

**A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A
TAXATIVIDADE DO ROL DE TRATAMENTOS DEFINIDO PELA AGÊNCIA
NACIONAL DE SAÚDE COMO TÉCNICA DE GOVERNO: UMA REVISÃO DAS
RELAÇÕES DE PODER EM MICHEL FOUCAULT**

THE DECISION OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE ON THE
TAXABILITY OF THE ROLL OF TREATMENTS DEFINED BY THE NATIONAL
HEALTH AGENCY AS A GOVERNMENT TECHNIQUE: A REVIEW OF POWER
RELATIONS IN MICHEL FOUCAULT

Paulo Arthur Germano RIGAMONTE¹

Renato Alexandre da Silva FREITAS²

RESUMO

O trabalho em vértice buscou esquadrihar a decisão do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial enumerado em 1.886.929/SP, exarada pela Segunda Turma e dotado com força vinculante, bem como as intersecções com a microfísica do poder de Paulo-Michel Foucault, especialmente os conceitos de biopoder, biopolítica, anatomopolítica, governamentalidade, técnicas de governo e resistência ou resiliência. A questão problemática resolvida foi definir se, e em que medida, a referida decisão representa uma técnica de governo, o que foi respondido afirmativamente, contando com o auxílio dos outros conceitos trabalhados. Por fim, apontou-se a uma possibilidade de resistência, apesar de logo em seguida ter sido descreditada com base em uma (re)leitura foucaultiana e seus reflexos teóricos. Foi utilizado o método dedutivo, onde se enxergou em Michel Foucault a premissa maior (geral), partindo-se para a análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça como premissa casuística, permitindo-se destacar que em casos tais o Estado acaba dizendo quem pode (ou não) ser tratado, ou ainda, curado, ainda que

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Marília-SP. Advogado. E-mail: paulorigamonte.adv@gmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogado. E-mail: renatoasfreitas@hotmail.com

indiretamente, isto é, em maior medida, dizer categoricamente quem pode viver e quem deve morrer, máxima foucaultiana. Como técnica de pesquisa, a revisão bibliográfica e o sistema de referência foucaultiano foram enfoques, unindo referenciais da Ciência Jurídica e da Filosofia Moderna.

Palavras-chave: Michel Foucault. Relações de poder. Dominação. STJ. Resp 1.886.929/SP.

ABSTRACT

The work at hand sought to scrutinize the decision of the Superior Court of Justice in the special appeal numbered 1.886.929/SP, issued by the Second Panel and endowed with binding force, as well as the intersections with Paulo-Michel Foucault's microphysics of power, especially the concepts of biopower, biopolitics, anatomo-politics, governmentality, techniques of government, and resistance or resilience. The problematic issue resolved was to define whether, and to what extent, the aforementioned decision represents a technique of government, which was affirmed with the aid of the other concepts discussed. Finally, a possibility of resistance was pointed out, although it was soon discredited based on a Foucauldian (re)reading and its theoretical reflections. The deductive method was used, where Michel Foucault was seen as the major premise (general), moving on to the analysis of the decision of the Superior Court of Justice as the casuistic premise, allowing it to be highlighted that in such cases the State ends up saying who can (or cannot) be treated, or even cured, albeit indirectly, that is, to a greater extent, categorically stating who can live and who must die, a Foucauldian maxim. As a research technique, the bibliographic review and the Foucauldian reference system were emphasized, uniting references from Legal Science and Modern Philosophy.

Keywords: Michel Foucault. Power relations. Domination. STJ. Resp 1,886,929/SP.

INTRODUÇÃO

Utilizar a obra de Foucault como referencial teórico sempre trará como desafio um forte exercício de contextualização, posto que o surgimento de fenômenos novos, sejam eles das mais diversas naturezas possíveis (social, jurídica, econômica etc.), sempre permitirá que sejam feitas (re) leituras dos conceitos foucaultianos.

O interessante é que as lições de Michel Foucault se sujeitam às mais diversas complexidades, admitindo que sejam (re) condicionadas de acordo com as provocações que o mundo contemporâneo faz brotar no cotidiano das sociedades.

Exemplo de releitura é a obra “Psicopolítica – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder”, em que Byung Chul-Han discorre sobre a nova sociedade do controle psicopolítico, onde não há proibições ou obrigações; pelo contrário, convida-se os sujeitos à comunicação, ao compartilhamento e às expressões de opiniões e desejos.

Uma releitura de Michel Foucault, especialmente da abordagem genealógica das relações de poder, é o que o presente artigo buscará fazer a partir da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a taxatividade do rol de tratamentos trazido pela Agência Nacional de Saúde para os Planos de Saúde: é possível enxergá-la como técnica de governo? Se sim, existirá resistência?

Para tanto, a pesquisa se dividirá em três seções: em primeiro, buscar-se-á traduzir os principais conceitos foucaultianos relacionados às relações de poder, para, em um segundo momento, descrevendo a decisão do Superior Tribunal de Justiça indicada acima; por fim, permear a referida decisão com os referidos conceitos, sem se descuidar da problemática proposta.

O método que será utilizado é o dedutivo, partindo-se do conjunto de conceitos-chave de Michel Foucault como premissa geral à decisão do Superior Tribunal de Justiça como premissa casuística. A técnica de pesquisa recairá sobre a revisão bibliográfica pertinente, vinculadas ao sistema de referência foucaultianos.

1. Poder e relações de poder em Michel Foucault

A obra de Paulo-Michel Foucault, complexa que é, apresenta-se em (in) fluxos que permitem deduzir três eixos metodológicos a partir dos deslocamentos entre a arqueologia do saber, a genealogia do poder e a ética de si, por certo que o objeto de estudo transita, respectivamente, entre discurso (saber), relações de poder e subjetividade.

Segundo Veiga Neto (2003), a obra foucaultiana pode ser desmembrada em três fases cronológicas e metodológicas: a fase arqueológica, a genealógica e a ética. Em cada uma Michel Foucault buscou responder perguntas fundamentais: o que posso saber? (arqueologia); o que posso fazer? (genealogia); e quem sou eu? (ética) (VEIGA NETO, 2003).

É dizer, então, que as três fases correspondem ao ser-saber (saber), ser-poder (ação de uns com os outros) e ser-consigo (ação de cada um consigo próprio) (VEIGA NETO, 2003).

No primeiro eixo, Foucault se dedica ao conhecimento do saber através das práticas discursivas e das formas de veridicção, partindo do conhecimento para a análise dos saberes e da verdade. É a fase em que o filósofo analisa as matrizes normativas do comportamento e estuda as técnicas e os procedimentos de poder, mas não exatamente o poder ou as instituições, objetos sobre os quais a genealogia se dedicará anos mais tarde.

À propósito:

A fase arqueológica se refere ao procedimento vertical de investigar os discursos descontínuos, a fim de entender como e em seguida por quê. Nessa fase, o todo não deve ser considerado modelo prévio, necessário, principalmente, para encontrar os discursos e partes esquecidas ou ínfimas. (FERREIRINHA; RAITZ, 2010, p. 377).

Com a genealogia, Foucault estuda o produto das lutas e confrontos que produzem enunciados científicos, isto é, que produzem verdade. Também é nesta

fase que ele analisa a passagem da norma para o exercício de poder, especialmente vinculado aos procedimentos de governamentalidade.

Deveras, “a genealogia é cinza; ela é meticulosa e pacientemente documentária; ela trabalha com pergaminhos embaralhados, riscados, várias vezes reescrito” (FOUCAULT, 2019, p. 55). É neste ponto que a história assume importância fundamental para a genealogia:

É preciso saber reconhecer os acontecimentos da história, seus abalos, suas surpresas, as vacilantes vitórias, as derrotas mal digeridas, que dão conta dos atavismos e das hereditariedades; da mesma forma que é preciso saber diagnosticar as doenças do corpo, os estados de fraqueza e de energia, suas rachaduras e suas resistências para avaliar o que é um discurso filosófico. A história, com suas intensidades, seus desfalecimentos, seus furores secretos, suas grandes agitações febris como suas síncope, é o próprio corpo do devir. É preciso ser metafísico para lhe procurar uma alma na idealidade longínqua da origem. (FOUCAULT, 2019, p. 61).

E é o corpo o objeto de preocupação da genealogia, posto que considerado a “superfície de inscrição dos acontecimentos (enquanto a linguagem os marca e as ideias os dissolvem), lugar de dissociação do Eu (que supõe a quimera de uma unidade substancial), volume em perpétua pulverização” (FOUCAULT, 2019, p. 65).

Em último, Foucault passa das tecnologias de governo para uma análise do indivíduo e das formas de subjetivação, das tecnologias de si, do governo de si, do cuidado de si e paresia. É a ética de si que permeia esta fase como recurso metodológico.

Neste sentido, “a fase ética em Foucault se refere à subjetivação, ou melhor, à constitucional dos sujeitos e, dessa forma, o autor acreditava entender o conhecimento e suas relações pela multiplicidade e por diversas dimensões” (FERREIRINHA; RAITZ, 2010, p. 378).

Para os fins a que se destinam o presente trabalho, mostra-se de maior relevância a segunda fase de Michel Foucault, ocasião em que, através da

genealogia, buscou-se estudar as relações de poder que atravessam o indivíduo, a partir do que se construiu os conceitos de biopoder, biopolítica e governamentalidade, tão caros ao pensamento foucaultiano.

Sob a perspectiva da genealogia, Foucault não chegou a criar uma teoria sobre o poder, isto é, “não existe em Foucault uma teoria geral do poder” (MACHADO, 2019, p. 12). Significa dizer que não existe uma essencial ou natureza do que seja o poder, ou seja, “não existe algo unitário e global chamado poder, mas unicamente formas díspares, heterogêneas, em constante transformação” (MACHADO, 2019, p. 12). Logo, “o poder não é um objeto natural, um coisa; é uma prática social e, como tal, constituída historicamente” (MACHADO, 2019, p. 12).

Perseguindo o raciocínio de definir poder, ou melhor, relações de poder a partir daquilo que elas não são, Gilles Deleuze (2013, p. 78) deduziu:

O que é poder? A definição de Foucault parece bem simples: o poder é uma relação de forças, ou melhor, toda relação de forças é uma “relação de poder”. Compreendamos primeiramente que o poder não é uma forma, por exemplo, a forma-Estado; e que a relação de poder não se estabelece entre duas formas, como o saber. Em segundo lugar, a força não está nunca no singular, ela tem como característica essencial estar em relação com outras forças, de forma que toda força já é relação, isto é, poder: a força não tem como objeto nem sujeito a não ser a força.

Para Foucault, o poder não reside em uma estrutura política, em um governo ou em uma classe social dominante, não está em um senhor diante de um escravo (FOUCAULT, 2006). Ao contrário, a relação entre forças que constitui aquilo que se chama de poder está pautada na sutileza dos dispositivos:

Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não, você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir. (FOUCAULT, 2019, p. 44-45).

Gilles Deleuze (2013) explica ser possível estabelecer uma lista aberta de categorias de poder, isto é, de variáveis implicadas pelas relações de forças ou poder, constituída em ações sobre ações: “incitar, induzir, desviar, tornar fácil ou difícil, ampliar ou limitar, tornar mais ou menos provável” (DELEUZE, 2013, p. 79).

Daí as três teses sobre o poder em Foucault: não se trata de força essencialmente repressiva, porque incita, suscita e produz; dele se exercem forças antes de que sejam possuídas, como se pertencessem a uma ou outra classe ou instituição; as forças passam tanto pelos dominados quanto pelos dominantes (DELEUZE, 2013).

Sendo assim:

Ao mesmo tempo locais, instáveis e difusas, as relações de poder não emanam de um ponto central ou de um foco único de soberania, mas vão a cada instante “de um ponto a outro” no interior de um campo de forças, marcando inflexões, retrocessos, retornos, giros, mudanças de direção, resistências. É por isso que elas não são localizáveis numa instância ou noutra. (DELEUZE, 2013, p. 81).

A partir destas perspectivas é que se fala sobre os conceitos-chave de poder soberano, poder disciplinar, biopoder, biopolítica e anatomopolítica. Trata-se de conceitos igualmente relevantes para o desenvolvimento deste trabalho.

Até os Séculos XVII e XVIII, havia uma notável relação entre o soberano e o súdito, cujo objeto era o poder sobre um determinado território, pautado em um vínculo de natureza jurídica ou contratual. Com isto, predominava a arte de governar como habilidade do “Príncipe” em conservar o território através da violência e repressão. Era a tônica do “fazer morrer, deixar viver” que ditava a relação entre súdito e soberano, uma espécie de súplica pela vida.

A partir do Século XVIII houve uma profunda alteração nesta relação soberano-súdito, mostrando-se mais viável a extração dos corpos de tempo e trabalho, mais do que bens e riqueza. Noutro giro, passou-se a buscar o crescimento das forças dominadas e o aumento da força e eficácia das formas dominantes. É a

disciplina do “fazer viver, deixar morrer”, açodando técnicas de vigilância em detrimento de técnicas de punição.

Neste sentido:

Por muito tempo o poder soberano definiu-se, sobretudo como poder de vida ou de morte, que causava a morte ou deixava viver, um poder que consistia, de fato, em instância de confisco, de extorsão de bens, de trabalho ou da própria vida dos súditos. No Ocidente Moderno, com a emergência do biopoder, temos uma transformação nos mecanismos de poder, de tal modo que as práticas de confisco são sobrepujadas por práticas de suporte, incitação, reforço, controle, vigilância, majoração e organização das forças submetidas. O poder estatal passa a gerir a vida em todos os seus aspectos, atua de forma produtiva, em oposição ao poder negativo, voltado para a possibilidade de causar a morte. (SANTOS, 2016, p. 277).

Foi este deslocamento que colocou em evidência o biopoder, isto é, o poder que se exerce sobre a vida do indivíduo, e que, a depende da dimensão da base sobre a qual se exerce, pode ser denominado anatomopolítica ou biopolítica. A primeira diz respeito ao poder que atravessa o indivíduo em sua individualidade, ao passo que a biopolítica condiz com o exercício do biopoder sobre a população.

Para Gilles Deleuze (2013, p. 80), “as duas funções puras nas sociedades modernas serão a ‘anatomopolítica’ e a ‘biopolítica’, e as duas matérias nuas, um corpo qualquer, uma população qualquer”. É dizer que “as disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois polos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida” (FOUCAULT, 2012, p. 152).

Com a definição de biopolítica surge outra igualmente relevante: a governamentalidade, assim compreendida como a arte de governar, voltada à responder a seguinte questão: “como introduzir a economia – isto é, a maneira de gerir corretamente os indivíduos, os bens, as riquezas no interior da família – ao nível da gestão de um Estado?” (FOUCAULT, 2019, p. 413). Em seguida, responde que a palavra governamentalidade significa ao menos três coisas:

1) o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante específica e complexa de poder, que tempo por alvo a população, por forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais os dispositivos de segurança; 2) a tendência que em todo o Ocidente conduziu incessantemente, durante muito tempo, à preeminência deste tipo de poder, que se pode chamar de governo, sobre todos os outros – soberania, disciplina etc. – e levou ao desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo e de um conjunto de saberes; 3) o resultado do processo através do qual o Estado de justiça da Idade Média, que se tornou nos séculos XV e XVI Estado administrativo, foi pouco a pouco a governamentalização. (MACHADO, 2019, p. 429).

Também não passa despercebida, em especial para os objetivos deste trabalho, a relação entre poder e saber, fenômenos entre os quais “há diferença de natureza, heterogeneidade; mas há também pressuposição recíproca e capturas mútuas e há, enfim, primado de um sobre o outro” (DELEUZE, 2013, p. 81).

Para entender a relação proposta é preciso compreender que “o poder é produtor de individualidade” e que “o indivíduo é uma produção do poder e do saber” (MACHADO, 2019, p. 24). Significa que “o poder disciplinar não destrói o indivíduo; ao contrário, o fabrica”, posto que o indivíduo “é um de seus mais importantes efeitos” (MACHADO, 2019, p. 25). É dizer, então, que o indivíduo é produto e fator de produção do poder e do saber.

Para Foucault, não existe um saber neutro, na medida em que “todo conhecimento, seja ele científico ou ideológico, só pode existir a partir de condições políticas que são as condições para que se formam tanto o sujeito quanto os domínios de saber” (MACHADO, 2019, p. 28).

Logo, todo saber é essencialmente político, “e isso não porque cai nas malhas do Estado, é apropriado por ele, que dele se serve como instrumento de dominação, descaracterizando seu núcleo essencial, mas porque todo saber tem sua gênese em relações de poder” (MACHADO, 2019, p. 28).

A questão que se coloca é que saber e poder estão implicados mutuamente: “não há relação de poder sem constituição de um campo de saber, e,

reciprocamente, todo saber constitui novas relações de poder” (MACHADO, 2019, p. 28). Há uma simbiose quase que inseparável:

Todo ponto de exercício de poder é, ao mesmo tempo, um lugar de formação de saber. Assim, o hospital não é apenas local de cura, “máquina de curar”, mas também instrumento de produção, acúmulo e transmissão do saber. Do mesmo modo, a escola está na origem da pedagogia; a prisão, da criminologia; o hospício, da psiquiatria. E, em contrapartida, todo saber assegura o exercício de um poder. Cada vez mais se impõe a necessidade de o poder se tornar competente. Vivemos cada vez mais sob o domínio do perito. [...] Mas a relação é ainda mais intrínseca: é o saber enquanto tal que se encontra dotado estatutariamente, institucionalmente, de determinado poder. O saber funciona na sociedade dotado de poder. É como saber que tem poder. (MACHADO, 2019, p. 28).

A esta altura é preciso fazer um alerta: o poder, assim como o saber, não é necessariamente perverso. Foucault já dizia:

Sabe-se muito bem que o poder não é o mal! Considerem, por exemplo, as relações sexuais ou amorosas: exercer poder sobre o outro, em uma espécie de jogo estratégico aberto, em que as coisas poderão se inverter, não é o mal: isto faz parte do amor, da paixão, do prazer sexual. (FOUCAULT, 2006, p. 284).

Relações como as familiares, afetivas, pedagógicas e profissionais, apesar de relações de poder, não significam, necessariamente, perversidade, má-fé ou dominação. São as chamadas relações de poder dinâmicas, porquanto permitem, ocasionalmente, mudanças, já que, para Foucault (2006, p. 276), “essas relações de poder são, portanto, móveis, reversíveis e instáveis”. É dizer:

São, portanto, relações que se podem encontrar em diferentes níveis, sob diferentes formas: essas relações de poder são móveis, ou seja, podem se modificar, não são dadas de uma vez por todas. O fato, por exemplo, de seu ser mais velho e de que no início os senhores tenham ficado intimidades, pode se inverter durante a conversa, e serei eu quem poderá ficar intimidado diante de alguém, precisamente por ser ele mais jovem. (FOUCAULT, 2006, p. 276).

O estabelecimento das relações de poder como móveis, reversíveis e instáveis não as torna, contudo, únicas, na medida em que existem relações de poder estáticas, que, por assim dizer, não pressupõem liberdade.

Verdadeiramente falando, relações de poder existem apenas quando os sujeitos envolvidos são livres: “se um dos dois estiver à disposição do outro e se tornar sua coisa, um objeto sobre o qual ele possa exercer uma violência infinita e ilimitada, não haverá relações de poder” (FOUCAULT, 2006, p. 276).

A antítese de uma relação de poder é, segundo Foucault (2006), uma relação de dominação, pela qual não existe liberdade, porquanto se trata de uma relação imóvel, irreversível e estável:

[...] é preciso distinguir as relações de poder como jogos estratégicos entre liberdades – jogos estratégicos que fazem com que uns tentem determinar a conduta dos outros, ao que os outros tentam responder não deixando sua conduta ser determinada ou determinando em troca a conduta dos outros – e os estados de dominação, que são os que geralmente se chama de poder. (FOUCAULT, 2006, p. 285).

Portanto, pode-se dizer que há jogos de poder nas relações de poder, as quais pressupõem liberdade, tornando-as móveis, reversíveis e instáveis. De outro lado, os estados de dominação se apresentam através da ausência de liberdade, daí porque as relações deste tipo serem imóveis, irreversíveis e estáveis.

Os dispositivos que buscam se apropriar das relações de poder para torná-las estados de dominação são chamados por Foucault de “tecnologias/técnicas de governo”. Com efeito, “as técnicas de governo apontam para a efetividade dos poderes estáticos, uma vez que são instituídas de forma a dotar de estabilidade e irreversibilidade determinadas relações sociais” (SANTOS, 2016, p. 272).

E são nas instituições que as características básicas das relações de poder (instabilidade, reversibilidade e mobilidade) são neutralizadas, transformando-as em relações ou estados de dominação (SANTOS, 2016). Daí porque:

As categorias das relações de poder: incitar, suscitar, seduzir, motivar, facilitar, dificultar etc. configuram relações de poder entendidas

como relações estratégicas entre liberdades; enquanto as categorias institucionais: educar, punir, tratar etc. conformam relações coercitivas, as relações de dominação. (SANTOS, 2016, p. 275).

O Estado, mas não apenas ele, busca capturar as relações de poder, isto é, os jogos de poder, a fim de transformá-los em relações de dominação.

Noutras palavras, “as tecnologias governamentais são as tecnologias que se constroem ou inventam para poder constituir, definir, organizar, instrumentalizar as estratégias que os indivíduos em sua liberdade podem ter uns com os outros” (LAZZARATO, 2007, p. 63). Aliás, o Direito Positivo é uma das instituições inseridas nesta perspectiva:

As práticas judiciais – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da histórica – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas. (FOUCAULT, 2011, p. 11).

Por fim, cabe escrever um pouco sobre a resistência, que, assim como o poder, não está localizada em nenhum ponto específico. Segundo Roberto Machado (2019, p. 18), “[o] caráter relacional do poder implica que as próprias lutas contra seu exercício não possam ser travadas de fora, de outro lugar, do exterior, por nada está isento de poder”.

Portanto, “onde há poder, há resistência, não existe propriamente o lugar da resistência, mas pontos móveis e transitórios que também se distribuem por toda a estrutura social” (MACHADO, 2019, p. 18).

Terminada a odisseia de conceitos em Foucault, cabe passar à segunda metade do presente ensaio, onde, primeiro, buscar-se-á contextualizar a decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a taxatividade do rol de tratamentos definido

pela Agência Nacional de Saúde; segundo, estabelecer os pontos de toque com os conceitos de (bio) poder, biopolítica, técnica de governo entre outros.

2. Reflexões sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.886.929/SP

Segundo Byung-Chul Han, “la sensación de libertad se ubica em el tránsito de una forma de vida a outra, hasta que finalmente se muestra como una forma de coacción; así, a la liberación sigue una nueva sumisión” (2014, p. 11). É dizer que as relações de poder que buscam dominar o indivíduo atualmente têm um aspecto de liberdade, e não de prisão ou restrição.

Talvez seja este o sentido assumido pelo acórdão da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, que, no Recurso Especial de número 1.886.929/SP, entendeu que o rol de tratamentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar é taxativo, não obstante a (remota) possibilidade de ser superado em casos excepcionais.

Até então, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça encabeçava o posicionamento diametralmente oposto, isto é, o de que o rol de tratamentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar era meramente exemplificativo, de sorte que a recusa de custeio de tratamento simplesmente por ausência de previsão regulamentar era tida como prática, ou cláusula contratual, abusiva.

De outro lado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça praticava o entendimento adotado pela Segunda Seção, é dizer, o de que o rol de tratamentos da agência reguladora era taxativo. Este entendimento consolidou-se na Segunda Seção, entre outros fundamentos, devido à redação do art. 10 da Lei n. 9.656/96:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da

Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: [...] § 4º A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS. (BRASIL, 1998, s. p.).

Infere-se do dispositivo legal (art. 10, § 4º da Lei n. 9.656/98), que a amplitude das coberturas de transplantes e procedimentos de alta complexidade será, ou seja, deverá ser estabelecida em norma editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Noutras palavras, o art. 10, § 4º da Lei n. 9.656/98 atribuiu competência à Agência Nacional de Saúde Suplementar para estabelecer a amplitude das coberturas de transplantes e procedimentos de alta complexidade. Logo, segundo o posicionamento que prevaleceu, a taxatividade do rol é decorrência lógica do estabelecimento legal da competência.

Outro fator que fundamentou o entendimento em questão é que a Lei n. 14.307/22, alterando a redação do § 7º do art. 10 da Lei n. 9.656/98, (re) ajustou o prazo de atualização do rol de tratamentos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar de dois anos para 180 (cento e oitenta) dias, prorrogável por mais 90 (noventa) dias.

Logo, com a redução do prazo de dois anos para 180 (cento e oitenta dias), prorrogável por 90 (noventa) dias, segundo o Superior Tribunal de Justiça, passou a ser possível a interpretação de que o rol da norma regulamentar é taxativo, ou seja, não permite elasticidade, especialmente aquela advinda da judicialização.

Com efeito, formaram a maioria os Ministros Marco Aurélio Bellizze, Marco Buzzi, Isabel Gallotti e Raul Araújo, em detrimento da minoria formada pelos Ministros Moura Ribeiro, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi.

Até a redação do presente artigo não foi publicado o voto-vencedor do acórdão, sendo possível apenas conhecer a Tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual:

1) o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo;

2) a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao Rol;

3) é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra Rol;

4) não havendo terapêutico ou esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS. (BRASIL, 2022, p. 1-2).

Por outro lado, a posição minoritária, cuja divergência foi aberta pela Ministra Nancy Andrighi, tratar o rol de tratamentos como exemplificativo é forçar uma análise caso-a-caso, deixando na dependência da autorização a demonstração de efetiva necessidade e a imprescindibilidade terapêutica, ambas pautadas em indicação técnico-científica feita por profissional de saúde habilitado.

É como se a prescrição do tratamento pelo médico ou odontólogo fosse capaz de gerar uma presunção relativa de necessidade e efetividade do tratamento, não impedindo prova em sentido contrário, cujo ônus é da operadora do plano de saúde, por imperativo do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inciso VIII).

A Ministra Nancy Andrighi também esclareceu que “o mercado da saúde suplementar não vive um clima de ‘escolha de Sofia’, como a saúde pública, em que o ‘cobertor é curto’” (CONJUR, 2022, s. p.)³.

³ Disponível em Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-08/rol-ans-taxativo-superado-casos-excepcionais>. Acesso em: 03 jul. 2022. Acesso em: 03 jul. 2022.

E ainda acrescentou que “soa incoerente falar em taxatividade de um rol que é periodicamente alterado para inclusão e exclusão de tecnologias em saúde; a existência de uma lista aberta, se é que pode ser assim chamado, não significa obrigatoriedade de cobertura” (CONJUR, 2022, s. p.)⁴.

Prevaleceu, para a minoria dos Ministros, uma certa desconfiança do rol de tratamentos disponibilizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, especialmente quando enxergado frente ao parecer do médico responsável pelo paciente, que se revestiria de uma prova de maior envergadura.

A decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça em 08 de junho de 2022, em menos de um mês, tomou proporções que, não obstante imagináveis, dada a relevância do tema, demonstraram uma profunda divisão de opiniões, havendo quem sustente que não tem o condão de reduzir a judicialização, como teriam pretendido os Ministros titulares do entendimento vencedor.

Um artigo jornalístico do Consultor Jurídico apontou uma série de opiniões entre advogados especialistas na matéria, ora indicando que a decisão trará segurança e equilíbrio, contribuindo para a sustentabilidade do sistema, ora informando que representará um retrocesso aos direitos do consumidor, mormente ao engessar os tratamentos eficazes e imprescindíveis, já que a lista da Agência Nacional de Segurança Suplementar é precária e não acompanha a evolução da Medicina (CONJUR, 2022)⁵.

À propósito da ausência de redução da judicialização, anote-se que a disputa sobre a taxatividade do rol de tratamentos chegou ao Supremo Tribunal Federal e ao Congresso Nacional, dado, respectivamente, o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucional n. 7.088, que questiona o art. 10, §§ 4º, 7º e 8º da Lei n. 9.656/98, sem mencionar a provável interposição de recurso extraordinário, bem

⁴ Idem.

⁵ Disponível em Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-08/decisao-stj-divide-opinioes-nao-reduzir-judicializacao#:~:text=A%20decis%C3%A3o%20da%202%C2%AA%20Se%C3%A7%C3%A3o,problema%20do%20setor%3A%20a%20hiperjudicializa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 03 jul. 2022.

como os Projetos de Lei n. 1.584/22, 852/22, 457/22, 1.179/22 e 45/22, que já discutem sobre a não taxatividade do rol.

Talvez a lógica de Hidra e Hércules, contextualizada na obra de Marcelo Neves (2019), seja uma realidade no caso em questão, podendo levar a uma escalda de tensionamentos no âmbito do Poder Judiciário. De toda sorte, esta é uma discussão para um segundo momento, cabendo aqui refletir em que medida a microfísica do poder de Foucault está (ou não) presente.

Nada é por acaso, assim como escrever sobre a arqueologia, a genealogia e a ética de si serviram acima para estabelecer a forma como Foucault enxergava o poder e as relações de poder. Aqui, não se discute “o que posso saber?” (arqueologia), mas, sim, “o que posso fazer” (genealogia), também não se mostrando relevante “quem sou eu?” (ética de si) (VEIGA NETO, 2003).

3. Relações de poder ou dominação: o que a decisão do Superior Tribunal de Justiça ensina acerca dos conceito de Foucault?

Isto porque a questão colocada é analisar as possibilidades do sujeito diante das relações de poder que, quiçá a partir da decisão do Superior Tribunal de Justiça, sobrepujam a relativização do rol de tratamentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

E não é só porque a fase genealógica de Foucault trata sobre o corpo e os tensionamentos que disputam seu arquétipo que ela se mostra relevante sob o ponto de vista teórico, mas, também, porque foi nesta fase em que se discutiu os conceitos de biopoder, biopolítica e governamentalidade.

A partir de então, crê-se possível enxergar na decisão do Superior Tribunal de Justiça uma relação de poder, isto é, um conjunto de forças capaz de atravessar o indivíduo, especialmente aquele que contrata um plano de saúde com algum operador específico.

Fato é que a relação segurado-operador envolve uma relação atravessada por forças díspares, em especial aquela oriunda de um contrato ou negócio jurídico

subjacente, sendo, aliás, ir adiante, porque esta relação existe imbricada em uma dinâmica de saberes, já que saber e poder estão implicados mutuamente: “não há relação de poder sem constituição de um campo de saber, e, reciprocamente, todo saber constitui novas relações de poder” (MACHADO, 2019, p. 28).

Ora, é evidente que o exercício da relação de poder entre segurado-operador é, também, um lugar de formação de saber, bastando olhar para a discussão travada no Superior Tribunal de Justiça: de quê depende a cobertura de um tratamento não previsto no rol taxativo da Agência Nacional de Saúde Suplementar?

A resposta para a questão depende de três critérios, entre os quais definir se há (ou não) a comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências (BRASIL, 2022). Daí que a definição da eficácia do tratamento à luz da medicina imprescinde do saber médico. Eis, então, o primeiro ponto de intersecção com o conceito foucaultiano proposto.

Outro ponto é: biopoder, biopolítica e anatomopolítica. Em que medida estão imbricados na decisão objeto de análise? Biopoder, como poder sobre a vida, como “fazer viver e deixar morrer”, parece ser um conceito inafastável. Que seria a decisão senão um dispositivo que “faz viver e deixa morrer”? Faz viver aqueles cujos tratamentos se inscrevem nos critérios e classificações postos; deixa morrer aqueles que não têm a mesma sorte.

A importância deste biopoder sobressai ao indivíduo quando passa a ser objeto de uma política global, não exatamente estabelecida pelo Estado, mesmo porque nem o precisa ser à luz de Foucault, mas à luz das estratégias definidas pelos operadores de plano de saúde. Evidentemente, a inexistência de previsão do tratamento no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar é uma variável de destacada importância a partir de então.

A pergunta de Foucault (2019, p. 413) de “como introduzir a economia – isto é, a maneira de gerir corretamente os indivíduos, os bens, as riquezas no interior da família – ao nível da gestão de um Estado?” parece ter uma resposta clara aqui:

introduzir critérios engessadores (ou melhor, reguladores) para a admissibilidade de tratamentos em planos de saúde privados.

Por que se trata de uma técnica de governo? É a próxima questão, também ponto de intersecção, cuja resposta é indissociável do conceito de governamentalidade, sobretudo considerado “o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante específica e complexa de poder, que tem por alvo a população, por forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais os dispositivos de segurança” (FOUCAULT, 2019, p. 429).

O próximo alvo de intersecção é o ápice deste trabalho analítico, na medida em que se pode enxergar na decisão trazida uma tentativa de cooptação da dinâmica que as relações de poder contêm, ou seja, uma tentativa de torná-las imóveis, irreversíveis e estáveis.

Isto é evidente ao classificar o rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar como taxativo, porquanto o engessamento dos tratamentos sujeitos à cobertura dos planos de saúde é decorrência lógica. Implica dizer que a decisão do Superior Tribunal de Justiça transformou as relações de poder em relações de dominação, a partir de “um objeto sobre o qual [se] possa exercer uma violência infinita e ilimitada” (FOUCAULT, 2006, p. 276).

A antítese está estabelecida entre jogos estratégicos (a presunção ainda que relativa do médico examinador) e dominação (a supressão da liberdade de diagnóstico/prognóstico). Uma relação de dominação quase que imóvel, irreversível e, portanto, estável.

Portanto, considerando que os dispositivos que buscam se apropriar das relações de poder para torná-las estados de dominação são chamados por Foucault de “tecnologias/técnicas de governo”, a decisão do Superior Tribunal de Justiça é, e só pode ser, uma técnica de governo, isto é, uma tecnologia de absorção da liberdade outrora existente na medicina, sobretudo porque institucionalizada pelo Estado.

É o Estado dizendo quem pode (ou não) ser tratado, ou ainda, curado, ainda que indiretamente. Isto é, em maior medida, dizer categoricamente quem pode viver e quem deve morrer.

O Direito Positivo se apresenta, uma vez mais, como uma instituição nitidamente inserida na lógica da dominação. Trata-se de uma prática judiciária, estabelecadora de responsabilidades, cujo enfoque continua sendo o inquérito, aqui amplamente considerado, na medida em que perquirir os que têm o direito ao tratamento, isto é, os que se enquadram no rol taxativo, conduz à resposta para “fazer viver” ou “deixar morrer”.

Por fim, uma última relação: resistência, em que medida? Primeiro que a resistência, tal como sobredito, não está localizada em nenhum ponto específico, lembrando daquilo que Roberto Machado (2019, p. 18) escreve: “[o] caráter relacional do poder implica que as próprias lutas contra seu exercício não possam ser travadas de fora, de outro lugar, do exterior, por nada está isento de poder”.

Se “onde há poder, há resistência” (MACHADO, 2019, p. 18); se “não existe propriamente o lugar da resistência, mas pontos móveis e transitórios que também se distribuem por toda a estrutura social” (MACHADO, 2019, p. 18), onde se enxerga resistência no caso proposto?

A resposta é, ou pelo menos pode ser, a de que a resistência, porque alocada onde existir poder, ainda que sob a perspectiva de dominação, está na relativização da relativização da taxatividade proposta, eis que o próprio Superior Tribunal de Justiça não foi fundo demais ao condicionar a inexistência de terapêutico ou o esgotamento dos procedimentos do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar à cobertura excepcional, desde que:

[...] (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem

deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS. (BRASIL, 2022, p. 2).

Querendo ou não, a Corte de Justiça entendeu como pressuposto para a excepcionalização do entendimento a comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidência. Há, pois, uma estimativa de que o médico ainda tenha algum poder de resistência, junto ao paciente; uma micro resistência inserida em um micropoder.

Pelo menos dois julgados encontrados na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro apontam para a sobredita resistência: tanto os autos de n. 2069959-58.2022.8.26.0000, quanto os autos de n. 0016577-82.2022.8.19.0000, representam uma resistência no próprio Poder Judiciário em aceitar a decisão federal.

Todavia, o desafio permanece: não seria esta uma falsa-liberdade? Um peixe arenque-vermelho para desfigurar uma relação de dominação? No início do segundo capítulo jaz a inscrição de Byung-Chul Han, “la sensación de libertad se ubica em el tránsito de una forma de vida a outra, hasta que finalmente se muestra como una forma de coacción; así, a la liberación sigue una nueva sumisión” (2014, p. 11).

Um caminho de ilusão talvez tenha se desenhado na decisão do Superior Tribunal de Justiça, cediço é que as relações de poder que buscam dominar o indivíduo mais têm um aspecto de liberdade do que de prisão ou restrição. Não se sabe se a resistência, portanto, é equivalente.

CONCLUSÕES

1. Entre as fases metodológicas de Paulo-Michel Foucault, a que mais se relaciona com o objeto de análise deste artigo é a genealogia, porquanto discute as relações de poder, os conceitos de biopoder, biopolítica, anatomopolítica e

governamentalidade, com ênfase às técnicas de governo, onde a definição de resistência se inscreve.

2. Relações de poder ou de dominação? Ambas são escritas por Foucault como antagônicas. De um lado, relações instáveis, marcadas pela mobilidade e reversibilidade. De outro, a cooptação de forças pelo Estado, ou ainda, referendadas por ele, pautadas na inamovibilidade, na irreversibilidade e, então, na estabilidade. Segurança jurídica? Talvez um dispositivo, talvez uma técnica de governo instrumentalizada pela Justiça.

3. O rol de tratamentos estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar é taxativo! Foi este o entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que passou a ser representativo na Segunda Turma da mesma Corte de Justiça.

4. Biopoder, biopolítica e governamentalidade são conceitos relacionáveis com a decisão do Superior Tribunal de Justiça. Eis, portanto, uma técnica de governo que potencialmente coopta a liberdade dos segurados (talvez o que restou dela), tornando-a cada vez mais engessada.

5. A resistência existe consubstanciada na excepcionalização do entendimento da Corte de Justiça ante a comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidência. De outro lado, fica o contrapé de Byung Chul-Han: aparência de liberdade? Uma reflexão para outras ocasiões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.886.929, São Paulo. Relator: Luís Felipe Salomão. 2ª Turma. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202001916776&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processo.s.ea>. Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 03 jul. 2022.

CONJUR. Rol da ANS é taxativo, mas pode ser superado em casos excepcionais, diz STJ. 08 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-08/rol-ans-taxativo-superado-casos-excepcionais>. Acesso em: 03 jul. 2022.

CONJUR. Decisão do STJ divide opiniões e não deve contribuir para reduzir judicialização. 08 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-08/decisao-stj-divide-opinioes-nao-reduzir-judicializacao#:~:text=A%20decis%C3%A3o%20da%20C2%AA%20Se%C3%A7%C3%A3o,problema%20do%20setor%3A%20a%20hiperjudicializa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 03 jul. 2022.

FOUCAULT, Paul-Michel. A ética do cuidado de si como prática da liberdade. In: MOTTA, Manoel Barros de. Foucault: ética, sexualidade, política. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 264-287.

FOUCAULT, Paul-Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber. Trad.: Maria Thereza da Costa e J. A. Guilhaon Albuquerque. 22. Ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012.

FOUCAULT, Paul-Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3. Ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2011.

FOUCAULT, Paul-Michel. Microfísica do poder. 10. Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2019.

HAN, Byung-Chul. Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Trad.: Alfredo Bergés. Barcelona: Herder, 2014.

LAZZARATO, M. Estrategias de gestión y agenciamentos de creación. Cali (Colombia): Ed. “Sé cauto”, Fundación Comunid, 2006.

MACHADO, Roberto. Introdução: por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Paul-Michel. Microfísica do poder. 10. Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2019.

NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

VEIGA NETO, Alfredo. Foucault e a educação. Belo Horizonte: Autêntica, 2003.