

A SÚMULA 102 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ.

Angélica Carlini

Advogada e Docente do Ensino Superior

Aprovada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 2013, a Súmula 102 vigorou desde então como um mecanismo pouco apropriado para solução de conflitos na área da saúde suplementar.

Determina a referida súmula que:

Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

A Súmula não atende às determinações da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criadora e administradora do rol de procedimentos e eventos em saúde; e, também não atende às determinações da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que tem o poder legal de determinar o que é tratamento aprovado em saúde e o que é ainda experimental.

Além disso, Súmula 102 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, lançou por terra o princípio da deferência que na lição 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).*

Da mesma forma, a Súmula 102 do TJSP atribuiu aos profissionais de área médica um poder extraordinário, acima de qualquer outro conhecido na república, porque eles podem determinar que seja aplicado ao paciente um tratamento de saúde em caráter experimental sem fundamento de evidências científicas, porque autoriza que prescrevam procedimentos e/ou medicamentos em caráter experimental, que não tenham cumprido todos os protocolos que norteiam as pesquisas clínicas em todo o mundo.

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.

A Súmula ora comentada também outorgou aos médicos o direito de ignorar os cálculos atuariais e estatísticos das operadoras de saúde para formação e administração do fundo mutual, de onde são retirados os valores necessários para pagamento das despesas assistenciais para todos os contratantes de saúde suplementar.

Todas as operadoras de saúde no Brasil atuam por meio da organização e administração de fundos mutuais, ou seja, constituem reservas a partir do pagamento das mensalidades dos beneficiários e as utilizam para custeio de todos os procedimentos e eventos em saúde necessários. O mutualismo depende diretamente de riscos predeterminados para que possa ser organizado e administrado com segurança. Não é possível fazer cálculos de valores necessários para o custeio de despesas assistenciais sem que tenham sido definidos riscos que possam ser objetivamente mensurados.

Por isso o rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela ANS e por ela atualizado a cada dois anos, é essencial para solvência e sustentabilidade da operação de saúde suplementar, ou seja, para o atendimento das despesas assistenciais dos beneficiários. Ele garante a predeterminação dos riscos a partir de evidências científicas de forma que sejam incorporadas tecnologias e procedimentos eficientes, com resultados comprovados, que podem ser colocados à disposição dos milhões de beneficiários de saúde suplementar sem coloca-los em risco.

A Súmula 102 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não considerava o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS como um elemento essencial para a organização e sustentabilidade dos fundos mutuais e, colocava em risco todo o arcabouço técnico mutual ao permitir aos médicos a recomendação de procedimentos e eventos em saúde não integrantes do rol e, não raro, experimentais, ou seja, não aprovados pelo órgão regulador legalmente criado para essa finalidade.

Em 06 de outubro de 2020 a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão, decidiu que:

EMENTA PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO EXEMPLIFICATIVO. ILEGALIDADE. FISIOTERAPIA PELO MÉTODO THERASUIT. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA RELAÇÃO EDITADA PELA AUTARQUIA OU NO CONTEÚDO ADICIONAL DO CONTRATO. COBERTURA CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA. MÉTODO, ADEMAIS, TIDO PELO CFM COMO

MERAMENTE EXPERIMENTAL, SEM EVIDÊNCIA CIENTÍFICA DE SUPERIORIDADE COM RELAÇÃO À FISIOTERAPIA CONVENCIONAL, SEGUNDO O NAT-JUS NACIONAL E PARECER DAQUELE CONSELHO FEDERAL. IMPOSIÇÃO DE CUSTEIO AO PLANO DE SAÚDE. INVIABILIDADE.

Na oportunidade, destacou o Ministro Salomão que:

Conforme exposto na própria exordial (causa de pedir e pedido), o autor pretende a imposição de cobertura de terapia que não integram o rol da ANS e nem mesmo são fornecidas pela rede credenciada à Operadora do plano de saúde, invocando a sentença data vênias, insólita Súmula local estabelecendo de antemão que, havendo expressa indicação do Médico assistente do próprio autor da ação, é sempre abusiva a negativa de quaisquer cobertura de custeio de tratamentos, até mesmo se for sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

Como visto, acolhendo a tese da recorrente, as instâncias ordinárias, renovada as vênias, simplesmente desconsideraram o rol da ANS, suprimindo/usurpando as atribuições legais da Autarquia e violando a tripartição de poderes.

Este Colegiado, por ocasião do julgamento do REsp 1.733.013/SP, perfilhou o entendimento de que, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n.9.961/2000, a atribuição da ANS de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n.439/2018 da Autarquia, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o determinado pelo caput do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde.

A elaboração do rol submete-se a diretrizes técnicas de inegável e peculiar complexidade, como: I – a utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS; II – a observância aos preceitos da Saúde

Baseada em Evidências – SBE; e III – a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

Como esclarecido pelas substanciosas manifestações dos amici curiae ANS, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e Instituto Brasileiro de Atuária, o rol propicia a previsibilidade econômica necessária à precificação de planos e seguros de saúde. É que o menoscabo de "tais aspectos bem como a própria imposição pelos juízos de coberturas que não têm amparo na legislação vigente geram, muitas vezes, externalidades positivas para os consumidores e negativas para as operadoras de planos privados de assistência à saúde, resultando em distorções nos custos dos planos e, principalmente, nos seus cálculos e estudos atuariais, impondo o oferecimento ao mercado de planos mais caros, que acabam restringindo o acesso de muitos consumidores a este mercado" (SILVA, José Luiz Toro da. Os limites ao poder de regular os planos privados de assistência à saúde. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 168).

Salientou-se que, por um lado, não se pode deixar de observar que o rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, em preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo representaria, na verdade, negar a própria existência do "rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população. Lamentavelmente, salvo os planos de saúde coletivo empresariais, subvencionados pelo próprio empregador, em regra, os planos de saúde, hoje em dia, são acessíveis apenas às classes média alta e alta da população.

Por outro lado, esse entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, devendo a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas, tem o condão de efetivamente padronizar todos planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer "tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado", nega vigência aos dispositivos legais que determinam o plano básico de referência e a possibilidade de estabelecimento contratual de outras coberturas, efetivamente padronizando e restringindo a livre concorrência ao nitidamente estipular a mais ampla, indiscriminada e completa cobertura a todos os planos e seguros de saúde, o

que, além dos mais, dificulta o acesso à saúde suplementar às camadas mais necessitadas e vulneráveis da população.

O voto demonstra notável conhecimento sobre o funcionamento técnico dos planos de saúde no Brasil, em especial sobre as consequências negativas para a precificação e para o ingresso de novos beneficiários no setor. A flexibilização de regras sem suporte técnico, que é o que ocorre quando se considera o rol de procedimentos como meramente exemplificativo, é medida negativa para beneficiários, para a concorrência, para o ingresso de novos investidores no setor e, conseqüentemente para a sociedade.

Especificamente sobre a Súmula 102 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entendeu o Ministro Luis Felipe Salomão que:

5. Dessarte, ao estabelecer, de antemão com base em Súmula local, que, havendo indicação do médico assistente, nunca prevalece a negativa de cobertura, data vênua, na verdade, o entendimento, além de em muitos casos ser temerário, é, em linha de princípio, incompatível com o contraditório, a ampla defesa, e com a natural imparcialidade que se espera e legitima a magistratura.

Em poucas palavras, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a Súmula 102 do TJSP é inconstitucional porque fere o direito à ampla defesa e conseqüentemente ao contraditório, nos termos do que assegura o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal brasileira.

De fato, ao considerar abusivos argumentos fundamentados em regulação, como o caráter experimental e a inexistência de previsão no rol de procedimentos, a súmula do TJ de São Paulo afastava por completo o direito ao exercício do contraditório, garantia constitucional contida no bojo do princípio, igualmente constitucional, da ampla defesa.

Há evidente intenção positiva do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em afastar argumentos que impeçam beneficiários de ter acesso a tratamentos e procedimento que parecem os mais adequados para suas necessidades. Mas, quando de trata de temas técnicos como os da área da saúde, não se pode olvidar que tratamentos experimentais podem ser bastante negativos e geradores de danos irreparáveis; tanto quanto não se pode ignorar que romper a estrutura de sustentação financeira e

econômica das operadoras de saúde é destruir a essência desses contratos, descaracterizá-los por completo e colocar em risco toda a solvência das operadoras e os recursos necessários para o custeio das despesas assistenciais.

Disso defluiu a relevância da decisão da 4^a Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ que em boa hora recoloca as bases técnicas e atuariais protegidas para que os beneficiários de planos de saúde no Brasil possam ter a confiança de que os fundos mutuais terão recursos para o custeio das despesas assistenciais de que eles necessitam.