

O PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO – REFLEXÕES PRELIMINARES.

Angélica Carlini

Advogada e Docente do Ensino Superior.

O fenômeno jurídico conhecido como *judicialização* continua a impactar a vida brasileira nesta segunda década do século XXI, em especial em áreas sensíveis como a da efetividade dos direitos sociais.

As promessas da Constituição Federal de 1988 no campo dos direitos sociais eram largas, abrangentes, capazes de concretizar o estado do bem-estar social que ainda não havíamos vivido no país e, que tanto bem traria para a larga camada da população assolada pela carência de saúde, educação, moradia, elementos essenciais para uma vida digna.

A reconstrução democrática dos anos 1980 no Brasil estimulou a crença de que, finalmente, viveríamos direitos sociais para todos e concretizaríamos os objetivos estampados no artigo 3º da Constituição Federal. A realidade, no entanto, se mostrou muito diversa e finalizamos o século XX sem conseguir fazer chegar à população os direitos sociais e, com isso, o acesso ao poder judiciário para exigir a concretização individual dos direitos tornou-se prática recorrente. Vaga em creche, em unidade de terapia intensiva, medicamento para doenças crônicas, foram temas que se tornaram recorrentes nos pedidos judiciais quase sempre concedidos de forma liminar, sem manifestação da administração pública.

Não tardou que o fenômeno surgisse também nas relações privadas, em especial naquelas de caráter consumerista para as quais há reconhecimento legal da vulnerabilidade do consumidor. As falhas

de maior ou menor porte nas relações de consumo passaram a ser tratadas da mesma forma, ou seja, com participação direta do poder judiciário na decisão sobre o direito a ser garantido ao titular.

Nos contratos de planos de saúde a judicialização se tornou intensamente utilizada pelos usuários, muitas vezes para requererem o que a rigor não têm direito porque não está previsto em contrato e nem na regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ANS, órgão regulador e fiscalizador das atividades das operadoras de saúde no país.

Muitas vezes é inegável que o consumidor tem necessidade do procedimento ou evento em saúde que, inclusive, foi expressamente recomendado pelo médico assistente do paciente. Mas há uma diferença entre necessidade e direito. Nem sempre nossas necessidades se tornam automaticamente nossos direitos. Há que se avaliar cautelosamente essa interrelação entre necessidade e direito quando se vive em sociedade e, quando se contrata com base em fundos mútuos compostos com a contribuição de muitas pessoas que se encontram em situação semelhante.

De fato, os contratos de saúde suplementar são firmados a partir do pressuposto técnico e jurídico de que o usuário contribuirá com um valor em dinheiro, mensalmente, juntamente com outros usuários para que seja formado um fundo mútuo de onde sairão os recursos para pagamento das despesas assistenciais de toda a mutualidade. Para que seja possível calcular as probabilidades de utilização e os valores necessários para a formação do fundo mútuo, é imperioso que haja previsão das despesas a serem custeadas e estas só poderão ser calculadas se forem predeterminadas.

Por essa razão a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, cumprindo determinação da Lei n. 9.656, de 1998, elabora um rol de procedimentos e eventos em saúde que devem,

obrigatoriamente, ser oferecidos pelas operadoras de saúde para seus usuários. O rol é uma referência mínima no sentido de que outros procedimentos e eventos em saúde poderão ser oferecidos sempre que previamente contratados e, com o consequente custeio pela mensalidade paga pelo usuário.

Muitas demandas judiciais movidas por usuários de operadoras de saúde requerem tratamentos, medicamentos ou outros procedimentos em saúde que não estão contidos no rol de procedimentos, sob a alegação de que são uma necessidade expressamente apontada pelo médico. Muitas vezes não há dúvida de que sejam uma necessidade, porém não há cobertura no rol de procedimentos e nem no contrato firmado entre as partes.

Tantas são as decisões judiciais que ignoram as previsões do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS que o tema foi alçado ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, a mais alta corte de direito privado do país.

É o momento oportuno para estudarmos o *princípio da deferência*, que no entender de Egon Bockmann Moreira¹ se aplica quando (...) *decisões proferidas por autoridades detentoras de competência específica – sobretudo de ordem técnica – precisam ser respeitadas pelos demais órgãos e entidades estatais (em especial o Poder Judiciário, o Ministério Público e as Cortes de Contas)*.

Valter Shuenquener de Araújo², por sua vez, ao estudar o princípio da deferência afirma:

¹ MOREIRA, Egon B. Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>. Acesso em 21 de outubro de 2020.

² ARAÚJO, Valter Shuenquener. *Os quatro pilares para a preservação da imparcialidade técnica das agências reguladoras*. In Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 20 n. 120 Fev./Maio 2017 p. 64-91. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e120-1659>

Um juiz que se debruce sobre um ato específico de uma agência reguladora pode não ter o conhecimento pleno das razões que a levaram a editar a referida norma técnica. Numa rápida leitura, algumas regras das agências podem, até mesmo, ser interpretadas como ofensivas a princípios constitucionais. Contudo, uma vez que se tornem conhecidos os detalhes técnicos que justificaram a sua edição, pode-se até concluir o contrário, isto é, que, na realidade, nada havia de errado no seu conteúdo. Essa constatação reforça, por exemplo, a inadequação da vulgarização do uso de princípios para o controle jurisdicional dos atos das agências reguladoras. Princípios como os da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, da proporcionalidade, da razoabilidade e da autonomia da vontade são fundamentais em um Estado de Direito, mas a sua utilização de forma genérica e dissociada da matéria específica regulada pode ensejar resultados desastrosos.

O próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ em decisão relatada pelo Ministro Mauro Campbell Marques, em 01 de junho de 2010, no REsp 1.171.688/DF, afirmou:

Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível – cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo.

O rol de procedimentos e eventos em saúde cumpre exatamente essa função eminentemente técnica, precedido de audiências públicas e intensas discussões de caráter multidisciplinar, com apresentação de documentos e evidências que comprovam a necessidade de inserção ou substituição de procedimentos. Todo o processo é conduzido de forma a priorizar aspectos científicos

comprovados, que possam ser utilizados como substrato da decisão adotada.

A cada dois anos o rol de procedimentos é atualizado e sempre com democrática participação de diferentes setores da sociedade brasileira.

Os pedidos formulados em juízo para acesso a procedimentos não contemplados no rol expressam necessidades individuais que podem até ser fundamentadas. Mas a elaboração do rol de procedimentos, a atuação das operadoras de saúde e o arcabouço regulatório não seguem e nem poderiam seguir uma lógica individual. Todo o sistema de saúde suplementar é estruturado a partir da necessidade de proteção à mutualidade, sem o que não há base técnica-atuarial e financeira que possa dar conta das despesas assistenciais necessárias para atender os 47 milhões de usuários desse sistema.

Estamos em um momento social e econômico em que as decisões judiciais deveriam considerar mais vezes a aplicação do princípio da deferência que expressa no dizer do Ministro Campbell do STJ, a cautela que o poder judiciário deve adotar sempre que estiver frente à responsabilidade de decidir casos que envolvam aspectos técnicos multidisciplinares, como acontece no setor de saúde suplementar e, especificamente naqueles que tratam do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS.