPF nº 17/ AP, Rel, Min. Celso de Mello).



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção que a Carta Política institui em favor de preceitos fundamentais, de valores essenciais e de direitos básicos, com grave comprometimento à própria efetividade da Constituição”.¹²

Ensina o Ministro Luís Roberto Barroso que “a demora inevitável no esgotamento de todas as outras vias comprometerá, naturalmente, os objetivos visados pela arguição, dentre os quais o de evitar a incerteza trazida por decisões contraditórias e de promover segurança jurídica. É necessária, portanto, uma interpretação mais aberta e construtiva da regra da subsidiariedade. A questão central aqui parece estar na eficácia do outro meio referido na lei, isto é, no tipo de solução que é capaz de produzir. Considerando que a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e contra todos, quando esses efeitos forem decisivos para o resultado que se deseja alcançar, dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva poderá atingi-los”.¹³

In casu, o art. 2º da Resolução Normativa nº 465/2021, para além de revelar ofensa direta à Constituição Federal de 1988, ostenta natureza de ato normativo secundário, no que não é passível de ser objeto de controle de constitucionalidade na ambiência de ADI ou ADC, restando, por isso mesmo, atendido o critério de subsidiariedade para o ingresso com a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Cite-se, a propósito, o entendimento perfilhado por este Egrégio Supremo Tribunal:

¹² ADPF nº 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 314.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



“Não cabe ação direta com vistas a examinar ato normativo secundário que não regule diretamente dispositivos constitucionais. A inconstitucionalidade que autoriza o exercício do controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal é aquela decorrente da incompatibilidade frontal e direta com a Constituição. Precedentes. (STF - ADPF: 559 SP 0083945-63.2018.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 13/06/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 23/06/2022)

Isso dito, ressumbre iniludível que a pretensão ora deduzida nesta sede processual não encontra obstáculo na regra inscrita no artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.882/1999, o que permite, satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade, a admissibilidade da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

III. DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

III.I DO DIREITO À VIDA, À SAÚDE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, INCISO III, ART. 5º, *CAPUT*, ART. 6º, ART. 196 E ART. 197, DA CF/88).

A Lei Maior de 1988 foi a primeira a agasalhar o direito à saúde, que antes não fora previsto por nenhuma outra, disciplinando-o em seu art. 6º e nos arts. 196 e seguintes. A saúde, por ser uma prerrogativa fundamental, é um direito de todos e dever do Estado (União, estados-membros, Distrito Federal e municípios), que deve possibilitar seu acesso à população. O direito à saúde instiga o Estado ao cumprimento das demandas que possam propiciar aos cidadãos uma vida sem nenhum comprometimento que afete seu



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



equilíbrio físico ou mental. Sua extensão de incidência é muito ampla, já que engloba todas as medidas que protegem a integridade da pessoa humana.¹⁴

De acordo com Orlando Soares, o direito à saúde corresponde a um conjunto de preceitos higiênicos referentes aos cuidados para que as funções orgânicas e as medidas de ordem preventiva em relação às doenças.¹⁵ O direito ora retratado ultrapassa a vinculação com o direito à vida, que se encontra destituído de indicações valorativas, mormente, no mais das vezes, reduzido à constatação da produção de sinais vitais, para resguardar a proteção à integridade física, que engloba a saúde corporal e psicológica, bem como o direito ao desenvolvimento da personalidade.

Demais disso, o direito à saúde também ecoa através da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88). Sob esse prisma é que deve ser prestigiada a essencialidade da saúde para o resguardo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo essa parte integrante do convencionado "mínimo existencial", de que o Estado não pode se desvencilhar, devendo praticar todas as ações necessárias ao pleno exercício do direito à saúde por todas as pessoas.

Como o direito à saúde ostenta uma multifuncionalidade, ele é classificado como de defesa (negativo) ou à prestação (positivo) de forma concomitante, dependendo do caso tópico específico para definir sua incidência. Pelo fato de possuírem essas características, o direito à promoção da saúde abrange todas as políticas que visem

¹⁴ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 838.

¹⁵ SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 863.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



melhorar a condição de vida dos cidadãos, englobando aspectos preventivos e aspectos de recuperação, no que se denomina “saúde curativa” e os serviços a esse fator teleológico inerente.

O direito à saúde deve ser considerado conteúdo basilar da Constituição, consoante sua fundamentalidade material e formal. Pela sua fundamentalidade material, definido como direito fundamental, seu conteúdo apresenta um nível valorativo mais incrustado na sociedade, funcionando como invariável axiológica que contribui para sua efetividade. A importância, desse diapasão, provém da relevância do bem jurídico tutelado, a incolumidade corporal e psíquica dos cidadãos, requisito imprescindível para o desenvolvimento econômico da sociedade e implantação do *Welfare State*. Devido à sua fundamentalidade formal, ele é considerado mandamento constitucional, gozando das características da supremacia, da imutabilidade relativa e da supralegalidade, dotando-o de maior *status* na escala normativa.

As posições jurídicas pelas quais se efetiva o direito à saúde, autorizam a falar em um dever estatal de proteção à saúde individual, mas também da pública, garantida inclusive pelas normas penais e de vigilância sanitária, no geral. A ideia de dever fundamental, nesse sentido, expõe o vínculo com o princípio da solidariedade, de modo que toda a sociedade se torna responsável pela proteção efetiva do direito à saúde de todos e de cada indivíduo, no exercício de uma responsabilidade compartilhada (*shared responsibility*)¹⁶, cujos efeitos se projetam no presente, mas também no futuro e nas futuras gerações. É a ideia do conceito das externalidades, em Economia, de que a saúde e os

¹⁶ CANOTILHO, J.J.Gomes. **O Direito ao ambiente como direito subjectivo**. In CANOTILHO, J.J.Gomes Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004, p.178



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



cuidados de uma pessoa interferem na saúde dos demais membros da comunidade onde está inserida.¹⁷

Dispõe o art. 197 da Constituição Federal de 1988 que, “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. Apesar da Constituição Federal de 1988 asseverar que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (art. 199), este Supremo Tribunal entende que a execução privada do serviço de saúde não afasta sua relevância pública.¹⁸ Portanto, infere-se que a análise do art. 2º da Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS deve ser irradiada por todo espectro constitucional que salvaguarda a vida e a saúde das pessoas.

Conforme alinhavado inicialmente, o mercado de planos de saúde atingiu a marca de quase 49 milhões de beneficiários, de acordo com dados da ANS.¹⁹ Ou seja, vê-se que o setor de saúde suplementar, ao lado do SUS, tenciona concretizar o direito fundamental à saúde. Tanto é assim que a ANS foi criada com esse desiderato e, em complemento, o legislador editou a Lei nº 9.656/1998 para equacionar os interesses das operadoras e dos usuários.

No entanto, art. 2º da Resolução Normativa nº 465/2021, ao dispor que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde é taxativo, soergue dificuldades aos usuários de plano

¹⁷ MEDEIROS, Marcelo. **Princípios de Justiça na alocação de recursos em saúde**. Rio de Janeiro: 1999 disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0687.pdf

¹⁸ (STF - RE: 666094 DF, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 30/09/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 04/02/2022).

¹⁹ Disponível em: < <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/numeros-do-setor/planos-de-saude-setor-encerra-2021-com-crescimento-continuo-em-seus-12-meses> > . Acesso em 29 de junho de 2022.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



de saúde em acessar tratamentos médicos devidamente prescritos por médicos. Nesses casos, as operadoras negam a cobertura sob o fundamento da ausência do tratamento prescrito no Rol da ANS. Por certo, não se desconhece que o Rol não é estático, no que é passível de atualização. Ocorre que, conforme mencionado anteriormente, esse processo não é constante e célere. Até que o paciente venha a ter seu tratamento reconhecido pela ANS, já terá alcançado o mal irremediável de que falava Ariano Suassuna. A esse respeito, confira-se o teor da Nota SAJ nº 84/2022/CGIP/SAJ/SG/PR, protocolada nos autos da ADI 7088:

“Primeiramente, porque o tempo do paciente/ consumidor não é o tempo da Administração Pública. Nada obstante o rol da ANS refira-se, sob uma perspectiva das evidências, a procedimentos que são seguros, eficazes e efetivos; é certo que tal lista pode, em algum momento, revelar-se DEFASADA ou OMISSA. E tal defasagem pode representar a diferença entre a vida e a morte, entre a higidez e a enfermidade incurável. Veja-se, por exemplo, que o rito para a atualização do rol de procedimentos da ANS se prolongará por 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis por 90 (noventa) dias corridos (Art. 10, § 7º, da Lei 9.656, de 1998, com a redação que foi dada pela Lei 14.307, de 2022). Note-se, ademais, que os procedimentos médicos já incorporados pelo SUS, por decisão da Conitec, serão incluídos no rol da ANS dentro do alongado prazo de até 60 (sessenta) dias (Art. 10, §10, da Lei 9.656, de 1998). Ou seja, novos procedimentos, ainda que já tenham sido amplamente aferidos e testados pelas melhores evidências (revisões sistemáticas ou ensaios clínicos), poderão levar até 270 (duzentos e setenta) dias para inclusão no rol. Mesmo os procedimentos já incorporados pelo SUS e aprovados pela Conitec, serão incluídos em até 60 dias. Não se nega que há fundamento para que processo administrativo de atualização do rol possa se



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



prolongar: o tema é técnico, há inúmeros dados em jogo e a definição de políticas públicas deve ser marcada pela prudência e planejamento. Todavia, não é razoável que pacientes/consumidores sejam alijados de novos procedimentos ou tratamentos durante o prazo do processo administrativo: a saúde não pode esperar.

Como se vê, a manutenção do disposto no art. 2º da Resolução Normativa nº 465/2021 desobrigará as operadoras de arcar com outro procedimento, tratamento ou exame que esteja fora do Rol, diferentemente o que vinha sendo observado nesta década, o que, por si só, levantará barreiras para o acesso aos serviços necessários à garantia do direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana.

III.II DA PROTEÇÃO ECONÔMICA DO CONSUMIDOR (ART. 5º, INCISO XXXII, E ART. 170, INCISO V, DA CF/88).

No Brasil, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CF). Os princípios gerais da ordem econômica encontram-se dispostos no art. 170, incs. I a IX, da CF, dentre eles a defesa do consumidor. Esses princípios identificam o referencial axiológico que compõe o sistema de valores consagrados na ordem constitucional e que devem ser materializados quando da adoção das medidas de política econômica.²⁰

²⁰ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso elementar de direito econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2014. p. 81.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



Em uma sociedade globalizada economicamente, em que predominam os grandes monopólios transnacionais, a necessidade de proteção ao consumidor se mostra imprescindível, sob pena de práticas abusivas nas relações de consumo se tornarem uma constante, lesando a população. A proteção jurídica de todos que adquirem mercadorias ou serviços, além de ter sido prevista como direito fundamental, foi ratificada na ordem econômica e financeira para explicitá-la como prerrogativa que deve ser respeitada nas relações produtivas.²¹

Assevera Vicente Bagnoli que, uma vez realizada a opção pela economia de mercado, deve-se promover a defesa do consumidor de forma direta, no contexto microeconômico, mas também por meio da defesa da livre concorrência, pois garantir a rigidez desse princípio na seara fática implica beneficiar o consumidor com produtos e serviços de maior qualidade e preços mais vantajosos.²² A proteção jurídica do consumidor em situação de exposição a danos patrimoniais é acentuada por este Supremo Tribunal Federal,²³ que, inclusive, tem realçado que o princípio da livre

²¹ Aduz Rizzato Nunes que “ao estipular como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, o legislador constituinte está dizendo que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados (que estão regrados na Constituição e também nas normas infraconstitucionais). Está, também, designando que o empreendedor tem de oferecer o melhor de sua exploração, independentemente de atingir ou não os direitos do consumidor. Ou, em outras palavras, mesmo respeitando os direitos do consumidor, o explorador tem de oferecer mais” (NUNES, Rizzato. Comentários ao art. 170, inciso V, da CF/88. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1796).

²² BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 168.

²³ “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. - Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



iniciativa, por não ser absoluto, não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor.²⁴

Este Supremo Tribunal já perfilhou entendimento na diretriz de que “a expansão da assistência privada à saúde, paralelamente à sua universalização, para além de estar calcada no direito constitucional de acesso à saúde, também atende aos ditames da livre iniciativa e da proteção ao consumidor, ambos princípios norteadores da ordem econômica nacional”.²⁵ Tendo em vista a célebre lição do Ministro Eros Grau, no sentido de que o Direito não se interpreta em tiras, aos pedaços, tem-se que nenhum princípio que informa a Ordem Econômica -nem tampouco outro disposto no Texto Constitucional, pode engendrar ataques à defesa do consumidor.

Não por outro motivo que o Ministro Marco Aurélio, por ocasião do julgamento da ADI 1931, acentuou que “a defesa intransigente da livre iniciativa é incompatível com o fundamento da dignidade da pessoa humana, bem assim com os deveres constitucionais do Estado de promover a saúde -artigo 196- e prover a defesa do consumidor -art. 170, inciso V. A promoção da saúde, mesmo na esfera privada, não se vincula às premissas do lucro, sob pena de ter-se, inclusive, ofensa à isonomia,

fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares [...]” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 30 abr. 1993).

²⁴ “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO. ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA E REGULADORA DO MERCADO DE COMBUSTÍVEIS. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. RESTRICÇÕES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. O Supremo Tribunal Federal assentou que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. Precedentes” (Agravos de Instrumento nº 636.883 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe, 1º mar. 2011).

²⁵ (STF - RE: 948634 RS, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 20/10/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 18/11/2020)



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



consideradas as barreiras ao acesso aos planos de saúde por parte dos pacientes portadores de moléstias graves. A atuação no lucrativo mercado de planos de saúde não pode ocorrer à revelia desse serviço social, reconhecida no art. 197 do Texto Maior. A atividade dos planos de saúde, embora lucrativa, satisfaz o interesse coletivo de concretização do direito à saúde, incrementando os meios de atendimento à população”.

Incontestável, sob esse viés, a hipossuficiência do consumidor no mercado, pois não participa do ciclo de produção e, na medida em que não participa, não tem acesso aos meios de produção, não tendo como controlar aquilo que compra de produtos e serviços; razão pela qual o Código de Defesa do Consumidor estabelece ampla proteção com o reconhecimento de sua vulnerabilidade (art. 4º, inciso I), como decorrência direta do disposto no inciso V do art. 170, assim como do inciso XXXII do art. 5º.²⁶

Sob esse vértice, afigura-se insofismável que a ANS deve seguir o imperativo constitucional a respeito da matéria, no que o ato do poder público em apreço, por isso mesmo, é notadamente inconstitucional. *In casu*, a entronização do entendimento de que o Rol deve ser taxativo, com a não permissão de utilização de tecnologias e medicamentos que não constem nele desvirtua o escopo do plano privado de saúde, na medida em que distribui o risco do adoecimento ao consumidor, em nítida ofensa ao art. 170, inciso V, da CF. Isso porque ao contratar a operadora, o usuário não pode antever quais tratamentos

²⁶ NUNES, Rizzato. Comentários ao art. 170, inciso V, da CF/88. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1796



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



necessitará em momento futuro, nem tampouco terá noção do seu estado de saúde nos anos subsequentes.

Em razão da assimetria de informações ínsitas a essa natureza de contrato que é imperioso aos órgãos de regulação que, em atenção à defesa do consumidor, corrijam a imprevisibilidade consubstanciada no fato do consumidor não saber como estará seu estado de saúde em momento posterior ao enlace contratual, justamente porque o consumidor contrata um plano para garantir a sua saúde. Foi diante disso que sempre interpretou-se o Rol da ANS como exemplificativo. Ou seja, como uma lista mínima a orientar a prestação de serviços dos planos de saúde, sendo obrigatório o custeio de tratamentos ausentes de regulação, desde que prescritos por profissional habilitado e com esteio em evidências científicas.

Como forma de conferir efetivo prestígio ao direito à vida e à defesa do consumidor, o Superior Tribunal de Justiça, por anos, densificou entendimento no sentido de que o rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) tem caráter meramente exemplificativo, sendo abusiva a negativa da cobertura pelo plano de saúde do tratamento considerado apropriado para resguardar a saúde e a vida do paciente, sendo abusiva a negativa da cobertura pelo plano de saúde de tratamento/medicamento considerado apropriado para resguardar a saúde e a vida do paciente, ainda que se trate da hipótese de tratamento experimental ou *off label*.²⁷

Foi nesse sentido que tribunais soergueram verbetes sumulares no sentido de que, “havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de tratamento

²⁷ (STJ - AgInt no REsp: 1930596 RS 2021/0096628-8, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 06/12/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2021)



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS”.²⁸ Inclusive, cumpre salientar que, em acórdão publicado em 21/06/2022, após o julgamento do EREsp 1.886.929, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve decisão que impôs o custeio de tratamento fora do rol da ANS a determinado usuário, sob a seguinte fundamentação:

“Há probabilidade do direito, visto que há relação contratual entre as partes, com cobertura para tratamento da doença que acomete o menor. A questão também deve ser interpretada segundo as normas que protegem o consumidor. O Superior Tribunal de Justiça entende pacificou entendimento nesse sentido: Súmula 608: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Além disso, essa Corte de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que "havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura e custeio de tratamento sob o argumento de natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS" Súmula 102. É sabido que a lista de procedimentos médicos e medicamentos autorizados é editada com certo atraso e esse fato não pode prejudicar o consumidor. Ao que consta, a metodologia requisitada pelo médico é a que oferece melhores chances de sucesso. Finalmente, o objetivo contratual da assistência médica comunica-se necessariamente, com a obrigação de restabelecer ou procurar restabelecer, através dos meios técnicos possíveis, a saúde dos pacientes. Assim, em princípio, se a doença tem cobertura contratual, os tratamentos também estarão e devem acompanhar a evolução das técnicas da medicina. Por esse motivo, no momento atual, cabe apenas observar que,

²⁸ Súmula 102 do TJSP e Súmula 211 do TJRJ.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



enquanto não julgada a controvérsia entre as partes, há um bem maior a ser preservado, que é a vida e a saúde do autor”.²⁹

Portanto, ressumbre iniludível que o art. 2º da Resolução Normativa da 465/2021 da ANS, também sob esse prisma, viola o disposto no art. 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988, pois desconsidera o interesse público e a proteção ao consumidor para entronizar o lucro.

III.III DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (ART. 5º, *CAPUT*, DA CF/88).

O princípio da legalidade ganhou ares de unanimidade com o advento do movimento racionalista, em que a legitimidade que estava assentada em base teocrática, de caráter divino, foi substituída pela legitimidade calcada na legalidade. De forma ampla, o princípio mencionado exprime a ideia de lei como ato supremo e preponderante sobre qualquer direito de outra natureza (art. 5º, II, da CF).³⁰ A legalidade e a legalidade constitucional servem como meio de realização do princípio isonômico, ao menos no seu sentido formal, dentro da perspectiva liberal.

Preceitua o princípio em tela que o cidadão só poderá fazer ou deixar de fazer alguma coisa mediante comando legal, exprimindo uma obrigação de fazer ou de não fazer. Esta norma é considerada como uma emanção do Poder Legislativo, lei formal. A garantia da legalidade significa que apenas nos termos das leis, editadas conforme as regras do processo legislativo constitucional, é que se pode validamente conceder direito

²⁹ Agravo de Instrumento no 2069959-58.2022.8.26.0000.

³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto Mite. Legge, Diritti, Giustizia*. Torino: Einaudi, 1992. P. 24.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



ou impor obrigação ao indivíduo. Vigê para o Estado, o adágio “suporta a lei que fizeste” (*patere legem quam fecisti*).

Assim, o citado princípio impede o arbítrio e a tirania por parte dos entes estatais e de pessoas privadas, físicas ou jurídicas. As cominações das autoridades terão de se embasar em leis, e essas normas têm de respeitar os mandamentos constitucionais, principalmente os direitos e garantias fundamentais, tanto das pessoas físicas, como das pessoas jurídicas. A garantia constitucional do princípio da legalidade é de que apenas a lei – não, o decreto, a portaria, a instrução normativa – pode restringir direitos e criar obrigações; e não poderia ser diverso, pois a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, e é por tal motivo que a sobreposição da lei serve como um estorvo transcendental em detrimento de todo e qualquer tipo de arbítrio.³¹

Isso dito, não se desconhece que as Leis nº 9.961/2000 (art. 1º, §1º) e nº 9.656/98, conferiram à ANS a competência para normatizar e fiscalizar as operadoras no campo da saúde suplementar. No entanto, observa-se que o art. 2º da RN nº 465/2021, inovou ao ultrapassar os limites definidos pelos referidos diplomas normativos, que autorizam à ANS apenas a editar a lista de referência básica de tecnologias a receber o beneplácito das operadoras, conforme as segmentações contratadas. Inclusive, as regras sobre as exclusões já constam na Lei nº 9.656/1998 (art. 10, §1º e §4º).

³¹ A redundância é apontada com precisão por José Cretella Júnior: “A frase ‘Estado democrático de direito’ é pleonástica, redundante, porque é da essência da democracia, onde impera soberano o princípio da legalidade, a inviolabilidade do direito, a vigência do denominado Estado de direito (*Rechtstaat*), que se contrapõe ao Estado de força, Estado policial ou ditatorial (*Polizeistaat*). O exercício da democracia é dominado pelo princípio de legalidade, da legalidade ou, como pretende Pontes de Miranda, pelo princípio da legalitariedade. (cf. Comentários à Constituição de 1946, v. V, p. 70)”. CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentário à constituição de 1988**. Tomo I. São Paulo: Forense Universitária, 1992. Pág. 135.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



Ou seja, o próprio legislador já fixou parâmetros prévios que devem ser observados pela ANS, especificamente ao instituir o plano-referência no art. 10, *caput*, da Lei nº 9.656/1998, que estabelece a cobertura obrigatória de tratamento das doenças listadas na CID, com a ressalva das exceções previstas no próprio dispositivo. Desse modo, não cabe à ANS, mesmo no exercício do seu poder normativo, inovar na ordem jurídica, em um acinte ao princípio da legalidade, para excluir tratamentos imprescindíveis aos pacientes que deles necessitam. Nesse passo, asseverou a Ministra Nancy Andrighi que “não cabe a ANS estabelecer outras hipóteses de exceção da cobertura obrigatória pelo plano-referência, além daquelas expressamente previstas nos incisos do art. 10 da Lei 9.656/1998, assim como não lhe cabe reduzir a amplitude da cobertura, excluindo procedimentos ou eventos necessários ao tratamento das doenças listadas na CID, ressalvadas, nos termos da lei, as limitações impostas pela segmentação contratada”.³²

Conforme acentuou a Ministra Cármen Lúcia (ADI 2095), “os atos da ANS devem estar em consonância com os ditames do direito do consumidor, visto que “o poder normativo atribuído às agências reguladoras deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência”. Em acréscimo, é também da Ministra Cármen Lúcia, dessa vez no âmbito da ADPF 532, a seguinte advertência:

“Por isso, normas editadas pelos órgãos e entidades administrativas não podem inovar a ordem jurídica, ressalva feita à expressa autorização constitucional e não com o objetivo de restringir direitos fundamentais. A edição de norma administrativa que inaugura situação de constrangimento a direito social

³² AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1889704 - SP (2020/0207060-5)



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



fundamental, como é o caso da saúde, não apenas pode vir a limitar esse direito, mas também instala situação da segurança e da confiança no direito e do direito, o que tem contribuído para a instabilidade das relações sociais brasileiras e, mais ainda, tem minado a confiança dos cidadãos nas instituições públicas. Daí porque a observância da Constituição é urgente por todos nós, incluídos e principalmente, servidores do Poder Judiciário, atuando como guarda permanente da Lei que dá fundamento a todas as outras. Permitir que órgãos e entidades administrativas inovem a ordem jurídica é anuir em que o direito seja instrumento insuficiente ou incapaz de dotar de segurança as relações sociais, a boa fé que está na base dos contratos firmados, a confiança que os negócios devem prover, tudo em contrariedade à conquista constitucional do Estado de Direito. Causa estranheza que matéria relativa ao direito à saúde, de tamanha relevância social, e que a Constituição afirma que, no ponto relativo a planos específicos, somente poderá ser regulamentada nos termos da lei, e sem que a ela, aparentemente, se atenha, deixe de ser cuidada no espaço próprio de apreciação, discussão e deliberação pelos representantes do povo legitimamente eleitos para o Congresso Nacional, e seja cuidado em espaço administrativo restrito, com parca discussão e clareza, atingindo a sociedade e instabilizando relações e aumentando o desassossego dos cidadãos. Daí porque, nesse momento processual, é recomendável que se assegure a estabilidade do atual sistema de saúde suplementar à luz da Constituição brasileira”.

Deveras, conforme o escólio de Daniel Sarmiento, conclui-se que não cabe à ANS restringir os limites da cobertura fixada em lei. Isso porque, “ao estabelecer o art. 2º da Resolução Normativa nº 465/2021 que “[p]ara fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde”, a agência reguladora excluiu do alcance da



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



cobertura obrigatória outros tratamentos que, embora não previstos no rol, possam ser necessários para os usuários dos planos de saúde, seja porque apresentam técnica mais avançada, por se afigurarem mais adequados às condições específicas do paciente, na avaliação do seu médico, ou porque simplesmente ainda não foram analisados pelo órgão regulador. Nesse sentido, é indubitável que a referida resolução violou a lei, tornando-se por isso inválida”.³³ Sendo assim, resta indubitável a agressão ao princípio da legalidade, na medida em que o ato em apreço alterou estado normativo que só poderia ter sido alterado mediante lei em sentido formal.

IV. DA MEDIDA CAUTELAR DE URGÊNCIA

Já não é novidade que o interstício temporal consubstanciado entre a instauração do processo e o proferimento de provimento definitivo apresenta demasiados percalços, em ordem a inviabilizar a efetiva realização de direitos. Para Fernando Horta Tavares, “o tempo teria um fluir vagaroso, que é incompatível com o virtuoso acesso à ordem jurídica justa”.³⁴ Existem situações em que o tempo utilizado para obtenção da certeza processual com a tutela final é tão grande que o próprio titular do direito terá sucumbido.

Em outros casos, o jurisdicionado que buscou amparo no Poder Judiciário apenas observa inerte o perecimento do direito que buscou tutelar. Partindo dessas premissas, Marcelo Abelha assevera que o tempo é amigo da estabilidade da situação lamentada, no

³³ SARMENTO, Daniel. **Parecer sobre a natureza exemplificativa do rol e procedimentos e eventos em saúde da ANS**. Disponível em: < <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2022/06/parecer-rol-da-ans-daniel-sarmento-2-1.pdf> > . Acesso em 29 de junho de 2022.

³⁴ TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). Urgências de Tutela: processo cautelar e tutela antecipada. Curitiba: Juruá, 2007. P. 111.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



que quanto mais o processo demora para efetivar o resultado pretendido, tanto mais tempo permanecerá de pé a situação injusta, causando danos ao longo do seu curso.³⁵

Desse modo, as situações de urgência precisam ser rapidamente debeladas, sob pena, de o risco que surge iminente deixar de ser abstrato e passar a ser concreto, tornando inútil e sem razão de ser uma proteção tardia. A teor do comando inscrito no *caput* do artigo 5º da Lei 9.882/99, este Egrégio Supremo Tribunal Federal poderá deferir pedido de medida cautelar em sede de ADPF, para, especificamente, suspender a eficácia do artigo 2º da Resolução ANS nº 465/2021.

Detidamente, acerca dos pressupostos autorizadores para a concessão da medida cautelar, tem-se o devido atendimento do *fumus boni juris*, diante da latente violação aos preceitos fundamentais indicados em linhas ulteriores, especificamente sobre o impacto que a manutenção do referido ato pode acarretar na saúde e na vida dos usuários que fazem uso de tecnologias, tratamentos e medicamentos não dispostos no Rol.

Por outra banda, resta satisfeito o *periculum in mora* na hipótese vertente, o qual emerge no fato de que há a necessidade latente de imposição de medida judicial para que os direitos fundamentais à saúde e os direitos do consumidor dos usuários de planos de saúde sejam efetivamente assegurados, sem que haja a impetração de prejuízos irreversíveis ao bem-estar de milhares de brasileiros. Isso porque, constata-se um perigo fático para o acesso a tratamentos médicos, exames e medicamentos por partes dos segurados através da determinação de taxatividade do Rol da ANS, privando os pacientes

³⁵ ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 382.

da observância de tratamentos prescritos que não estejam esquadrados nos limites da lista da Agência.

Não obstante, pode ser observado perigo palpável de negativas sistemáticas de tratamentos pelos planos de saúde, como já pode ser observado em todo o território nacional:

FOLHAJUS PUBLICIDADE

Mesmo sem decisão final do STJ, planos cortam terapias a autistas, e mães protestam

Julgamento que decidirá se operadoras devem custear tratamento fora do rol da ANS será retomada quarta (8)

7 jun 2022 às 8h00
Atualizado: 7 jun 2022 às 10h55

EDIÇÃO IMPRESSA

Quvir o texto A+ A+

Cláudia Collucci

SÃO PAULO Mesmo antes da decisão do [STJ \(Superior Tribunal de Justiça\)](#) sobre o julgamento que analisa se as operadoras de saúde podem ou não ser obrigadas a arcar com procedimentos não incluídos no rol da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), planos de saúde têm interrompido terapias que já vinham sendo oferecidas a crianças com TEA (Transtorno do Espectro Autista) por não constar na lista da agência reguladora.

[Iniciado em setembro de 2021 e suspenso em fevereiro por pedido de vista \(mais tempo para estudar\)](#), o julgamento será retomado nesta quarta (8). A decisão tem sido muito aguardada porque poderá servir como base para futuros julgamentos. Até agora, embora muitas decisões sejam favoráveis aos usuários, há uma insegurança judicial, com interpretações diferentes dos processos, dependendo da cidade.

notícias da folha no seu email

Digite seu e-mail

relacionadas

Problemas para agendar consulta e exame pelo plano de saúde? Veja o que fazer

Justiça libera clientes de planos de saúde de multa por rescisão

ANS autua Prevent Senior por não informar voluntários sobre 'kit Covid'

³⁶ JORNAL FOLHA DE S. PAULO. “Mesmo sem decisão final do STJ, planos cortam terapias a autistas, e mães protestam”. Publicação em: 07/06/2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2022/06/mesmo-sem-decisao-final-do-stj-planos-cortam-terapias-a-autistas-e-maes-protestam.shtml> Acesso em: 28/06/2022.

Postado em 27 de Junho de 2022 - 10:52 - Lida 147 vezes

Rol taxativo: famílias de autistas que tiveram tratamentos interrompidos podem recorrer à Justiça

A decisão foi tomada na última quarta-feira (8) e já no dia seguinte, os primeiros casos apareceram.

Fonte: Vinícius Simony Zwarg

Comentários: (0)



Reprodução: Pixabay.com

Após o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidir que o rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é taxativo, começaram a aparecer denúncias sobre tratamentos suspensos pelas operadoras de planos de saúde. Entre elas, os autistas. A decisão foi tomada na última quarta-feira (8) e já no dia seguinte, os primeiros casos apareceram.

A medida impacta a vida de centenas de brasileiros que necessitam de tratamentos especiais e de longa duração. São medicamentos e exames que não estão disponíveis no serviço público de saúde.

37

³⁷ JORNAL JURID. “Rol taxativo: famílias de autistas que tiveram tratamentos interrompidos podem recorrer à Justiça”. Publicação em: 27/06/2022. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/noticias/rol-taxativo-familias-de-autistas-que-tiveram-tratamentos-interrompidos-podem-recorrem-a-justica>> Acesso em: 28/06/2022.

 OUTRASAÚDE

     

OUTRAS PALAVRAS | OUTRAS MÍDIAS | BLOG & REDAÇÃO | OUTRASAÚDE | OUTROS LIVROS | OUTROS QUINHENTOS

PÍLULAS: Planos de saúde cortam tratamento para autistas

• Planos de saúde não querem tratar autismo • 83% temem ter que cancelar seu plano • Vacinação contra covid privada? • Falta medicamentos de uso hospitalar • Poluição do ar e covid • Aquecimento atinge oceanos •

OUTRASAÚDE PÍLULAS DIÁRIAS

Por **Alessandra Monterastelli** Publicado 08/06/2022 às 09:28
Atualizado 08/06/2022 às 15:35

Receba o Boletim Outra Saúde
De segunda a sexta, às 7h, as principais notícias de Saúde em seu email

Planos de saúde cortam tratamento para autistas; STF pode coibir atitude

Os planos de saúde têm interrompido terapias que já vinham sendo oferecidas a crianças com TEA (Transtorno do Espectro Autista), alegando que estas não constam na lista da Agência Nacional de Saúde Suplementar de procedimentos que devem ser obrigatoriamente oferecidos pelas operadoras. A ação dos planos ocorre antes da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

38

O perigo de lesão, portanto, é inconteste, porquanto o resultado na seara fática da manutenção da taxatividade do rol da ANS já está a causar um amplo espectro de acintes aos diversos preceitos constitucionais violados, além de estabelecer uma situação de insegurança e vulnerabilidade acerca da manutenção dos procedimentos médicos daqueles que necessitam da cobertura de tratamentos que não constam na lista taxativa.

De saída, não faz-se demasiado asseverar que não podem ser verificados riscos inerentes à irreversibilidade da medida, pois a reversão ao estado anterior da concessão cautelar poderia ser efetuada sem maiores prejuízos aos direitos tutelados.

³⁸ PORTAL OUTRA SAÚDE. “Planos de saúde cortam tratamento para autistas”. Publicação em: 08/06/2022. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/outrasaude/pilulas-planos-de-saude-cortam-tratamento-para-autistas/>> Acesso em: 28/06/2022.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



Dessa maneira, requer a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos do artigo 2º da Resolução ANS nº 465/2021, considerada a satisfação clarividente dos requisitos autorizadores para a impetração do ato pugnado. Requer-se, na oportunidade, que seja concedida medida cautelar para suspender o dispositivo retro até o julgamento da lide ou, de quaisquer medidas que apresentem relação com a matéria vertente.³⁹

V. DOS PEDIDOS

Pelo fio do exposto, **requer** a Vossa Excelência o seguinte:

I) A admissibilidade da presente ADPF, ante a satisfação dos requisitos estampados na Lei nº 9.882/1999, máxime quanto à satisfação ao postulado da subsidiariedade;

II) Em caso deste Supremo Tribunal entender pelo não cabimento de ADPF, na espécie, o recebimento da presente ação como ADI, em consagração ao princípio da fungibilidade e à jurisprudência desta Suprema Corte;⁴⁰

III) A concessão de **medida liminar** *ad referendum* do Plenário, nos termos do artigo 5º, §1º, da Lei nº 9.882/1999, para **suspender os efeitos art. 2º da Resolução Normativa da 465/2021 da ANS**, em razão do alto grau de lesividade e ameaça aos preceitos

³⁹ Lei nº 9.882/99. Art. 5º. § 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

⁴⁰ STF, ADPF 72, Relª. Minª. Ellen Gracie, DJ 02.12.2005.



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



fundamentais indicados, até o julgamento final desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental;

IV) A adoção do rito do art.12 da Lei nº 9.868/99, por analogia (neste sentido: ADPF 181, Rel. Min. Marco Aurélio; ADPF 627, Rel. Min Luís Roberto Barroso).

V) A solicitação de informações à ANS, à Advocacia-Geral da União, bem como a manifestação da Procuradoria-Geral da República, nos termos dos artigos 6º, *caput*, e 7º, parágrafo único, ambos da Lei nº 9.882/1999;

VI) No mérito, que seja reconhecida a lesão aos preceitos fundamentais apontados, declarando-se, por consequência, a incompatibilidade do art. 2º da Resolução Normativa da 465/2021 da ANS com a Constituição Federal de 1988, **concluindo-se pelo caráter exemplificativo do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS.**

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília (DF), 29 de junho de 2022.

WALBER DE MOURA AGRA

OAB/PE 757-B

ALISSON LUCENA

OAB/PE 37.719

IAN RODRIGUES DIAS

MARCOS RIBEIRO DE RIBEIRO



PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PDT – DIRETÓRIO NACIONAL

EXECUTIVA NACIONAL



OAB/DF 10.074

OAB/RJ 62.818

MARA HOFANS

OAB/RJ 68.152

ANA BEATRIZ VIEIRA

ESTAGIÁRIA DE DIREITO