

EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.756 – **MINISTRO GILMAR MENDES**

“De nihilo nihilum, in nihilum nil posse reverti”¹

Ref: ADIN nº 5.756

Autor: Partido Social Liberal (PLS)

Requerente: Associação Nacional das Administradoras de Benefícios-ANAB

Objeto: manifestação de *amicus curiae*

Relator: Ministro Gilmar Mendes

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS ADMINISTRADORAS DE BENEFÍCIOS – ANAB, entidade representativa das Administradoras de Benefícios, já regularmente qualificada nestes autos, vem, por seus advogados que a esta subscrevem, tendo em vista o r. Despacho de Vossa Excelência que deferiu o seu ingresso na AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.756 proposta pelo PARTIDO SOCIAL LIBERAL (PSL), na condição processual de

AMICUS CURIAE,

com base no art. 7º, §2º, da Lei federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, c/c. o art. 138 do Código de Processo Civil, apresentar sua manifestação, com o objetivo de subsidiar o julgamento da presente ação, na conformidade das razões de fato e de direito que a seguir passa a expor:

¹ “Nada nasce do nada e nada pode voltar a ser nada”. (Pérsio)

I- DAS RAZÕES QUE FUNDAMENTAM A PROPOSITURA DA PRESENTE AÇÃO

1. Na conformidade do apresentado na exordial, sustenta o Partido-Autor (PSL) a necessidade de que seja declarada a inconstitucionalidade de diversos dispositivos normativos editados pela **Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS**, “*sem prejuízo de outros também inconstitucionais por arrastamento*”. Nesse sentido, pleiteia a invalidação:

a. da **totalidade** da **Resolução Normativa ANS nº 196/09**;

b. dos **artigos 5º, 9º e 14** da **Resolução Normativa ANS nº 195/09**;

c. do **artigo 2º, §2º**, da **Resolução Normativa ANS nº 205/09**;

d. do **artigo 30**, da **Resolução Normativa ANS nº 295/12**.

2. Do ponto de vista estritamente **fático**, afirma o Partido-Autor que:

a) a RN da ANS de nº 196/09 teria instituído “*uma nova figura no mercado de saúde suplementar*”, qual seja, as denominadas “*administradoras de Benefícios*”;

b) esta mesma Resolução teria determinado que todas as empresas que exercessem as atividades de “*administradoras de Benefícios*” deveriam estar adaptadas ao “*novo modelo implantado*”;

c) a RN nº 195/09 da ANS teria “*provocado um enorme desequilíbrio entre os diversos atores dessa atividade econômica regulada*”, na medida em que admitiu “*a possibilidade de as Administradoras de Benefícios reunirem diversas pessoas jurídicas em um mesmo plano de saúde*”;

d) a “*proibição*” de cobrança das Operadoras de Planos de Saúde “*efetuarem a cobrança diretamente aos beneficiários dos Planos de Saúde Coletivos*”, estabelecida pelo art. 14 da RN nº 195

da ANS teria praticamente inviabilizado “a contratação de planos coletivos sem a intermediação das Administradoras de Benefícios, as quais passaram a assumir a posição de verdadeiras protagonistas desse mercado, ocasionando, inclusive, a concentração dessa atividade econômica em ‘gigantes’ desse Setor que, por tais razões, atravessa uma prolongada, intensa e contínua fase de degradação”;

e) as administradoras de benefício teriam sido “dispensadas do envio de informações necessárias à atividade fiscalizatória pelo Poder Público, o que, na prática, inviabiliza a supervisão desse Mercado”;

f) as administradoras de benefícios ficariam “com amplo e efetivo controle desse mercado, tanto do lado da procura, como do lado da oferta: contratam plano privado de assistência à saúde coletivo, na condição de estipulante, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar, incluem, a seu talante, o consumidor, de um lado, como associado de uma pessoa jurídica já existente e, do outro, como beneficiário de plano coletivo por ela contratado (nesse imbróglio, não poucas vezes o consumidor desconhece até mesmo em que pessoa jurídica foi incluído !!!), sem falar que ocorrem contratação de planos de saúde coletivos antes mesmo da celebração do contrato com as pessoas jurídicas”;

g) as administradoras de benefícios, ao invés de pacificarem a relação entre as “operadoras de saúde e o consumidor final”, prestariam um serviço inadequado e ensejador de uma “crescente judicialização dos casos da saúde”.

3. Do ponto de vista **jurídico-constitucional**, sustenta o Partido-Autor que os precitados dispositivos reguladores editados pela ANS, afrontariam a Constituição, na medida em que colidiriam com o princípio da “**livre iniciativa**”, o princípio da “**igualdade**” (art. 5º, *caput*, c/c. o art. 174 da C.F.) e o princípio do “**cooperativismo**” (art. 174, §2º, da C.F.).

4. É o que, em apertada síntese, consta narrado e sustentado na exordial.

II- DA APRESENTAÇÃO DE SUBSÍDIOS AO JULGAMENTO DA PRESENTE PELA “ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS ADMINISTRADORAS DE BENEFÍCIOS – ANAB” NA CONDIÇÃO DE ‘*AMICUS CURIAE*’

5. Buscando cumprir fielmente o seu papel processual nestes autos, a ANAB procurará oferecer subsídios à elevada apreciação deste Pretório Excelso, em **cinco** diferentes perspectivas.

6. Em **primeiro** lugar, empreenderá a uma breve **narrativa histórica**, demonstrando o surgimento no mercado e no direito positivo brasileiro das denominadas “*administradoras de planos de saúde*”, mais tarde denominadas de “*administradoras de benefícios*”

7. Em **segundo** lugar, adentrando ao exame jurídico da matéria, tomará a liberdade de apresentar duas **questões processuais de natureza preliminar**. A primeira delas, diz respeito ao **desatendimento pela exordial de regras processuais básicas para o seu regular processamento**, nos termos da legislação em vigor. A segunda, por sua vez, submeterá à elevada apreciação desta Suprema Corte de Justiça a **impossibilidade de ser a presente ação conhecida**, pelo fato de que os atos normativos impugnados pelo Partido-Autor, na presente, não passam de ser meros **atos normativos secundários**, o que impossibilita a discussão da matéria por meio de ação destinada ao controle concentrado de constitucionalidade.

8. Em **terceiro** lugar, demonstrará a absoluta inconsistência dos ataques **de mérito** que faz a exordial acerca do modelo normativo e da atuação das hoje denominadas empresas “*administradoras de benefícios*”

9. Em **quarto** lugar, fornecerá os subsídios necessários para a demonstração do absurdo da tese **jurídico-constitucional** sustentada na exordial, em decorrência da absoluta inconsistência dos argumentos que a constituem, e na medida em que não passam de ser um mero emaranhado de inferências retóricas atabalhoadas, desprovidas de qualquer significado real para o mundo do direito.

10. E, finalmente, em quinto e último lugar, fará rápidas ponderações sobre o dano jurídico, econômico, e social que uma eventual decisão favorável ao pleito do Partido-Autor, nestes autos, acabará por propiciar ao país.

11. É o que, com todas as vênias, se narrará e se buscará demonstrar e sugerir ao longo da presente manifestação.

III) DOS FATOS: O NASCIMENTO DAS “ADMINISTRADORAS DE PLANOS DE SAÚDE”, DAS “ADMINISTRADORAS DE BENEFÍCIOS” E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

12. Em bom vernáculo, costuma-se afirmar que “*administrador*” é aquele age como um preposto do proprietário de um bem ou do titular de um serviço, tendo por missão específica gerenciá-lo ou fazer a sua gestão. Nesse sentido, deve ser entendido que a atividade de um *administrador* é a atividade de gestão de “*negócios públicos ou particulares*”², em que faz as vezes de outrem.

13. O *modus* pela qual a “*administração*” privada dos benefícios decorrentes da execução de planos coletivos de saúde chegou ao estágio em que hoje é disciplinada pelas normas em vigor, não é de fácil compreensão. Desse modo, será de todo razoável que se faça, de início, um rápido retrospecto histórico e normativo a respeito.

14. A história dos planos de saúde coletivos em nosso país, começa no século passado, mais propriamente na década de 50, com o crescimento acelerado da indústria – a automobilística principalmente – e o conseqüente aumento da população urbana. A oferta de trabalho e a perspectiva de melhores condições de vida atraíram as famílias de trabalhadores rurais para a cidade.

15. A crescente expansão urbana conjugada à onda de industrialização automotiva que atingia fortemente algumas regiões do país³, todavia, fazia

² Novo Dicionário Aurélio, 3a. ed., verb. “administrar”. Curitiba: Positivo, 2004.

³ Era particularmente o que ocorria na região do ABC, no Estado de São Paulo.

com que o serviço público de saúde, cada vez mais, se afirmasse como insuficiente para atender a crescente demanda. Os planos de saúde coletivos foram, então, a solução adotada pelas empresas, sobretudo as estrangeiras⁴, para assegurar assistência médica a seus empregados e familiares.

16. Deveras, em curto espaço de tempo, os planos de saúde coletivos transformaram-se em benefício relevante e fundamental para a classe trabalhadora, disseminando-se em velocidade vertiginosa, e tornando-se cláusula praticamente obrigatória nas negociações trabalhistas. Na época, cumpre salientar que o serviço de saúde pública já começava a apresentar problemas estruturais e qualitativos de natureza grave.

17. Com o decurso dos anos, tornou-se necessária uma disciplina legal sistematizadora dos *“planos e seguros privados de assistência à saúde”*. Nessa perspectiva, foi editada a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, com o objetivo de disciplinar *“as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade”*, e de definir parâmetros normativos sólidos para a saúde suplementar do país.

18. Em menos de dois anos da entrada em vigor desse diploma legal, por meio da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, foi criada a *“Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS”*, na condição de autarquia sob regime especial, com a competência administrativa de atuar na *“regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”*. Seu regulamento e outros aspectos necessários à definição da sua estrutura orgânica foram estabelecidos pelo Decreto nº 3327, de 5 de janeiro de 2000 (*doc. 1*).

19. A ANS nasceu, assim, no bojo de uma remodelação da organização da Administração Pública Brasileira, em que foi acolhida a política de criação das denominadas *Agências Reguladoras*. A respeito, com a habitual acuidade, ensinou o Ministro desta Corte Alexandre de Moraes que através da criação destas autarquias de

⁴ Isto se deu em relação a empresas estrangeiras, naturalmente, por razões culturais decorrentes da realidade que vivenciavam em seus países de origem.

⁵ Art. 1º da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

natureza especial, buscou-se suprir “a falta de tempo do Parlamento, pela sobrecarga das matérias”; o “caráter técnico de certos assuntos”; os “aspectos imprevisíveis de certas matérias a ser reguladas”; a “exigência de flexibilidade de certas regulamentações”; a “possibilidade de fazerem-se experimento por meio da legislação delegada”; a “situações extraordinárias ou de emergência”⁶.

20. Indiscutivelmente, como bem observa Henrique Ribeiro Cardoso, a ANS tem um relevante papel no que concerne às atividades atinentes aos “Planos de Saúde”⁷. Sua “finalidade institucional”, nos termos da lei que a criou, é “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país”⁸. E, por isso, recebeu como atribuições, ao lado de outras, “editar normas sobre matérias” da sua competência, por meio da sua “Diretoria Colegiada”, bem como de “**definir, para fins de aplicação da Lei nº 9.656, de 1966, a segmentação das operadoras e administradoras dos planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades**”(grifo nosso)¹⁰

21. Todavia, é importante observar que a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, mesmo antes das alterações que lhe foram introduzidas, já admitia a possibilidade de pessoas jurídicas (entidades ou empresas) atuarem na modalidade de meras “**administradoras**”.

22. Deveras, determinaram os seus artigos 1º, 9º e 19, que:

“art. 1º. Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas as seguintes definições:

I- Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por

⁶ Agências Reguladoras. In: Moraes, Alexandre (Org.) *et alii*, Agências reguladoras., p. 547. São Paulo: Atlas, 2002.

⁷ O Poder normativo das Agências Reguladoras, 2a. ed., p. 118. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

⁸ Art. 3º da Lei nº 9.961/2000.

⁹ Art. 10, II, da Lei nº 9.961/2000.

¹⁰ Art. 4º, X, da Lei nº 9.961/2000.

prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.¹¹

(...)

§1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar- ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, até garantia de cobertura financeira de fiscos de assistência técnica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencia de atividade exclusivamente financeira, tais como: (...)

(...)

§2º. Incluem-se na abrangência desta lei as cooperativas que operem os produtos que tratam o inciso I e o §1º deste artigo, bem assim, as entidades ou empresas que mantêm sistemas de saúde, pela modalidade de autogestão ou de **administração**.

(...)

Art. 9º. Após decorridos cento e vinte dias da vigência desta Lei, para as operadoras, e duzentos e quarenta dias, **para as administradoras de planos de assistência à saúde**, e até que sejam definidas pela ANS, as normas gerais de registro, as pessoas jurídicas que operam produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei, e observado o que dispõe o art. 19, só poderão comercializar estes produtos se:

I- **as operadoras e administradoras** estiverem provisoriamente cadastradas na ANS ¹²

(...)

Art. 19. Para requerer a autorização definitiva de funcionamento, as pessoas que **já atuavam** como **operadoras ou administradoras** dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art.1º desta Lei, terão prazo de cento e oitenta dias, a partir da publicação da regulamentação específica pela ANS. (grifos nossos)

23. Nascia, assim, na regulação **expressa** do direito positivo brasileiro, pela Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, a figura jurídica das “**administradoras de planos de saúde**”. Por definição, na sua atuação, estas empresas não se confundiriam com as empresas ou entidades que eram as **titulares da operação destes mesmo planos** (*operadoras de planos de saúde*) ou com as **pessoas titulares dos serviços contratados** (*pessoas contratantes ou os consumidores beneficiados*). Afinal, eram legalmente previstas como pessoas jurídicas que não passavam de ser meras “**administradoras privadas**” dos planos coletivos de saúde.

¹¹ Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-4, de 2001.

¹² Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-4, de 2001.

24. A bem da verdade, no âmbito da livre iniciativa e amparadas nas normas do direito civil e de direito comercial, estas “administradoras” já atuavam no âmbito do mercado de saúde suplementar, muito tempo antes da vigência destes dispositivos legais. Tanto isso é verdade que, na conformidade do que reconhece e determina o próprio art. 19 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, as “*administradoras de planos de saúde coletivo*” que já existiam na data da entrada em vigor dessa lei, passaram a ter o prazo legal de 180 dias para pleitearem a sua autorização de funcionamento definitivo frente a ANS.

25. Claro, pois, que o que fez a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 foi apenas admitir como juridicamente apropriada a existência destas “administradoras” e delegar para a ANS a regulação da sua definição conceitual precisa e da sua atuação. E ao assim proceder, naturalmente, deu segurança jurídica a atuação destas empresas que sem serem as “operadoras” dos planos de saúde, nem os “contratantes-beneficiárias” destes serviços, tinham o papel de apenas “*administrar*” a gestão destes mesmos planos, a partir de relações jurídicas que manteriam com as duas partes contratantes.

26. É importante observar, a partir das lições ministradas pelos modernos publicistas pátrios e alienígenas que, nos termos da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, o conceito de “*Administradora de Planos de Saúde*”, comporta, sem sombra de dúvida, uma certa zona de indeterminação jurídica. Uma indeterminação que haveria de ser, nos próprios termos desta lei, suprida pela regulação administrativa que haveria de ser produzida pelo órgão competente do Poder Executivo (ANS).

27. Todavia, o fato de se constatar que nos termos da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, o conceito de empresas “*Administradoras de Plano de Saúde*” possui uma certa indeterminação, não permite que se diga que esse conceito legal seja esvaziado de qualquer significado legal. Todo conceito jurídico, por mais indeterminado que seja, ao ser acolhido por uma lei, possui um campo de determinação do seu conteúdo que jamais poderá ser ignorado.

28. Deveras, nos ensina a doutrina que todo conceito jurídico marcado por uma dimensão indeterminada possui uma **zona de certeza conceitual**, a que se costuma denominar de **núcleo** do conceito. Este **núcleo** é formado “*pelo campo em que ninguém duvida da efetiva aplicação do conceito*” (zona de certeza conceitual positiva), e “*pelo campo em que ninguém duvida da impossibilidade de aplicação do conceito*” (zona de certeza conceitual negativa). Entre estas duas zonas de certeza conceitual positiva e negativa, “*existe um espaço de incerteza e de dúvidas quanto a aplicação ou não do conceito. Esse campo é habitualmente chamado de ‘zona de incerteza’ ou ‘halo conceitual’. Como diria English, ‘onde as dúvidas começam, começa o abalo do conceito’*”¹³.

29. Desnecessário afirmar, assim, que ao ser estabelecido em lei, o conceito de “*Administradora de plano de saúde*” possui um **núcleo**, formado pela sua **zona de certeza conceitual positiva e negativa**. Núcleo este que, naturalmente, a ANS, ao fixar as normas regulatórias e as definições atinentes ao campo das *Administradoras de Planos de Saúde*, deverá necessariamente **respeitar** e **incorporar**.

30. Desse modo, por definição, o poder normativo discricionário da ANS, ao disciplinar a matéria, **apenas poderá incidir no “campo de incerteza” do conceito legal de “Administradora de Planos de Saúde” e jamais contrariar o seu “campo de certeza”**. Uma Agência Reguladora, apenas tem o poder de expedir normas de natureza administrativa **estritamente subordinadas à lei**. Não pode, portanto, **ir além** ou **ficar aquém** do núcleo do conceito a que incumbe reger. Sua ação discricionária “criadora” deve se limitar, exclusivamente, ao campo da **indeterminação** do conceito legal que terá de administrativamente precisar e reger.

31. Atuando no regular exercício da sua competência legal, em 30 de outubro de 2000, a ANS fez publicar a Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39 da ANS, destinada a dispor sobre a definição e a classificação das modalidades de Operadoras de Plano de Saúde (*doc. 2*), posteriormente alterada pela RN nº 40/2003 da mesma agência reguladora (*doc. 3*). Neste ato normativo, em atendimento ao disposto nas leis nº 9656/1998 e nº 9.961/2000, foram estabelecidas definições, regras, e o campo de atuação das mencionadas “**administradoras de planos de saúde**”.

¹³ JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *a Discricionariedade e o Poder do Estado, in Discricionariedade Administrativa, coord. Emerson Garcia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

32. De acordo com os artigos art. 9º, I, 10, I e 11 desta mesma Resolução, afirmou-se que “*administradoras de plano*” seriam todas “*as empresas que administram exclusivamente Planos Privados de Assistência à saúde, as quais não assumem o risco decorrente da operação desses planos e não possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos, para oferecerem aos beneficiários da sua contratante, sendo esses planos financiados por operadoras*”¹⁴.

33. Dessa forma, este ato normativo colocou as “*administradoras*” como uma das diversas espécies de entes que atuavam no âmbito do sistema que regulava, particularmente, ao lado das “*cooperativas médicas*”, das cooperativas “*odontológicas*”, da “*autogestão*”, da “*medicina de grupo*”, da “*odontologia de grupo*” ou da “*filantropia*”.

34. Dado o passar dos anos, todavia, surgiu a necessidade de adequação destes textos normativos por parte da Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS que, como já destacado, passou a ser exclusivamente o único órgão público a regular o mercado de saúde suplementar. O crescimento dos serviços decorrentes destes planos, e o próprio desenvolvimento da dinâmica legal e de mercado, exigiam reformulações que permitissem uma maior flexibilidade e dinamicidade do papel que poderiam vir a assumir as empresas “*administradoras de planos de saúde*”.

35. Assim, uma nova regulação administrativa sobre a matéria passava cada vez mais a ser exigida, a partir dos parâmetros legais existentes¹⁵.

36. Desse modo, após a regular realização de Consulta Pública¹⁶, veio a ANS a editar **as Resoluções Normativas (RN/s) nº 195 e nº 196, de 14 de julho**

¹⁴ Art. 9º, I, da RDC nº 39. Na oportunidade o inciso II do mesmo artigo também disciplinava as denominadas “*administradoras de serviços*”, definindo estas empresas como as que “*administram exclusivamente serviços de assistência à saúde, possuindo ou não rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos*”. A figura da “*administradora de serviços*” deixou de existir com o advento da RN nº 40/2003 da ANS (arts. 2º e 3º), ao firmar modificações no texto da aludida RDC nº 39.

¹⁵ Aqui devem ser consideradas tanto a Lei nº 9.656 de 3 de junho de 1998, como a posterior a Resolução do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU nº 14 de 2008 que dispunha, por sua vez, dentre outros temas, sobre os tipos de contratação individual ou coletiva. Observe-se que o CONSU já havia sido instituído anteriormente pela própria Lei nº 9.656.

¹⁶ Consulta Pública nº 30, realizada no período de 19.11.2008 e 3.12.2008.

de 2009. Atendendo as necessidades impostas pela nova realidade, estes atos normativos vieram a dar um novo desenho para os planos de saúde e para as empresas encarregadas da sua administração. Agora, em relação a estas pessoas jurídicas, se passava a permitir, com flexibilidade, que pudessem realizar, de forma regulada e juridicamente invidiosa, as diferentes atividades encartadas no âmbito do conceito legal de “administração” destes planos, seja em caráter **total** (*assunção total das funções admitidas para as administradoras de plano de saúde*) seja em caráter **parcial** (*assunção parcial das funções admitidas para as administradoras de planos de saúde*).

37. No que concerne aos planos de saúde, a **Resolução Normativa nº 195** veio a dispor sobre “*a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde*”, regulamentando a sua contratação e “*instituído a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde*”¹⁷.

38. Uma das principais inovações introduzidas por este ato normativo, foi a regulação mais aprofundada da disciplina já existente dos planos coletivos de assistência à saúde “*por adesão*”¹⁸. Por esta medida, profissionais liberais, trabalhadores autônomos e servidores públicos, ao lado de outras categorias profissionais, puderam ter acesso à assistência médico-hospitalar da rede privada, sob disciplina mais detalhada, e melhor regradada pelo Poder Público, sobretudo do ponto de vista da defesa dos direitos dos consumidores.

39. Por sua vez, a Resolução Normativa nº 196 veio a fixar uma nova disciplina normativa para as empresas “*Administradoras de Planos de Saúde*” que, como visto, já haviam sido previstas em lei (Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998), e que, como já relatado, no tocante à uma forma de atuação que já vinha ocorrendo de fato há anos no mercado, com inegável sucesso.

¹⁷ Observe-se que esta mesma Resolução também substituiu os dispositivos legais estabelecidos na Resolução CONSU nº 14 de 2008.

¹⁸ Art. 2º, III, 9º e 10 da RN nº 195/2009.

40. Uma primeira modificação feita por este ato administrativo se deu pela introdução da definição normativa das empresas que optou por denominar de “*Administradoras de Benefícios*”¹⁹.

41. Com essa nova definição, por óbvio, **não pretendeu a ANS eliminar a existência conceitual e jurídica das “Administradoras de Planos de Saúde”**. Até porque, com todas as vênias, seria **impossível eliminá-la**, posto que esta tipificação conceitual está consagrada, como já salientado, expressamente **em lei** (Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998).

42. De fato, a leitura da RN nº 196 nos revela que o objetivo jurídico e administrativo da introdução da definição de empresas “*Administradoras de Benefícios*” foi claramente outro. Ao introduzi-lo, buscou a ANS dar maior *flexibilidade* ao conjunto de atividades que integram o **núcleo** do conceito legal de “*Administradoras de Planos de Saúde*”, construindo uma definição *modular* passível de rotular diferentes facetas empresariais da atividade de “*administração de planos de saúde*”.

43. Desse modo, pela nova regulação, uma empresa “*administradora de planos de saúde*”, não necessitava realizar **todo** o conjunto de atividades próprio do núcleo desse conceito. Passava a se admitir que empresas “*administradoras de plano de saúde*”, pudessem, sob um novo rótulo conceitual, exercer também **parte** destas atividades, sem qualquer discussão ou insegurança jurídica sob a possibilidade de fazê-lo ou não, dentro do escopo da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

44. Com essa sábia e engenhosa técnica jurídica, a ANS também resolvia um problema administrativo. Passava a evitar que empresas que executassem apenas uma ou poucas das atividades inerentes ao conjunto de atividades de administração de planos de saúde pudessem “**fugir**” da sua regulamentação e da sua fiscalização. Não haveria mais dúvidas sobre quem estaria submetido à sua regulação e fiscalização. Tudo a ela estaria

¹⁹ A Resolução nº 195 também se refere às “*administradoras de benefícios*” (v. seu art. 23). Todavia, remeteu a disciplina destas pessoas para a Resolução nº 196.

submetido, pouco importando se as “*administradoras de benefícios*” estivessem realizando ou não a totalidade das atividades inerentes ao conceito de administração de planos de saúde²⁰.

45. Sem substituir ou colidir, portanto, com o núcleo do conceito de “*Administradoras de Planos de Saúde*”, referido e acolhido em lei (Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998), estabeleceu a ANS, na RN nº 196, a flexível e modular definição de “*Administradoras de Benefícios*”, abarcando com ela as empresas que realizassem a **totalidade** ou apenas **parcela** das atividades que, na essência, devem ser qualificadas como de **administração de contratos coletivos de saúde suplementar**.

46. É o que nos demonstra a imediata leitura do art. 2º da Resolução Normativa nº 196 da ANS, ao afirmar, *in verbis*, que:

“art. 2º. Considera-se Administradora de Benefícios **a pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos, desenvolvendo ao menos uma das seguintes atividades:**

I- promover a reunião de pessoas jurídicas contratantes na forma do art. 23 da RN nº 195, de 14 de julho de 2009;

II- contratar plano privado de assistência a saúde coletivo, na condição de estipulante, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar;

III- oferecimento de planos para associados das pessoas contratantes;

IV- apoio técnico na discussão de aspectos operacionais, tais como:

a) negociação de reajuste;

b) aplicação de mecanismos de regulação para operadora de plano de saúde; e

c) alteração de rede assistencial;

Parágrafo único. Além das atividades constantes do *caput* a Administradora de Benefícios poderá desenvolver outras atividades, tais como :

I- apoio à área de recursos humanos na gestão de benefícios do plano;

II- terceirização de serviços administrativos;

III- movimentação cadastral;

IV- conferência de faturas;

V- cobrança ao beneficiário por delegação; e

VI – consultoria para prospectar o mercado, segerir o desenho do plano, modelo de gestão.

²⁰ Cumpre aqui reiterar que essa prática já vinha ocorrendo há anos no mercado, com sucesso inegável, mas se um uma regulação adequada e detalhada. Isso passou a ocorrer com a Resolução Normativa nº 196, estimulando inclusive, a partir de então, a salutar concorrência de mercado nesse segmento.

47. Note-se que nesse artigo 2º da RN nº 196 da ANS se desenha e se delimita **todo** o conjunto de atividades que uma ***Administradora de Plano de Saúde*** pode realizar, de acordo com as novas normas da ANS. Todavia, basta que realize **uma** delas e a empresa poderá ser definida como ***Administradora de Benefícios***.

48. Deve ser observado, assim, que a definição de “*Administradora de Benefícios*” foi normativamente introduzida como uma nova tipologia jurídica que guarda uma profunda e essencial relação com o núcleo do conceito legal de “*Administradora de Plano de Saúde*”. **A “Administradora de Benefícios” é e sempre será uma empresa “Administradora de Plano de Saúde”, nos termos da legislação em vigor (Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998), sendo a ela facultado realizar a totalidade ou apenas parcialmente o conjunto de atribuições que normativamente é admitido para estas últimas empresas.**

49. Saliente-se também que a relação conceitual entre *Administradoras de Plano de Saúde* e *Administradoras de Benefícios* se apresenta de tal forma indissociável que **esta última jamais poderá atuar em área diversa daquilo que nuclearmente se entende como atividades próprias e peculiares da “administração de planos de saúde coletiva”.**

50. Com efeito, as “***administradoras de benefícios***” estão proibidas de exercer quaisquer atividades que possam levar a que sejam confundidas, a qualquer título, com as pertinentes às “***operadoras de plano de saúde***”. Serão sempre, em qualquer caso, autênticas “***administradoras de plano de saúde***”, nos termos da legislação em vigor (Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998), **sendo vedadas a elas o exercício de quaisquer atividades que estejam fora deste específico campo conceitual.**

51. São claras, a respeito, as regras estabelecidas na Resolução Normativa nº 196:

“Art. 3º A administradora de benefícios não poderá atuar como representante, mandatária ou prestadora de serviço da Operadora

de Plano de Assistência à Saúde nem executar quaisquer atividades típicas da operação de planos privados de assistência à saúde.

.....
Art. 6º Não se enquadram como Administradoras de Benefícios os Corretores e Corretoras regulamentados pela Lei nº 4.594, de 29 de dezembro de 1964.

.....
Art. 8º A administradora de benefícios não poderá ter rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médicos-hospitalares ou odontológicos, para oferecer aos beneficiários da pessoa jurídica contratante.

.....
Art. 9º É vedada a participação de Administradora de Benefícios e Operadora de Plano de Assistência à Saúde pertencentes ao mesmo grupo econômico em uma mesma relação contratual.” (grifo nosso)

52. Donde, por força do explicitado, não se pode dizer, do ponto de vista lógico, que os conceitos de *Administradoras de Planos de Saúde e Administradoras de Benefícios* guardem necessária relação de gênero e espécie, mas apenas que se tratam de definições que podem guardar uma parcial *inserção* de conteúdo, em certos casos, ou uma total *identidade de abrangência* em outros. Isto porque, nos termos da lei (Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998) e de acordo com as normas administrativas em vigor (resolução nº 196 da ANS):

- a) uma *administradora de Benefícios* pode realizar **todas** as atividades previstas no art. 2º da RN 196, de modo que exista uma absoluta *identidade* entre os dois conceitos;
- b) uma *Administradora de Benefícios* pode realizar apenas **parcela** de todas as atividades previstas no art. 2º da RN nº 196, fazendo com que, no caso, exista apenas uma inserção do conceito de Administradora de Benefícios no conceito mais amplo de Administradora de Benefícios;

c) uma *Administradora de Benefícios* **jamais** poderá realizar uma atividade estranha ao núcleo conceitual de *Administradora de Planos de Saúde* consagrado em lei (Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998) e ao disposto no art. 2º da RN nº 196.

53. Disto decorre uma realidade indispensável para a boa avaliação da presente ação de controle concentrado de constitucionalidade. Para os fins das Leis nº 9.656/98 e nº 9.961/2000, **as “Administradoras de Benefícios” tipificadas e disciplinadas pela RN nº 196 da ANS sempre serão, em qualquer dimensão da sua atuação, legalmente reputadas “Administradoras de Plano de Saúde”**. Do mesmo modo, **as “Administradoras de Planos de Saúde”, para os fins das normas administradoras em vigor sempre serão administradoras de “Administradoras de Benefícios”**.

54. *Tertium non datur*, uma vez que, em face de todo o exposto, tratam-se de conceitos jurídicos que umbilicalmente devem ser compreendidos, na sua essência, como **indissociáveis**.

55. Outra razão não existe, aliás, para o fato de ter a Resolução nº 196 da ANS estabelecido:

a) que “*as pessoas que exerçam as atividades descritas no art. 2º desta RN*”(e que, portanto, na época não exerciam a totalidade das atividades de “*administradoras de plano de saúde*”, gerando dúvidas sobre o seu enquadramento jurídico nas regras da ANS), “*terão o prazo de sessenta dias para solicitar a autorização de funcionamento à ANS, observado o disposto nesta Resolução*”²¹;

b) que “*as empresas com registro provisório ou autorização de funcionamento classificadas na modalidade de administração de planos terão o prazo de sessenta dias para solicitar à adequação da sua classificação, observando os dispositivos desta resolução*”²²;

²¹ Art. 10, da Resolução nº 196.

²² Art. 11, *caput*, da Resolução nº 196.

c) que as empresas que não pretendessem adequar-se a esta classificação deveriam “*solicitar o cancelamento do seu registro ou da autorização de funcionamento*”²³;

d) que as empresas que não requeressem a sua adequação teriam “*seus registros provisórios ou autorização de funcionamento cancelados*”²⁴; e

e) que, em regra, as normas de “*natureza econômico-financeira atualmente dirigidas à Administradora ou Administradora de planos serão mantidas para as Administradoras de Benefícios*”²⁵.

56. Outros aspectos merecem ainda ser ressaltados e observados em relação às inovações produzidas pela Resolução Normativa nº 196, em face da normatização administrativa anterior.

57. Conforme resulta do precitado art. 2º, *caput*, deste ato normativo da ANS, existiriam duas espécies de “*administradoras de benefícios*”:

a) as que propõem “*a contratação de plano coletivo na condição de estipulante*”;

b) as que prestam “*serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência jurídica coletivos*”²⁶.

58. A figura da *administradora de benefícios* que comparece na contratação na condição de “*estipulante*”, trouxe uma importante consequência para o modelo de negócios introduzido para as *Administradoras de plano de saúde*.

59. De acordo com a RDC nº 39/00 e a RN nº 40/2003, as “*administradoras de plano de saúde*”, até então, **não podiam assumir os riscos decorrentes das operações destes planos**. Todavia, com o advento da RN nº 196, sempre que as

²³ Art. 11, §1º, da Resolução nº 196.

²⁴ Art. 11, §2º, da Resolução nº 196.

²⁵ Art. 17, da Resolução nº 196. Ressalvou-se apenas em relação a estas regras as contratações que se deem na forma do inciso III, do artigo 23 da RN nº 195, ou seja “*com a participação da Administradora de Benefícios na condição de estipulante do contrato firmado com a operadora de plano de assistência à saúde, desde que a Administração assumo o risco decorrente da inadimplência da pessoa jurídica contratante, com a vinculação de ativos suficientes para tanto.*”

²⁶ Saliente-se que o art. 4º da RN nº 196 afirma que “*a administradora de benefícios poderá figurar no contrato coletivo celebrado entre a Operadora de Direito Privado de Assistência à Saúde e a pessoa jurídica contratante na condição de participante ou de representante mediante a formalização de instrumento específico*”.

“*administradoras de benefícios*” vierem a atuar como **estipulantes**, deverão **assumir os riscos decorrentes da inadimplência da pessoa contratante**.

60. São estes os dizeres do art. 5º da Resolução Normativa nº 196:

“art. 5º. A administradora de Benefícios poderá contratar plano privado de assistência à saúde, na condição de estipulante de plano coletivo, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar, **desde que a Administradora assuma o risco decorrente da inadimplência da pessoa jurídica, com a vinculação de ativos garantidores suficientes para tanto**”²⁷

61. Criou-se, assim, a possibilidade de uma *Administradora de Planos de Saúde* vir a assumir o ônus da inadimplência da pessoa jurídica que contrata um plano de saúde (Administradora de Benefícios estipulante). E ao assim se estabelecer, **em nada se contrariou o núcleo conceitual estabelecido em lei** (Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998), posto que parece ser absolutamente cabível que, em certos casos, a partir de estipulações contratuais, um “*administrador*” arque com os custos da inadimplência dos seus administrados, perante àquele com quem contratou o ajuste. Insere-se, portanto, esta inovação, plenamente, no campo normativo discricionário a que compete à ANS dispor, sem que tenha ocorrido, *in casu*, qualquer ofensa à lei²⁸.

62. Desse modo, em decorrência das breves linhas acima expostas, podemos afirmar, que **as denominadas empresas “administradoras de Benefícios” não passam de ser pessoas jurídicas inteiramente encartadas no conceito legal de “administradoras de Planos de Saúde”, pouco importando a latitude da sua atuação, nos termos do disposto no art. 2º da Resolução nº 196/2009 da ANS.** A

²⁷ Como já observado anteriormente, esta regra também está inserida no art. 23, III, da Resolução Normativa nº 195 da ANS.

²⁸ Note-se que aqui foram estabelecidos parâmetros mercadológicos que contribuirão significativamente com o fortalecimento do polo do consumidor contratante coletivo, criando assim mais equilíbrio nas relações entre consumidor e operadora. Registre-se ainda que a contratação de uma *administradora de benefícios* é **ato livre, espontâneo e facultativo** por parte da “entidade de classe associativa” contratante, dentro dos parâmetros normativos estabelecidos na RN nº 195.

introdução do primeiro conceito não passou de uma técnica jurídica para dar maior modernidade, flexibilização e dinamicidade às atividades conceitualmente abrangidas, em âmbito legal, pelo segundo. Ambos os conceitos coexistem, portanto, de forma integrada e indissociável, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

63. Finalmente, uma última observação deve ser feita em relação às empresas “*administradoras de benefícios*”. De acordo com o art. 9º, da precitada Resolução nº 196, elas não podem participar do “*mesmo grupo econômico em uma mesma relação contratual*” com uma “*Operadora de Plano de Assistência de Saúde*”.

64. A razão de ser desta realidade se prende, naturalmente, à necessidade de se dar “*equilíbrio*” ao sistema de saúde suplementar, e de se impedir a propagação de interesses de submissão de consumidores à voracidade e ao apetite de operadoras de Plano de Assistência de Saúde que possam não ter o escrúpulo como regra de conduta. Por meio desta clara distinção de papéis, os “interesses” econômicos das partes envolvidas foram diferenciados, delimitados e tratados de forma absolutamente distinta, para que a ninguém seja concentrar atividades e “*abusar do seu poder de mercado*” em detrimento dos interesses coletivos.

IV) DAS QUESTÕES PRELIMINARES

IV.1) DA AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIAIS PARA A PROPOSITURA DA PRESENTE E DA FALTA DE APRESENTAÇÃO COM A INICIAL DOS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

65. É pacífica a jurisprudência desse Pretório Excelso, ao afirmar a necessidade de que o instrumento de mandato outorgado para a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade, invista o advogado subscritor da exordial em **poderes específicos** para atuar em juízo em nome do Autor.

66. Ocorre, todavia, que *in casu*, a exordial não se fez acompanhar de procuração ad judícia com poderes específicos outorgados pelo Partido-Autor para a impugnação dos atos normativos apontados.

67. Do mesmo modo, é forçoso observar que não apresentou o Autor cópia dos atos normativos impugnados, como expressamente exigido no art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

68. Assim sendo, sugere-se a Vossa Excelência, em face do descumprimento do disposto nos arts. 104 e 320 do CPC, bem como do precitado art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, seja determinada a regularização da petição inicial, sob pena de ser esta indeferida, na conformidade do disposto nos arts. 321 e 330, IV, do nosso estatuto adjetivo civil.

IV.2) DA IMPOSSIBILIDADE DO CONHECIMENTO DA PRESENTE AÇÃO EM DECORRÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS QUE PRODUZEM MERAS “*INOVAÇÕES SECUNDÁRIAS*”

69. A análise cuidadosa dos fundamentos e do pedido lançado na exordial, bem como da legislação que disciplina a figura das “*administradoras de Benefícios*”, demonstra de forma indiscutível a impossibilidade da presente ação ser conhecida, pela total ausência de pressupostos processuais que assegurem a sua admissibilidade.

70. De fato, não tem a presente ação, por finalidade, a declaração de inconstitucionalidade de meros dispositivos normativos editados pela ANS para reger a atividade operacional das hoje denominadas “*administradoras de Benefícios*”. Objetiva, na verdade, que o modelo de empresas “administradoras de plano de saúde” ou “administradoras de benefícios” deixe de existir, sendo proscrito do mercado brasileiro, como se fosse um campo de atividade econômica imoral ou ilícito.

71. Não há nisso nenhum exagero. Tivesse sido transparente o Partido Político-Autor da presente ação, pelas razões que apresentou na exordial, deveria ter

pedido a declaração inconstitucionalidade **das leis** que admitem a existência destas empresas “*administradoras de benefícios*”. Preferiu, porém, agir à socapa, sob o manto aparente de que solicita a impugnação de meros atos administrativos de natureza normativa. E ao fazê-lo, eliminar, por **vias reflexas**, a possibilidade da existência de uma atividade empresarial que a lei tutela.

72. Por esta razão, na medida em que a figura da “*Administradora de planos de saúde*” ou “*administradora de benefícios*” está **prevista em lei**, e as **normas impugnadas remontam indissociavelmente à própria essência jurídica deste modelo de empresa**, é que se deve ter as normas impugnadas como meros atos normativos de **natureza secundária**, sendo inadmissível o seu ataque por via de ação direta de inconstitucionalidade.

IV.2.A) Da impossibilidade de impugnação de “atos administrativos secundários” por meio de ação de controle concentrado de constitucionalidade

73. Determina a Constituição Federal, no seu art. 102, I, que compete ao Supremo Tribunal Federal “*processar e julgar, originariamente*”, a “*ação direta de inconstitucionalidade de lei ou **ato normativo federal** ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*”.

74. Admite, assim, o nosso legislador constitucional que atos administrativos de **natureza normativa**, ou seja, atos jurídicos de natureza estatal marcados por uma dimensão “**genérica**” e “**abstrata**”, possam vir a ser atacados por via de ações diretas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade²⁹. Atos de efeito **concreto**, mesmo que tenham eventual forma legislativa, não poderão ser invalidados por meio dessa particular via processual.³⁰

²⁹ “É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade” (ADI-MC-QO 1937/PI – Min. Sepúlveda Pertence- 20.06.2007). Outros precedentes citados nesse julgado: ADIn 767, Rezek, 26.8.92, RTJ 146/483; ADIn, Celso, DJ 14.05.93).

³⁰ Por todos, afirmam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco que “a jurisprudência do STF tem considerado inadmissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra atos de efeito concreto. Assim, tem-se afirmado que a ação direta é o meio pelo qual se procede ao

75. Também de acordo com a pacífica compreensão da matéria, **nem todos os atos administrativos que possuem essa característica de *generalidade* e de *abstração* podem ser impugnados por via de ação direta de controle de constitucionalidade.** Exige-se que os atos normativos atacados por esta via processual sejam “*inovadores*” em dimensão “*primária*”, ou seja, **não estejam amparados de alguma forma em lei.** É o que ensinam Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao afirmarem que “*os atos normativos editados por pessoas jurídicas criadas pela União, bem como os regimentos dos Tribunais Superiores, podem ser objeto do controle abstrato de normas se configurado seu caráter autônomo, não meramente ancilar*”³¹

76. É de todo natural que assim seja. Atos administrativos, sejam eles normativos ou não, sempre deverão estar submetidos à lei. Apenas a lei pode produzir **inovações jurídicas primárias** na ordem jurídica, por força do **princípio da legalidade** (“*ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, art. 5º, II, da CF).

77. Assim, somente atos normativos que produzem indevidamente **inovações primárias** podem ser atacados por via de ação direta de inconstitucionalidade. Se um ato produz **inovações secundárias**, por definição, ele estará fundado **em lei**, de modo a que qualquer desconformidade sua com a ordem jurídica implicará em que **ou a lei com base na qual foi expedido deva ser vista como “inconstitucional”, ou o ato, em si, deva ser qualificado como “ilegal”.** Se **a lei é inconstitucional, é ela que deverá ser atacada pela ação de inconstitucionalidade e não o ato administrativo**, já que não haverá razoabilidade alguma em atacar-se o ato subordinado e deixar-se como vigente a norma jurídica superior que, em tese, o fundamenta. Se a **lei é constitucional**, mas o ato é **ilegal**, a hipótese seria de **ilegalidade** e não propriamente de **inconstitucionalidade**.

controle de constitucionalidade das normas jurídicas *in abstracto*, não se prestando ela ‘ao controle de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam determinados sob a forma de lei...’ (Curso de Direito Constitucional, 2ª. ed., pp 1114 e 115. São Paulo: Saraiva, 2008).

³¹ *Op. cit.*, p. 1113.

78. A respeito, bem nos ensina o eminente Ministro Luis Roberto Barroso, em síntese lapidar:

“Atos normativos secundários. Atos administrativos normativos – como decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios – **não podem validamente inovar na ordem jurídica, estando subordinados à lei. Desse modo, não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição.** Havendo contrariedade uma de duas hipóteses: (i) **ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que caiba regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade;** (ii) **ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá ser objeto de impugnação**”³².

79. Donde concluir-se que apenas atos administrativos normativos que produzam ***inovações primárias***, sem qualquer amparo em lei, poderão ser atacados por via de ação direta de controle de constitucionalidade.

IV.2.B) Das normas administrativas impugnadas nesta ação como atos administrativos que produzem inovações meramente secundárias

80. Em nenhum momento a exordial se dedica a sustentar que os atos administrativos impugnados pela via da presente ação seriam atos administrativos normativos produtores de ***inovações primárias*** e, portanto, passíveis de serem atacados por via de ação direta de constitucionalidade.

81. É de todo natural este silêncio. Não teria o Partido-Autor como demonstrar essa tese. Embora os atos administrativos da ANS discutidos nos presentes autos sejam efetivamente normativos, por dotados de *generalidade* e *abstração*, eles **não passam de ser meros atos produtores de inovações jurídicas de natureza**

³² Barroso, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 181 (Grifo nosso).

“secundária”, na medida em que inteiramente contidos no conteúdo da lei em que se fundam.

82. Duas razões jurídicas que se integram e se complementam, nos demonstram, com absoluta evidência, a correção desta afirmação.

83. A primeira, diz respeito ao fato de que os principais eixos de sustentação da tese esposada na inicial estão assentados na premissa implícita de que o próprio **modelo** de empresas “*administradoras de planos de saúde*” ou “*administradoras de benefício*”, em si mesmo, seria inconstitucional, **independentemente da regulamentação administrativa que a ANS pudesse dar a matéria.** Sendo assim, mesmo que fosse correta esta compreensão, o processualmente adequado teria sido que o Partido-Autor atacasse **a inconstitucionalidade da lei** que previu a existência destas empresas, diferenciando-as das “*operadoras de plano de saúde*” (Lei nº 9.656/98 – arts. 1º, 9º e 19), **e não os atos administrativos que dela decorrem.**

84. A segunda, materializa-se pela constatação de que **todos os dispositivos legais atacados na presente ação, sem exceção, estão em estrita consonância com as leis que autorizaram a sua expedição pela a ANS** (Lei nº 9.656/1998- arts. 1º, 9º e 19 e Lei nº 9.961/2000 arts. 4º, X, e 10, II). Com efeito, em nenhum momento apresentam-se como incompatíveis com o **núcleo de inserção positiva ou negativa** decorrente do conceito de empresas “*administradoras de planos de saúde*”. Logo, se alguma inconstitucionalidade existisse, ela estaria nos diplomas legais que admitiram a existência destas empresas, e **não nos atos administrativos que as executam.**

85. Precisemos melhor estes dois pontos de análise que indicam a absoluta inadequação processual da presente ação direta de inconstitucionalidade.

IV.2.B.1) Do modelo legal que admite a existência de empresas “administradoras de planos de saúde” ou “administradoras de benefícios” e da impossibilidade de serem entendidas como normas produtoras de “inovações primárias” as regras contidas na Resolução nº 196 da ANS

86. Na conformidade do que já foi narrado anteriormente, a previsão de existência das denominadas empresas “*administradoras de planos de saúde*” ou “*administradoras de benefícios*” não foi “**originariamente**” instituída por atos administrativos editados pela ANS. Este modelo foi criado por **lei**, na medida em que os arts. 1º, 9º e 19 da lei 9.656/98 determinaram que estas pessoas jurídicas poderiam existir e atuar no mercado de saúde complementar, em atuação **distinta** das “**operadoras**” destes mesmos planos (arts. 1º, 9º e 19, da Lei nº 9.656/98).

87. Não foram, portanto, **os atos normativos da ANS impugnados nesta ação** que criaram “*inovadoramente*” esse peculiar **modelo** de atuação empresarial, como equivocadamente supõe o Partido-Autor na exordial. Ele já se encontrava, *in abstracto*, previsto na legislação que autorizou, *a posteriori*, a sua expedição por esta Agência Reguladora.

88. Há que se observar, todavia, que a tese sustentada na exordial busca fundamento prioritário em alguns “*pilares de sustentação argumentativa*” ou “*veios condutores de inconstitucionalidade*” que conduziram a uma pretensa **inconstitucionalidade global** do modelo de empresas administradoras “***de planos de saúde***” ou “***de benefícios***”. Nisso se escora, aliás, a própria pretensão do Partido-Autor de obter a declaração de inconstitucionalidade de **toda a Resolução nº 196 da ANS**.

89. Estes “*pilares de sustentação argumentativa*” ou “*veios condutores de inconstitucionalidade*” em que se fundamenta a essência da tese desenvolvida na exordial estão materializados em duas ideias *sui generis*. São estas, em síntese:

a) a afirmação de que no mercado de saúde suplementar, as normas em vigor, ao fazerem a **distinção** entre as atividades próprias das “*administradoras*” (“*de planos de saúde*” ou “*de benefícios*”) e as “*operadoras de plano de saúde*”, ofenderiam ao “*princípio constitucional da livre iniciativa*” (art. 1º, IV, 170, *caput*, e inciso IV, da CF)³³;

³³ Item , letra “a”, da exordial.

b) a afirmação de que no mercado de saúde suplementar, as normas em vigor, ao permitirem a existência de empresas que atuam como “**intermediárias**” (“*administradoras de planos de saúde*” ou “*administradoras de benefícios*”) entre as **operadoras** e as **pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos de assistência a saúde**, ofenderiam ao *princípio da isonomia*³⁴ e ao *princípio constitucional do cooperativismo* (arts. 5º e 174, §2º, da CF)³⁵.

90. Todos os outros aspectos normativos atacados na exordial gravitam em torno destes dois pilares argumentativos desenvolvidos pelo Partido-Autor.

91. Estabelecendo-se um diálogo honesto e transparente com estas premissas de raciocínio, poderemos introduzir, *ab initio*, uma importante questão. Se for correta a afirmação de que seria inconstitucional a existência de empresas que atuem como “*intermediárias*” (“*administradoras*”, no sentido apropriado da expressão) entre as *operadoras* e as *pessoas jurídicas contratantes* de planos coletivos de assistência à saúde, ou ainda a de que estas empresas não poderiam ter, de acordo com a constituição, *um campo de atribuições próprio que as distinguíssem de todas as outras operadoras do sistema de saúde complementar*, seria mesmo possível a existência jurídica, no direito brasileiro, de “*administradoras de plano de saúde*” ou de “*administradoras de benefícios*”? Ou em outra formulação: existiria mesmo a possibilidade da construção de um modelo empresarial de “*administradoras de planos de saúde*” que não atuassem “*administrando*” as relações entre as operadoras e aqueles que recebem a prestação de serviços decorrentes destes mesmos planos, tendo para si um campo próprio e peculiar de atividades?

92. Parece evidente que **não**. É verdadeiramente impossível a construção de um modelo de empresa “*administradora de planos de saúde*” ou de “*benefícios*” que “**não administre**” as relações entre “*operadoras*” e “*pessoas jurídicas beneficiárias do serviço*”, nem que não tenha um papel claramente “**diferenciado**” destas operadoras. Com efeito, se as administradoras forem operadoras, ou com elas se confundissem, perderiam a identidade ou a possibilidade de serem meras “*administradoras*”.

³⁴ Afirma-se na inicial (item 20) que “**todo o aparato institucional constituído no entorno das Administradoras de Benefícios**” (...) “*são a evidência cabal do vilipêndio social e juridicamente reprovável ao Princípio da igualdade*”. (grifo nosso)

³⁵ De acordo com o item 24 da exordial, “*a criação de um ente intermediário*” ofenderia o “*princípio constitucional do cooperativismo*” (art. 174, §2º, da CF), uma vez que, “*como de sabença comum, um dos princípios reitores do cooperativismo é exatamente a não interferência de intermediários*”.

93. A obviedade dessa conclusão não exige maior demonstração para o reconhecimento da sua correção.

94. Só que, *data maxima venia*, a afirmação de que no mercado de saúde suplementar podem existir empresas meramente “*administradoras*”, com estas características, está **prevista em lei** (Lei nº 9.656/98). Não nasceu com os atos administrativos normativos da ANS. Decorre, intrinsecamente, da própria **essência** ou **núcleo** do conceito de empresas “*administradoras de planos de saúde*” ou *empresas administradoras de benefícios*”.

95. Desse modo, se quer o Partido-Autor afirmar que é inconstitucional a existência de empresas “*intermediárias*” que administrem a relação entre operadoras e pessoas jurídicas contratantes, ou que é errado que as *administradoras de planos de saúde* tenham um papel distinto das operadoras destes mesmos planos, que processualmente proceda a um ataque direto **da lei** que admitiu esta possibilidade. Afinal, foi a lei que introduziu na ordem jurídica brasileira esta “***inovação primária***”. Os atos administrativos da ANS apenas talharam e detalharam os contornos deste modelo fixado por ato legislativo.

96. Isto posto, é forçosa a conclusão de que **os veios condutores da tese de inconstitucionalidade construída na exordial implicam em que esta ação não possa ser conhecida por este Pretório Excelso**. Se existe inconstitucionalidade no modelo adotado, ele está **na lei**, e não nos **atos administrativos** que a executam fielmente. Que ataque então, o Partido-Autor, por meio de pretensão processual corretamente deduzida, os dispositivos legais que entende deram ensejo à reclamada inconstitucionalidade, e não os meros atos normativos que apenas introduziram “*inovações secundárias*” na ordem jurídica.

97. Não bastasse isso, um outro ponto aqui deve ser observado.

98. Mesmo que, “*ad argmentandum tantum*”, se viesse a sustentar que o núcleo do conceito **legal** de “*administradoras de planos de saúde*” não abarca a ideia de que estas empresas devam atuar “***administrando***” (“*intermediando*”, na linguagem da exordial), com um ***campo de atribuições próprio*** a relação entre operadoras de plano de saúde e as

peças jurídicas que recebem os serviços contratados, devemos observar que a Lei (arts. 4º, X, e 10, II, da Lei nº 9961/2000) atribuiu a ANS a competência de por atos normativos próprios “definir para os fins da aplicação da lei nº 9.656/1998, a segmentação das operadoras e administradoras dos planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades”.

99. Ora, o que fez na Resolução nº 196 que não seja próprio de um detalhamento da segmentação própria, a partir do núcleo dos conceitos firmados em lei, entre “operadoras e administradoras dos planos privados de “assistência à saúde”? Não será próprio ao exercício dessa competência administrativa, definir **o campo da atuação das empresas que “administram” as relações entre as operadoras de planos de saúde e das pessoas jurídicas que os contratam?**

100. Parece evidente e irretorquível que **sim**.

101. Onde poderemos concluir que todo aquele que pretenda atacar o **modelo** de atuação empresarial que admite a existência de administradoras de “planos de saúde” ou “de benefícios”, **deve atacar a lei, em decorrência de ter sido ela a responsável direta pela existência destas pessoas jurídicas, ou ainda por ter determinado literalmente que a ANS procedesse a esta segmentação, definindo papéis e atribuições**. Se a lei é inconstitucional, ela deveria ter sido o objeto da ação de inconstitucionalidade. Se ela não é inconstitucional, e a ANS normatizou o seu fiel cumprimento agindo *secundum legem*, nada há que se cogitar em qualquer ação judicial, inclusive nesta. Mas se a ANS abusou da sua competência, e descumpriu a lei, agindo *contra legem*, há ilegalidade, sendo descabido discutir-se essa questão por meio de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade.

102. Inadmissível, assim, que se pretenda por meio da presente ação atacar a existência do modelo de empresas “administradoras de planos de saúde o de benefícios”, invocando-se a inconstitucionalidade total da Resolução nº 196 da ANS, e de outros atos normativos compatíveis com este mesmo modelo.

IV.2.B.2) Da ausência de “inovações secundárias” decorrentes dos demais atos normativos atacados na presente ação

103. Superada a ideia de que a Resolução nº 196 da ANS poderia vir a ser *in totum* declarada inconstitucional na presente ação, podemos afirmar que todas as demais normas citadas pelo Partido-Autor como inconstitucionais, também **não se revestem da condição de terem produzido qualquer “inovação jurídica primária”**. Com efeito, ou pertencem ao núcleo de definição do conceito de “*administradoras de planos de saúde*” (ou “*administradoras de benefícios*”) **estabelecido em lei** (arts. 1º, 9º e 19, da Lei nº 9.656/98), ou decorrem estritamente da **autorização legal** estabelecida para que a ANS possa fazer a sua regulação.

104. Afirma o Partido-autor serem inconstitucionais os artigos 5º e 9º da Resolução Normativa ANS nº 195/2009. Determinam estes dispositivos que:

“art. 5º. Plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária.

§1º. O vínculo à pessoa jurídica contratante poderá abranger ainda, desde que previsto contratualmente:

I- os sócios da pessoa jurídica contratante;

II- os administradores da pessoa jurídica contratante;

III- os demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à pessoa contratante, ressalvada a aplicação do disposto no *caput* dos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656 de 1998;

IV- os agentes políticos;

V- os trabalhadores temporários;

VI- os estagiários e menores aprendizes; e

VII- o grupo familiar até o terceiro grau de parentesco consaguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade ou companheiro dos empregados e servidores públicos, bem como os demais vínculos dos incisos anteriores;

§2º O ingresso do grupo familiar previsto no inciso VII do §1º deste artigo dependerá da participação do beneficiário titular no contrato de plano privado de assistência à saúde.”

.....
“art. 9º. Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial:

I- conselhos profissionais e entidades de classe, no qual seja necessário o registro para o exercício da profissão;

II- sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações;

III- associações profissionais legalmente constituídas;

IV- cooperativas que empreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;

V- caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadram nas disposições desta resolução;

VI – entidades previstas na Lei nº 7.305, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.398, de 4 de novembro de 1985.

§1º Poderá ainda aderir ao plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, desde que previsto contratualmente, o grupo familiar do beneficiário titular até terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro.

§2º A adesão do grupo familiar a que se refere o §1º deste artigo dependerá da participação do beneficiário titular no contrato de plano de assistência à saúde.

§3º Caberá a operadora exigir e comprovar a legitimidade da pessoa jurídica contratante, na forma do *caput* e a condição de elegibilidade do beneficiário.

§4º Na forma de contratação prevista no inciso III do artigo 23 caberá tanto à Administradora de Benefícios quanto à Operadora de Plano de Assistência à Saúde comprovar a legitimidade da pessoa jurídica contratante, na forma do *caput* deste artigo, e a condição de elegibilidade do beneficiário.”

105. A alegada inconstitucionalidade destes dispositivos residiria no fato de que, no precitado art. 5º *“há uma perceptível delimitação”* que impede a *“participação de outras pessoas, naturais e jurídicas, em planos coletivos, seja na classificação empresarial ou adesão”*³⁶. Já no

³⁶ Item 14 da inicial.

art. 9º haveria uma indevida fixação taxativa sobre quais as pessoas jurídicas “*elegíveis a participar de planos coletivos dessa natureza, trazendo, por conseguinte, uma série de limitações que impediriam que outras pessoas jurídicas não relacionadas a setores de natureza profissional, classista ou setorial pudessem contratar planos coletivos*”.

106. Estas delimitações taxativas ofenderiam, ao ver do Partido-Autor, “*o princípio constitucional da livre iniciativa privada, cabendo, a cada seguradora especializada em saúde ou operadora de plano de saúde definir, por seus próprios critérios, à quem deseja oferecer seus planos coletivos, sejam empresariais ou por adesão*”.

107. Por óbvio, estas normas **não produzem nenhuma “inovação primária” passível de ser impugnada por via de ação direta de inconstitucionalidade**. A ANS possui competência administrativa dada **por lei**, para “inovar”, em caráter “**secundário**”, a regulamentação de “*todos os tipos de planos de saúde*” definidos na lei nº 9.656/1998 (art. 1º, §1º, da Lei nº 9.656/1998), inclusive no âmbito das suas regras contratuais (arts. 4º, II, XIII, e 10, II, da Lei 9.961/2000). A delimitação subjetiva feita nos arts. 5º e 9º da Resolução nº 195, não passa de ser um **mero detalhamento administrativo do que resta determinado em lei**.

108. O mesmo se pode dizer da regra constante do art. 14 da Resolução nº 195/2009. Determina esta regra, ao disciplinar o “*plano privado de assistência à saúde Coletivo por Adesão*” que “*a operadora privada não poderá efetuar a cobrança da contribuição pecuniária diretamente aos beneficiários*”. Isso, nos termos da exordial, traria uma situação ofensiva à *livre iniciativa* das empresas operadoras de plano de saúde³⁷.

109. Também aqui a regra em comento não passa de ser uma mera efetivação das competências outorgadas por lei à ANS (art. 1º, §1º, da Lei nº 9.656/1998; arts. 4º, II, XIII, e 10, II, da Lei 9.961/2000).

110. Por sua vez, o art. 2º, §2º, da Resolução nº 205/2009 e o 30 da Resolução nº 295/2012, da ANS, também são acusados de inconstitucionalidade nesta

³⁷ Item 9, letra “c”, da inicial.

ação, por determinarem regras diferenciadas entre “operadoras” e “administradoras de benefícios” para o envio de informações ao “Sistema de Informações de Produtos-SIP” e em relação “geração, transmissão e controle dos dados cadastrais de beneficiários”. A primeira espécie destas empresas (“operadoras”) estaria submetida a um conjunto de deveres estabelecidos nestes atos normativos, enquanto que a segunda espécie (“administradoras de benefícios”) estaria destes liberada. Isto ao ver do Partido-Autor implicaria numa inviabilização “da supervisão desse Mercado”³⁸.

111. Note-se, todavia, que aqui também nada mais se faz do que se dar cumprimento à regra que atribui **discricionariedade** à ANS para disciplinar, por meio de atos normativos (art. 10, II, da Lei nº 9961/2000), a obrigação das pessoas que atuam no âmbito da saúde suplementar de prestar, periodicamente, informações e estatísticas relativas às suas atividades (art. 20, da Lei nº 9.656/1998).

112. Não há, pois, como se possa sustentar que nesses dispositivos tenha a ANS produzido quaisquer espécies de “*inovações primárias*”. Tudo estava previamente previsto em lei, e em situação de absoluta compatibilidade com o modelo igualmente estabelecido na legislação relativamente à possibilidade de atuação no mercado de saúde suplementar de empresas “*administradoras de planos de saúde*” ou “*administradoras de benefícios*”.

IV.2.C) *Da conclusão sobre a impossibilidade de conhecimento da presente ação*

113. Em face de todo o exposto, dúvidas não podem existir quanto a necessidade de ser acolhida a presente questão preliminar na apreciação da presente matéria. Não produziram quaisquer dos atos impugnados “*inovações primárias*”, passíveis de questionamento por meio de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade. Afinal, eles foram expedidos com **respaldo direito nas leis que que determinaram comandos que deveriam ser regulados e outorgaram competência a ANS para fazê-lo**. Se inconstitucionalidade houver, portanto, nos termos alegados na exordial, ela estará diretamente estabelecida **na lei**, e não **nos atos administrativos impugnados**. Ou então

³⁸ Item 6 da inicial.

tratar-se-á de mera situação de **ilegalidade** do ato regulador, não passível de ser examinada por meio de ação direta de controle de constitucionalidade.

114. A respeito, importante decisão jurisprudencial deve aqui ser referida. Na ação direta de inconstitucionalidade nº 5504-DF ajuizada pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS, impugnou-se atos normativos da ANS análogos aos ora impugnados na presente ação. Submetida à relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli esta ação de controle concentrado de constitucionalidade, afirmou-se, *in verbis*, que:

“Nota-se que as normas atacadas tão somente reproduzem o que consta da Lei nº 13.303/2014. Ademais, **vale destacar que tais preceitos foram editados pela ANS no exercício de competência que lhe foi atribuída para regulamentar obrigação estatuída por aquela lei federal** (art. 17-A, §6º, da Lei nº 9.656.1998, com redação dada pela Lei nº 13.003/2014). **Nesse quadro, forçoso reconhecer o caráter normativo secundário dos preceitos atacados.**

No entanto, ato normativo secundário não se submete ao controle concentrado de constitucionalidade, visto que a análise de sua validade passa, necessariamente, pelo cotejo das normas infraconstitucionais a que está diretamente subordinado. (...)

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da inadmissibilidade de controle de constitucionalidade de atos normativos secundários.”

115. Isto posto, na condição de *amicus curiae*, toma a liberdade a ANAB de sugerir a este Pretório Excelso que não seja conhecida a presente ação, para que se assegure o fiel cumprimento da legislação em vigor, na conformidade do estabelecido pela nossa jurisprudência.

V) DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À “CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA REGULAÇÃO DAS “ADMINISTRADORAS DE BENEFÍCIOS” REALIZADA PELA ANS, E DA SUA MANIFESTA

IMPROCEDÊNCIA E IMPROPRIEDADE EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

116. Não tendo argumentos que pudessem amparar a tese de inconstitucionalidade sustentada na exordial, ofertou o Partido-Autor um conjunto de críticas, **de mérito**, ao modelo regulatório adotado pela ANS na disciplina das “*administradoras de Benefícios*”.

117. A bem da verdade são críticas que *per se* escapam inteiramente não apenas ao controle jurisdicional passível de ser feito nesta ação, mas de qualquer avaliação passível de ser feita pelo próprio Poder Judiciário no exercício das suas funções típicas. Vigem dentre nós o princípio da *separação de Poderes* (art. 2º da C.F.), como é próprio dos *Estados Democráticos de Direito*. E por ele, as questões postas ao âmbito do Poder Executivo, tanto no âmbito da Administração Direta, como no da Indireta, apenas podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário quando impliquem em ofensa à ordem jurídica. Fora destes casos, matérias atinentes ao exercício do poder administrativo discricionário da Administração Pública, não são passíveis de revisão, a qualquer título, pela função jurisdicional do Estado. Elas integram o que se convencionou denominar tradicionalmente de “**mérito**” do ato administrativo, uma realidade que por força do precitado princípio constitucional, não pode ser apreciada ou revista por magistrados, em qualquer grau de jurisdição.

118. Logo estas críticas lançadas na exordial, *per se*, são desdotadas de qualquer valor jurídico para fins de apreciação da constitucionalidade ou não dos atos ora impugnados. São quando muito questões que podem ser apreciadas *de lege ferenda*, se eventualmente alguém pretender propor à mudança das normas legislativas ou administrativas que disciplinam a atuação das chamadas “*administradoras de planos de saúde*” ou “*administradoras de benefícios*”.

119. Aliás, mais apropriado teria sido que, por meio da sua bancada parlamentar, propusesse o Partido-Autor uma alteração legislativa a respeito, do que bater às

portas do Pretório Excelso com uma pretensão tresloucada, infundada e deslocada de qualquer senso de razoabilidade jurídica.

120. Cumprindo o seu papel, porém, a ANAB, na condição de *amicus curiae*, não se furtará de demonstrar a absoluta falta de propriedade, a inconsistência técnica, e a manifesta irrazoabilidade dos argumentos de “*mérito*” administrativo que o Partido-Autor lança contra a regulação das “*administradoras de benefícios*” editada pela ANS.

V.1) DO RELEVANTE PAPEL DAS “ADMINISTRADORAS DE PLANO DE SAÚDE” OU DAS “ADMINISTRADORAS DE BENEFÍCIOS” NO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

121. A saúde pública é um problema histórico em nosso país. Desnecessário dizer que o sistema de saúde suplementar tem um papel fundamental para a vida de milhões de brasileiros.

122. De modo sintético, podemos dizer que há três portas de entrada para os consumidores no sistema de saúde suplementar brasileiro, quais sejam: (i) a contratação de planos individuais; (ii) empresariais; (iii) coletivos por adesão.

123. A escassez de oferta de planos individuais, a existência de altas taxas de desemprego, e o fato de nem sempre as empresas oferecerem planos de saúde a seus funcionários, tornaram os planos coletivos por adesão uma alternativa importante para os brasileiros.

124. Nesse sentido, pode-se afirmar que as empresas administradoras de benefício são responsáveis pelo **acesso** de milhões de brasileiros à saúde suplementar, uma vez que são elas que em parceria com entidades de classe e associações viabilizam a comercialização de várias opções aos consumidores. Possuindo portfólios variados de produtos, serviços e preços, asseguram ainda **opções de escolha** ao consumidor, no que tange ao preço a ser pago, a mudança de produtos ou na busca por redes de referência.

125. Não é, porém, apenas no acesso ao sistema de saúde suplementar e na apresentação de opções de escolha de planos de saúde e do modelo de gestão que as “*administradoras de benefícios*” atendem aos interesses da coletividade. Por força do seu papel definido pelas normas em vigor, a sua presença no mercado gera um efetivo aumento do poder dos consumidores em face das operadoras de planos de saúde. Ao contrário do que sugere o Partido-Autor, a prestação de serviços destas empresas implica no fornecimento de informações e assistência aos consumidores, em apoio técnico na discussão de reajustes em situação de maior equilíbrio com as operadoras, em segurança no caso de insolvência da operadora, e na própria fiscalização da qualidade dos serviços prestados.

126. No que concerne ao fornecimento de informações e assistência aos consumidores, de acordo com os atos normativos da ANS, as “*administradoras de benefícios*” *informam os consumidores sobre os direitos previstos na legislação; verificam os critérios de elegibilidade definidos pela empresa ou entidade representativa; apoiam a área de recursos humanos na gestão dos benefícios do plano; definem com a empresa ou entidade representativa qual a rede de serviços de saúde e a área geográfica de interesse; oferecem serviços de cálculo atuarial para auxiliar a empresa ou entidade representativa na negociação de preço junto às Operadoras de Saúde; controlam prazos de aceitação, devolução e de reapresentação de propostas; recebem propostas de adesão, realizando a sua análise administrativa e documental; realizam a movimentação cadastral de beneficiários, de acordo com as regras previstas nas normas em vigor e nos contratos; prestam suportes na emissão de boletos e no controle de pagamento de mensalidades; fazem a gestão dos arquivos físico e eletrônico das propostas e da documentação da movimentação cadastral; mantém estrutura de ouvidoria e de atendimento ao consumidor; entregam o cartão de identificação do plano, o Manual de Orientação para contratação de plano de saúde, o guia de leitura contratual e de informação da rede de saúde.*

127. Já no que se refere aos reajustes, é notório que a atuação das “*administradoras de Benefícios*” “empodera” os consumidores no momento da definição de reajustes dos planos de saúde. As *administradoras* possuem quadros técnicos especializados que contrapõem, em alto nível, os dados das operadoras nas discussões, equilibrando as relações na busca de uma precificação justa e adequada para a remuneração dos serviços prestados. Tanto isso é verdade que, na maioria dos contratos, após a contraposição das

operadoras, os índices de reajuste são reduzidos, em atendimento aos interesses dos consumidores.

128. Os quadros técnicos das Administradoras prestam também um importante serviço na apuração e no cálculo de sinistros, por serem temas complexos e de difícil compreensão para os consumidores.

129. Em decorrência disso, a atuação das empresas “*administradoras de benefícios*” no mercado da saúde suplementar, afronta diretamente o interesse de operadoras inescrupulosas.

130. Observe-se que também nos casos de **insolvência de operadoras**, como no recente caso da UNIMED Paulistana, o papel das *administradoras de Benefícios* passa a ser de extrema relevância social. Todos os consumidores que tinham contratos estabelecidos por meio destas empresas são acomodados em outras operadoras, de forma transparente e rápida.

131. No âmbito da fiscalização dos serviços prestados, as *administradoras de benefícios* são aliadas dos consumidores. Atuam como defensores dos seus interesses, não apenas fornecendo informações técnicas sobre produtos, preços e portabilidade, mas especialmente quanto a situação de cancelamentos unilaterais de operadoras e aumentos excessivos de preços, inclusive, em certos casos, ingressando com ações judiciais para manutenção dos termos dos contratos. Buscando soluções rápidas para estes conflitos de interesses, há casos, inclusive, de *Administradoras de Benefícios* que firmaram convênios com Defensorias Públicas, na busca da conciliação e do entendimento, desestimulando a judicialização de demandas³⁹. Tem, por isso, obtido ótimos indicadores de solução de questões junto aos Procons e na própria Plataforma www.consumidor.gov.br criada pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça.

132. Sem prejuízo desses importantes serviços que demonstram a dimensão social das suas atividades empresariais, as *administradoras de benefícios* atendem ainda

³⁹ A Administradora de Benefícios Qualicorp, por exemplo, já celebrou acordos de cooperação com as Defensorias Públicas do Rio de Janeiro, Maranhão e Distrito Federal.

a uma relevantíssima preocupação com o interesse público. Por seu intermédio, **as pessoas que perdem seus empregos ou se aposentam, conseguem manter seus benefícios oriundos de planos de saúde coletivos, nas mesmas condições.** Além disso, nos termos da legislação em vigor, na condição de estipulantes, atuando em nome de empresas, órgãos públicos ou entidades representativas que contratam um plano de saúde coletivo, estas empresas **assumem ainda o risco da própria inadimplência destas,** com a vinculação de ativos garantidores junto à ANS.

133. Descabido imaginar-se, portanto, que as empresas “*administradoras de Planos de Saúde*” ou “*administradoras de Benefícios*” sejam empresas “parasitárias” ou “meramente intermediárias” que, com sua atuação, desequilibram o mercado ou prejudicam os consumidores, como sugere o Partido-Autor na sua petição inicial.

V.2) DA ALEGADA INCLUSÃO DE BENEFICIÁRIOS COM DESCONHECIMENTO DA PESSOA JURÍDICA EM QUE FORAM INCLUÍDOS

134. Afirma a exordial que “*na prática, verifica-se que as Administradoras de Benefícios, valendo-se da permissão contida no art. 2º, inciso III, da RN nº 196, providenciam a inclusão do consumidor como associado de uma pessoa jurídica já existente, procedendo, da mesma forma, à sua inclusão como beneficiário de plano coletivo por ela contratado, o que, não poucas vezes, faz com que os beneficiários, ao decidirem pela adesão a um Plano, desconheçam em que pessoa jurídica foram incluídos*”⁴⁰.

135. Determina o precitado art. 2 da Resolução nº 196 da ANS que uma das atividades das empresas *administradoras de benefícios* poderá ser o “*oferecimento de planos para associados das pessoas jurídicas contratantes*”. Disso não decorre, por óbvio, a descabida afirmação feita pelo Partido-Autor.

⁴⁰ Nota de Rodapé nº2, aposta no item 5 da Inicial.

136. Na verdade, a Resolução nº 195, da ANS, no seu artigo 9º, ao definir as regras de elegibilidade para as pessoas que queiram aderir a um plano coletivo, exige que estas mantenham um “vínculo” com as pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial que especifica. Ora, com todas as vênias, **como poderia o consumidor desconhecer a pessoa jurídica em que é incluído se a demonstração deste vínculo preexistente é obrigatória para adesão a um plano coletivo? De que forma poderia a “administradora de benefícios” ocultar da sua ciência esse vínculo?**

137. É verdadeiramente **absurda** essa afirmação.

V.3) DA ALEGADA CONTRATAÇÃO DE PLANOS DE SAÚDE COLETIVOS ANTES MESMO DA CELEBRAÇÃO DE UM CONTRATO COM AS PESSOAS JURÍDICAS

138. De acordo com a exordial, “*outra prática recorrente é a contratação de planos de saúde coletivos, antes mesmo da celebração de um contrato com as pessoas jurídicas indicadas nos artigos 5º e 9º da Resolução Normativa nº 195/09.*”⁴¹”

139. Novamente, incorre o Partido-Autor em mais uma afirmação que não corresponde a verdade. Pelas regras em vigor, **não é possível a criação de um plano de saúde coletivo sem a caracterização de uma relação contratual entre duas pessoas jurídicas.**

140. Aliás, é a própria criticada RN nº 195, no seu parágrafo único, que estabelece, *in verbis*:

art. 23 (...)

parágrafo único. **Fica vedada a inclusão de beneficiários sem a participação de pessoa jurídica legitimada.**

⁴¹ Nota de rodapé 2, inserida no item 5 da exordial.

141. De mais palavras não se precisa para se demonstrar a incorreção do sustentado pelo Partido-Autor.

V.4) DA INDEVIDA AFIRMAÇÃO DE QUE É CRESCENTE O NÚMERO DE AÇÕES JUDICIAIS QUESTIONANDO OS CONTRATOS FIRMADOS POR CONSUMIDORES, EM DECORRÊNCIA DA ATUAÇÃO DAS ADMINISTRADORAS

142. Ao contrário do que sustenta a exordial, o grande número de ações judiciais que discutem questões atinentes a planos de saúde coletiva, não tem nenhuma pertinência com a atuação deficiente ou indevida das empresas “*administradoras de benefícios*”⁴².

143. Na verdade, em larga medida, estas ações judiciais recaem preponderantemente em questões relativas a coberturas médicas, sendo certo que, pela regulação vigente, **esta é uma atribuição de responsabilidade exclusiva das operadoras de saúde**. Indiscutivelmente, nas poucas vezes em que as *administradoras de benefícios* são chamadas a integrar a lide, isso se deve ao fato de que elas atuam na “**linha de frente**” do atendimento ao consumidor.

144. Como indevida, portanto, se deve ter a afirmação que esta “*crescente judicialização dos casos de saúde*” guarda uma relação com a atuação das “*administradoras de benefícios*”.

145. Observe-se ainda que cerca de apenas **0,5% da totalidade dos clientes** que possuem planos de saúde coletivos por adesão por meio de “*administradoras de benefícios*” estão em litígio judicial em decorrência do reajuste de preços. Este baixo índice, seguramente, se deve aos esforços realizados por estas empresas para que ocorra a redução dos índices de reajustes, nos termos acima já expostos.

⁴² Item 8 da exordial

VI) DA AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS E DA IMPROCEDÊNCIA DA PRESENTE AÇÃO

146. Feita a análise pontual de todas as críticas feitas na exordial que transcendiam o aspecto jurídico-constitucional da matéria, cumpre que agora analisemos o alegado descompasso entre os atos normativos impugnados e o texto da nossa vigente Constituição Federal.

147. *Data maxima venia*, se no plano da análise das críticas feitas no âmbito do “*mérito administrativo*” da regulação firmada pela ANS sobre as “*administradoras de benefícios*” não passou o afirmado na exordial de um conjunto de alegações equivocadas, somados a argumentos retóricos descabidos e a avaliações pueris que só se explicam pela absoluta má-fé que ensejou a propositura da presente ação, no plano da análise constitucional da matéria *sub examine*, nos depararemos com verdadeiras aberrações argumentativas.

148. De fato, a tese de inconstitucionalidade sustentada nesta ação não possui nenhuma substância jurídica real. Argumentos desconectados e obscuros, projetam essa discussão para um universo retórico absurdo e ausente de qualquer consistência constitucional.

VI.1) DA ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA

149. Se deve ter por absolutamente clara a **improcedência** da tese sustentada na exordial de que os atos impugnados, em alguma medida, ferem o *princípio constitucional da “livre iniciativa”*.

150. Não se pode negar que o princípio da “*livre iniciativa*” ocupa um lugar de destaque na ordem jurídica brasileira.

151. O art. 1º da nossa Carta Constitucional de 1988, ao definir a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito formado pela união indissolúvel dos Estados e dos Municípios, estabelece como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, o pluralismo político e a “*livre iniciativa*”⁴³.

152. Por sua vez, ao abrir o seu Capítulo I, do Título VII, o art. 170 da nossa lei maior estabeleceu que “*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*” (grifo nosso), observados os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, “***da livre concorrência***”, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

153. Delimitando o campo de aplicabilidade constitucional do *princípio da livre iniciativa*, o parágrafo único deste mesmo artigo estabeleceu, *in verbis*, que:

“art. 170. (...)

parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, **salvo os casos previstos em lei.**”

154. A leitura sistemática destes dispositivos constitucionais nos revela que excetuando-se as atividades atribuídas à titularidade do Estado para serem por ele diretamente realizadas ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de direito público (*serviços públicos*), ou ainda as passíveis de serem realizadas pelos entes estatais sob regime próprio do mundo privado (*atividades econômicas realizadas por empresas controladas pelo Estado em casos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo*⁴⁴), **todas as atividades econômicas devem ser realizadas, em princípio, de forma livre pela “iniciativa privada” e sob o império da “livre concorrência”**. Afinal, parte o

⁴³ Art. 1º, III, da CF.

⁴⁴ art. 173, *caput*, da C.F.

legislador pátrio da realidade de que, em nosso país, se adota o modo de produção econômico típico das sociedades capitalistas.

155. Esta liberdade *de iniciativa* ou *de concorrência*, porém, tem limites impostos pela nossa ordem jurídica. Nos Estados Democráticos de Direito não existem direitos absolutos, ilimitados, incontrastáveis. Neles, por definição, *a própria noção de direito envolve a noção de limite*.

156. Partindo-se dessa premissa, não fica difícil perceber que a nossa lei maior estabeleceu claros contornos limitadores para o princípio da “*livre iniciativa*” e, em decorrência, para o da “*livre concorrência*”. Um deles, naturalmente, remonta à clara exceção imposta à abrangência destes princípios no art. 170, parágrafo único, da nossa vigente Carta Constitucional, objetivando que a sociedade não fique em situações econômicas sensíveis ou relevantes para os interesses coletivos, desguarnecida ou submetida à volúpia lucrativa dos agentes econômicos privados.

157. Deveras, buscando a natural defesa do modelo de Estado Social que acolheu, o precitado dispositivo constitucional determinou que “**a lei**” poderá submeter o exercício de certas atividades econômicas passíveis de serem realizadas pela “*livre iniciativa*” à prévia **autorização** dos órgãos ou entes públicos e a **contenções limitadoras** ditadas por **regramentos normativos do Estado**. Com isso, admitiu que por meio de autorização expressa em lei, em áreas consideradas como socialmente sensíveis, a ação do mundo econômico privado possa vir a ser **condicionada e limitada, no seu livre exercício**, por **regramentos estatais** que busquem garantir a defesa do interesse público.

158. Bem nos ensina, a respeito, o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva, seguindo de perto os passos da melhor doutrina e da pacífica jurisprudência pátria:

“A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único

que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.

Ora, a evolução das relações de produção e a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, bem como o mau uso dessa liberdade e a falácia da ‘harmonia natural dos interesses do Estado liberal’, fizeram surgir **mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização de justiça social**, de sorte que o texto supratranscrito do art. 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei, há de ser entendido no contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social e com o bem-estar coletivo.

Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É ilegítima enquanto exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social

Cumpre, então, observar que a liberdade de iniciativa econômica não sofre compressão só do Poder Público. Este efetivamente o faz legitimamente nos termos da lei, quer regulando a liberdade de indústria e comércio, em alguns casos impondo a necessidade de autorização ou de permissão para determinado tipo de atividade econômica, quer regulando a liberdade de contratar, especialmente no que tange às relações de trabalho, mas também quanto a fixação de preços, além da intervenção direta na produção e na comercialização de certos bens.

Acontece que o desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada, na medida em que a concentração capitalista

impede ou estorva a expansão de pequenas iniciativas econômicas” (p. 807)⁴⁵

159. É o que acontece, naturalmente, com *princípio da livre iniciativa* no campo da saúde suplementar. A saúde é um serviço relevantíssimo para sociedade para que possa ser deixado inteiramente à mercê do escopo da obtenção do lucro e das naturais variações ditadas pelas disputas de mercado.

160. Atento para a sensibilidade social das atividades privadas na área de saúde suplementar, o legislador valeu-se do permissivo constitucional estabelecido no parágrafo único do art. 170 para fixar, no plano legislativo, os limites e as condições normativas para a atuação dos agentes econômicos que nela atuam.

161. Foi com base nesse fundamento constitucional, portanto, que a já referida Lei nº 9.657/88 veio a determinar a necessidade de **autorização de funcionamento** e de **regramento** das atividades de quaisquer empresas que atuem nessa área, inclusive, como já visto ao longo da presente, das denominadas “*administradoras de plano de saúde*” ou “*administradoras de benefícios*” (arts. 1º, 9 e 19). Foi também nessa perspectiva, e dentro da criação do modelo de agências reguladoras que criou e atribuiu à ANS, autarquia sob regime especial, a competência para a prática desses atos normativos reguladores (Lei nº 9.657/88 c/c. a Lei nº 9.961/2000).

162. Sendo assim, estas regras legais e as normas administrativas que estabelecem limites e condições para o exercício da atividade dos agentes econômicos que atuam no âmbito da saúde suplementar, incluindo-se aqui as “*operadoras*” e as “*administradoras de planos de saúde*” (“*administradoras de benefícios*”), *per se*, **em nada violam** o *princípio da livre iniciativa*.

163. Donde o primeiro e mais grave equívoco da tese sustentada pelo autor. Nos termos da lei, a ANS **tem total competência administrativa discricionária para delinear o modelo das empresas que atuam no mercado de saúde suplementar**, inclusive procedendo à distinção de atividades que podem ser realizadas pelas

⁴⁵ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 37a. ed., p. 806. São Paulo: Malheiros, 2014

“operadoras de plano de saúde” e as “administradoras”. Também possui plena competência para submeter o exercício da atividade destas empresas a prévia autorização e a registro do seu funcionamento, regrado as suas atividades.

164. Não há nada de inconstitucional nisso. É o artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal quem o autoriza, *in verbis*.

165. Dentro dessa perspectiva, imaginar-se que a definição, pela ANS, de um campo próprio para a atuação das empresas “*administradoras de planos de saúde*” ou “*administradoras de benefícios*”, distinguindo-as das “*operadoras de plano de saúde*”, seja uma forma de reserva de mercado para as primeiras, chega a ser uma afronta ao bom senso jurídico. Como já foi visto, foi a lei, seguindo os passos da própria Constituição, que determinou esta necessidade, na busca de uma adequada disciplina das atividades empresariais realizadas no âmbito da saúde suplementar. Não quer o legislador que as administradoras se confundam com as operadoras, justamente para que elas possam atuar, em favor dos beneficiários, na busca do equilíbrio das relações de consumo e contribuir para a boa gestão dos planos de saúde coletivos.

166. Onde estará então, nesta divisão de papéis, amparada na Constituição e na lei, a alegada ofensa ao “*princípio da liberdade de iniciativa*”? Não pode a lei, nos termos do art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, prever modelos de atuação distintos para os agentes econômicos que atuam no mercado de saúde suplementar? Não pode “*segmentar*” estes agentes, definindo seus papéis econômicos, para melhor proceder à sua regulação e fiscalização, na busca do equilíbrio das relações de mercado e de consumo? Não pode disciplinar mercados sensíveis para os interesses coletivos, devendo curvar-se irremediavelmente à crença liberal de que a liberdade de mercado a tudo resolve e a tudo ajusta por meio de uma “*mão invisível*”?

167. Em resposta a estas indagações, pode-se afirmar de forma peremptória que é evidente que a Constituição de 1988, prestigiando os alicerces do modo de produção capitalista, adotou o modelo do Estado Social, com todas as suas consequências. O seu artigo 170, parágrafo único, abdicou do desejo liberal de que o Estado seja alheio a atuar normativamente em qualquer área posta ao alcance da iniciativa privada. Admitiu que

o Poder Legislativo, por lei, pudesse autorizar a disciplina de certas atividades econômicas na defesa do interesse público. E foi o que, com a devida vênia, fez o legislador ao editar as leis nº 9.657/88 e nº 9.961/2000, e também a própria ANS ao editar os atos administrativos de natureza normativa impugnados na presente ação.

168. Não há nada, absolutamente nada, de inconstitucional ou de ofensivo ao *princípio da livre iniciativa* nos atos normativos impugnados pelo Partido-autor. Ao definirem um campo de atuação próprio para as “*administradoras*”, ao procederem à sua distinção das “*operadoras de planos de saúde*”, não empreenderam **nenhuma reserva de mercado. Estabeleceram apenas uma definição de papéis para agentes econômicos que atuam no mercado, com o objetivo de melhor definir as suas responsabilidades e seus encargos, em tipificação normativa inteiramente adequada aos ditames e ao espírito da nossa Carta Constitucional.**

169. Ademais, qualquer cogitação de que, *in casu*, a ANS teria estabelecido uma “*reserva de mercado*” em favor das “*administradoras de benefícios*” desaba de modo definitivo quando ainda se constata que as atividades destas empresas **não qualificam um “campo fechado” de acesso vedado a empresas que queriam dele participar.**

170. Ao contrário do que sugere a exordial, dúvidas não podem existir de que as atividades de “*administração de planos de saúde*”, próprias de serem exercidas hoje pelas denominadas “*administradoras de benefícios*”, integram um **campo econômico aberto** para quaisquer empresas privadas que, no exercício da sua *livre iniciativa*, queiram nele atuar. **Exige-se apenas, nos termos do art. 170, parágrafo único, da Constituição, que atendam aos requisitos legais e normativos vigentes.**

171. Deveras, a criação de uma empresa “*administradora de benefícios*” é livre a quem se interessar, exigindo apenas o atendimento de requisitos estabelecidos para a segurança do mercado e da sociedade (Leis nº 9.656/98 e nº 9961/00, Resoluções Normativas da ANS nº 85/2004; 196/2009; 203/09; 311/2012, e Instruções Normativas da ANS nº 33/09 e 34/09), dentre os quais está, naturalmente, **o de não prestar serviços de assistência à saúde em situação igual ou equivalente a uma “operadora de saúde”.**

172. Por óbvio, isso não implica, porém, que este campo esteja “fechado” e seja “restrito” a um certo universo de empresas “privilegiadas”, constituindo uma “**reserva de mercado**”.

173. Caso assim não fosse – argumente-se na linha *reductio ad absurdum* - toda vez que uma lei, atendendo ao disposto no art. 170, parágrafo único, da nossa lei maior viesse a estabelecer condições ou requisitos para que uma pessoa jurídica pudesse exercer um certo tipo de atividade econômica, haveria uma “*reserva de mercado*” e uma “*ofensa ao princípio da livre iniciativa*”. E com isso, este dispositivo constitucional perderia qualquer significado jurídico em relação à sua própria existência no âmbito da nossa Carta Constitucional em vigor.

174. Descabido, pois, que se diga que *in casu* existe uma “**reserva de mercado**” a empresas “*administradoras de benefícios*” determinadas e preestabelecidas, pelo simples fato de a lei estabelecer regras para o funcionamento e para a sua atuação no mercado, em papel distinto das “*operadoras de planos de saúde*”.

VI.1.1) Da falsa premissa de que o conjunto de atividades realizadas pelas administradoras de benefícios somente podem por elas ser realizadas, para se justificar a absurda tese de “reserva de mercado”

175. Não bastasse tudo o que já foi afirmado acima, um dos argumentos auxiliares do Partido-Autor na defesa da sua tese de “*reserva de mercado*” em favor das “*administradoras de benefícios*”, remonta à afirmação de que a regra estabelecida no art. 11 da RN nº 196/09 estabeleceria que “*o conjunto de suas atividades só por elas pode ser desempenhado*⁴⁶” (grifo nosso).

176. É risível esta afirmação. Não é possível que alguém informado sobre a matéria e com boa-fé ignore que, em nosso país, **não é obrigatória a**

⁴⁶ Item 9, “a”, da exordial.

presença de “administradoras de benefícios” nas contratações coletivas de planos privados de assistência à saúde.

177. De fato, a nossa legislação, ao definir o campo da atuação das “administradoras de plano de saúde” ou “administradoras de benefícios” em momento algum afirmou que os planos coletivos de saúde apenas poderiam ser contratados com a presença, em alguma medida, destas empresas. Pelo contrário, afirma o art. 23 da Resolução nº 195 da ANS que:

“art. 23. As pessoas jurídicas de que trata esta resolução poderão reunir-se para contratar plano privado de assistência à saúde coletivo, podendo tal contratação realizar-se:

I- diretamente com operadora; ou

II- com a participação de administradoras de benefícios, nos termos do art. 4º da RN nº 196, de 14 de julho de 2009 que regulamenta as atividades dessas pessoas jurídicas;

III- com a participação da Administradora de benefícios na condição de estipulante do contrato firmado com a operadora de plano de assistência à saúde, desde que a Administradora assuma o risco decorrente da inadimplência da pessoa jurídica contratante, com a vinculação de ativos garantidores suficientes para tanto.

Parágrafo único. Fica vedada a inclusão de beneficiários sem a participação da pessoa jurídica limitada”. (grifos nossos)

178. Ora, com todas as vênias, se além das atuais empresas, quaisquer outras podem ingressar nesse campo de atividades, desde que atendam aos requisitos exigidos pelas leis e pelas normas administrativas em vigor, e a própria contratação de planos de saúde coletivos pode se dar sem a presença destas empresas “administradoras”, repita-se à exaustão, onde estaria então esta alegada “reserva de mercado”? Que mercado teria sido reservado e para quem?

179. Insustentável, portanto, o argumento aventado na exordial.

VI.1.2) Do argumento descabido de que a possibilidade das Administradoras de benefícios reunirem em um mesmo plano de saúde diversas pessoas jurídicas seria uma violação ao “princípio da livre iniciativa”

180. Também não se conecta com a absurda tese de existência de “reserva de mercado” estabelecida pela ANS em favor das “administradoras de benefícios”, a afirmação de que seria indevida a possibilidade das administradoras de *benefícios* reunirem diversas pessoas jurídicas em um mesmo plano de saúde, como autorizado no art. 23 da RN nº 195/09⁴⁷.

181. Em primeiro lugar, ressalte-se, parece inexistir qualquer conexão entre essa assertiva e uma pretensa “reserva de mercado” violadora do princípio da *livre iniciativa*, no caso *sub examine*. Não se vislumbra, ao menos ao olho nu de um exegeta médio, a conexão lógica pretendida pelo argumento lançado na exordial.

182. Em segundo lugar, basta que se entenda a razão pela qual esta regra existe, para que se possa perceber o *nonsense* argumentativo em que incorre o Partido-Autor ao tratar dessa questão

183. Deveras, as razões que justificam este tratamento normativo posto em discussão pelo Partido-Autor são estritamente técnicas e repousam inteiramente no campo do melhor tratamento da matéria em face da realidade dos fatos.

184. Segundo se sabe, a receita individualizada auferida pelos contratos coletivos, aliada à volatilidade dos gastos assistenciais, pode não ser suficiente para cobrir as suas respectivas despesas. Por isso, **o agrupamento de contratos promove a distribuição adequada e balanceada do risco inerente à operação realizada em cada um dos contratos agrupados. O risco de cada contrato fica distribuído e diluído**

⁴⁷ Item 9, letra “b”, da exordial.

dentro do grupo, trazendo uma realidade mais confortável e justa no momento do reajuste dos índices contratados, dando, inclusive, como é óbvio, maior poder de negociação as entidades contratadas.

185. Ademais, a simples leitura do art. 23 da RN nº 195/09 nos revela que a reunião de contratos *sub examine*, em regra⁴⁸, é uma faculdade posta ao livre dispor das pessoas contratantes. Deveras, diz esse dispositivo que “*as pessoas jurídicas de que trata essa resolução poderão reunir-se para contratar plano privado de assistência à saúde coletivo.*”

186. Desse modo, *data maxima vênia*, se apresenta como inteiramente justificável, do ponto de vista da conveniência e da oportunidade dos interesses públicos, a regra que possibilita o agrupamento de contratos coletivos.

VI.1.3) Do despropositado argumento de que a violação princípio da livre iniciativa decorreria da cobrança de beneficiários apenas poder ser feita pela administradora de benefícios

187. Afirma a exordial que “*a proibição de as Operadoras de Planos de Saúde efetuarem a cobrança diretamente aos beneficiários dos Planos de Saúde Coletivos praticamente inviabilizou a contratação de planos coletivos sem a intermediação das Administradoras de Benefícios, as quais passaram a assumir a posição de verdadeiras protagonistas deste mercado, ocasionando, inclusive, a concentração dessa atividade econômica em ‘gigantes’ desse Setor que, por tais razões, atravessa uma prolongada e intensa e contínua fase de degradação*”⁴⁹. E, desse modo, restaria também por esta via demonstrada a alegada violação ao princípio da “*livre iniciativa*”.

188. Tanto a afirmação, como a tese de que dela se extrai, são rigorosamente **inverídicas** e **equivocadas**.

⁴⁸ Importante observar que a RN nº 309, de 24 de outubro de 2012, da ANS, “*dispõe sobre o agrupamento de contratos coletivos de planos privados de assistência à saúde coletivos empresariais e por adesão, firmados após 1º de janeiro de 1999, ou adaptados à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para fins de cálculo e aplicação de reajuste*” (art. 1º) (doc. 4)

⁴⁹ Item 5.

189. Várias razões bem o demonstram.

190. **Primeira:** não é verdadeira a afirmação de que somente as *administradoras de Benefícios* podem efetuar a cobrança de beneficiários de Planos de Saúde Coletivos. A simples leitura das normas que disciplinam estes planos o revela. As pessoas jurídicas quando contratam **diretamente** os planos coletivos por adesão, sem a participação de uma Administradora de Benefícios, **podem fazer a cobrança diretamente ou delegá-la a terceiros.**

191. **Segunda:** não há nesse tratamento dado a matéria, nos termos do modelo normativo acolhido pela ANS, **nenhum inconveniente, nem qualquer supressão da liberdade contratual ou da “livre iniciativa”**. Até porque, como já se salientou, as “*administradoras de Benefícios*” quando comparecem na condição de “*estipulantes*”, nos termos da legislação em vigor, assumem pesadas obrigações financeiras, visando garantir a **inadimplência**. Natural, portanto, que a regra se apresente desse modo e nessa formatação.

192. **Terceira:** no que concerne ao alegado “*protagonismo*” excessivo das “*administradoras*”, a afirmação também é inverídica. Recentes levantamentos demonstram que os **planos coletivos por adesão totalizam apenas 13% de um universo de mercado**⁵⁰, onde o plano **individual/familiar chega ao percentual de 20%**⁵¹, e o **empresarial a 67%**⁵² do total de vidas que contratam serviços junto ao sistema de saúde suplementar. **E – note-se – quase 50% do total de contratantes de planos coletivos prescindem da administradora de benefícios.**

193. **Quarta:** atribuir-se à existência das “*administradoras de benefícios*” a “*prolongada, intensa e contínua fase de degradação*” que atinge o mercado de saúde suplementar no Brasil, revela desconhecimento dos fatos ou absoluta má-fé. Nos últimos 12 meses, mais de 1,5 milhão de pessoas deixaram de ser usuários de planos de saúde, em decorrência da crise econômica. Hoje, como é notório, a ANS discute a implementação de

⁵⁰ Um total de **6.439.190** de vidas em julho de 2017

⁵¹ Um total de **9.266.340** de vidas em julho de 2017.

⁵² Um total de **31.480.731** de vidas em julho de 2017.

novas formas de remuneração dos serviços prestados pelas operadoras de planos de saúde, e a busca de novos modelos para diversificar a oferta. Atribuir-se isso à existência das *administradoras de benefícios* chega a ser um verdadeiro *nonsense* retórico, apimentado por uma grosseira e patética irrazoabilidade argumentativa.

194. Mostra-se, pois, que também por esta via jamais poderão ser acusados de inconstitucionalidade os atos impugnados.

VI.1.4.) *Do falso argumento de que as administradoras de benefícios estariam dispensadas do envio de informações e ficariam à margem do poder sancionatório da ANS, caracterizando uma violação ao “princípio da livre iniciativa”*

195. De acordo com a narrativa empreendida na exordial, “*as administradoras de benefícios foram dispensadas do envio de informações necessárias à atividade fiscalizatória pelo Poder Público, o que, na prática inviabiliza a supervisão desse mercado*”⁵³. Do mesmo modo, “*a Resolução nº 196/2009 deixou de prever as sanções correspondentes às infrações praticadas pelas Administradoras de Benefícios, o que se comprova pela leitura dos seus artigos 3º, 5º, §2º, 7º, 8º e 9º*”, o que tornaria possível “*afirmar que a atuação das Administradoras de Benefícios não se sujeita a uma fiscalização adequada, a teor do que se depreende dos artigos 9º e 10 da RN nº 124/2006*”⁵⁴ (doc. 05). E, por fim, em aditamento ao exposto, assevera ainda que “*completando o teratológico aparato institucional de privilégios às Administradoras de Benefícios, elas estão, diferentemente de todos os demais participantes do mercado, desobrigadas de enviar os dados para a alimentação do: Sistema de Informações de Produtos – SIP (Resolução Normativa nº 205, 089.10.99, art. 2º, §2º; Sistema de Informações de Beneficiários da Agência Nacional de Saúde Suplementar – SIB/ANS (Resolução Normativa nº 295, de 09.05.12). Isso coloca a Administradora de Benefícios à margem do dever-poder fiscalizatório da ANS e compromete a análise daquela entidade reguladora.*

196. Impossível que essa afirmação tenha sido feita apenas por desconhecimento puro e simples das regras que regem o setor de saúde suplementar. **As**

⁵³ Item 6 da exordial.

⁵⁴ Nota de rodapé 3, inserida no item 6 da exordial.

“administradoras de benefícios” estão submetidas a várias e rigorosas condições legais para o regular exercício de suas atividades, bem com a sanções caso elas não venham a ser observadas. A questão é que elas estão postas em todo o conjunto normativo que trata da sua atuação, e não apenas nos atos impugnados.

197. Com efeito, de imediato, citemos as regras estabelecidas na própria Lei nº 9656/98 que já estabelece, *per se*, sanções que podem ser aplicadas às empresas “administradoras de plano de saúde” ou “administradoras de benefícios”. Determina este diploma legal que:

“art. 25. As infrações dos dispositivos desta Lei e de seus regulamentos, bem como dos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, sujeitam a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

I- advertência;

II- multa pecuniária;

III- suspensão do exercício do cargo;

IV- inabilitação temporária para o exercício de cargos em operadoras de planos de assistência à saúde;

V- inabilitação permanente para o exercício de cargos de direção ou em conselho das operadoras a que se refere esta Lei, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretoras de seguros e instituições financeiras;

VI- cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora”⁵⁵

(...)

“art. 27. A multa de que trata o art. 25 será fixada e aplicada pela ANS no âmbito de suas atribuições, com valor inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou prestadora de serviço e a gravidade da infração, ressalvado o disposto no §6º do art. 19⁵⁶.

198. A ninguém é dado desconhecer a lei. Em especial os Partidos políticos que, por meio das suas bancadas, participam da sua elaboração. Por isso, a afirmação de que as *administradoras de benefícios* não estariam sujeitas a nenhuma espécie de sanção, com todas as vênias, só pode estar alicerçada em absoluta má-fé.

199. **Esclareça-se ainda que não é a Resolução nº 196/2009 que estabelece as sanções devidas às administradoras de benefícios quando praticam condutas indevidas. É a RNº 124/2006 (doc 05) quem o faz, como se pode observar da simples leitura dos seus artigos 1º, 9º e 10, onde restam estabelecidas pesadas multas e suas respectivas bases de cálculo.**

200. No que tange ao fornecimento de informações e a fiscalização das “*administradoras de benefícios*”, diversas referências podem ser feitas ainda aos atos normativos que as disciplinam. A título de exemplo, pode ser lembrada a IN nº 13/2006 da ANS (*doc. 6*) que estabelece a obrigação de que seja informado, pela *administradora de benefícios*, o número de beneficiários por ela atendidos para o cumprimento de normas referentes à sua avaliação e a seu desempenho no Ciclo de Fiscalização. Do mesmo modo, pode ser citado o atual art. 5º da RN nº 388/2015 da ANS (*doc. 7*) que determina que as “*administradoras de benefícios*” estão sujeitas a todos os procedimentos fiscalizatórios.

⁵⁵ Redação dada pela Medida Provisória nº 2.77-44/2001.

⁵⁶ Redação dada pela Medida Provisória nº 2.77-44/2001.

201. Também no que concerne às obrigações financeiras, há um conjunto de regras que determinam o envio de informações ao órgão fiscalizador. Além de informações que permitem o acompanhamento da situação financeira das *administradoras de benefícios* (DIOPS Financeiro) e o acompanhamento do quadro de gestores destas mesmas empresas (DIOPS cadastral), há a necessidade do envio regular de informações sobre os “*ativos garantidores para suportar a inadimplência de beneficiários*” (RN nº 36/09, da ANS), do *detalhamento das suas condições financeiras* (IN nº 45/09) e da *realização de demonstrações da sua realidade financeira devidamente auditadas*.

202. Há, pois, inúmeras normas esparsas que **obrigam as “administradoras de planos de saúde” ou “administradoras de benefícios” a fornecer dados e informações à ANS e estabelecem sanções**, com o objetivo de que sejam permanentemente fiscalizadas e punidas no caso de transgressões, ao contrário do que indevidamente se afirma na inicial.

203. Já em relação ao que foi alegado na exordial em relação ao SIP (Sistema de Informação de Produtos) e ao SIB (Sistema de Informação de Beneficiários), por óbvio, **jamais o envio de informações a estes sistemas deveria ficar sob responsabilidade das administradoras de benefícios**.

204. No que concerne ao SIP, é importante observar que **este sistema diz respeito a informações sobre “produtos”**. Ora, não são as *administradoras*, mas as *operadoras de planos de saúde* que os oferecem. Seria, portanto, absolutamente descabido exigir-se das *administradoras* uma obrigação de informar o que não condiz diretamente com o campo das suas atividades.

205. Do mesmo modo, as *operadoras de planos de saúde* possuem diversas **carteiras de beneficiários, vinculadas a contratos individuais ou coletivos**. Por isso, a elas deve caber informar periodicamente o *SIM – Sistema de Informação de Beneficiários*, e não às *administradoras de benefícios* prestar tal tipo de informação.

206. Parece claro, nesta medida, que não seria razoável exigir-se das “*administradoras de benefícios*” que enviassem informações ao SIP ou ao SIB. Estas empresas

são contratadas por empresas ou entidades de classe beneficiárias de planos de saúde, atuando na estrutura interna dessas pessoas jurídicas, auxiliando-as nos aspectos administrativos relacionados ao benefício (expedição de carteirinhas, boletos, esclarecimentos de dúvidas técnicas, negociações de reajuste, etc.). **Elas não possuem produtos ou beneficiários próprios, uma vez que não podem exercer a atividade típica das operadoras, na conformidade do determinado no art. 3º da Resolução Normativa nº 196 da ANS.**

207. Por fim, observe-se ainda que caso a ANS julgue ser necessária a obtenção de quaisquer informações para a boa execução da sua atividade de fiscalização, **poderá ela requisitá-las nos termos do disposto no artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.961/2000**, independentemente da existência de qualquer ato normativo a respeito.

208. Novamente, pois, se enreda a inicial na narrativa de fatos descompassados com a realidade, e em alegações absolutamente despropositadas, no afã de atingir o modelo normativo fixado para a atuação das “*administradoras de benefícios*”. Existe sim, indiscutivelmente, um sistema de fiscalização da atuação destas empresas, e um conjunto de sanções estabelecidas para as infrações que porventura possam vir a cometer.

VI.1.5) Do estranho argumento de que a Resolução normativa nº 196 não teria trazido nenhuma regulamentação sobre o conteúdo do negócio jurídico a ser firmado entre as Administradoras de benefícios e as pessoas jurídicas contratantes, como fato violador do “princípio da livre iniciativa”

209. Causa ainda espécie a curiosa associação que faz a exordial entre a “*reserva de mercado*” e a afirmação de que a Resolução Normativa nº 196/2009 não teria trazido “*qualquer regulamentação sobre o conteúdo do negócio jurídico a ser firmado entre as Administradoras de Benefícios e as pessoas contratantes*”.

210. De fato, a Resolução nº 196 não produz nenhuma disciplina da questão relativa à regulamentação do conteúdo do contrato a ser firmado com as

“*administradoras de benefícios*”. E isso ocorre por uma razão muito simples: **toda a regulação tida como necessária para esta disciplina já havia sido estabelecida pela própria Resolução normativa nº 195.**

211. Uma vez definido o papel conceitual de uma “*administradora de benefícios*” e outras regras indispensáveis para a definição do seu modelo de atuação na Resolução nº 195 da ANS, não há nenhuma razão objetiva para que houvesse uma necessidade de se dispor expressamente a respeito do vínculo contratual que estas celebram.

212. E pergunte-se: mesmo que assim não fosse, porque a ausência destas regras na Resolução nº 196 implicaria em uma “*reserva de mercado*”, ou em uma violação ao princípio da “*livre iniciativa*”?

213. Não há resposta, na inicial, sobre isso. E nem poderá ser encontrada, *data maxima venia*, em boa lógica jurídica.

214. Pondere-se, por fim, que compete a ANS, nos termos da legislação em vigor, a disciplina do serviço de saúde suplementar, na conformidade do que acima já foi exposto. Uma tal disciplina, naturalmente, jamais poderá extrapolar e invadir o campo da liberdade natural de atuação comercial das pessoas jurídicas privadas que buscam contratar as prestações de serviços nesta área.

215. Deveras, seria desprovido de qualquer significado jurídico razoável imaginar que, a pretexto de se regular a boa prestação dos serviços privados na área da saúde suplementar, viesse a ANS a tolher a liberdade comercial e o livre arbítrio daqueles que tem o interesse de se valer dos serviços das operadoras e das administradoras dos planos de saúde.

216. Não há, pois, qualquer reprimenda que se possa fazer à Resolução Normativa nº 196 no aspecto em referência.

VI.1.6) Do falso argumento de que a atuação das empresas “administradoras de planos de saúde” ou “administradoras de benefícios” propiciariam a “aplicação de reajustes não controlados”

217. No que diz respeito “a aplicação de reajustes não controlados”, cumpre observar, de início, que o contrato é o instrumento jurídico pelo qual, *in casu*, se estabelece o vínculo obrigacional entre as partes contratantes, no exercício das autonomias de suas respectivas vontades. Sendo assim, como frequente no mundo privado caracterizado pela “*livre iniciativa*” e pelo princípio da “*liberdade de pactuação*”, os parâmetros para os reajustes, nos planos coletivos, **são estipulados nas cláusulas contratuais, decorrentes da livre negociação.**

218. Note-se, todavia, que a justificativa do percentual de reajuste proposto deve ser fundamentado pela operadora, e naturalmente, seus cálculos, disponibilizados para a conferência pela pessoa jurídica contratante. Donde, conforme já salientado, a participação das administradoras de benefícios ser de vital importância nesta negociação, posto que estas empresas podem apurar as informações sobre receitas e despesas dos beneficiários, viabilizando melhores condições de negociar os preços e reajustes propostos pelas operadoras.

219. Apesar disso, não se pode dizer ainda, em boa fé, que nunca tenham existido regras dispendo sobre estes reajustes. De fato, a ANS tratou desta questão nos seguintes atos normativos: RDC nº 29/00 (*doc. 08*) ; RDC nº 66/01 (*doc. 09*); RDC nº 08/02 (*doc. 10*); RN nº 36/03 (*doc. 11*); RN nº 74/04 (*doc. 12*); RN nº 99/05 (*doc. 13*); RN nº 118/05 (*doc. 14*); RN nº 128/06 (*doc. 15*); RN nº 129/06 (*doc. 16*); RN nº 156/07 (*doc. 17*); RN 157/07 (*doc. 16*); RN nº 171/08; RN nº 172/08 (*doc. 16*) e RN 156/2007 (*doc. 17*). Cite-se ainda a regra firmada no art. 19 da RN nº 195/09, no que diz respeito a esta matéria:

“art. 19. Nenhum contrato poderá receber ajuste em periodicidade inferior a doze meses, ressalvado o disposto no *caput* do artigo 22 desta RN.

§1º Para fins do disposto no *caput*, considera-se reajuste qualquer variação positiva na contraprestação pecuniária, inclusive aquela decorrente de revisão ou reequilíbrio econômico-atuarial do contrato.

(...)

.....
“art. 20. Não poderá haver aplicação de percentuais de reajuste diferenciados dentro de um mesmo plano de um determinado contrato, inclusive na forma de contratação prevista no inciso III do artigo 23 desta RN. Não poderá haver distinção quanto ao valor da contraprestação pecuniária entre os beneficiários que vierem a ser incluídos no contrato e os a ele já vinculados, inclusive na forma de contratação prevista no inciso III do artigo 23 desta RN.

.....
“art. 22. O disposto nesta seção não se aplica às variações da contraprestação pecuniária em razão da mudança faixa etária, migração e adaptação do contrato à Lei nº 9656 de 1998”.

220. Desse modo, os reajustes devem obedecer a estas normas regulatórias e ao disposto no contrato. A ANS realiza o monitoramento da evolução dos preços nos planos coletivos (art. 4º, da Lei nº 99612/2000). Por isso, as operadoras devem comunicar a esta Agência Reguladora quaisquer reajustes aplicados, tanto positivos como negativos, bem como a sua não realização. Não ocorrendo esta comunicação, será instaurado um procedimento para apurar a ocorrência de infração.

221. Inapropriada, portanto, também neste aspecto, a afirmação feita pelo Partido-Autor na exordial

VI.1.7) Da descabida afirmação de que os atos impugnados fariam uma delimitação indevida que impediria a participação de pessoas, naturais e jurídicas, em planos coletivos (art. 5º a 9º da RN nº 195/09);

222.

Afirmam os arts. 5º e 9º da Resolução nº 195/2009 que:

“art. 5º. Plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária.

§1º O vínculo à pessoa jurídica contratante poderá abranger ainda, desde que previsto contratualmente:

I- os sócios da pessoa jurídica contratante;

II- os administradores da pessoa jurídica contratante;

III- os demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados anteriormente; à pessoa jurídica contratante, ressalvada a aplicação do disposto no *caput* dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;

IV- os agentes políticos;

V- os trabalhadores temporários;

VI- os estagiários e menores aprendizes; e

VII- o grupo familiar até o terceiro grau de parentes consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro dos empregados e servidores públicos, bem como dos demais vínculos dos incisos anteriores.

§2º O ingresso do grupo familiar previsto no inciso VII, do §1º deste artigo dependerá da participação do beneficiário titular no contrato de plano privado de assistência a saúde.

(...)”

“art. 9º. Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial:”

I- conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão;

II- sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações

III- associações profissionais legalmente constituídas;

IV- cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;

V- caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução;

VI- entidades previstas na Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.938, de 4 de novembro de 1985;

§1º. Poderá ainda aderir ao plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, desde que previsto contratualmente, o grupo familiar do beneficiário titular até terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro.

§2º A adesão do grupo familiar a que se refere o §1º deste artigo, dependerá da participação do beneficiário titular no contrato de plano de assistência à saúde.

§3º Caberá a operador exigir e comprovar a legitimidade da pessoa jurídica contratante, na forma do *caput* e a condição de elegibilidade do beneficiário.

§4º Na forma da contratação prevista no inciso III do artigo 32 caberá tanto à Administradora de benefícios quanto à Operadora de Plano de Assistência à Saúde comprovar a legitimidade da pessoa jurídica contratante, na forma do *caput* deste artigo, e a condição de elegibilidade do beneficiário.

223. De acordo com a exordial, estes dois dispositivos impediriam a “participação de outras pessoas, naturais e jurídicas, em planos coletivos, seja na classificação empresarial ou adesão”, e isto ofenderia o princípio constitucional da “livre iniciativa”, na medida em que deveria caber “a cada seguradora especializada em saúde ou operadora de plano de saúde definir, por seus próprios critérios, à quem deseja oferecer seus planos coletivos, seja empresariais ou por adesão”.

224. **Tudo indica que ao ver do Partido-Autor o princípio de “livre iniciativa” seria aquele que inibiria qualquer limite para o exercício de qualquer atividade econômica. A seu ver, a iniciativa privada “pode tudo,” e para ela “vale tudo”.**

225. Esqueceu-se, porém, o Partido-Autor, que nosso país é governado por uma Constituição e por leis aprovadas pelo Congresso Nacional. E é esta mesma Constituição que, no seu art. 170, parágrafo único, autoriza o Poder Legislativo a editar leis que delimitem o exercício da atividade Econômica, e o Poder Executivo, através de seus órgãos e entes dotados de personalidade jurídica, a editar atos normativos que garantam a estas uma fiel execução.

226. Não existe nada de inconstitucional no fato do art. 5º e 9º da Resolução nº 195 ter realizado a delimitação subjetiva que empreendeu. Até porque existe uma clara razão para que assim se proceda. Ao se fazer a delimitação em apreço, **se busca evitar a realização de “falsas coletivizações” de planos de saúde⁵⁷, em que possa inexistir uma clara falta de vínculo ou mesmo de representatividade.** Tanto isso é verdade que o art. 32 da própria Resolução nº 195 determina que “o ingresso de novos beneficiários que não atendam aos requisitos de elegibilidade previstos nos artigos 5º e 9º desta resolução constituirá vínculo direto e individual com a operadora, equiparando-se para todos os efeitos legais ao plano individual ou familiar”.

⁵⁷ A bem posta manifestação da ANS feita nestes autos, demonstra que em larga medida a edição das normas impugnadas tinham por objetivo atacar a “falsa coletivização” dos planos de saúde. A respeito, afirma que este fenômeno é identificado quando do oferecimento de planos em que se máscara de “coletivos” a grupos pequenos, para a busca de vantagens indevidas. (v. item “do histórico e da função da resolução normativa nº 195/2009).

227. As afirmações firmadas na exordial a respeito, portanto, podem até vir a ser discutidas como uma proposta de mudança das regras em vigor. Mas jamais como uma situação real de inconstitucionalidade.

VI.2) DA ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

228. Afirma a exordial que *“todo o aparato institucional construído no entorno das Administradoras de benefícios, que causou e vem causando, cada vez mais, todas as distorções acima explicitadas, são a evidência cabal do viliplêndio social e juridicamente reprovável ao Princípio da Igualdade...”*⁵⁸.

229. Explicitamente, encontra-se este princípio afirmado genericamente no art. 5º da Constituição Federal quando estabelece que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*.

230. Diante do sustentado pelo Partido-Autor, de imediato, uma dúvida se coloca. Afirma este que as normas impugnadas nesta ação violariam este princípio, *“por todo aparato institucional”* favorecedor das *administradoras de benefícios*. Logo se deduz que, a seu ver, *“alguém”* que deveria ser tratado igualmente a *“outrem”* estaria tendo um tratamento diferenciado, não isonômico, sendo prejudicado na sua esfera de direitos por isso.

231. Todavia, eméritos Ministros, há que se perguntar: quem estaria sendo tratado desigualmente? Parece evidente que, ao ver do Partido-Autor, as *administradoras de benefícios* estariam sendo privilegiadas. Todavia, em detrimento de quem?

232. *Data maxima venia*, a petição inicial não nos responde a esta indagação, impondo-se a necessidade de ser fazer uma exegese de seus termos para que se possa compreender a acusação de inconstitucionalidade feita.

⁵⁸ Item 20 da exordial.

233. A AGU, em sua manifestação parece ter interpretado que a ofensa da isonomia alegada estaria associada à questão da **delimitação subjetiva** feita nos artigos 5º e 9º da Resolução Normativa nº 195/209⁵⁹. Já a ANS, além desta possibilidade, ofertou resposta como se a ofensa dissesse respeito às **diferenças de tratamento entre agentes econômicos que atuam no mercado de saúde suplementar**⁶⁰.

234. A bem da verdade, pode-se afirmar sem grande dificuldade, que nenhuma das duas hipóteses interpretativas do alegado na petição inicial apresenta um mínimo de plausibilidade jurídica.

235. Caso a alegada ofensa ao princípio da isonomia se configure, como pensa a AGU, pelo disposto nos artigos 5º e 9º da Resolução Normativa nº 195/2009, a incorreção da tese sustentada se dará pelo já exposto acima quando da análise das razões que ensejaram o estabelecimento destas normas pela ANS⁶¹. Outras palavras em acréscimo ao que já foi dito, não se farão necessárias para a demonstração da sua mais absoluta improcedência.

236. Na hipótese, todavia, da alegada ofensa ao princípio da isonomia se configurar, ao ver do Partido-Autor, pelo tratamento diferenciado que a lei e os atos normativos emprestam às *operadoras* e às *administradoras de planos de saúde*, da mesma forma, todo o exposto nesta manifestação demonstra, às claras e de modo indubitado, a absoluta irrazoabilidade dessa tese.

237. Como nos asseverou o grande Ruy Barbosa, seguindo os ensinamentos de Aristóteles:

“a regra da igualdade não consiste senão em aquinboar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam. (...). Os mais são desvários da inveja,

⁵⁹ P. 25 da manifestação.

⁶⁰ P. 22 da manifestação.

⁶¹ V. item VI.1.7, *supra*, Da descabida afirmação de que os atos impugnados fariam uma delimitação indevida que impediria a participação de pessoas, naturais e jurídicas, em planos coletivos - arts. 5º a 9º da RN nº 195/09.

*do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.*⁶²

238. É evidente que por definição “operadoras de planos de saúde” não são iguais às “administradoras”. Por definição conceitual acolhida em lei, visando a boa operação da prestação de serviços suplementares aos consumidores, as normas em vigor estabelecem que estas empresas são agentes econômicos que atuam com missões diferentes no mercado, possuindo encargos distintos e responsabilidades diferentes. Nessa medida, não existe sentido algum em se reclamar da necessidade impositiva de uma igualdade de tratamento jurídico em relação a agentes econômicos que, por definição, são fundamentalmente diferentes.

239. Bem ensina a respeito Carlo Lavagna ao afirmar que “*anche in relazione alle discriminazioni espressamente vietati (...) si ritiene necessario considerare, come già detto, se la discriminazione discenda tal perseguimento di finalità costituzionalmente consentite o pure no. Per modo che esse non provocano di per se l’illegittimità dela legge*”⁶³.

240. Ora, no caso em tela, em decorrência de tudo o que já foi exposto nesta manifestação, a finalidade da distinção de papéis entre ambos os agentes econômicos que atuam no mercado de saúde suplementar (*operadoras e administradoras*), adequa-se plenamente inteiramente às finalidades constitucionais que justificam o seu estabelecimento.

241. **Donde não haver, portanto, nas normas impugnadas nesta ação qualquer violação ao princípio constitucional da igualdade formal ou isonomia.**

VI.3) DA ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO COOPERATIVISMO

⁶² Oração aos Moços, 5ª. ed. p. 26. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999

⁶³ *Istituzione di diritto publico*, vol 1, p. 438. Torino: UTET, 1970.

242. Ao ver do Partido-Autor, as normas impugnadas na presente ação direta de inconstitucionalidade ofenderiam o *princípio do cooperativismo* consagrado no art. 174, §2º, da Constituição Federal. Esta ofensa se daria pelo fato de que “*a criação de um ente intermediário, a Administradora de benefícios, acompanhada de uma série de fatores negativos acima delineados de modo exemplificativo, não possa esconder o frontal desrespeito ao cânone constitucional (...), até porque, como de sabença comum, um dos princípios reitores do cooperativismo é exatamente a não-interferência de intermediários*”⁶⁴.

243. Estabelece o art. 174, §2º, da Constituição Federal que:

“art. 174. (...)

§2º. A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

244. Abordando o precitado dispositivo constitucional, afirma Alexandre Aragão que:

“As cooperativas são sociedades de pessoas, de cunho econômico, e sem fins lucrativos, que têm por objetivo prestar comodidades e utilidades aos seus sócios. Por meio dessas entidades privadas, os seus integrantes se unem para oferecer bens e serviços no mercado, ou viabilizar empreendimentos econômicos específicos.”

(...)

Nos termos do §2º do art. 174 da Constituição Federal, o Estado tem a obrigação constitucional de estimular e apoiar o exercício desse direito fundamental no mercado nacional.

A observância do comando prescrito no enunciado constitucional citado deve ser feita mediante lei federal, que deve disciplinar a matéria em conformidade com os preceitos constitucionais que lhe são pertinentes⁶⁵

⁶⁴ Item 24 da exordial.

⁶⁵ *Princípios Gerais da Atividade Econômica*. In Comentários à Constituição de 1988, Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walder de Moura Agra (cords.). p. 201. Rio de Janeiro: Forense, 2009

245. Observa-se, assim, que o *princípio do cooperativismo* firmado na constituição, vem expresso por norma *não auto-aplicável*. Dirige-se ao legislador federal, para que este estabeleça, em ato legislativo, o *modus* de beneficiamento desta espécie de pessoas jurídicas.

246. Exatamente por isso, novamente, a tese sustentada na exordial se apresenta como de difícil compreensão. Por que, *in casu*, haveria uma violação dos atos normativos impugnados ao *princípio do cooperativismo*? Haveria alguma lei que teria sido violada pelos atos normativos em tela, ao dar aplicabilidade a este princípio?

247. Não existe lei alguma que remeta a uma forma de beneficiamento do cooperativismo no âmbito do mercado de suplementar de saúde que tenha sido violada pela pura e simples existência das “*administradoras de plano de saúde*” ou “*administradoras de benefícios*”.

248. Desse modo, tudo leva a crer que a tese sustentada na exordial remonte ao disposto no art. 9º, IV, da Resolução nº 195/2000 da ANS. Por esta regra, as cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas estão legitimadas a contratar planos privados de assistência de saúde coletivo.

249. Por meio de uma ilação, assim, é possível presumir-se que o Partido-Autor esteja, *in casu*, a reclamar do fato de que, nos casos em que cooperativas contratem planos de saúde coletivos por adesão, *administradoras de benefícios* possam atuar como “**intermediários**”.

250. Se for essa a “reclamação”, ela seguramente **não se revestirá da menor condição de ser tida sequer como uma plausível inconstitucionalidade**. Isto porque, como já visto anteriormente, de acordo com art. 23 da Resolução nº 195 da ANS a contratação de planos de saúde coletivos pode ser feita “*diretamente com a operadora*” (inciso I), sendo dispensável o comparecimento da *administradora de benefícios*.

251. Logo, descabida é a afirmação de que os atos impugnados violariam o princípio estabelecido no art. 174, §2º, da Constituição Federal. **Não há**

nenhuma lei que tenha dado no mercado de saúde suplementar aplicabilidade a este princípio e que tenha sido por eles violada. E mesmo que assim não fosse, cooperativas para contratarem planos de saúde coletivos por adesão não necessitam fazê-lo, em qualquer medida, por meio das “administradoras de benefícios”(art. 23 da Resolução nº 195 da ANS).

VII) DO DANO SOCIAL E ECONÔMICO QUE PODERIA DECORRER PARA A SOCIEDADE BRASILEIRA EM DECORRÊNCIA DE UM HIPOTÉTICO ACOLHIMENTO DA TESE SUSTENTADA NA INCIAL

252. Mesmo que se ignore tudo o que foi anteriormente dito, seja no âmbito das questões preliminares suscitadas, seja no que concerne à demonstração cabal de que não existe nenhuma inconstitucionalidade a atingir os atos normativos impugnados na presente ação, uma importante dimensão valorativa haverá de ser considerada na apreciação da pretensão jurisdicional deduzida nestes autos.

253. De fato, na conformidade do exposto nesta manifestação, a existência do modelo de *administradoras de planos de saúde* já existe no mercado há muitos anos, inclusive antes na própria formatação modular do conceito normativo de “*administradoras de benefícios*”. Incontáveis contratos coletivos foram celebrados com a participação destas empresas, milhões de beneficiários são atendidos por meio delas.

254. Desfazer esse modelo, a pretexto de uma absurda inconstitucionalidade anos depois invocada, geraria o mais absoluto caos no mercado de saúde suplementar, com uma clara oneração do já claudicante serviço de saúde pública do país. O desequilíbrio e a confusão instaurada em decorrência de um desequilíbrio do sistema de saúde suplementar gerarão gravíssimos problemas econômicos, sociais e humanos, que não podem deixar de ser avaliados.

255. Além disso, nos dias de hoje, a exemplo das próprias operadoras de plano de saúde, as empresas *administradoras de benefícios* são, via de regra,

empresas de elevado porte, possuindo sólidas estruturas técnicas e administrativas. Geram empregos diretos e indiretos, beneficiando milhares de famílias. Decisões que diretamente afetem ou acabem por inviabilizar a sua atuação comercial trarão danos incomensuráveis à nossa economia, inclusive com a geração de um sentimento de *imprevisibilidade* que atingirá fortemente os investimentos estrangeiros no país. Toda e qualquer economia em uma sociedade capitalista moderna precisa de *previsibilidade* para que possa atrair investimentos. Um golpe com este, após anos de vigência do modelo de saúde suplementar no país, indiscutivelmente, traria prejuízos incomensuráveis às expectativas de investidores nacionais e estrangeiros.

IX) DA AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR PLEITEADA NA INICIAL

256. Pleiteia o Partido-Autor, na petição inicial que motiva a presente, a concessão de medida liminar que suste, de imediato, os efeitos dos atos normativos impugnados.

257. Para que tal pretensão acautelatória pudesse ser acolhida por este Pretório Excelso, seria necessário que se tivesse demonstrado a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* em relação a declaração de inconstitucionalidade pretendida.

258. *Data maxima venia*, não obteve o Partido-Autor nenhum êxito nessa demonstração. Muito pelo contrário, a narrativa apresentada na inicial nos revela, às escâncaras, que nenhum dos dois requisitos legalmente exigidos para a concessão de medida liminar restariam configurados *in casu*.

259. Deveras, diante de todo o exposto nesta manifestação, de mais palavras não se necessita para se demonstrar a inocorrência de qualquer *fumus boni iuris* que possa amparar o pleito do Partido-Autor. Nenhuma das razões expostas na exordial sequer passam perto de sugerir que quaisquer dos dispositivos impugnados nessa ação

possam vir a ser arranhados, mesmo de forma longínqua ou reflexa, ao serem cotejados com as regras da nossa Carta Constitucional de 1988.

260. Não bastasse isso, causa ainda espécie que possa passar na mente de qualquer pessoa bem-intencionada que algum *periculum in mora*, de fato, possa ocorrer na presente ação. As normas da ANS impugnadas **estão vigentes e produzem efeitos regulares há muitos anos**, como já demonstrado. Muitas empresas atuam e inúmeras relações negociais foram aperfeiçoadas, durante anos, com base nestas normas.

261. Há então que se perguntar: qual o perigo que a continuidade da vigência destas normas traria aos interesses públicos e à sociedade, para que, de imediato, e antes mesmo do final julgamento da presente ação de controle concentrado de constitucionalidade, devessem ter, *in limine*, suspensa a sua eficácia?

262. Por óbvio, eméritos magistrados, não há como se possa responder afirmativamente a esta pergunta. Inexiste qualquer *periculum in mora* no caso *sub judice*. Não conseguiu o Partido-Autor, na inicial, demonstrá-lo. E nem poderia fazê-lo, posto que a ninguém que não possua poderes transcendentais é dado o poder de demonstrar a existência do que nunca existiu.

263. Assim sendo, por ausente a configuração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, toma a ANAB, na condição de *amicus curiae*, a liberdade de sugerir do indeferimento da medida liminar pleiteada, na busca do fiel cumprimento da legislação em vigor.

X) DA CONCLUSÃO FINAL

264. *Data maxima venia*, os subsídios apresentados na presente ação não podem deixar de indicar a plena, total e absoluta **improcedência** da presente ação.

265. Em primeiro lugar, como visto, porque os atos impugnados não produzem propriamente “**inovações jurídicas primárias**”, o que torna descabida a sua impugnação por via de uma ação direta de inconstitucionalidade.

266. Em segundo lugar, porque em larga medida o Partido-Autor estabelece **críticas de mérito** atinentes ao campo da “*conveniência e da oportunidade*” do modelo acolhido em lei e regulado administrativamente das denominadas “*administradoras de plano de saúde*” ou “*administradoras de benefícios*”. **Tais críticas apenas podem ser apreciadas de lege ferenda, posto que, em si, escapam ao âmbito passível do controle jurisdicional, por força do princípio da separação de poderes (art. 2º, da C.F.)**. Além de serem, em si mesmas, infundadas e descabidas.

267. Em terceiro lugar, porque mesmo que se qualificasse como inconveniente ou inoportuna a regulação empreendida pela ANS das denominadas “*administradoras de plano de saúde*” ou “*administradoras de benefícios*”, **nos atos administrativos impugnados não existe absolutamente nenhuma inconstitucionalidade**. Os argumentos jurídicos lançados na inicial não passam de ser criações retóricas vazias, desconexas e desamparadas de qualquer significado jurídico real em face do texto da nossa Carta Constitucional de 1988.

268. Em quarto lugar, porque uma eventual procedência da presente ação implicaria numa **grave confusão no mercado de saúde suplementar, com consequências perversas para a economia e para toda a sociedade brasileira**.

269. Assim sendo, por ter a plena convicção de que atua na defesa do bom direito e do legítimo interesse das suas empresas associadas, a ANAB, na condição de *amicus curiae*, submete a Vossa Excelência a apreciação de suas razões, sugerindo a necessidade de consideração:

a) da necessidade de **regularização da petição inicial**, pelo descumprimento dos arts. 104 e 320 do CPC, e do art. 3º da Lei nº 9.868/1999, sob pena de ser esta indeferida, nos termos dos arts. 321 e 330, IV, do CPC;

b) do **indeferimento** da medida liminar pleiteada, pela salientada inexistência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*;

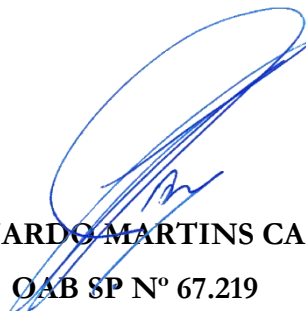
c) do suscitado em **questão preliminar** relativo a impossibilidade de **conhecimento** da presente ação direta de constitucionalidade, por não serem as normas impugnadas atos normativos produtores de verdadeiras “**inovações primárias**”, afirmando-se, com isso, a sua improcedência;

d) da **improcedência** de mérito presente ação, caso não seja acolhida a questão preliminar suscitada, mantendo-se a absoluta validade dos atos normativos editados pela ANS, para todos os fins de direito;

270. Requerendo-se, por fim, a juntada e a consideração destas razões e dos documentos que a acompanham aos presentes autos, era o que, na condição de *amicus curiae*, cabia a à ANAB submeter à reflexão deste Pretório Excelso.

Pede deferimento.

Brasília, 22 de Julho de 2019.



JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO

OAB SP N° 67.219