

MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 532 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
REQTE.(S) : **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS**
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S) : **CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E**
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : **AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR -**
ANS
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL FEDERAL**

DECISÃO

MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. RESOLUÇÃO N. 433/2018 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. MECANISMOS FINANCEIROS DE REGULAÇÃO: COPARTICIPAÇÃO E FRANQUIA. DIREITO À SAÚDE. EXCEPCIONAL CONDIÇÃO DE INSEGURANÇA DOS USUÁRIOS DO SISTEMA. CAUTELAR DEFERIDA. MEDIDAS PROCESSUAIS.

Relatório

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, com requerimento de medida liminar, ajuizada, em 13.7.2018, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a Resolução Normativa n. 433, de 28 de junho de 2018, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que “propõe-se a regulamentar, a utilização de mecanismos financeiros de regulação no âmbito dos planos privados de assistência à saúde, a exemplo de franquias e coparticipação”.

2. O Autor argumenta que “sob o falso pretexto de instituir mecanismos

ADPF 532 MC / DF

de regulação financeira dos planos privados de assistência à saúde, a referida Resolução foi muito além e desfigurou o marco legal de proteção do consumidor no país”, tendo usurpado “da competência do Poder Executivo (e também do Poder Legislativo) por parte da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que arvorou-se a regulamentar matéria --- mecanismos de regulação financeira (franquia e coparticipação) --- sem a devida competência para tanto e, ainda, sem o devido processo legislativo”.

Afirma que o ato impugnado contraria o “preceito fundamental da separação de poderes, ao princípio da legalidade e ao devido processo legislativo, porquanto a Lei n. 9656, de 3 de junho de 1998, não outorgou à ANS a competência legislativa para disciplinar o tema, ou seja, para verdadeiramente criar regras, direitos e deveres para usuários de planos de saúde”.

Defende estar configurado o cumprimento do princípio da subsidiariedade, necessário para o ajuizamento da presente arguição, porque “considerada a Resolução Normativa nº 433/2018, da ANS, e sua natureza de ato normativo secundário, mas que afronta diretamente preceito fundamental da Constituição Federal, revela-se cabível a admissão e o processamento da presente ADPF em relação a tal ato do Poder Público”, além da circunstância de que “o único meio de sanar as lesividades apontadas de um modo amplo, geral e imediato é a admissão da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”.

Assevera que “ao disciplinar, nesses termos, mecanismos financeiros de regulação no âmbito dos planos privados de assistência à saúde sem a devida autorização e competência legal para tanto, ou mesmo sem o devido processo legislativo e ampla discussão no ambiente do Poder Legislativo, mencionada Resolução descumpra o preceito fundamental da separação de poderes --- art. 2º, ‘caput’ ---, o Princípio da legalidade --- art. 5º, II ---, e o devido processo legislativo, ambos da Carta Política de 1988”.

Argumenta que “para além de disciplinar outras questões, a Resolução

ADPF 532 MC / DF

Normativa n. 433, da ANS, prevê que os beneficiários dos planos de assistência à saúde – pacientes – poderão pagar até 40% (quarenta por cento) do valor de consultas e exames no modelo de coparticipação, percentual este que, com o devido respeito, revela-se abusivo e ultrapassa prática então existente no mercado de saúde suplementar, que hoje se perfaz, em média, na cobrança de até 30% (trinta por cento) praticada pelas operadoras de assistência à saúde”.

Acrescenta que a Resolução CONSU n. 08 “estabeleceu limitações e vedações às operadoras de planos de assistência à saúde no que toca à possibilidade de utilização de franquias e mecanismos de regulação”, tendo sido “expressa no parágrafo 2º do art. 1º a permitir a utilização de franquia e mecanismos de regulação sem que isto implique no desvirtuamento da livre escolha do segurado, mas a ANS, no entanto, desbordando-se de sua atuação como órgão fiscalizador e usurpando a competência do Poder Executivo e, quiçá, do Poder Legislativo, bem como o princípio da legalidade, derogou o referido dispositivo por meio da Resolução Normativa n. 433 de 2018”.

Pondera que os art. 2º, incs. VII e VIII, da Resolução CONSU n. 08, revogados pelo ato impugnado, “vedavam expressamente o estabelecimento de coparticipação ou franquia que caracterize financiamento integral do procedimento por parte do usuário, ou fator restritivo severo ao acesso aos serviços, bem como, nos casos de internação, de fator moderador em forma de percentual por evento, com exceção das definições específicas em saúde mental”.

Observa que a Resolução n. 433/2018 extrapola os limites regulatórios da Agência Nacional de Saúde que, na esteira do entendimento sobre competência constitucional permitida a estas autarquias, teria a especificação e o limite de suas atribuições estabelecidas no art. 4º, incs. VII e XXXVI, da Lei n. 9.961/2000. Ao atuar em contrariedade a direitos fundamentais e sem respaldo na legislação vigente, aquela entidade autárquica teria contrariado a ordem constitucional, inovando e criando direitos e obrigações constritivos dos direitos dos usuários do serviço de saúde suplementar.

ADPF 532 MC / DF

Destaca “a urgência na concessão da medida liminar sobretudo em razão da insegurança jurídica e do manifesto prejuízo aos consumidores em razão da novel regulamentação”.

Requer “a concessão da medida cautelar, face à evidência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, previstos no art. 5º, §1º, da Lei n. 9.882/99, a fim de que suspenda a eficácia da Resolução Normativa n. 433, de 2018, da Agência Nacional de Saúde Suplementar –ANS”.

No mérito, pede “a procedência do pedido de mérito para que seja reconhecida incompatibilidade da Resolução Normativa n. 433, de 2018, da ANS, com a Constituição Federal de 1988, a fim de se preservar os preceitos fundamentais narrados na presente Arguição”.

3. Distribuído o processo ao Ministro Celso de Mello quando iniciado o período de recesso forense (13.7.2018), vieram-me os autos em conclusão, nos termos do inc. VIII do art. 13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Examinados os elementos havidos nos autos, **DECIDO.**

4. O art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999 autoriza, expressamente, que, no período de recesso, a medida cautelar requerida em arguição de descumprimento de preceito fundamental seja excepcionalmente apreciada por decisão monocrática da Presidência deste Supremo Tribunal Federal, competindo-lhe decidir pedidos urgentes, nos termos do art. 13, inc. VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A tutela do direito fundamental à saúde do cidadão brasileiro é urgente, a segurança e a previsão dos usuários dos planos de saúde quanto a seus direitos, também.

Saúde não é mercadoria. Vida não é negócio. Dignidade não é lucro.

ADPF 532 MC / DF

Direitos conquistados não podem ser retrocedidos sequer instabilizados, como pretendeu demonstrar a entidade autora da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por isso o cuidado jurídico com o tema relativo à saúde é objeto de lei, quer dizer, norma decorrente do devido processo legislativo. No Estado democrático de direito, somente com ampla discussão na sociedade, propiciada pelo processo público e amplo debate, permite que não se transformem em atos de mercancia o que o sistema constitucional vigente acolhe como direito fundamental e imprescindível à existência digna.

A plausibilidade jurídica dos argumentos apresentados na inicial, pautada em fundamentos constitucionais sensíveis à densificação desse direito, recomendam a atenção para inegável cenário de instabilidade jurídica com o o incremento da judicialização da matéria.

Anote-se também a inquietude dos milhões de usuários de planos de saúde, muitos deles em estado de vulnerabilidade e inegável hipossuficiência, que, surpreendidos ou, melhor, sobressaltados com as novas regras, não discutidas em processo legislativo público e participativo, como próprio da feitura das leis, vêm-se diante de condição imprecisa e em condição de incerteza quanto a seus direitos.

Assim, sem prejuízo de análise posterior do digno Ministro Celso de Mello, Relator, mesmo quanto ao cabimento desta arguição, examino, em caráter precário e próprio da fase acautelatória, o requerimento apresentado e afirmado como de urgência.

5. Este Supremo Tribunal Federal admite a apreciação excepcional, em controle abstrato de constitucionalidade, da validade de atos de entidades públicas que importam em regulamentação de matéria cuja competência se pretende tenha sido exercida em exorbitância aos limites

ADPF 532 MC / DF

constitucionais.

Na espécie examinada, embora o objeto imediato da ação seja uma Resolução da Agência Nacional de Saúde, demonstra-se que o seu conteúdo produz aparente inovação normativa primária, sem respaldo constitucional ou legal, do que decorreria ou autorizaria a alteração substancial de planos de saúde pela nova norma posta pela autarquia, a justificar a presente medida de urgência.

6. A Resolução n. 433/2018 da Agência Nacional de Saúde *“dispõe sobre os Mecanismos Financeiros de Regulação, como fatores moderadores de utilização dos serviços de assistência médica, hospitalar ou odontológica no setor de saúde suplementar; altera a RN nº 389, de 26 de novembro de 2015, que dispõe sobre a transparência das informações no âmbito da saúde suplementar, estabelece a obrigatoriedade da disponibilização do conteúdo mínimo obrigatório de informações referentes aos planos privados de saúde no Brasil e dá outras providências; revoga o § 2º do art. 1º, os incisos VII e VIII do art. 2º, o art. 3º, a alínea “a” do inciso I e os incisos VI e VII do art. 4º, todos da Resolução do Conselho de saúde Suplementar - CONSU nº 8, de 3 de novembro de 1998, que dispõe sobre mecanismos de regulação nos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde; e revoga o inciso II e respectivas alíneas do art. 22, da RN nº 428, de 7 de novembro de 2017, que atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, fixa as diretrizes de atenção à saúde e dá outras providências”*.

7. Como destacado pelo Autor, ao regulamentar os mecanismos financeiros de regulação (franquia e coparticipação) no tema da saúde suplementar brasileira, a Agência Nacional de Saúde teria instituído *“severa restrição a um direito constitucionalmente assegurado (direito à saúde) por ato reservado à lei em sentido estrito”*

Tanto significou, como alegado, contrariedade a *“preceito fundamental*

ADPF 532 MC / DF

da separação de poderes, ao princípio da legalidade e ao devido processo legislativo, porquanto a Lei n. 9656, de 3 de junho de 1998, não outorgou à ANS a competência legislativa para disciplinar o tema, ou seja, para verdadeiramente criar regras, direitos e deveres para usuários de planos de saúde”.

8. A precária decisão adotada, em atendimento ao pleito apresentado pelo autor, presta-se a assegurar a manutenção do *status quo* em matéria cuja análise aprofundada há ser feita pelo digno Ministro Relator na forma da legislação vigente.

Assim, suspendem-se os efeitos de norma instabilizadora da segurança de direito fundamental pelo advento inesperado e autônomo da norma editada, conferindo-se prazo para o exame e a resposta judicial instruída, madura e adequada ao caso.

9. A argumentação que se poderia apresentar no sentido de que as normas entrarão em vigor apenas após cento e oitenta dias de sua publicação (art. 17 da Resolução n. 433/2018) não infirma a urgência da medida de sobrestamento requerida.

A perspectiva de que as novas diretrizes da Agência Nacional de Saúde balizam as futuras contratações, cuja negociação se inicia muito antes do período de sua concretização, e que pautarão as renovações de contratos de plano de saúde, nos quais os consumidores assumiram a coparticipação ou a franquia, é concreta, atual e presente.

A fixação de novos e mais elevados percentuais de contribuição atualmente convive com as crescentes dúvidas quanto aos limites das novas obrigações devidas pelos contratantes das modalidades de coparticipação ou de franquia.

10. A segurança jurídica exigida nas contratações é também princípio determinante para respeito ao devido processo legislativo. É ele que

ADPF 532 MC / DF

assegura ao cidadão o conhecimento prévio do direito que se pretende estabelecer, suas razões e finalidades de cada norma, a participação da sociedade legitimador do ordenamento jurídico.

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 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

Também não seria juridicamente sustentável que as normas questionadas não afetariam os contratos vigentes, pelo que afastada estaria a urgência afirmada pelo autor da presente arguição.

Como antes anotado, a renovação dos contratos agora em vigor são atingidos pelas normas editadas pela Agência e a negociação e a previsão dos cidadãos quanto ao que farão e segundo que normas terão a regência do que poderão ajustar na sequência inicia-se muito antes da data de seu

ADPF 532 MC / DF

vencimento e da renovação, pelo que a segurança jurídica há de estar assegurada em momento anterior e que já teve início.

Ademais, a incerteza quanto aos reflexos dessas alterações é fator relevante nas diversas formas de convívio e organização social em especial quando se trata do direito fundamental à saúde.

11. A Constituição da República assegura:

*“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
(...)”*

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. 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”.

12. A jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou-se no sentido de resguardar a defesa do direito fundamental à saúde, em suas múltiplas dimensões, encarecendo-se, em diversos julgados, a recorrente *“necessidade de intervenção do Judiciário para a garantia de seu núcleo essencial”*, afeto como dito à dignidade da pessoa humana (ACO 1472-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJ 18.9.2017).

Nesse sentido votei no julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental n. 101/DF, de minha relatoria, acompanhada pela maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal:

“18. O direito à saúde, que compareceu em várias Constituições

ADPF 532 MC / DF

brasileiras com as redefinições próprias das transformações da sociedade, cujo projeto político se manifesta em cada época segundo os avanços e necessidades que precisam ser colmatados, é tido pelo Argüente....

A Constituição de 1934 dispôs ser competência da União e dos Estados “cuidar da saúde e assistência públicas” (art. 10, inc. II).

As Constituições de 1937 e de 1946 silenciaram sobre a matéria, e a Carta de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1/69, praticamente repetiu o que se tinha disposto na Constituição de 1934, ao atribuir à União a competência para estabelecer e executar planos nacionais de saúde (art. 8º, inc. XIV) e ao assegurar aos trabalhadores o direito à “assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva” (art. 165, inc. XV).

No âmbito federal, a dar efetividade a essa proteção, foi editada a Lei n. 2.312, de 3.9.54, que, ao dispor sobre as normas gerais sobre defesa e proteção da saúde, estabeleceu:

...

O Decreto n. 49.974-A, de 21.1.61, também denominado Código Nacional de Saúde, regulamentou a Lei n. 2.312/54 e foi taxativo quanto à responsabilidade estatal pela saúde da população:

“Art. 2º É dever do Estado, bem como da família, defender e proteger saúde do indivíduo.

...

O Brasil foi signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948, em cujo art. 25 se previa o direito de todo ser humano “a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar”.

Quarenta anos após a assinatura da Declaração Universal, os constituintes de 1988 inseriram na Constituição brasileira a proteção à saúde como direito de todos, corolário do direito à vida digna: (...)

...

A Constituição brasileira também enumerou a saúde no título que dispõe sobre os direitos e as garantias fundamentais, no capítulo dos direitos sociais, estabelecendo que: (...)

A Constituição brasileira põe, ainda, que “as ações e os serviços direcionados à saúde da população ‘são de relevância pública’” (art.

ADPF 532 MC / DF

197).

O reconhecimento constitucional do direito à saúde como direito social fundamental tem como consequência serem exigíveis do Estado ações positivas para assegurá-lo e dotá-lo de eficácia plena.

Julgado deste Supremo Tribunal reforçou posição jurisprudencial no sentido de que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República [e que] o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da [Constituição da República] – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24.11.2000 – grifos nossos).

Naquele julgado, no qual se discutia o direito à vida e à saúde com o fornecimento gratuito de medicamentos, o digno Ministro Celso de Mello ponderou que “O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa do Estado brasileiro, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional” (DJ 4.6.2012).

13. A saúde tida como direito fundamental da pessoa não pode ser tida apenas como ausência de doença, como afirmei, por exemplo, na ADPF n. 101, mas como estado de bem estar ocasionado pelas condições gerais que lhe asseguram segurança e confiança no seu entorno sócio-político e econômico. Esse direito é, portanto, posto em questão quando se configuram situações desarrazoadas de incerteza provocadas pelo advento de normas editadas fora do espaço legislativo próprio e com a garantia do devido processo legislativo que permite a transparência dos debates, das razões e das finalidades buscadas pelas normas,

ADPF 532 MC / DF

especialmente sobre direitos fundamentais.

A confiança em todo o sistema não pode ser diminuída ou eliminada por normas cuja correção formal é passível de questionamento judicial.

14. 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.

15. O negócio jurídico consubstanciado nos contratos de adesão propostos pelas operadoras de saúde devem obrigatoriamente observar os ditames constitucionais da máxima eficiência, da transparência, da legalidade e, ainda, ao art. 170 da Constituição do Brasil, segundo o qual:

“Art. 170. 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, observados os seguintes princípios...”.

Nem se há cogitar de eventual dano para a Agência Nacional de Saúde ou para as agências operadoras de planos de saúde com a presente decisão suspensiva dos efeitos da Resolução questionada.

As normas instabilizam os usuários que precisam dos planos,

ADPF 532 MC / DF

pretendem ou necessitam brevemente renová-los ou pensam em adotá-los. Para tanto, iniciou-se o processo de decisão pessoal, previsão de gastos, possibilidade ou não de sua opção. Por isso, a suspensão dessas normas, em juízo acautelatório e precário a ser reexaminado pelo eminente Ministro Relator, pode reequilibrar o quadro de insegurança jurídica deflagrado pelas possíveis limitações desfavoráveis ao consumidor.

Como ainda têm prazo para o ajuste, as operadoras dos planos não se vêm a braços com a questão imediata do tempo, como se dá em relação aos usuários.

16. Pelo exposto, pela qualificada urgência e neste juízo provisório, próprio das medidas cautelares, **defiro a medida cautelar (art. 5º, § 1º, da Lei n. 9.882/1999), para suspender a Resolução n. 433/2018 da Agência Nacional da Saúde, até o competente exame a ser levado a efeito pelo Ministro Relator ou pelo Plenário deste Supremo Tribunal, na forma da legislação vigente.**

17. Notifique-se a Agência Nacional da Saúde para, querendo, prestar informações na forma do art. 5º, § 2º, Lei n. 9.882/1999.

18. Na sequência, **manifeste-se a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria Geral da República (art. 7º da Lei n. 9.882/1999).**

Publique-se.

Brasília, 14 de julho de 2018.

Ministra CÁRMEN LÚCIA
Presidente