DA NÃO APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PELA ANS E SEU IMPACTO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

THE NON-APPLICATION OF THE BRAZILIAN CONSUMER PROTECTION CODE BY THE BRAZILIAN NATIONAL HEALTH AGENCY AND ITS IMPACT ON HEALTH JUDIALIZATION.

Rui Licinio de Castro Paixão Filho[1]

RESUMO: O presente artigo trata do fato de a Agência Nacional de Saúde em não aplicar os ditames do Código de Defesa do Consumidor e o reflexo disso entre as operadoras de planos de saúde e os consumidores desse tipo de serviço, objetivando explicar as causas dessa situação e apontar soluções para que seja mitigada a sua consequência, que é a judicialização da saúde no país. Para isso, foi utilizado o método indutivo, partindo de situações específicas embasadas em estudos doutrinários, legais e estatísticos para se chegar a conclusão aqui defendida. Os resultados obtidos mostraram que as agências reguladoras têm dentre suas funções solucionar as querelas existentes entre as operadoras de planos de saúde a elas subordinadas e seus usuários, estando tal requisito atrelado ao funcionamento da ANS. Entretanto, estudos estatísticos mostram que a referida agência reguladora não exige dos planos de saúde a aplicação do CDC, conforme orientação da súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça. Ao contrário, a ANS protege os planos de saúde em detrimento de seus usuários, que buscam o Poder Judiciário para combater os abusos sofridos. Este estudo aponta como soluções para mitigar esses efeitos a escolha de membros do Conselho Diretor da ANS por critérios técnicos em vez de políticos, incorporar no rol de procedimentos da ANS dos temas de maior demanda no PROCON e no Poder Judiciário, adequar o CDC às resoluções da ANS e dar poder sancionador ao PROCON.
Palavras-chave: plano de saúde, direitos do consumidor, agência reguladora.

ABSTRACT: This article deals with the fact that the Brazilian National Health Agency does not apply the Brazilian Consumer Protection Code in its area of activity, as well as the reflection of this between health insurances and users of this service, with the purpose of explaining the causes of these conditions and point out solutions to mitigate its consequences, which is the judicialisation of health in Brazil. For this, the inductive method was used, starting from specific situations based on doctrinal, legal and statistical studies to reach the conclusion defended here. The results obtained showed that the regulatory agencies have among their functions to solve the existing quarrels

[1] Advogado, mestrando em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília, especialista em Direito Civil e Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito da Bahia, especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e especialista em Docência no Ensino Superior pela Fundação Getúlio Vargas.

between health insurance submitted to them and their users, being such a requirement linked to the of ANS functioning. However, statistical studies show that the aforementioned regulatory agency does not require the health plans to apply the CDC, according to the guidance of the Pronouncement No 608 of the Brazilian Superior Court of Justice. Instead, the ANS protects health plans at the expense of its users, who seek the courts to fight against the abuse suffered. This study identifies as solutions to mitigate these effects the choice of the choice of ANS Directors Board members by technical rather than political criteria, as well as incorporate into the ANS procedures list of the issues of greater demand in PROCON and in the courts and to adapt the CDC to ANS resolutions and give punitive power to PROCON.

Keywords: health insurance, consumer rights, Regulatory Agencies.

1 INTRODUÇÃO

Grande causa da judicialização da saúde no país ocorre devido a postura das agências reguladoras, que, ao não levam em consideração o Código de Defesa do Consumidor na aplicação de suas resoluções, não cumprem com o fim que lhe foi destinado pela administração pública, sendo que tal aplicação faz parte de suas obrigações.

Sem que esses órgãos deem o bom exemplo, as pessoas jurídicas de direito privado a elas subordinadas se sentem livres para prática toda sorte de condutas abusivas que só prejudicam o seu usuário que, sem outra alternativa, se vale do Poder Judiciário para preservar seus direitos.

Tal atitude acaba por aumentar drasticamente a quantidade de processos em nossos tribunais e contribuindo fortemente para a triste fama de morosidade do Poder Judiciário, sendo uma das causas para judicialização da saúde.

Muito já foi publicado sobre a tutela das relações de consumo por parte das agências reguladoras de forma genérica, o que foi importante para dar embasamento e suporte a esta delicada questão. Entretanto, são poucos os artigos que tratam essa questão especificamente, sobre uma única agência reguladora, sua respectiva área de atuação e os conflitos na aplicação do Código de Defesa dentro dela.

Assim, ainda que seja importante a análise de forma genérica da relação entre as agências reguladoras e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor,

cada agência tem suas peculiaridades, com formas de atuação distintas e seus próprios problemas a serem resolvidos. Desta forma, só um estudo específico sobre cada uma dessas agências pode contribuir de maneira mais decisiva para atenuar essa importante questão.

A partir dessa premissa, foi percebida a necessidade de se pesquisar a relação da ANS com o Código de Defesa do Consumidor e a forma como o mesmo é aplicado na relação entre as operadoras de planos de saúde e seus usuários, uma vez que a relação de consumo entre eles existe e encontra-se devidamente pacificada em nossos tribunais superiores.

O que foi apurado é que a Agência Nacional de Saúde despreza a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e não segue as súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça que impõem essa determinação, incentivando as operadoras a terem comportamento semelhante e obrigando os usuários a buscarem o amparo do Poder Judiciário para fazerem valer os seus direitos.

Pretende-se aqui, portanto, diagnosticar as causas da insistência dos planos de saúde em não seguir os ditames do CDC e, a partir daí apontar soluções para que sejam mitigados os efeitos da judicialização da saúde no país.

2 MÉTODO

A abordagem teórica utilizada na elaboração deste artigo foi o método indutivo, onde, segundo Lakatos e Marconi (2007), se parte de dados constatados para, a partir daí encontrar uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Na elaboração do mesmo, foi adotada tanto o viés qualitativo, através de pesquisa bibliográfica, quanto quantitativo, através de coleta de dados estatísticos. As amostras foram obtidas de forma operacional, através de portais de pesquisa, tendo sido utilizado para tanto o emprego de palavras-chave relativos ao tema objeto de pesquisa. Os dados obtidos foram analisados por meio de encadeamento lógico de evidências, onde o desenvolvimento segue uma sequência de atos de forma explicativa desde as questões iniciais até as conclusões.

3 RESULTADOS

Com as privatizações e o fim do monopólio estatal em vários serviços públicos nos anos 1990, e inspirado no direito anglo-saxão, criou-se no Brasil as agências reguladoras, cuja finalidade é fiscalizar, regular e normatizar a prestação de serviços públicos por particulares. Tais atuações visavam evitar o interesse sem medidas pelo lucro excessivo por meio do serviço público (CUSTÓDIO, 2017).

As agências reguladoras possuem características próprias no que tange a competência, natureza e direção (MEDAUAR, 2018).

Quanto a competência, cabe às agências reguladoras a regulação do setor que corresponda a sua área de abrangência, implicando em definir a política que norteará esse setor, expedir as normas que irão regulamentá-lo, fiscalizar seu cumprimento e aplicar as devidas sanções em caso de violação dessas normas, solucionar conflitos entre consumidores e fornecedores, celebrar termos de compromisso de ajuste de conduta e fiscalizar seu cumprimento, requerer informações aos agentes que lhe são subordinados, pedir e instituir pedidos visando declaração expropriatória ou de instituição de servidão administrativa, determinar padrões de controle e qualidade de produtos e serviços e interpretar a legislação do setor.

Quanto à sua natureza institucional, as agências reguladoras são autarquias especiais, que integram a administração indireta federal e são vinculadas ao ministério ou órgão equivalente, tendo competência para tratar da respectiva matéria. Na qualidade de autarquia especial, as agências reguladoras possuem autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia das decisões técnicas e mandato (denominado fixo) dos seus dirigentes.

Quanto a forma de direção, as agências reguladoras são dirigidas em regime colegiado, através de um conselho diretor, ficando um de seus integrantes responsável por coordenar os trabalhos na qualidade de diretor-presidente. As decisões tomadas por esse colegiado nascem do entendimento da maioria ou unanimidade de seus membros. Sua formação é de cinco integrantes, escolhidos entre brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado prestígio

dentro da área de atuação do setor a ser regulado da agência a qual fará parte, sendo escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, que também nomeará o diretor-presidente da agência dentre os integrantes do conselho diretor.

Quanto a saúde suplementar, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 197, que, mesmo cabendo ao poder público regular, fiscalizar e controlar os serviços de saúde, sua execução pode ser feita por pessoa jurídica de direito privado.

O art. 199 do mesmo dispositivo legal complementa o que foi dito acima, determinando que as instituições privadas poderão participar do sistema único de saúde de forma complementar, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Este artigo ainda determina que é proibida a aplicação de recursos públicos em pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos e a participação de empresas estrangeiras na assistência à saúde no Brasil, a não ser em situações previstas em lei.

Essas determinações de cunho constitucional possibilitaram a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei nº 9.961/2000, que é a agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde responsável pelos planos de saúde no Brasil, que são regulados pela Lei nº 9.656/1998.

O art. 4º da Lei 9.961/2000, que dispõe sobre a criação da ANS, lhe imponha, dentre várias outras, as seguintes obrigações dispostas em seus incisos XXIII, XXIV, XXVI, XXXVI e XXXVII: fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos; articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto no Código de Defesa do Consumidor; e zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar.

É possível citar como exemplo dois estudos estatísticos feitos no Estado de São Paulo em 2009/2010 e no município de São Paulo entre 2013/2014 para traçar um panorama dessa situação, uma vez que este Estado concentra a maior taxa de cobertura de saúde suplementar, com quase metade da população sendo usuária de planos de saúde.

O primeiro estudo abrange os anos de 2009 e 2010 (SHEFFER, 2013), e nesse período foram analisadas 782 decisões relativas à exclusão de cobertura de planos de saúde.

Dentro desse universo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou 88,24% das ações envolvendo planos de saúde como procedentes, tendo o Código de Defesa do Consumidor como a legislação mais citada para fundamentar as decisões judiciais em 59% dos casos, vindo em seguida a Lei 9.896/1998 em 13% dos casos e a Constituição Federal em 6,5% dos casos.

Os argumentos mais utilizados pelos Planos de saúde para justificar a negação da cobertura foram: o fato do hospital ou serviço solicitado não ser credenciado do plano de saúde, o do procedimento solicitado não figurar no rol de procedimentos da ANS, doença pré-existente, não cumprimento do prazo de carência, o fato do hospital ou serviço utilizado não ser credenciado do plano de saúde, não obrigatoriedade da operadora dar cobertura em medicamentos de uso ambulatorial, domiciliar e oral, finalidade estética em procedimentos envolvendo reconstrução de mama devido a câncer e redução de estômago devido a obesidade mórbida e não aplicação do CDC a planos individuais.

Já o segundo estudo abrange os anos de 2013 e 2014 (TRETTEL; KOZAN; SCHEFFER, 2018), e foram analisados 4059 casos entre consumidores e operadoras no município de São Paulo

Neste estudo, os juízes de primeira instância da comarca de São Paulo deram razão ao consumidor em 88,08% dos casos e em 4,29% dos casos foi dada razão aos planos de saúde, onde o Código de Defesa do Consumidor fundamentou 56,8% das decisões e a Lei 9.896/1998 foi aplicada em 56,6% das decisões.

Destro desse universo, o estudo apontou que 47,67% das decisões judiciais diziam respeito a problemas envolvendo exclusão de cobertura, 14,98% foram relativa a discussão do valor da mensalidade de contratos coletivos e aposentadoria, 14,51% foram relativas á manutenção do aposentado no contrato coletivo, 11,70% foram por reajuste por mudança de faixa etária e 6,78% forma por reajuste de aumento da sinistralidade.

Como complemento a esses estudos, é possível citar aqui a Súmula nº 469 publicada pelo Superior Tribunal de Justiça em 06 de dezembro de 2010, determinando que “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Esta súmula foi cancelada pelo STJ e substituída pela Súmula 608, publicada em 17 de abril de 2018, que mantém os dizeres da súmula anterior, mas tira as entidades de autogestão da incidência do CDC. Tais entidades administram a assistência à saúde de seus beneficiários sem fins lucrativos, como as que têm em sua base, empregados ativos e aposentados, ou ainda as entidades associativas, previdenciárias e assistenciais.

Em complemento à súmula acima, foi publicada pelo STJ no mesmo dia a Súmula 609, onde há a determinação que é ilícita a recusa de cobertura por parte da operadora sob a alegação de doença preexistente caso não tenha havido exames prévios à contratação ou comprovação da má-fé do segurado.

4 DISCUSSÃO

Como se percebe por tudo o que foi aqui abordado, uma das funções das agências reguladoras é a de harmonizar a relação entre os cidadãos e as empresas fornecedoras desses serviços de interesse público, o que torna clara a relação de consumo entre essas partes.

Dessa forma, ainda que os serviços sujeitos à tutela das agências reguladoras mantenham seu caráter de interesse público, os particulares que os prestam são empresas, e, como tal, visam o lucro, de modo que seus interesses nem sempre coincidem com os interesses da sociedade civil.

Tal situação faz com que as empresas frequentemente imponham ao cidadão uma situação de extrema vulnerabilidade, fazendo com que ele esteja sujeito a prejuízos de ordem econômica e a suportar os riscos da atividade empresarial.

Uma vez que o Código de Defesa do Consumidor reconhece a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor e a necessidade de protege-lo, esta missão também faz parte do arcabouço de tarefas das agências reguladoras.

Em todas as agências reguladoras, as normas que as fundamentam e dão existência estabelecem como suas finalidades tanto a defesa do interesse público quanto dos consumidores, de modo a estimular a concorrências entre as concessionárias e a qualidade no serviço prestado.

Assim, levando em consideração tudo o que foi aqui exposto, fica claro que, dentre as atribuições da ANS está a prevenção de abusos cometidos por portadoras de planos de saúde contra seus usuários. Uma vez que este órgão tem caráter sancionador, tais condutas podem ser punidas desde com a aplicação de multa até o cancelamento da sua autorização de funcionamento da operadora.

Entretanto, não é isso que se vê na prática. A conduta omissiva e negligente da ANS nesse tocante, deixando que o próprio mercado se regule sem nenhum critério, dá às operadoras o estímulo necessário para a prática de atos que trazem prejuízos de toda ordem aos usuários/consumidores.

Dentre as condutas abusivas praticadas pelos planos de saúde patrocinadas pela omissão da ANS, as principais dizem respeito a reajustes indevidos por faixa etária, demora na marcação de consultas, aumentos abusivos nas mensalidades, rescisão unilateral do contrato, negativação de procedimento, falta e exclusão de cobertura de cobertura e demora no atendimento.

A iniciativa do combate dessas práticas deveria partir da própria ANS, mas diante na sua inoperância nesse sentido, o consumidor recorre ao Poder Judiciário, como a última ou a única maneira de resolver o problema que lhe atinge causado pela operadora.

Com base nos estudos estatísticos aqui abordados, é possível perceber as fortes divergências entre os tribunais e a ANS, no tocante à aplicação do Código

de Defesa do Consumidor, bem como no impacto que isso causa na relação de consumo entre as operadoras de planos de saúde e seus usuários.

Ambos os estudos apontam que não há nenhum fundamento jurídico que justifiquem o desrespeito dos planos de saúde com a legislação consumerista, ainda mais com o advento da Súmula nº 469 do STJ, e seu cancelamento e substituição pala Súmula 608 em nada alteraram esse panorama.

É importante mencionar aqui que que o estudo realizado nos biênios de 2009 a 2010 foram realizados antes da publicação da Súmula 469 do STJ, ao passo que os estudos realizados nos biênios de 2013 a 2014 já foram efetuados sob o rigor da referida Súmula.

Fica claro, portanto, que há aqui uma relação de simbiose entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Planos de Saúde, devendo ambos serem aplicados de forma conjunta e harmônica de modo a tratar das demandas referentes ao tema.

Assim, tal súmula, por si só, deveria obrigar a ANS a obedecer aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e obrigar as operadoras de planos de saúde a fazer o mesmo. Infelizmente, ainda que os estudos aqui descritos tenham abrangências distintas em sua área de abrangência geográficas e jurídicas, e possível perceber que a simples publicação da Súmula 469 não foi suficiente para que a ANS a aplicasse na prática.

Não custa lembrar que a ANS, na qualidade de agência reguladora, deveria fiscalizar as operadoras de planos de saúde e puni-las quando violam as leis as quais estão submetidas.

Entretanto, a ANS, em total oposição aos fins que regem as agências reguladoras e a própria lei que a regula, trata de defender os interesses das operadoras e do mercado de planos de saúde em detrimento do consumidor, que se vê numa situação de completo desamparo de um órgão que deveria igualmente protege-lo. A “saúde financeira” das operadoras, e não a saúde dos usuários, tem sido o principal foco da ANS desde sua criação.

Assim, de modo a obrigar a operadora de pleno de saúde a resolver suas demandas, os consumidores têm dado entrada em sucessivas ações junto ao Poder Judiciário em quantidades cada vez mais elevadas, causando imensos gastos tanto na esfera pública quanto na privada e abarrotando os tribunais de processos. A esse processo é dada a denominação *judicialização da saúde*.

Este problema não é exclusivo da ANS, de modo que todas as agências reguladoras sofrem destas mesmas contradições. Não é à toa que as empresas sujeitas ao controle desses órgãos são as que tem mais reclamações junto ao Procon e as que estão sujeitas as maiores quantidades de demandas judiciais junto aos nossos tribunais.

Esta situação, causada pela omissão da ANS em fiscalizar e punir as operadoras pelas condutas abusivas impostas ao consumidor, tem causado um abarrotamento de processos em nossos tribunais, contribuindo para o aumento morosidade nos julgamentos dos processos e contribuindo decisivamente para a atual situação caótica do sistema de saúde suplementar no país.

A ANS, portanto, ao não incorporar em sua regulamentação os entendimentos dos Tribunais, em especial as determinações do STJ, através das Súmulas 608 e 609, assim como sua jurisprudência relativa ao tema, e os ditames do Código de Defesa do Consumidor, tem sua parcela de culpa nesse estado de coisas, pois esse comportamento omisso e negligente por ela praticado incentiva e estimula as operadoras de planos de saúde a dar seguimento em práticas abusivas e obrigando os usuários a recorrer ao Poder Judiciário para defender seus direitos, num círculo vicioso sem fim, tornando-se uma das causas da ameaça de colapso do setor.

5 CONCLUSÃO

Em se mantendo a situação desta forma, a judicialização da saúde não só corre o risco de sair do controle como pode inclusive se tornar uma das causas do colapso do sistema de saúde suplementar que já vem se desenhando há algum tempo.

Sendo a ANS uma agência reguladora subordinada ao Ministério da Saúde, cabe ao Poder executivo resolver boa parte das situações envolvendo o assunto aqui tratado, a começar pela escolha do conselho diretor.

Caberia, portanto, ao Presidente da República, abrir mão de questões políticas e ter em conta critérios técnicos na escolha dos membros do conselho diretor da ANS. Tal escolha deveria envolver dois membros ligados às operadoras de planos de saúde, dois membros ligados às associações de defesa do consumidor que entendessem do tema e um membro igualmente conhecedor do assunto, mas sem nenhum vínculo com as partes aqui envolvidas para ocupar a presidência.

Dessa forma, o mercado seria devidamente regulado havendo o equilíbrio nas relações entre planos de saúde e consumidores.

Outra providência a ser tomada seria a incorporação no rol de procedimentos da ANS os temas de maior demanda no PROCON e no Poder Judiciário. Isso não só imporia o cumprimento dos ditamos de CDC pela ANS como também traria uma maior harmonização entre ela e os tribunais.

Além disso, as resoluções da ANS deveriam ser adequadas às disposições do Código de Defesa do Consumidor, de modo impor aos planos de saúde o integral cumprimento deste dispositivo legal.

Uma grande contribuição à mitigação à judicialização da saúde seria dar poder sancionatório ao PROCON. O projeto de lei 5.196/2013 prevê alterações no CDC de modo a fortalecer a atuação dos PROCONs, permitindo-lhes a aplicação de normas corretivas em caso de infração às normas consumeristas. Uma abertura da ANS nesse sentido sem sombra de dúvida diminuiria bastante a quantidade de processos referente a planos de saúde.

Declarar que tais medidas solucionarão o problema aqui exposto não só seria leviano como nunca foi o objetivo desse trabalho. Entretanto, coloca-las em prática atenuaria bastante o problema, pois não só ajudaria a colocar a ANS em ordem como também contribuiria para diminuir sobremaneira a quantidade de processo nos tribunais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIAS REGULADORAS E A TUTELA DO CONSUMIDOR. Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, p. 20-23, 20 jun. 2009.

CUSTÓDIO, Quezia Lopes Carvalho. Agências reguladoras e o seu papel no Brasil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 162, jul 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19192&revista_caderno=4>. Acesso em 01 nov. 2018.

FABRETTI. Fernanda Massad de Aguiar, *A regulação estatal e o controle judicial da saúde suplementar como fatores de efetivação do direito à saúde: direito social e do consumidor*. 2014. 119f. Dissertação de Mestrado – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96. São Paulo: CREMESP/IDEC, 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica, 6. ed. 5. Reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHEFFER, M. Coberturas assistenciais negadas pelos planos e seguros de saúde em ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Revista de Direito Sanitário, v. 14, n. 1, p. 122-131, 12 jun. 2013.

TRETTEL, D.; KOZAN, J.; SCHEFFER, M. C. Judicialização em planos de saúde coletivos: os efeitos da opção regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar nos conflitos entre consumidores e operadoras. Revista de Direito Sanitário, v. 19, n. 1, p. 166-187, 13 jul. 2018.