



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL

69  
f

CONCLUSÃO  
Nesta data faço conclusos estes autos a MM. Juíza Federal, Dra. REGILENA EMY FUKUI BOLGNESI. São Paulo, 11 março de 2014 Eu,....., Téc. Judiciário - RF 2918

deq 31/2014

11ª Vara Federal Cível – SP  
Autos n. 00021278-17.2013.403.6100

A presente ação ordinária foi proposta por **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE GRUPO - ABRAMGE** em face da **AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS**, cujo objeto é a Resolução n. 338/2013.

Narra a autora que a ré editou a Resolução n. 388/2013. Aponta que o referido ato está eivado de ilegalidade, pois seu artigo 1º, ao dispor sobre nova referência básica para cobertura mínima obrigatória à saúde, ofendeu atos jurídicos perfeitos anteriores à sua edição, além de impor às pessoas jurídicas atingidas, obrigações que apenas lhes poderiam ser determinadas por lei, sobretudo porque pretende retroagir aos contratos de assistência à saúde celebrados entre operadoras e seus beneficiários a partir de 1º de janeiro de 1999 e os firmados anteriormente a esta data, porém, adaptados a normas previstas na Lei n. 9.656/98.

Ademais, "[...] a disposição contida no art. 19, §1º, VI, da RN nº 388/2013 [...] obriga as operadoras associadas à requerente à cobertura de tais medicamentos, a partir de 02 de janeiro de 2014 (data de início de vigência da Norma), quando a Lei 12.880/2013, que altera a de nº 9656/1998, para incluir

nas coberturas pelas operadoras de planos de saúde, os medicamentos antineoplásicos domiciliares, só entrará em vigor em 12/05/2014, ou seja, a RN nº 388 obriga as operadoras de planos de saúde ao fornecimento dos medicamentos antineoplásicos orais constantes do Anexo II desta RN, de uso domiciliar, cuja não obrigatoriedade de fornecimento até 12 de maio de 2014, está expressamente disposta na Lei nº 9656/1998. Considerando esta questão, a conclusão é de que a requerida, sob o pretexto de regulamentar a Lei nº 9656/1998, através da RN 338/2013, ofende o princípio da legalidade e extrapola seus limites legislativos, alterando disposição de Lei Federal, criando obrigações às operadoras de planos de saúde, que a Lei, até 12 de maio de 2014 não prevê. Por essa razão, não pode prosperar a obrigação contida no art. 19, §1º, VI, da RN nº 338/2013, no período de 02 de janeiro a 12 de maio de 2014, devendo ser declarado [...] nulo de pleno direito” (fls. 22-23).

Requer seja “[...] concedida liminarmente a tutela antecipada ora pleiteada, com a finalidade de suspender, de imediato, e sem a oitiva da parte contrária, os efeitos da Resolução Normativa nº 338, de 21 de outubro de 2013, da Agência Nacional de Saúde Complementar” (fls. 31-32).

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 33-496.

A autora interpôs agravo de instrumento contra a decisão de fls. 500-500 verso, sendo-lhe deferida a antecipação da tutela recursal para determinar o prosseguimento do processo, sem a necessidade de apresentação de autorização expressa e individual dos associados da autora (fls. 540-543).

Consoante dispõe o artigo 273 do Código de Processo Civil, devem concorrer dois pressupostos legais para a antecipação da tutela jurisdicional: 1) existência de prova inequívoca, suficiente a demonstrar a verossimilhança da alegação; e 2) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL

A questão do processo consiste em saber se existe ilegalidade na Resolução n. 338/2013.

A Lei n. 9.961/2000, ao atribuir competência regulamentar à Agência estabeleceu:

Art. 1º—É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

[...]

Art. 4º—Compete à ANS:

I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar;

II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;

III - **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 1998, e suas excepcionalidades;**

De outra parte, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS -, no seu campo de atuação, editou a Resolução n. 338/2013, com a seguinte redação:

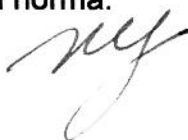
**Art. 1º Esta Resolução atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência a saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.**

Parágrafo único. Atualiza-se também o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde de Alta Complexidade - PAC, definido, para fins de cobertura, como procedimentos extraídos do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, identificado no Anexo I, que pode ser objeto de cobertura parcial temporária - CPT nos casos de doenças e lesões preexistentes - DLP, conforme o disposto em Resolução específica.

O texto da Resolução foi editado por franquias normativas. Ou seja, a Lei n. 9.961/2000 determinou justamente aquilo que foi objeto da Resolução 338/13 e não ao contrário, sobretudo porque a Agência veiculou o ato administrativo dentro da moldura legal.

Não houve, inclusive, aquilo que a doutrina denomina de deslegalização<sup>1</sup>, em que o poder normativo das agências reguladoras seria a técnica da “[...] delegificação, que significa a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*), passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*)<sup>2</sup>.

A Resolução apenas deu eficácia ao que determinado na lei. Ademais, se não o fizesse haveria patente mora da Agência em dar cumprimento à diretiva estabelecida na norma.



<sup>1</sup> “A legislação confere autonomia às agências reguladoras para editar atos administrativos normativos, dotados de conteúdo técnico e respeitados os parâmetros (*standards*) legais, no âmbito do setor regulado. A intenção é despolitizar o respectivo setor, retirando do âmbito político e transferindo ao corpo técnico da agência a atribuição para normatizar a atividade regulada” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Curso de Direito Administrativo – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO; out. 2013, pag. 97).

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Curso de Direito Administrativo – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO; out. 2013, pag. 96.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL

Por isso, não procede a alegação segundo a qual teria havido ofensa ao princípio da irretroatividade e ao ato jurídico perfeito, em razão de sua eficácia tangenciar contratos anteriores à edição da Lei n. 9.656/98.

No ato jurídico perfeito "há apenas a criação de obrigações entre as partes, mas não o seu cumprimento total. Dessa forma, eventuais normas posteriores ao ato que beneficiem ou onerem a situação do cumprimento da obrigação por um dos contratantes não serão aplicáveis, porque a vontade dos contraentes deve prevalecer sobre a lei nova que discipline apenas regras de caráter supletivo, ou seja, de interesse exclusivo das partes. **Se o caráter da lei, no entanto, é de norma de interesse público, ela será aplicável ao ato, ainda que perfeito, desde que a obrigação não tenha sido cumprida até o momento da entrada em vigor da nova lei**"<sup>3</sup>. (sem grifos no original).

Não existem dúvidas de que o objeto destacado na Resolução 338/2013 seja indubitavelmente de **interesse público**. Não se trata, portanto, de temática limitada à esfera privada. Isso porque a Agência não está a tratar de outro assunto senão o interesse daquele que formaliza contrato com a operadora de serviços de assistência à saúde.

Essa relação jurídica não está submetida à luminosidade jurídica do Código Civil, mas, ao contrário, subordina-se aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, que, sem laivos de indagação acadêmica ou jurídica, tem natureza de norma cogente e inderrogável pela vontade das partes, sobretudo em função da inferência normativa extraída do seu artigo 1º, cuja redação estabelece:

Art. 1º O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, **de ordem pública e interesse social**, nos termos do arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas disposições Transitórias. (sem grifos no original)

<sup>3</sup> ASSIS NETO, Sebastião de, Curso de Direito Civil: Salvador - BA : Ed. JusPodivm, 2013, p.89.

Conclui-se, portanto, que a tese fincada em suposta violação ao ato jurídico perfeito cede diante da própria literalidade do artigo 1º, do CDC.

De outra parte, a Lei n. 12.880/13, ao alterar a redação do artigo 10 da Lei n. 9.656/98, prescreveu:

Art. 2º A Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 10. ....

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

.....” (NR)

“Art. 12. ....

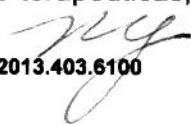
[...]

c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes;

II - .....

g) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar;

§ 4 As coberturas a que se referem as alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II deste artigo serão objeto de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas,





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL

revisados periodicamente, ouvidas as sociedades médicas de especialistas da área, publicados pela ANS.

§ 5 O fornecimento previsto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II deste artigo dar-se-á, por meio de rede própria, credenciada, contratada ou referenciada, diretamente ao paciente ou ao seu representante legal, podendo ser realizado de maneira fracionada por ciclo, observadas as normas estabelecidas pelos órgãos reguladores e de acordo com prescrição médica." (NR).

Finalmente, o artigo 3º estabeleceu o momento a partir do qual a novel alteração teria aptidão para gerar efeitos jurídicos:

**Art. 3º-Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.**

A Resolução Normativa n. 338/13, em seu artigo 19, §1º, VI, prescreve:

Art. 19. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais previstas no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental, isto é, aquele que:

a) emprega medicamentos, produtos para a saúde ou técnicas não registrados/não regularizados no país;

b) é considerado experimental pelo Conselho Federal de Medicina - CFM ou pelo Conselho Federal de Odontologia- CFO; ou

72  
f.

c) não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label).

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim, ou seja, aqueles que não visam restauração parcial ou total da função de órgão ou parte do corpo humano lesionada, seja por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita;

III - inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas;

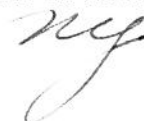
IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética, assim como em spas, clínicas de repouso e estâncias hidrominerais;

V - fornecimento de medicamentos e produtos para a saúde importados não nacionalizados, isto é, aqueles produzidos fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA;

**VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, isto é, aqueles prescritos pelo médico assistente para administração em ambiente externo ao de unidade de saúde, com exceção dos medicamentos antineoplásicos orais constantes do Anexo II desta RN e, ressalvado o disposto no artigo 13 desta Resolução Normativa**

Por fim, o artigo 31 dispôs:

**Art. 31. Esta Resolução entra em vigor no dia 2 de janeiro de 2014.**







PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL

A despeito do significativo avanço da Lei n. 12.880/13, a qual teve por finalidade colmatar lacuna legislativa<sup>4</sup>, incluiu no seu artigo 3º cláusula de eficácia, na qual as associadas estariam impelidas a cumprir as alterações ali implementadas somente a partir de 180 dias de sua publicação. Ou seja, a obrigatoriedade teria **eficácia em maio de 2014**. Em contrapartida, a Resolução, cuja função seria mimetizar (*rectio*: imitar) a Lei n. 12.880/13, exigiu o cumprimento das alterações **a partir de 2 de janeiro de 2014**.

O "hard case" consiste em sopesar se a Resolução Normativa, ao decotar o **prazo eficaz** constante da Lei n. 12.880/13, estaria acoimada de ilegalidade por extrapolar as balizas da lei.

A questão, então, é saber de antemão se o Poder Judiciário pode invalidar norma relativamente a prazo de eficácia.

De duas, uma; se o prazo de 180 dias for reconhecidamente inconstitucional revigora a legalidade da Resolução 338/13. Ao contrário, se o tema relativo à eficácia for infenso à filtragem constitucional ou legal realizada pelo Poder Judiciário, a resolução estará em contrariedade à lei e a sua eficácia será declarada ilegal.

Pelo fato de a Resolução haurir seu fundamento de validade na lei, eventual vício estará alocado no **plano da ilegalidade e não da inconstitucionalidade**. Ao contrário da lei que, por encontrar seu fundamento de validade refletida na própria Constituição, eventual vício receberá a pecha de inconstitucional e será expungida do ordenamento jurídico.

#### **Da Eficácia da norma versus controle de constitucionalidade**

Eficácia significa a aptidão da norma para gerar efeitos. Invariavelmente todas as normas contém cláusula de eficácia, seja determinando efeitos imediatos ou postergando a sua eficácia.

<sup>4</sup> Registro que essa omissão legislativa foi responsável por inúmeras demandas no Poder Judiciário, nas quais se pleiteava justamente o tratamento a que a lei se refere. Aliás, tais questões submetidas à filtragem do Poder Judiciário

Contudo, a questão é saber se o Poder Judiciário, ao realizar o controle de constitucionalidade, pode declarar a inconstitucionalidade de regra de eficácia (*vacatio legis* temporal).

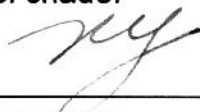
Mas antes, cabe diferenciar norma de eficácia prevista na Constituição Federal e norma de eficácia infraconstitucional, pois, estabelecido o *discrímen*, será delimitada a extensão da cognição no plano horizontal<sup>5</sup>, para fins de ser exercido o controle de constitucionalidade incidental.

Inúmeras normas do texto constitucional tratam especificamente sobre a regra eficácia, a exemplo do artigo 16, cuja redação estabelece que a “lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data da sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorrerá até um ano da data da sua vigência”. Ou seja, o artigo faz clara dicotomia entre vigência e eficácia, a fim de evitar que normas eleitorais sejam modificadas antes de um ano e um dia das eleições.

Outro exemplo significativo são os artigos 150, III, “b” e 195, §, 6º (princípio da anterioridade do exercício financeiro em relação à exigibilidade do tributo e o princípio nonagesimal ou noventena da exigência das contribuições sociais, respectivamente).

Nessas hipóteses, a eficácia é elevada ao *status* de norma-princípio, e por cuja razão toda a atividade legislativa, quando tratar sobre os temas ali indicados, deve inserir norma de eficácia diferida, sob pena de **declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto**.

Exemplo frisativo seria uma norma que passa a cobrar determinado tributo no mesmo exercício financeiro em que foi criado.



---

deu ensejo a inúmeras críticas sobre um suposto ativismo desmesurado do Judiciário.

<sup>5</sup> Cognição horizontal diz respeito à extensão daquilo que é possível ser analisado pelo Poder Judiciário. Exemplo de limitação horizontal seria ação de desapropriação, cuja cognoscibilidade é adstrita a aferir apenas temas relacionados ao valor ou eventuais vícios processuais do ato desapropriatório.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL

Aqui, o Poder Judiciário mantém o texto legal e proclama a hipótese em que a aplicação é afastada em virtude da pecha de inconstitucionalidade. Mas adentrando-se no próximo exercício financeiro, o tributo terá sua exigibilidade revigorada.

Portanto toda norma que está a tratar de *vacatio legis* (temporal) visa a **segurança jurídica**. O artigo 16, da CF/88, por exemplo, tem por escopo afastar a alteração do processo eleitoral casuisticamente. No princípio da anterioridade, evita-se a **não surpresa**. Mas em todas as normas existe um coeficiente normativo invariável, ou seja, almeja-se a segurança jurídica das relações pactuadas entre determinados protagonistas, os quais poderão perfectibilizar eventual enlace jurídico, seja *ex voluntate* ou *ex vi legis*.

Disto resulta uma premissa axiomática e cujo parâmetro será utilizado como norte nesta decisão. O Poder Judiciário quando analisa **norma de eficácia** prevista na Constituição Federal pode aferir eventual constitucionalidade apenas **sob a perspectiva do seu cumprimento do prazo eficaz** determinado, **mas é-lhe defeso mitigar o prazo, alterá-lo ou mesmo afastá-lo**.

Trata-se de prazos irredutíveis, os quais podem ser qualificados até mesmo como **cláusula pétrea**, a exemplo do princípio da anterioridade, que, por sua natureza, não pode ser suprimido, inclusive por meio de reforma constitucional implementada pelo Poder Constituinte Derivado, consoante "leading case" proferido na ADI n. 939/DF, datada de 15.12.1993.

Noutra perspectiva, não é incomum a edição de leis em que se insere artigo visando unicamente postergar a produção de efeitos, sem que a Constituição o faça aprioristicamente, tal como a Lei 12/880/13, ora em exame.

Nesta hipótese, a eficácia (diferida e/ou postergada) fica ao livre alvedrio do poder legiferante; e, ao contrário da situação anterior, o Poder Judiciário, dentro de um critério objetivo de ponderação, **poderá afastar a**

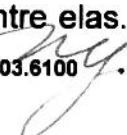
**cláusula de eficácia se, porventura, essa norma obstar e/ou estiolar determinado direito, cuja previsibilidade está explicitamente delineada no texto constitucional, tal como o direito à saúde.**

Volvendo-se ao caso, não seria despropositado proclamar de afogadilho a ilegalidade do artigo 31, da Resolução 338/13, que, por ser ato administrativo de natureza normativa, não poderia alterar o prazo de eficácia previsto na Lei n. 12.880/13, notadamente porque seu fundamento da validade é a lei, a qual deve guardar reverência normativa em função do princípio da hierarquia, numa perspectiva Kelsiniana.

Todavia, para além de uma abordagem superficial e, quiçá persuasiva, numa análise mais aprofundada, percebe-se que existem duas situações em estado em colidência. De um lado, temos a dilação do prazo para cumprimento das alterações realizadas pela Lei n. 12.880/13, cujo desiderato é **a segurança econômica das associadas da autora**. Noutra ponta, a prestação de **serviço à saúde**. Por conta deste atrito normativo, em perspectiva principiológico, cabe ao Poder Judiciário invocar duas teorias, a saber: **da correção funcional e do sopesamento, para efeito de equacionamento**.

É consabido que os princípios constitucionais, no plano abstrato, acomodam-se textualmente no ordenamento jurídico. Faticamente, entretanto, pode surgir relação de antagonismo entre bens jurídicos tutelados, a exemplo do direito de propriedade versus a função social da propriedade, a liberdade de expressão em contraponto ao direito a privacidade, etc.

As “[...] normas constitucionais podem colidir entre si. [...]”. O fenômeno da colisão entre normas constitucionais não é incomum, sobretudo no quadro de constituições extensas, de natureza compromissória, e compostas por muitos preceitos positivados em linguagem aberta. Com efeito, a extensão da Constituição amplia a possibilidade de conflitos, pois quanto mais normas existirem, maior é a possibilidade de que haja tensão entre elas.





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL

A natureza aberta da linguagem constitucional também caminha na mesma direção, por multiplicar os riscos de que uma mesma hipótese fática possa ser enquadrada, simultaneamente, no campo de incidência de normas diferentes, que apontem soluções distintas para o caso<sup>6</sup>.

Por não existir um critério objetivo que determine a supremacia de um em detrimento d'outro, o julgador deve fazer um juízo de ponderação de valores a fim de aferir, em concreto, o peso de cada um dos princípios colidentes. Em suma, a resultante jurídica, quando presente estado de conflituosidade, **resolve-se pelo princípio da concordância prática.**

Assim "[...] Havendo uma colisão entre dois princípios ou mais princípios, o intérprete deve coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles. Os bens constitucionalmente protegidos devem ser tratados de modo que a afirmação de um não implique o sacrifício total do outro, devendo haver uma otimização das normas e bens tutelados envolvidos. A concordância prática deve servir como um parâmetro para a ponderação. Diante da existência de uma colisão entre dois direitos constitucionalmente consagrados, cabe ao intérprete buscar a harmonização dos valores envolvidos reduzindo proporcionalmente o âmbito de aplicação de cada um deles. Somente quando a redução proporcional de ambos os princípios não for possível, devido às circunstâncias do caso concreto, deve o intérprete afastar uma norma para a aplicação da outra"<sup>7</sup>.

Diante deste quadro, passa-se a verificar qual direito, no caso, deve prevalecer.

<sup>6</sup> SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho --: Ed. Forum: Belo Horizonte, 2013, pag. 493.

<sup>7</sup> NOVELINO, Marcelo, Direito Constitucional: Editora Método: São Paulo, 2009, pag. 169.

O artigo 199, da Constituição Federal prescreve:

Art. 199 A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

**§ 1 - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.**

**§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.**

**§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.**

Portanto, “[...] além dos serviços públicos de saúde, a que todos têm direito constitucionalmente garantido (art. 196, CRFN), aqueles que quiserem tratamento diferenciado dos postos à disposição pelo Estado podem contratá-lo com os particulares, seja diretamente com o ente privado prestado do atendimento médico, seja com a entidade que lhe garanta atendimento preferencial em rede médica credenciada, com cobertura do respectivo ônus financeiro, mediante pagamento de contribuição pecuniária periodicamente fixada, nos termos de contrato previamente estabelecido entre as partes – plano de saúde<sup>8</sup>.

A partir do momento em que se estabelece relação contratual com as associadas na prestação de serviços médicos, essas têm o dever contratual de realizar aquilo que o texto constitucional determina: ou seja, o direito à saúde.



---

M  
<sup>8</sup> FIGUEREDO, Leonardo Vizeu, Lições de Direito Econômico – Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2013, p. 206.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL

O texto constitucional ao viabilizar à iniciativa privada o direito de realizar a prestação de serviços à saúde, mediante o pagamento de determinado valor pecuniário, exige-se-lhe que tal direito deva ser prestado com fidelidade à norma constitucional, sobretudo porque desde tempos imemoriais o Estado é deficitário no seu dever constitucional de rigorosamente fazer cumprir direito qualificado como de "segunda geração", exigindo-lhe uma obrigação de fazer, ou seja, um dever prestacional.

Hodiernamente contratar uma operadora de saúde tornou-se a regra e não um fato que, a rigor, seria contratado apenas em caráter supletivo. Todavia, a realidade da saúde é cáustica e infirma a sua natureza suplementar. Hoje a contratação de uma operadora de saúde não é algo caracterizado pela excepcionalidade, mas uma regra necessária para quem deseja, ao menos, uma saúde que apresente qualidade mínima.

No contraponto, há o princípio da segurança econômica das associadas, revelado pelo artigo 3º da Lei n. 12.880/13, cuja dicção impõe o cumprimento da norma somente em maio de 2014. Portanto, a questão, diante deste embate principiológico, é determinar qual deve prevalecer.

Nesta linha, a inexistência "[...] de hierarquia formal entre as normas constitucionais não significa que a Constituição tenha atribuído o mesmo nível de proteção a todos os bens jurídicos que tutela. Pelo contrário, alguns direitos e bens jurídicos são protegidos mais intensamente do que outros. Esta comparação deve atentar para o sistema constitucional positivo, mas é inevitável que nela acabem também penetrando valorações morais e políticas que – não há como negar – podem ser profundamente controvertidas no cenário de uma sociedade plural.

76  
af.

**Pode-se dizer, por exemplo, que a Constituição de 88 protege mais intensamente as liberdades políticas e existenciais do que as de caráter econômico, o que pode ser inferido tanto do nosso sistema constitucional, como de uma teoria moral [...]”<sup>9</sup> (sem grifos no original).**

Nessa moldura, o valor prevalecente aqui é o direito à saúde quando contraposto à segurança econômica das associadas, positivado no artigo 3º, da Lei n. 12.880/13. O direito à saúde não pode ficar submetido a prazo, a delongas. As alterações realizadas na referida lei **devem ter imediatidade**, justamente para concretizar o conteúdo material da norma constitucional (artigos 196 *usque* artigo 200, ambos da CF/88).

Aliás, “[...] não se pode perder de mira que a Constituição representa autêntica norma jurídica, dotada de força cogente, vocacionada a conformar condutas e apta a ensejar consequências pelo seu descumprimento. De há muito as Constituições deixaram de ser vistas como mera folha de papel, como sugeria Ferdinand Lassale (*A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988), para assumir a posição de centralidade no sistema jurídico, enquanto definidora dos cânones estruturantes do Estado de Direito. A efetividade da Constituição depende, em grande medida, da atuação das cortes, as quais, embora não monopolizem a sua interpretação, como ensina o jurista alemão Peter Häberle (*Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002), têm como função precípua fiscalizar a observância e zelar pelo respeito das limitações constitucionais, cuja própria existência, como apontava Alexander Hamilton, “*somente pode ser preservada por meio do Judiciário, cuja função deve ser a de declarar nulos todos os atos contrários ao conteúdo manifesto da Constituição. Sem isso todos os direitos e prerrogativas não significariam nada*” (tradução livre do original: [By a limited

---

<sup>9</sup> SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho* – Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2013, pag. 518-519.





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL

77  
af.

Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no *ex post facto* laws, and the like. Limitations of this kind] *can be preserved in practice in no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing*]. (HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, nº LXXVIII. Nova Iorque: Scribner, Armstrong, 1876, p. 541). Eis o desafio da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito: não ir *além* da sua missão, nem ficar *aquém* do seu dever. Na lição irretocável de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, *de um lado, deve-se reconhecer o importante papel do Judiciário na garantia da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. Mas, de outro, cumpre também valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes judiciais, em fóruns como os parlamentos e nas reivindicações da sociedade civil que vêm à tona no espaço público informal* (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum<sup>10</sup>).

Levando-se em conta que o Poder Judiciário exerce função corretiva, conclui-se que o direito à saúde não pode ser flexibilizado, ou mesmo temporizado. Não se trata de opção política do legislador congressional.

Diante deste quadro declaro a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do artigo 3º, da Lei n. 12.880/13, com base na teoria da ponderação e da concordância prática.

<sup>10</sup> Excerto do voto proferido pelo Min. Luis Fux/STF, no MS 32033.

Desta feita, em função do **efeito ablativo** conferido à decisão, em razão do qual o artigo 3º é expungido da Lei n. 12.880/13, o prazo contido no artigo 15, da Resolução 332/13 está em consonância com o princípio da legalidade, pois se silogisticamente seu parâmetro era o artigo 3º, da lei em comento, e se a mesma está eivada de inconstitucionalidade, não há qualquer pecha de ilegalidade no prazo ali fixado.

### **Decisão**

Diante do exposto, **INDEFIRO** o pedido de antecipação de tutela de suspensão dos efeitos da Resolução n. 338/2013, da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Cite-se. Na contestação a parte ré deverá mencionar se pretende a produção de alguma prova e, em caso positivo, especificá-la e não apenas protestar genericamente por todos os meios de prova.

Intimem-se.

São Paulo, 11 de março de 2014.

  
**REGILENA EMY FUKUI BOLOGNESI**  
**Juíza Federal**