



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

JULIANA MARINHO OLIVA

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A SUSTENTABILIDADE
ECONÔMICA DOS PLANOS DE SAÚDE: O CASO DO UNAFISCO SAÚDE**

Brasília
2015

JULIANA MARINHO OLIVA

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A SUSTENTABILIDADE
ECONÔMICA DOS PLANOS DE SAÚDE: O CASO DO UNAFISCO SAÚDE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitaresh.

Brasília

2015

JULIANA MARINHO OLIVA

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A SUSTENTABILIDADE
ECONÔMICA DOS PLANOS DE SAÚDE: O CASO DO UNAFISCO SAÚDE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese.

Brasília, 18 de maio de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^ª Dra. Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese.

Orientadora

Prof.^ª Betina Silva

Examinadora

Prof.^ª Aline Oliveira

Examinadora

Dedico este trabalho ao Unafisco Saúde, fonte de inspiração para esta monografia, pelo exemplo de conduta na solução de controvérsias e na busca pela melhor opção de tratamento para o paciente, sem jamais abandonar o equilíbrio econômico-financeiro do plano e os valores éticos que o norteia.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Maria Inês, pelo apoio incondicional em todos os momentos, encorajando-me sempre a enfrentar os desafios da vida.

Aos meus filhos, André e Bruno, por entenderem minha ausência, mas, especialmente, pela amizade e carinho, principalmente, nos momentos mais difíceis desta jornada.

À Luciana Barbosa, Coordenadora Técnica do Unafisco Saúde, pela parceria ao longo destes anos e pelos ensinamentos sobre gestão em saúde suplementar.

Aos amigos e colegas, Adolfo Sachsida e Sandra Ribeiro Rocha, pelas inúmeras contribuições, que tanto enriqueceram esta monografia.

Ao amigo Pedro Carlos Resende Junior, por compartilhar suas experiências e pelo olhar crítico e construtivo, colaborando para concretização deste trabalho.

“Numa terra de fugitivos aquele que anda
na direção contrária parece estar fugindo.”

Thomas Stearns Eliot.

RESUMO

O objetivo central deste trabalho é apresentar um debate sobre a atuação do Estado na efetivação do direito à saúde, ou seja, de que maneira o Estado pode garantir este direito e ao mesmo tempo proteger as regras privadas do mercado em se tratando de planos de saúde? Para tanto, será estudado o processo de judicialização da saúde, para melhor compreender os problemas apresentados atualmente na área privada de contratos de serviços de saúde, contribuindo também, para o estudo do processo de constitucionalização do direito civil e suas consequências sobre a sustentabilidade econômica dos planos de saúde. Assim, serão analisados dois processos judiciais de usuários, com demandas idênticas, contra o plano de saúde intitulado Unafisco Saúde. Esta monografia adotou duas metodologias de análise: uma metodologia descritiva da arte jurídica atual sobre o tema e um estudo de caso. Ao fim desta pesquisa acadêmica concluiu-se pela necessidade de ponderação, argumentação e razão prática na interpretação do direito à saúde, avaliando também o aspecto social, econômico e político que advém da realidade constitucional. Por isso, sugeriu-se, também, maior respaldo técnico-científico na tomada de decisões, sejam elas de urgência ou não, devendo os magistrados receberem apoio de comitês, câmaras ou sessões de suporte técnico, com objetivo de analisarem as demandas jurídicas e emitirem relatórios, ou como segunda alternativa, a possibilidade do magistrado, diante de um pedido de antecipação de tutela, poder contatar rapidamente, um perito de sua confiança para que o auxilie na tomada de decisão. O que se propõe é a maior participação da comunidade acadêmica e dos institutos de pesquisas científicas, contribuindo, desta forma, para a busca do equilíbrio entre acesso, qualidade e uso racional dos recursos, pois se é verdade que a saúde não tem preço, também o é que tem custos, e há que se pensar no repasse destes custos, quando se fala em serviços privados de saúde no Brasil.

Palavras chaves: Direito à saúde. Plano de saúde. Judicialização da saúde. Constitucionalização do direito civil. Contrato de saúde.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CEM	Código de Ética Médica
CEO	Código de Ética Odontológico
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CREMEB	Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRM	Conselho Regional de Medicina
CPC	Código de Processo Civil
IBEDESS	Instituto Brasileiro de Estudos e Desenvolvimento do Setor de Saúde
MBE	Medicina Baseada em Evidências
NATS	Núcleo de Avaliação de Tecnologia em Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
OPME	Órteses, Próteses e Materiais Especiais
OPS	Operadoras de Planos de Saúde
PCDT	Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas
SUS	Serviço Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
STF	Supremo Tribunal Federal
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL UMA ANÁLISE NORMATIVA E INSTITUCIONAL	14
1.1 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	14
1.2 NORMAS E REGULAMENTOS INFRACONSTITUCIONAIS SOBRE A SAÚDE PRIVADA	21
1.3 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR	24
2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	31
2.1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE VERSUS ATIVISMO JUDICIAL	31
2.2 PACTA SUNT SERVANDA: SEGURANÇA JURÍDICA NOS CONTRATOS DE SAÚDE	36
2.3 RAZÃO FINALÍSTICA: O IMPACTO ECONÔMICO DAS DECISÕES JUDICIAIS	51
2.4 JURISPRUDÊNCIAS NAS AÇÕES CONTRA PLANOS DE SAÚDE	64
3 ESTUDO DE CASO	80
3.1 O UNAFISCO SAÚDE	80
3.2O CASO “SPA E O TRATAMENTO DA OBESIDADE MÓRBIDA”	86
3.2.1 Descrição do trâmite processual	88
3.2.1.1 <i>Histórico do caso 1</i>	88
3.2.1.2 <i>Histórico do caso 2</i>	93
3.2.2 Análise dos argumentos a partir do conteúdo descrito nos dois casos ...	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIAS	112
ANEXO A	118
ANEXO B	119

INTRODUÇÃO

De acordo com dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)¹, em 2012, 62 milhões de brasileiros tinham planos de saúde suplementar. Isto é, mesmo sendo uma garantia constitucional, a realidade brasileira obriga uma grande parcela da população a buscar alternativas privadas para a falta de provimento de serviços públicos de saúde por parte do Governo.

Levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)² indicou que em maio de 2011 existiam 240.980 processos judiciais nessa área. Dados da ANS³ indicavam durante o ano de 2012, a existência de 75.916 reclamações de consumidores contra planos de saúde privados, sendo que destes, 57.509 diziam respeito a negativas de cobertura por parte das operadoras privadas.

Os dados acima deixam clara a magnitude do problema. A incapacidade do Estado brasileiro em prover saúde pública de qualidade tem levado a duas estratégias distintas adotadas pelos indivíduos. Um grupo, de mais baixa renda, incapacitado financeiramente de recorrer aos planos privados, ingressa com ações judiciais contra o Estado, tentando obter na justiça seu direito constitucionalmente assegurado de receber serviços de saúde pública. Um segundo grupo, com poder financeiro um pouco superior, procura nos serviços privados, a solução para o caos da saúde pública. Contudo, esse segundo grupo se defronta com outro desafio: a questão das coberturas contratadas junto às operadoras de serviços privados de saúde. Como tais coberturas, por vezes, não estão bem delimitadas ou ferem princípios constitucionais, temos a judicialização da saúde também para este caso.

Fixada a situação a partir dos dados apresentados e do cenário descrito no parágrafo anterior, o presente trabalho aponta como problema de pesquisa a

¹ ANS. *Operadoras de planos terão de justificar por escrito as negativas de cobertura*. Brasília, 2013. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/1952-operadoras-de-planos-terao-de-justificar-por-escrito-as-negativas-de-cobertura>> Acesso em: 14 mar. 2014.

² CNJ. *Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde*. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

³ ANS. *Operadoras de planos terão de justificar por escrito as negativas de cobertura*. Brasília, 2013. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/1952-operadoras-de-planos-terao-de-justificar-por-escrito-as-negativas-de-cobertura>> Acesso em: 14 mar. 2014.

questão sobre como o Estado pode garantir o direito à saúde e ao mesmo tempo proteger as regras privadas do mercado em se tratando de planos privados? Nesse sentido, tendo em vista a questão da constitucionalização do direito civil e o resultado de pesquisas sobre as decisões judiciais a respeito das demandas de beneficiários de planos de saúde, pode-se afirmar a necessidade de se ter cautela, em razão da liberalidade da iniciativa privada, pois, se é verdade que saúde não tem preço, também o é que tem custos, e há que se pensar no repasse destes custos.

Destarte, o objetivo da pesquisa é estudar o processo de judicialização da saúde, para melhor compreender os problemas apresentados atualmente na esfera privada de contratos de serviços de saúde, contribuindo também, para o estudo do processo de constitucionalização do direito civil, onde temos cada vez mais a aplicação de princípios constitucionais em detrimento da *pacta sunt servanda*. Será estudado ainda, o impacto financeiro da aplicação de tais princípios constitucionais sobre a sustentabilidade econômica dos planos de saúde. Como estudo de caso específico, será analisado o caso do Unafisco Saúde, o plano de saúde dos auditores fiscais da Receita Federal.

O tema escolhido partiu da experiência profissional da autora, que como profissional da área de saúde e por força da aprovação em um concurso público como dentista da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, teve a oportunidade de trabalhar como auditora odontológica, no plano Correios Saúde, modalidade autogestão 100% patrocinada. Mais tarde, já com o título de especialista em Auditoria e Gestão em Saúde, foi convidada a compor a equipe do Unafisco Saúde, o plano dos Auditores Fiscais da Receita Federal, modelo autogestão 100% não patrocinada. No Unafisco, atualmente, além de exercer a atividade de auditoria odontológica, é também, a responsável técnica pela parte odontológica do plano.

E, foi dessa forma, que passou a tomar conhecimento da dimensão e importância de temas como responsabilidade objetiva, consumidor, vulnerabilidade, rol de procedimentos, etc. Entretanto, observava com inquietude o estado de impotência dos gestores do plano, diante do desconhecimento técnico do poder judiciário no momento da tomada de decisões frente às diversas e particularizadas situações de reclamações. Os magistrados, diante das controvérsias nessa relação tensa, não conseguem dialogar com as várias expressões no âmbito estritamente técnico da saúde do reclamante, agravado pelo fato das solicitações, por vezes,

estarem apoiadas na gravidade e urgência. Neste contexto e influenciados por pareceres médico/odontológicos, acabam tomando, muitas vezes, uma decisão precipitada, tendo em vista o temor de serem acusados pela morte de um cidadão devido ao não provimento da assistência médica/odontológica necessária. Assim, observa-se, frequentemente, a tomada de decisões que ferem o que está regulamentado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar no que tange o rol de procedimentos obrigatórios a serem cobertos pelas operadoras de planos de assistência à saúde, além do descumprimento do que está acordado nos contratos celebrados entre as partes, comprometendo, drasticamente, o equilíbrio econômico-financeiro da operadora, bem como, a sua segurança jurídica.

Por isso, é relevante estimular o debate, envolvendo os atores do processo (beneficiários, operadoras de planos de saúde, médicos, hospitais, operadores do direito, agências reguladoras, etc) ampliando o discurso sobre a efetivação do direito à saúde. Alguns passos importantes já foram dados, mas o tema não está consolidado e a opção pelo litígio tem sido uma realidade, e, infelizmente, a alternativa menos efetiva na solução dos conflitos entre as operadoras e usuários de planos de saúde.

É importante, também, a análise dos fenômenos que interferem nas relações privadas, fundamentados na constitucionalização do direito civil, onde é cada vez mais presente a aplicação dos princípios constitucionais na busca da solução dos conflitos estabelecidos nas relações contratuais de prestação de serviços de assistência à saúde.

Apesar da judicialização da saúde operar e impactar nas esferas públicas e privadas, todavia, na monografia a ser produzida sobre o tema não será abordada, especificamente, a saúde pública, embora sejam feitas considerações a seu respeito.

A abordagem será, especialmente, sobre o oferecimento dos serviços de assistência à saúde pelas operadoras de planos de saúde, bem como, não serão abordados os casos decorrentes dos contratos firmados antes da Lei 9656/98, por não ser de relevância nesta pesquisa, uma vez que o estudo de caso específico será do Unafisco Saúde, o plano dos auditores fiscais da receita federal, modalidade autogestão, regulamento pela Lei 9656/98.

Importante destacar, também, que sendo a operadora de saúde analisada uma auto-gestão, esta tem como característica o atendimento à saúde sem finalidade lucrativa, evitando desta forma, fazer da saúde um comércio, o que a diferencia dos planos de saúde disponíveis no mercado com finalidades lucrativas.

Essa diferenciação se faz necessária porque é importante reconhecer também a vulnerabilidade dos consumidores em relação às diversas negativas dos planos de saúde que agem, principalmente, com interesses comerciais, com foco na lucratividade em detrimento ao atendimento, diferentemente das operadoras modelo auto-gestão, que objetivam o atendimento de qualidade. Assim, aquelas, com frequência, realizam negativas de procedimentos desrespeitando a legislação e cláusulas contratuais, por vezes, claramente estabelecidas.

Assim, é salutar reconhecer que existem demandas procedentes e improcedentes, mas é importante também, reconhecer que a judicialização da saúde ganhou tamanha relevância teórica e prática que se tornou necessário refletir acerca do modo como o Poder Judiciário brasileiro tem lidado com estas questões.

Esta monografia adota duas metodologias de análise da questão da constitucionalização dos contratos de saúde. Em primeiro lugar adota-se uma metodologia descritiva do estado da arte jurídica atual. Para isto, é feita uma ampla revisão da legislação, da jurisprudência e da doutrina atual sobre o tema. De posse destas informações procede-se a um segundo estágio metodológico: o estudo de caso. O estudo de caso é um dos principais métodos de pesquisa científica e tem como finalidade a descrição detalhada de uma determinada situação, utilizando-se de dados quantitativos e qualitativos.

Para melhor elucidação, o estudo foi dividido em três capítulos, para que, de forma gradual, se tenha uma compreensão acerca do tema proposto. Assim, no primeiro capítulo será feita uma análise normativa e institucional do direito à saúde no Brasil, com a finalidade de compreender o amparo legal e a forma como o judiciário lida com as questões relacionadas a este direito.

Desta forma, inicialmente, busca-se descrever a evolução e ampliação do direito à saúde na Constituição da República de 1988, bem como, uma análise mais aprofundada das normas jurídicas que regulam o sistema de saúde suplementar, que além da Lei 9656/98, sofre influência da teoria geral dos contratos, da legislação

mais específica aos contratos de saúde e do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Ainda neste capítulo, será abordado o papel da ANS, na regulação da saúde suplementar, cuja criação foi um marco na saúde privada, que, até então, não tinha um padrão de funcionamento bem estabelecido.

No capítulo seguinte, a sistemática do estudo concentra-se na judicialização da saúde e a constitucionalização do direito civil, sendo que, no primeiro momento, e para melhor compreensão do tema, será feita a distinção entre judicialização da saúde e ativismo judicial, dois fenômenos que tem influenciado nas discussões sobre a concretização dos direitos sociais, mais especificamente, do direito à saúde.

Em continuidade ao tema, será feita uma análise detalhada da evolução histórica e social dos contratos de maneira geral, bem como, sua influência na segurança jurídica dos contratos de saúde, tendo em vista a institucionalização da função social dos contratos, que culminou com uma relativização dos efeitos dos contratos, para um instrumento que visasse, prioritariamente, a realização de direitos coletivos em detrimento dos direitos individuais.

E, em consequência do exposto acima, ao fim deste capítulo, será analisado o impacto econômico das decisões judiciais, de modo que o leitor possa ter uma visão geral do tratamento dispensado ao tema pelo Poder Judiciário, no âmbito privado, e as consequências das decisões judiciais na sustentabilidade econômica dos planos de saúde no Brasil.

Por fim, no terceiro e último capítulo, o objetivo central é o estudo de caso. Nessa fase será descrito em detalhes dois casos envolvendo um plano de saúde específico, o Unafisco Saúde, que é o plano dos auditores fiscais da Receita Federal. Inicialmente, realiza-se o levantamento dos dados, selecionando as informações mais relevantes, com base no objeto da investigação. E por fim, faz-se a análise dos resultados obtidos. O estudo de caso fornecerá importantes informações acerca do impacto econômico-financeiro da judicialização da saúde sobre os orçamentos dos planos de saúde privados.

Assim sendo, será feita uma familiarização com o Unafisco Saúde, e em seguida, a análise de duas ações judiciais com pedidos idênticos e decisões diferentes acerca do direito de “internação” em *spa* para os beneficiários do plano. Portanto, o objetivo deste estudo é despertar no leitor o espírito crítico em relação às demandas judiciais nesta área, na busca de uma maior conscientização de todos os atores envolvidos no processo: sociedade, poder judiciário, planos de saúde, fornecedores de produtos e serviços, etc.

1 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL UMA ANÁLISE NORMATIVA E INSTITUCIONAL

O tema aborda o direito fundamental à saúde, e nesse sentido, é importante uma visão bem estruturada do tratamento proposto pelo ordenamento jurídico e sua evolução histórica ao longo do tempo. E é neste contexto que se desenvolve o presente estudo, buscando os principais aspectos legais e controvérsias que permeiam a relação entre as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários, que, embora seja uma relação consumerista, possui particularidades inerentes à própria área, cuja compreensão é dificultada pelas incertezas e instabilidades geradas pela deficiência na regulação deste setor, como se pode ver a seguir.

1.1 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Até a Constituição de 1988 (CF/88), o direito à saúde não tinha sido tratado expressamente, pois a assistência à saúde era assegurada ao indivíduo, exclusivamente na situação de trabalhador.⁴ O Direito à saúde foi então inserido na CF/88, como um direito social fundamental, conforme disposto no artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”⁵

Assim sendo, a Lei Magna, ampliou o seu campo de atuação, alcançando também, além da esfera política, as questões que envolvem direitos sociais e econômicos. Nesse sentido, complementa Medeiros:

“Com efeito, diferentemente das denominadas liberdades públicas, os direitos sociais pressupõem a existência de desigualdades e necessidades entre os seres humanos e buscam proporcionar uma efetiva igualdade por meio de uma ação interventiva capitaneada pelo Estado. Os direitos sociais se diferenciam, pois, das chamadas liberdades clássicas basicamente pelo fato de que aqueles não são meros poderes de agir, mas poderes de exigir ou direitos de crédito. São direitos prestacionais por excelência. Não é por outra razão que se diz que o objeto desses direitos é a contraprestação sob

⁴ MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

a forma da prestação de um serviço público pelo seu sujeito passivo, o Estado.”⁶

Ciarlini classifica os direitos fundamentais em dois grandes grupos, sendo:

“O primeiro formado pelos ‘direitos de defesa’ e o segundo pelos ‘direitos a prestações’. Estão incluídos nos direitos de defesa, sob essa ótica, os clássicos direitos de liberdade e igualdade, bem como as garantias individuais, as liberdades sociais e os direitos políticos. Já os direitos a prestações são classificados em direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestação em sentido estrito. Aqueles são formados pelos ‘direitos à proteção e à participação na organização e procedimento’; estes pelos ‘direitos sociais de natureza prestacional’.”⁷

Além do disposto acima, a saúde foi tratada, de forma mais específica, no Título ‘Da Ordem Social’, Capítulo da ‘Seguridade Social’, Seção ‘Da Saúde’, que nos seus cinco artigos procura estabelecer as diretrizes para implementação das políticas públicas, conforme determina o artigo 196:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”⁸

Para Martins⁹, se extrai do artigo 196 da Constituição Federal, que a execução do direito à saúde é um serviço público, pois dispõe expressamente que a saúde é um dever do Estado. Reforçando este entendimento, o artigo 197 estabelece que as ações para sua implementação são de relevância pública, por se tratar de um serviço de interesse público. Entretanto, ressalta-se que o artigo não prevê que a execução seja feita, necessariamente, pelo Estado, podendo ser executada por terceiros.

Destaca-se ainda, que a Constituição adotou o ‘Sistema Único de Saúde’ (SUS), estabelecendo no seu artigo 198: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as

⁶ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 58-59.

⁷ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 26.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

⁹ MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade.”¹⁰

O parágrafo 1º do artigo 5º da Lei Magna determina: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”¹¹ Segundo Carlini¹², do trecho acima, extrai-se a ideia que a aplicação imediata não é somente para os direitos e deveres individuais e coletivos do *caput* do referido artigo, mas sim, os direitos e garantias fundamentais. A consequência dessa posição é que o direito à saúde é de aplicação imediata porque está elencado no rol de ‘Direitos e Garantias Fundamentais’

Adepto a esse entendimento, Ciarlini complementa:

“No Brasil, a ênfase presente na grande maioria das decisões proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde tem aplicabilidade imediata, à vista da preponderância do direito à vida e da fundamentalidade das pretensões à saúde, o que se compatibiliza com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.”¹³

Por outro lado, Medeiros questiona a aplicabilidade imediata destas normas constitucionais, uma vez que apenas determinam as metas, diretrizes e princípios para implementação das políticas públicas pelo Governo:

“Em matéria de saúde, portanto, a Constituição de 1988 somente estabeleceu diretrizes, parâmetros e metas que deverão de ser obrigatoriamente considerados quando da elaboração das respectivas políticas públicas na área de saúde. Em suma: ao mesmo tempo que o Texto Magno enalteceu a saúde, inserindo-a no rol dos direitos fundamentais sociais, dispôs sobre o tema de forma mais detida na Seção II do Capítulo II do Título VIII tão somente para tratar da organização, dos procedimentos, das estruturas e dos princípios dos serviços de saúde.”¹⁴

Para Silva, por aplicabilidade, se entende a possibilidade de aplicação ao caso concreto, estando diretamente relacionada com a eficácia da norma jurídica, que é a base da aplicabilidade. Ou seja, a norma terá aplicabilidade, se houver a

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

¹² CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹³ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39.

¹⁴ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 58-89.

possibilidade de produzir efeitos. “O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória prevista ou requerida.”¹⁵

Partindo dessa premissa, Silva¹⁶ classifica as normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada (reduzida). A primeira, de eficácia plena, produz, ou está apta a produzir, todos os efeitos essenciais, através da norma criada pelo legislador constituinte, que tratou diretamente sobre a matéria da qual é objeto. Já a de eficácia contida, assim como a plena, também está apta a produzir todos os efeitos esperados, mas preveem meios que objetivam limitar essa eficácia, conforme a circunstância. E por último, a norma de eficácia limitada, necessita de uma normatividade por parte do legislador ordinário ou órgão do governo, para que possam produzir efeitos, não bastando, para isso, a entrada em vigor.

Para Ciarlini, as diretrizes constantes na CF/88 são prerrogativas de direitos subjetivos, ficando claro, que a Constituição da República elevou o direito à saúde como um direito fundamental e ao mesmo tempo, conferiu ao Estado a responsabilidade de promover as ações indispensáveis para a aplicabilidade deste direito, o que se comprova, por exemplo, com a criação do Sistema Único de Saúde. “Assim, compete à Constituição a função de estabelecer esses direitos sociais, que irradiam ‘vinculatividade normativo-constitucional’, não podendo, ainda assim, ser considerados meros ‘programas’ ou ‘linhas de direção política’.”¹⁷

E nesse sentido, finaliza:

“É inegável que a tensão entre a pretensão à realização dos direitos sociais e a escassez dos meios materiais aptos a provê-los é seguida de uma variada e complexa pletora de argumentos doutrinários que tendem a

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 81-82.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁷ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37.

justificar o maior e menor caráter impositivo ou de aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais que prescrevem a sua defesa.”¹⁸

Segundo Pilau Sobrinho¹⁹, a Lei Magna constitucionalizou os direitos da Declaração Universal do Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), criando diversos meios processuais com a finalidade de dar eficácia a esses direitos, dispondo o cidadão de diversos instrumentos como: mandado de injunção, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, bem como o Código de Defesa do Consumidor. E ainda, cita a Defensoria Pública e o Ministério Público, como meios à disposição do cidadão, a fim de fazer valer seus direitos nos conflitos em relação à saúde, seja na esfera pública ou privada.

Conforme mencionado, a saúde privada no Brasil surge como uma possibilidade para suprir a falta de eficiência do Estado em garantir aos cidadãos o acesso à saúde pública de forma digna, na medida das suas necessidades concretas. Não obstante, a Constituição de 1988 estabelecer que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, definiu também em seu artigo 199 a participação da iniciativa privada, estabelecendo em seu parágrafo primeiro “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”²⁰

Santos destaca que a iniciativa privada tem permissão constitucional para explorar a assistência à saúde, inclusive, com finalidade lucrativa, mas “oferecendo-se, em contra-partida, serviço adequado, de qualidade, que assegure a saúde daquele que contrata o serviço, mantendo-se o respeito ao direito, nos moldes constitucionais,”²¹ pois, conforme disposto na Constituição, a saúde é de relevância individual e social, sendo portanto, soberana a qualquer direito de ordem econômica ou patrimonial.

¹⁸ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37.

¹⁹ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

²¹ SANTOS, João Felipe Pantaleão Carvalho. *A boa-fé nos contratos de “planos de saúde”. O debate sobre contratos antigos e novos, e a dúvida sobre o que é prótese (stent e outros)*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Jul. 2009. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-jurídica/artigos/direito-civil/contratos/3958>. Acesso em: 14 out. 2014.

Para Carlini “há um reconhecimento implícito que o Sistema Único de Saúde não é suficiente para garantir a integralidade do acesso à saúde previsto na Constituição Federal.”²² E complementa:

“há, no entanto, um outro reconhecimento a ser realizado pelo Governo Federal: o papel essencial do sistema privado com fins lucrativos que também atende parcela expressiva da população brasileira e que, na mesma medida, precisa ser tratado política e juridicamente de forma a garantir a manutenção da capacidade e qualidade de atendimento para os usuários e, ao mesmo tempo, a sustentabilidade da atividade econômica constitucionalmente permitida.”²³

Ainda sobre a participação das instituições privadas na assistência à saúde, vale destacar a situação das entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, que enfrentam grandes dificuldades financeiras, tendo em vista os avanços tecnológicos, aumentos dos custos em geral, bem como problemas de gestão, dentre outros.²⁴

Dos artigos supramencionados, é nítida a intenção do legislador no tocante à preocupação com a dignidade da pessoa humana, entretanto, resta o desafio, na atualidade, de fazer valer os direitos fundamentais à saúde, levando-se em conta a escassez de recursos e sustentabilidade econômica dos serviços de saúde, seja ele na esfera pública ou privada.

À vista de todas estas considerações, torna-se missão difícil extrair o conteúdo semântico do princípio da dignidade da pessoa humana, ou melhor, é difícil saber em que consiste a dignidade do ser humano e nessa tentativa de conceituá-la, utiliza-se do pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet:

“a dignidade da pessoa humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais, que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e

²² CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 63.

²³ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 63.

²⁴ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”²⁵

E corroborando este entendimento complementa Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcelos:

“O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial.”²⁶

Nesse sentido, para Sampaio²⁷, a dignidade da pessoa humana nasce com a pessoa, permanecendo até a sua morte, ou seja, não pode ser mitigada e nem limitada, a não ser quando entrar em conflito com a dignidade de outro indivíduo. Mas é importante ressaltar, que se trata de um direito irrenunciável, insubstituível e inalienável.

Não obstante ser o princípio da dignidade da pessoa humana considerado por muitos doutrinadores como núcleo central do ordenamento jurídico brasileiro, Figueiredo²⁸ entende que não pode ser tratado como um princípio absoluto e nem mesmo como valor de maior hierarquia na ordem jurídica, devendo ser ponderado com outros princípios, a fim de assegurar e proteger, a dignidade de diversas pessoas, podendo inclusive, ser realizado em diferentes graus.

Corroborando este entendimento, conclui Ciarlini, sobre a necessidade de ponderação por parte dos operadores do direito, uma vez que os direitos sociais estão diretamente relacionados com a realidade financeira do Estado, ou seja, “não podem ser considerados absolutos e que, embora prescritos na Constituição, não

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em: 08 out. 2014.

²⁶ BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 08 out. 2014.

²⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010.

²⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

poderiam ser atendidos, todos, ao mesmo tempo”²⁹, uma vez que os direitos têm custos e estes atuam como limitadores para sua efetivação.

Por fim, ainda que pese a quantidade de dispositivos constitucionais que tratam do direito à saúde, surge a problemática enfrentada pelos juristas em todo o Brasil, conforme destaca Galdino et ali:

“todo esse cipoal de normas é o bastante para obrigar o Estado a fornecer tratamentos/medicamentos - muitas vezes caríssimos - a quem deles precisar, efetivando a Constituição? Embora seja a saúde direito fundamental, é possível - e justo - garantir o tratamento de apenas uma única pessoa que, por se muito oneroso, prejudicará o acesso à saúde de uma gama infinitamente maior de pessoas?”³⁰

Conclui-se, portanto, que trata-se de um problema de difícil solução, mas que deve ser enfrentada pela sociedade como um todo, e especialmente, pelos operadores do direito, a fim de melhor compreender o fenômeno da judicialização da saúde, ou melhor, judicialização dos direitos sociais, de maneira geral, em que se busca no Poder Judiciário, a concretização destes direitos constitucionalmente amparados.

1.2 NORMAS E REGULAMENTOS INFRACONSTITUCIONAIS SOBRE A SAÚDE PRIVADA

A Lei 9656/1998, fundamentada no artigo 199 da Constituição Federal, é o marco regulamentar na prestação de serviços de saúde e tem nos artigos 8º, 9º, 22º e 35º-A a demonstração da importância do equilíbrio econômico-financeiro das operadoras de saúde, cuja finalidade é proteger os usuários de planos no momento de maior necessidade e fragilidade. Nesse sentido, a viabilidade econômico-financeira é um dos pré-requisitos para autorização de funcionamento de um plano de saúde, ficando sujeitos, inclusive, à suspensão de comercialização de seus produtos. Além disso, outras ações estão previstas, como a possibilidade de

²⁹ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

³⁰ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, vol.11, n. 49, 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 16 out. 2014.

auditorias independentes no balanço financeiro destas operadoras chegando até a intervenção nos casos mais graves, bem como a obrigatoriedade de reserva objetiva regulamentada pela Resolução Normativa nº227/2010 da agência reguladora, ANS.

A Resolução Normativa nº 171/2008 disciplina sobre o cálculo do reajuste dos planos. Para Mello, o seguro de saúde é um contrato aleatório, pressupondo o justo equilíbrio entre o prêmio pago pelos beneficiários e a taxa de verificação de sinistros, onde a receita deve ser maior que a despesa, cujo cálculo atuarial ajuda a evitar esse desequilíbrio. O artigo 16, inciso XI, da Lei 9656/98, preconiza que os critérios de reajuste e revisão devem ser informados, claramente, no contrato, entretanto, a doutrina já consolidou o entendimento que este reajuste deve ser anual e para a correção das perdas decorrentes da inflação. Entretanto, surge neste ponto a dúvida sobre o índice a ser usado: Oficial ou específico para o setor? “Novamente, a solução deve vir estampada no contrato de seguro, pois não compete ao Judiciário, por regra geral, substituir a vontade das partes na definição desse elemento essencial.”³¹

Outra situação é quando há um aumento na sinistralidade do plano de forma não prevista e que possa comprometer liquidez e solvência do plano, comprometendo a segurança dos usuários, quanto a certeza de poderem usar o plano quando necessitarem. Assim, com o objetivo de evitar que se coloque em risco a saúde econômico-financeira do plano, é feita a revisão técnica, cujos pressupostos devem estar previstos no contrato, mas sujeitos ao controle de abusividade pelo Poder Judiciário, através do Código de Defesa do Consumidor.

Os planos de saúde têm como objetivo “a viabilização dos tratamentos médicos e hospitalares dos usuários, facultando-lhes os meios necessários à busca da saúde e à tentativa de cura das moléstias que eventualmente os acometam.”³² Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor é um marco regulatório nas relações de consumo, entretanto, no caso dos contratos de saúde, atua de forma

³¹ MELLO, Marco Aurélio de. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15. p. 14.

³² MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95-118.p. 112.

suplementar na solução dos conflitos que não ficaram claramente regulamentados pela Lei 9656/98, lembrando ainda, que não terá aplicação para todos os casos de contratos, protegendo tão somente o consumidor não profissional, aquele que não usa os produtos e serviços na forma de uma atividade econômica específica, excluindo, portanto, os contratos firmados, por exemplo, entre uma empresa para a assistência a seus funcionários e uma operadora de saúde, não havendo neste caso, o hipossuficiente, pois o entendimento é que o contrato foi celebrado com a anuência de um advogado da empresa.

Sampaio lembra que o princípio da dignidade da pessoa humana permeia todo o texto constitucional, mas se revela, em especial, no direito do consumidor, principalmente, no que diz respeito a preocupação com a defesa dos interesses da parte mais vulnerável, no caso, o consumidor. Trata-se, portanto, de uma norma constitucional programática “que impõe o estabelecimento de uma política pública de defesa da parte mais fraca das relações de consumo pelo Estado brasileiro em todos os seus níveis e por todos os seus Poderes.”³³ Por tudo exposto, o direito do consumidor foi elevado à condição de direito fundamental, com a finalidade de proteger um dos atores dessa relação jurídica, estando elencado no artigo 5º, XXXII, determinando ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. E deste artigo, se extrai a determinação de que o consumidor é o destinatário do maior grau de tutela do ordenamento jurídico, ou seja, o consumidor é vulnerável, e por isso, tem direito à defesa do Estado, na forma da lei. Assim sendo, dá-se ao mais fraco, a mais intensa proteção do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, complementa Gonçalves:

“com a evolução das relações sociais e o surgimento do consumo em massa, bem como dos conglomerados econômicos, os princípios tradicionais da nossa legislação privada já não bastam para reger as relações humanas sob determinados aspectos. E nesse contexto, surgiu o Código de Defesa do Consumidor atendendo a princípio constitucional relacionado à ordem econômica.”³⁴

Após determinar a proteção legal do consumidor, na forma da lei, a Constituição reforça esta preocupação específica, no artigo 170 *caput*, inciso V, que

³³ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 55.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3. p. 30.

dispõe sobre a ordem econômica: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V- defesa do consumidor.” E assim, conclui Sampaio:

“Pode-se conceber, assim, que a defesa do consumidor, enquanto princípio da ordem econômica, tem uma clara – embora não exclusiva – função limitadora da atividade dos empreendedores econômicos, cuja atuação deverá ser refreada sempre que o seu comportamento periclitara os interesses dos consumidores, visto que ‘nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados’”³⁵

Mathias³⁶ cita como exemplo de atuação do Código de Defesa do Consumidor as situações relativas à responsabilidade civil, desconsideração da personalidade jurídica das operadoras, nas práticas comerciais abusivas, nas condutas irregulares de cobrança de dívidas e na proteção dos usuários contra cláusulas indevidas, sendo, portanto, um elemento essencial na solução dos conflitos entre beneficiários e planos de saúde.

Segundo Ferraz³⁷, a abusividade ocorre quando há uma extrapolação dos limites de condutas consideradas lícitas, aumentando, ainda mais, a vulnerabilidade que é inerente a todo consumidor.

Assim, as cláusulas abusivas, dificultam a busca pelo equilíbrio entre as partes causando uma desvantagem contratual, e nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor surge como um importante instrumento de proibição às práticas comerciais abusivas, trazendo nos seus artigos 39 e 40, as hipóteses de vedações, a fim de evitar o aumento do desequilíbrio entre o consumidor e o fornecedor/prestador do serviço.

1.3 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

³⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: 2010. p. 58.

³⁶ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95-118.

³⁷ FERRAZ, Sérgio Valladão. Práticas comerciais abusivas e sociedade de consumo. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10574>. Acesso em: 29 out. 2014.

A Lei Eloy Chaves, datada de 1923 é considerada o marco inicial na Previdência Social no Brasil: "[...] em cada uma das estradas de ferro existentes no país, uma Caixa de Aposentadorias e Pensões para os respectivos empregados." O objetivo destas caixas que funcionavam como fundos, e cuja gestão era feita por patrões e empregados, era garantir aposentadorias, pensões e financiar os serviços médico-hospitalares dos trabalhadores e seus dependentes.³⁸

Para a ANS, este marco histórico é a origem dos planos de saúde no Brasil, pois demonstra a grande semelhança entre as caixas de aposentadorias e pensões com as atuais operadoras de saúde, na modalidade autogestão. Assim sendo, e seguindo a trajetória de outros países latino-americanos como México, Chile, Argentina e Uruguai, o sistema de saúde brasileiro desenvolveu-se a partir da previdência social, sendo que em 1944, o Banco do Brasil criou a Cassi, que se tornou o mais antigo plano em operação no Brasil.³⁹

A partir dos anos 50, no ABC Paulista, começaram a surgir os planos coletivos empresariais, através da modalidade medicina de grupo, com clientela aberta e objetivo comercial, contribuindo assim, para que o setor brasileiro de planos e seguros de saúde se tornasse um dos maiores sistemas privados de saúde do mundo.⁴⁰

Surge também, a necessidade de regular este setor da economia que até então não tinha nenhum padrão de funcionamento, com exceção dos seguros de assistência à saúde e das seguradoras, que eram submetidos à Superintendência de Seguros Privados (Susep), responsável pelo controle econômico-financeiro dessas modalidades de prestação de serviços de assistência à saúde, cabendo então, à ANS, a missão de cumprir a Lei nº 9.656, editada em junho de 1998.⁴¹

Criada há 14 anos pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, tornou-se, então, a agência reguladora vinculada

³⁸ ANS. *Quem somos?: histórico*. Brasília. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>>. Acesso em: 24 set. 2014.

³⁹ ANS. *Quem somos?: histórico*. Brasília. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>>. Acesso em: 24 set. 2014.

⁴⁰ ANS. *Quem somos?: histórico*. Brasília. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>>. Acesso em: 24 set. 2014.

⁴¹ ANS. *Quem somos?: histórico*. Brasília. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>>. Acesso em: 24 set. 2014.

ao Ministério da Saúde, responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil, sendo, portanto, uma autarquia de regime especial, que detém de autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, além de autonomia nas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes, conforme preconiza o artigo 1º, parágrafo único da Lei 9961, de 2000. Conforme bem sinaliza Barroso: “a criação das agências reguladoras se insere em um movimento mais abrangente de ampliação do poder normativo do Poder Executivo, tendo em conta a complexidade e rapidez dos fenômenos que exigem a intervenção estatal nas sociedades contemporâneas.”⁴²

Para a ANS, regulação é o conjunto de ações e medidas do Estado, que englobam a criação de normas, controle e fiscalização de segmentos de mercado de planos de saúde, com o objetivo de assegurar o interesse público. Nesse sentido, a ANS tem como missão “Promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as **operadoras** setoriais - inclusive quanto às suas relações com **prestadores** e **consumidores** - e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.”⁴³ (grifo do autor)

Por outro lado, Carlini lembra que o setor de saúde suplementar não é formado exclusivamente de operadoras de serviço de saúde, mas também, por outros atores que participam do mercado, como os médicos, clínicas, hospitais, laboratórios, fornecedores de órteses, próteses e materiais especiais, bem como, os prestadores de serviços. Esses atores ficam, portanto, fora do alcance das decisões da ANS, pois não são regulados por ela, o que vem a contribuir para a geração de inúmeros conflitos.⁴⁴

O que não se discute é o relevante papel da ANS num mercado marcado pela assimetria de informações entre seus agentes, e nesse sentido, complementa a autora:

⁴² BARROSO, Luiz Roberto. Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 227-262. p. 252.

⁴³ ANS. *Quem somos?: histórico*. Brasília. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>>. Acesso em: 24 set. 2014.

⁴⁴ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

“No âmbito específico dos contratos de saúde suplementar dado a sua característica fundamental de serem contratados que se prologam no tempo, que mantém o consumidor vinculado a eles por período de tempo substancial, a atividade da agência reguladora é continuada porque não se trata apenas de criar regras de instalação e funcionamento das operadoras, mas também de regular cada etapa da relação contratual, ou seja, os valores pagos, os reajustes, a eficiência dos serviços prestados em diferentes faixas etárias da vida, e tantos outros fatores próprios dos contratos de longa vigência. Além disso, os sucessivos avanços científicos e tecnológicos registrados nas ciências da saúde provocam a necessidade de regulação permanente dos serviços a serem incluídos na prestação, e do modo como esses serviços deverão ser prestados.

Assimetria de informações, proteção dos vulneráveis, imperativo de respeito ao conjunto de conceitos técnicos que dão suporte a operações mutuais, avanços científicos e tecnológicos, complexidade da atividade médico-hospitalar, são, em breve resumo, razões que tornam a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar como órgão regulador uma atuação contínua. Mas o ponto determinante dessa atuação é a garantia do equilíbrio das relações plurais e complexas envolvidas no segmento de saúde suplementar.

Proteção excessiva de qualquer dos atores dessa multifacetada relação terá o condão de gerar desequilíbrio que, ao correr do tempo, prejudicará a todos e poderá colocar em risco o próprio sistema.”⁴⁵

Em arremate, a autora lembra que o setor de saúde suplementar é sensível a todo tipo de mudanças, não susceptível, portanto, às surpresas, o que só colocaria em risco a sustentabilidade econômico-financeira dos planos de saúde, e, conseqüentemente, a segurança dos beneficiários.

Corroborando com os ensinamentos do capítulo 2.1, sobre o princípio da separação dos poderes, Barroso questiona os limites de atuação do Poder Judiciário, substituindo decisões administrativas proferidas pelas agências reguladoras, por decisões judiciais sem maiores fundamentos técnico-jurídicos. No caso da ANS, refere-se, especificamente, às decisões que autorizam a revisão de reajustes:

“o judiciário deve deferência aos atos das agências reguladoras porque se trata de atos de Administração Pública – isto é: de um outro poder político – e atos praticados por entidades criadas e aparelhadas de forma específica pelo Legislativo para a regulação de determinado setor. A mera possibilidade, em tese, da prática de atos inválidos, não tem o condão de autorizar o Judiciário a subtrair das agências reguladoras o pleno exercício

⁴⁵ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 80-81.

de atribuições e prerrogativas que lhes foram conferidas por lei e que, a rigor, justificam a sua própria criação.”⁴⁶

Complementando o acima exposto, o autor cita ainda as chamadas ‘capacidades institucionais’, como mais um motivo para o Judiciário agir com cautela em relação às agências reguladoras: “como regra, o sistema político e, sobretudo, as instâncias administrativas dispõem de melhores instrumentos para apreciar realidades complexas e fazer avaliações sistêmicas e de longo prazo.”⁴⁷ Ou seja, o foco, neste caso, é que as decisões sejam abrangentes e coletivas, diferentemente das decisões judiciais, que, em regra, tratam de um determinado caso específico, sem levar em consideração o impacto desta decisão sobre o sistema.

No entanto, para Barroso, não se trata de levar tais considerações ao extremo, tendo em vista o importante papel do Poder Judiciário na tutela dos direitos dos cidadãos, mas sugere um especial cuidado na justificação destas decisões, devendo ser fundamentadas em argumentos profundos, convincentes, baseados em dados concretos e considerações técnicas. E nesse sentido, finaliza, lembrando que um reajuste de 30% pode ser abusivo, enquanto um reajuste de 200% pode não o ser, dependendo das variáveis consideradas como balizes:

“Não será legítimo ao Judiciário, mediante o emprego de justificativas extraídas de cláusulas abertas e conceitos indeterminados constantes da legislação pertinentes – notadamente: ‘abusividade’ e ‘onerosidade excessiva’ -, e sem a apresentação de razões técnicas consistentes, substituir por outras as decisões da ANS sobre reajustes, decisões que envolvem claramente juízos técnicos. Até porque, e esse é um aspecto importante a ser considerado, tais cláusulas gerais são desprovidas de sentido específico quando desacompanhadas de elementos objetivos que justifiquem, tecnicamente, sua aplicação no caso concreto. Em outras palavras: os termos ‘abusividade’ e ‘onerosidade excessiva’ só ganham sentido diante de informações técnicas – como, e.g., cálculos matemáticos, atuariais, financeiros, econômicos, estatísticos – que comprovem sua adequação à situação específica a ser examinada.”⁴⁸

⁴⁶ BARROSO, Luiz Roberto. Direito ilntertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 227-262. p. 252.

⁴⁷ BARROSO, Luiz Roberto. Direito ilntertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 227-262. p. 254.

⁴⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Direito ilntertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 227-262. p. 261.

Entretanto, para Sampaio, o rol de procedimentos e eventos em saúde é a referência básica para cobertura mínima obrigatória estabelecida pela ANS e apesar da ANS interpretar restritivamente o rol, deixando de fora a obrigatoriedade dos procedimentos excluídos, estes procedimentos constantes do rol, não podem ser entendidos como exaustivos, e sim, exemplificativos. Para ele “a dinâmica da medicina atual, em constante e vertiginosa evolução, com cotidianas descobertas científicas, é absolutamente incompatível com a existência de um rol fechado de procedimentos”.⁴⁹ Esta situação tem gerado vários litígios, uma vez que os planos de saúde se recusam a cobrir os procedimentos e eventos não elencados no rol.

Porém, em sentido contrário, Carlini entende que operadoras estão obrigadas a cobrir apenas os procedimentos elencados no rol, o que não impede que ofereçam coberturas extras, porém, estas só poderão ser exigidas se estiverem acordadas contratualmente.

Nessa mesma linha de raciocínio, Souza esclarece que se o sistema privado, além de poder oferecer produtos com coberturas específicas, está obrigado a prestar uma cobertura mínima, elencada no rol de procedimentos obrigatórios da ANS, para os contratos celebrados à luz da Lei 9656/1998, não está, portanto, obrigado a cobrir todos os procedimentos existentes.⁵⁰

Além destas imposições legais de cobertura, a ANS regulamenta também as exclusões, que são hipóteses em que a cobertura não é obrigatória, entretanto, não são proibitivas, exceto para os casos de tratamentos ilícitos ou antiéticos, podendo, portanto, serem oferecidas pelos planos, devendo a operadora informar, explicitamente, no contrato tais exclusões, sob pena de ter que fornecê-las, no silêncio do contrato. Para Sampaio, a ANS ao estabelecer estas exclusões “prestou sua contribuição para potencializar os equívocos, seja oferecendo definições inadequadas, seja indo além do que lhe permitiria o seu poder regulamentar, o que acabou motivando muitas demandas judiciais”.⁵¹

⁴⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 271.

⁵⁰ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luís Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155.

⁵¹ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 274.

Pois bem, de forma simplificada, pode-se concluir que a ANS é o órgão responsável pela regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades responsáveis pela saúde suplementar. Além disso, cabe à ANS, a função de celebrar termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso, tendo o dever de fiscalizar o seu cumprimento, nas condições acordadas. E por fim, importante destacar que compete também à ANS a aplicação das penalidades do não cumprimento pelas operadoras de planos de saúde da Lei 9656 de 1998, assim como a sua regulamentação.⁵²

No segundo capítulo serão abordadas as questões da judicialização da saúde e constitucionalização do direito civil, fenômenos que tem exercido uma forte influência na concretização dos direitos fundamentais, especialmente, o direito à saúde, no âmbito da saúde suplementar.

⁵² MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

É importante a análise detalhada dos fenômenos que interferem nas relações privadas, fundamentados na constitucionalização do direito civil, onde é cada vez mais presente a aplicação dos princípios constitucionais na busca da solução dos conflitos estabelecidos nas relações contratuais de prestação de serviços de assistência à saúde.

Desta celeuma, surge o fenômeno da judicialização da saúde e Lopes⁵³ elenca os seus principais impactos: desestabilização do orçamento público para a saúde; desequilíbrios atuariais; insegurança jurídica; retração do mercado, pois as operadoras tendem a deixar de comercializar produtos que tenham possibilidades de judicialização; desestímulo ao investimento estrangeiro; diminuição de investimentos em processos de melhoria e na cadeia produtiva como, por exemplo, reajustes para os prestadores de serviço; ampliação da sinistralidade e dos custos assistenciais e operacionais, dentro outros.

Por isso, é relevante estimular o debate, envolvendo os atores do processo (beneficiários, operadoras de planos de saúde, médicos, hospitais, operadores do direito, agências reguladoras, etc) ampliando o discurso entre direito individual versus direito coletivo. Alguns passos importantes já foram dados, mas o tema não está consolidado e a opção pelo litígio tem sido uma realidade, e infelizmente, a alternativa menos efetiva na solução dos conflitos entre as operadoras e usuários de planos de saúde.

2.1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE VERSUS ATIVISMO JUDICIAL

Para Teixeira⁵⁴, um dos temas mais debatidos no âmbito jurídico brasileiro na atualidade tem sido quanto aos limites da atuação do poder judiciário, sobretudo a atuação do Supremo Tribunal Federal dentro do seu poder de controle de

⁵³ LOPES, Luiz Celso Dias. Auditoria e judicialização da saúde. In: GONÇALVES, Viviane Fialho (Org.). *Fronteiras da auditoria em saúde*. São Paulo: RTM, 2008. p. 95-124.

⁵⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

constitucionalidade, seja concentrado, seja difuso, sendo muitas vezes acusado aquele tribunal de extrapolar os limites jurídicos de atuação previstos na Constituição Federal de 1988.

Segundo Ramos, o Estado democrático tem como característica a institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos definidos constitucionalmente e “dado o êxito do movimento jurídico-político que ficou conhecido como constitucionalismo, esse Estado submetido ao direito se tornou sinônimo de Estado constitucional, em que uma das peças-chaves, inquestionavelmente, é o princípio da separação dos Poderes.”⁵⁵

Assim sendo, o princípio da separação dos poderes⁵⁶ prima pela definição das funções dos órgãos do Estado, que devem ser estruturados de maneira que estas funções sejam exercidas de forma especializada e independentes entre si. “Esse ponto ótimo do rateio de funções entre os Poderes (estruturas orgânicas independentes) deve ser encontrado com o foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder estatal, no interesse da liberdade.”⁵⁷ Importante ressaltar que não se trata de quebra de unidade do Estado, e sim, de um critério funcional de definição de atribuições. E conclui o autor:

“As constituições que consagram os postulados do Estado de Direito jamais deixam de indicar quais são os órgãos titulados ao exercício do poder estatal (os Poderes, com ‘p’ maiúsculo, na terminologia do constitucionalismo brasileiro). No entanto, nem sempre indicam, de modo expresso, a função (ou funções) que lhes compete exercer, com preferência em relação aos demais, e mais raramente ainda se ocupam da caracterização material dessa atividade. Ambas as tarefas, de toda sorte, acabam sendo cumpridas pela doutrina e pelos operadores do sistema, tendo como referencial o elenco de atos incluídos no rol de competências dos órgãos de poder. E se o fazem é porque não há como deixar de assim proceder, diante da acolhida do princípio da separação no Texto Magno, que exige como já se salientou, a identificação da função estatal associada a cada um dos Poderes, sob o prisma substancial. Tal função típica admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um

⁵⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

⁵⁶ Para efeito deste trabalho, a separação dos poderes será analisada à luz do constitucionalismo contemporâneo.

⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113.

núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente.”⁵⁸

Portanto, quando se fala em ativismo judicial, trata-se de uma ultrapassagem dos limites da função jurisdicional, em detrimento das funções legislativa (principalmente) e administrativa, o que significa “uma descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.”⁵⁹

Não se pode, contudo, deixar de registrar que quando a atividade dos operadores do direito se restringe à aplicação de forma absoluta do texto normativo, elimina-se a possibilidade de ativismo judicial, entretanto, abre-se espaço para o *passivismo judiciário*, fenômeno tão grave quanto o ativismo judicial.

Segundo Ciarlini⁶⁰, “o passivismo é visto como uma atitude obsequiosa dos juízes diante das decisões dos outros poderes do Estado”, ou seja, o juiz tem dificuldade em se opor ao texto normativo, impedindo assim, a afirmação, pelos indivíduos, dos seus direitos.

Neste contexto, observa-se que o ativismo judicial tem sido causa de intensos debates, sobretudo com a recente promulgação de um novo Código de Processo Civil (CPC), que tem concedido ao juiz julgador, questão de severas críticas feitas pela comunidade jurídica, poderes em demasia.

Por outro lado, *Judicialização* “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais”⁶¹ que seriam o Congresso Nacional e o Poder Executivo, incluindo o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. A judicialização representa, então, a transferência

⁵⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115-116.

⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

⁶⁰ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 112-113.

⁶¹ BARROSO, Luiz Roberto. Retrospectiva 2008. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril./junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf2008.>>. Acesso em: 01 maio 2014. p. 03.

de poder decisório para o judiciário de questões que até então eram decididas pelos poderes políticos, sobretudo o poder executivo.

Ativismo e judicialização são, segundo Barroso⁶², primos, mas não conceitos idênticos. Ativismo judicial, no contexto brasileiro é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Por outro lado, judicialização, para o autor, é “um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”.

O primeiro ocorre quando há uma omissão do poder público, sobretudo do legislativo, em garantir a sociedade direitos sociais constitucionalmente assegurados. Já no segundo caso ocorre a atuação vinculada do poder judiciário que age porque tem que agir na aplicação subjetiva ou objetiva da norma, aplicando-a no caso concreto.

Considerando os conceitos acima formulados, a situação de maior discussão e conflito é justamente a atuação do poder judiciário em seu ativismo judicial. Em muitos casos o conceito de ativismo judicial e judicialização são confundidos, cabendo, por isso, a necessidade de melhor pontuação destes fenômenos:

“A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”⁶³

⁶² BARROSO, Luiz Roberto. Retrospectiva 2008. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/junho, 2009. Disponível na internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf2008.>>. Acesso em: 01 maio 2014. p. 06.

⁶³ BARROSO, Luiz Roberto. Retrospectiva 2008. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/junho, 2009. Disponível na internet: <

Segundo Medeiros não há dúvidas que é competência do Poder Judiciante, o controle de constitucionalidade, mediante provocação, podendo “sindicar negativamente o ato do Poder Público que venha a embasar determinada política pública adotada ou em vias de ser pelo Estado, reconhecendo, se for o caso, a sua contrariedade ao texto constitucional.”⁶⁴

Esclarece o autor, que a discussão travada neste trabalho refere-se a outra situação, qual seja: “à pretensa legitimidade do Poder Judiciário para atuar positivamente sempre que divisada uma omissão inconstitucional, determinando, por exemplo, o fornecimento de medicamentos não constantes na relação de medicamentos do SUS”.⁶⁵ Importante ressaltar, conforme já visto anteriormente, que se reconhece o direito do cidadão de obter do Estado o fornecimento de medicamentos fundamentais para a manutenção da sua saúde, entretanto, destaca-se, também, as possíveis restrições que este direito possa vir a sofrer considerando a escassez dos recursos e a possibilidade de violação de outros princípios.

Entretanto, para Teixeira, mais importante que estabelecer uma tentativa conceitual ou os prós e contras em relação ao ativismo judicial, é importante reconhecer que se trata de uma patologia constitucional necessária, desde que positiva, em razão da impossibilidade de regulamentação de todos os potenciais litígios da vida em sociedade, defendendo dessa forma, o cidadão contra a omissão estatal, mas evidentemente, com limitação ao poder político do julgador. Por fim: “o que ocorreria se também o Judiciário decidisse abandonar uma postura ativista e passasse a se omitir diante das ofensas aos direitos fundamentais que muitas vezes são perpetradas pelo próprio Estado? A quem restaria recorrer?”⁶⁶

Para Gandini et al a “discussão sobre a concretização de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário não deve residir no fato de se saber se

<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>2008.>. Acesso em: 01 maio 2014. p. 06.

⁶⁴ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 98.

⁶⁵ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 98.

⁶⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012. p. 52.

os juízes têm ou não legitimidade para proferir tais decisões contra o Poder Público. Aliás, antes fosse apenas essa a preocupação que envolvesse esse tema.”⁶⁷

Por tudo exposto, fica claro que é salutar reconhecer e esclarecer à sociedade e ao poder público que existem demandas judiciais procedentes e improcedentes. O tema envolve uma grande discussão em todas as esferas do Governo e da sociedade a fim de se chegar a uma legislação justa, em que o direito individual não sobreponha o coletivo.

2.2 PACTA SUNT SERVANDA: SEGURANÇA JURÍDICA NOS CONTRATOS DE SAÚDE

Segundo Recaséns Siches “a segurança é o valor fundamental das relações jurídicas, sem a qual não pode haver Direito. Sem segurança não há Direito, nem bom, nem mau, nem de nenhuma classe.”⁶⁸

Apesar de prevista pela Constituição Federal e regulamentada no artigo 199, a prestação de serviços públicos, pela iniciativa privada, tem gerado controvérsias tendo em vista a sua natureza híbrida (serviços particulares voltados para o interesse público), questiona-se, assim, a criação e aplicação de normas de ordem pública para os contratos, interferindo, desta forma, na segurança jurídica e no equilíbrio econômico-financeiro das operadoras de saúde.⁶⁹

Mello⁷⁰ destaca o papel do Direito no que diz respeito à proteção de dois valores de grande relevância para os cidadãos que é a justiça e a segurança jurídica. A Lei Magna, assim como toda a legislação, destina-se a preservar a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal apresenta em dois artigos, a

⁶⁷ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, vol.11, n. 49, 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 16 out. 2014.

⁶⁸ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 2. ed. México: Porua, 1973. p. 294.

⁶⁹ MELLO, Marco Aurélio de. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15.

⁷⁰ MELLO, Marco Aurélio de. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15.

segurança como um direito do cidadão: o artigo 5º contempla o rol das garantias constitucionais e o artigo 6º, dos direitos sociais. Segundo o artigo 5º, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Já o artigo 6º, traz a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer e segurança como direitos sociais.

É sabido e incontroverso que cláusulas contratuais que vedam direitos, são nulas, portanto, a liberdade contratual está limitada à proteção dos direitos constitucionais, especialmente, no tocante à dignidade da pessoa humana. Entretanto, isso não quer dizer que se devem aplicar aos serviços privados de assistência à saúde, as mesmas imposições impostadas ao Estado com base no direito constitucional à saúde. Sampaio⁷¹ destaca que a atividade econômica tem peculiaridades que não podem ser ignoradas, inclusive, a natural busca ao lucro. Para ele, o que deve ficar claro é que estas empresas tem o dever de atuarem de forma ética, levando-se em consideração que estão tratando dos bens mais preciosos da humanidade: a vida, saúde e qualidade de vida dos consumidores. Como consequência disso, e em face também da proteção estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, são inconstitucionais quaisquer decisões, sejam elas legislativas ou administrativas, que impliquem em desproteção dos beneficiários de planos de saúde.

Sampaio lembra a rápida evolução histórica dos contratos, partindo de uma concepção clássica norteadas pelos princípios da autonomia da vontade, consensualismo, força obrigatória e da relatividade dos efeitos do contrato, para um instrumento que visasse não mais a realização de direitos individuais, simplesmente, mas também, uma forte preocupação com os interesses coletivos, instituindo-se, assim, a função social dos contratos.⁷²

Antes de tratar propriamente deste novo modelo de contrato, amparado nos princípios constitucionais, faz-se necessário conceituar os princípios norteadores da concepção clássica de contrato, a fim de melhor compreender as mudanças ocorridas ao longo do tempo, tendo como referência, os conceitos de Sampaio:⁷³

⁷¹ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010.

⁷² SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010.

⁷³ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010.

a) *Princípio da autonomia da vontade*: “força capaz de atribuir aos contratantes ampla liberdade de regulação das suas relações jurídicas negociais, objetivando exclusivamente a satisfação dos seus próprios interesses, expressão do individualismo jurídico, limitada tão somente pela ordem pública e pelos bons costumes. No estreito papel reservado ao ordenamento jurídico em matéria contratual, cabia à lei, apenas, estabelecer as regras mínimas demarcadoras dos limites dentro dos quais quaisquer proveitos econômicos, por mais exagerados, seriam admissíveis”. (p. 69)

b) *Princípio do consensualismo*: “determina que a formação do contrato não dependa de outra coisa senão do simples consentimento, dispensando qualquer formalidade para obrigar as partes e produzir os efeitos admitidos pela ordem jurídica. Nesse instante, somente com o acordo de vontades, reputa-se perfeita a avença.” (p. 69-70)

c) *Princípio da força obrigatória dos contratos*: “as partes estão adstritas ao fiel cumprimento do que foi avençado, já que o pacto faz lei entre as partes, independentemente de quaisquer circunstâncias.” (p. 71)

d) *Princípio da relatividade dos efeitos do contrato*: “diz respeito ao âmbito subjetivo alcançado pela relação jurídica contratual, ou seja, que pessoas serão afetadas pelo pacto. Na concepção tradicional, os efeitos da avença limitam-se às suas partes, assim entendidos aqueles cujas vontades fizeram surgir um vínculo contratual, não atingindo, em proveito ou detrimento, a terceiros.” (p. 73)

Este modelo, concebido pela doutrina tradicional, a exemplo de Caio Mário e Orlando Gomes, entendia que o contrato resultava do encontro de pessoas iguais que, como interesses próprios, discutem os seus termos e livremente manifestam a vontade de constituir ou não uma relação jurídica obrigacional.⁷⁴

Gonçalves⁷⁵ lembra que para a concepção clássica, a *necessidade de segurança nos negócios* era fundamental, personificada pela máxima *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), só podendo ser alterados, bilateralmente, mediante consenso entre as partes, não sendo permitida a alteração unilateral, nem mesmo pelo magistrado. As únicas limitações permitidas, por esta corrente clássica, referem-se ao caso fortuito ou força maior.

No entanto, com o surgimento dos movimentos sociais, “sob a alegação de que o poder econômico acarretava a exploração dos economicamente mais fracos pelos poderosos, sob pena de não contratar”⁷⁶, percebeu-se que não havia

⁷⁴ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010.

⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 49.

igual liberdade contratual entre as partes, não podendo mais se falar em absoluta obrigatoriedade dos contratos.

Como consequência, houve uma mudança no entendimento, permitindo, excepcionalmente, a intervenção do Poder Judiciário no conteúdo de certos contratos, a fim de manter o equilíbrio das prestações. Desta feita, acabou culminando na ideia do direito moderno amparado na necessidade da intervenção do Estado nas relações contratuais. Importante destacar que a flexibilização do princípio da obrigatoriedade dos contratos, não significa o seu desaparecimento, sendo fundamental que haja segurança jurídica nas relações jurídicas criadas pelos contratos.⁷⁷

Sampaio complementa lembrando que este modelo tradicional não condiz mais com a realidade, especialmente, nas relações de consumo, cujos contratos são padronizados, com cláusulas predispostas de modo unilateral, ou seja, geralmente, são contratos de adesão, demonstrando um desequilíbrio de forças entre as partes, prevalecendo sempre a vontade do mais forte, e nesse sentido, derrubando a ideia de que é resultado exclusivo da vontade de pessoas livres e iguais. Diante deste quadro, reforça-se o entendimento da necessária interferência do Estado nas relações privadas, com a finalidade de compensar este desequilíbrio, relativizando a autonomia da vontade e surgindo, desta forma, os denominados direitos fundamentais de segunda geração.

Para Martins, a autonomia contratual, até então ilimitada e ensejando abusos, passou a ser uma autonomia de vontade equilibrada, “cabendo ao Estado intervir para realização do equilíbrio entre as partes, tanto no âmbito das relações de emprego, quanto nas relações de consumo, e foi neste contexto que surgiu o Estado interventor.”⁷⁸

Segundo Gonçalves⁷⁹, “a economia de massa exige contratos *impessoais* e *padronizados* (contratos-tipo ou de massa), que não mais coadunam com o

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3.

⁷⁸ MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 188.

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 24.

princípio da autonomia da vontade”, assim sendo, estará sempre sujeito à intervenção do Estado, na busca da supremacia da ordem pública, em detrimento ao direito individual. Para ele, esta situação tem criado um “*dirigismo contratual*”, nos setores que interessam a toda a coletividade, como é o caso dos planos de saúde.

Para Gregori⁸⁰, o dirigismo contratual é consequência desse reconhecimento do valor social dos contratos e se justifica pela necessidade de intervenção do Estado com foco nesse interesse coletivo, consagrando, portanto, a função social do contrato.

Gregori⁸¹ esclarece também, que nas relações de massa, os contratos podem ser verbais, “mediante a aceitação pelas chamadas condutas sociais típicas, como exemplo, os simples recibos, os *tickets* de caixas automáticos, os bilhetes de ingresso em espetáculos etc.” Pode ainda, ser de adesão, o que ocorre quando é estabelecido unilateralmente, sem possibilidade de discussão pelas partes contratantes.

Assim sendo, a contratação em massa ocorre de forma mais ágil, uma vez que as cláusulas são previamente estipuladas, tornando-se instrumentos contratuais padronizados pelo fornecedor do produto ou serviço contratado. Nesse sentido, resta ao consumidor aderir ou recusar o contrato proposto, deixando de atuar como sujeito proativo na elaboração do contrato a ser celebrado. Trata-se, portanto, de um importante fenômeno de massificação das relações contratuais, em contraposição à concepção tradicional dos contratos.⁸²

Esse modelo de contrato, de adesão, passou a ser objeto de diversas práticas abusivas por parte do fornecedor, que detinha o monopólio de sua elaboração, surgindo assim, a necessidade de se criar mecanismos de controle, o que ocorreu pela primeira vez, através do Código de Defesa do Consumidor, sob a perspectiva moderna do contrato, conforme ensina Gregori:

⁸⁰ GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 31).

⁸¹ GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 31). p. 12.

⁸² GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 31).

“Assim é que tem o fornecedor predisponente o dever de deixar explícito, no contrato de consumo, todas as vantagens e riscos que envolvem o negócio que está sendo celebrado (a aquisição de um produto ou serviço), de tal sorte que as cláusulas que destoarem dos princípios basilares da Lei Consumerista padecerão de nulidade de pleno direito, não produzindo, portanto, efeitos jurídicos, ainda que textualmente escritas no contrato. Não está o consumidor obrigado a dar-lhes obediência.”⁸³

Nesse contexto, a prestação de assistência à saúde se dá por meio de um contrato relacional de consumo, de adesão, por tempo indeterminado e execução continuada, denominado contrato de plano ou seguro-saúde. Esta contratação gera obrigações recíprocas:

“o consumidor assume o compromisso de pagar periodicamente as prestações pecuniárias correspondentes aos serviços oferecidos pelo fornecedor, ao passo que a este cabe prestar o serviço de cobertura dos procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos, quando o consumidor deles necessitar.”⁸⁴

Nota-se, portanto, que se trata de um modelo de contrato complexo, destinado a prolongar-se no tempo, e, por isso, são chamados de contratos de consumo relacionais ou cativos, prevalecendo uma condição de dependência do consumidor e a ideia de cooperação entre as partes envolvidas.

Além disso, os contratos de planos de saúde são considerados aleatórios, pois dependem de um evento futuro e incerto, que é a necessidade de tratamento médico/odontológico que possa vir a surgir para seus clientes-consumidores, sendo, portanto, obrigação do fornecedor prestar a assistência médico-hospitalar e/ou odontológica ou reembolsar os gastos realizados para o tratamento de saúde. Assim sendo, embora sejam contratos de natureza de consumo, submetidos, portanto, as regras do Código de Defesa do Consumidor, finaliza a autora lembrando que “em razão da sua especificidade, merecem uma legislação específica para disciplinar a matéria.”⁸⁵

Santos destaca como característica dos contratos de planos de saúde, a continuidade, ou seja, renovam-se de tempos em tempos, e nesse sentido, é de

⁸³ GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 31). p. 139.

⁸⁴ GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 31). p. 140.

⁸⁵ GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 31). p. 143.

suma importância que o consumidor tenha a segurança de que os gastos com a sua saúde, sejam cobertos pelo plano, na medida das suas necessidades:

“Os contratos de planos e seguro-saúde são contratos de longa duração, de trato sucessivo e que implicam numa obrigação de resultado, pois se espera da empresa que comercializa os denominados ‘planos de saúde’ um ato preciso, um ‘prestar serviços médicos’, um ‘reembolso de quantias’, um ‘fornecer exames e medicamentos’. Por essa razão cria-se uma expectativa de segurança ao consumidor, que acredita estar protegido.”⁸⁶

Martins complementa que “atualmente, em relação aos contratos de saúde, o Estado ao intervir nesse tipo de relação visa privilegiar o interesse público nele envolvido.”⁸⁷ O contrato passa a ter, uma função social, na medida em que torna um instrumento para concretização de interesses coletivos. Tem-se, então, uma nova concepção de contrato, onde o a autonomia da vontade deixar de ser o elemento central, cedendo lugar a outros elementos, como o interesse social, tendo em vista a relevância na vida em sociedade.

Função social dos contratos é cláusula geral e contribui para a concretização de valores constitucionais como dignidade humana, solidariedade e justiça social, como ensina Sampaio:

“funcionam como instrumentos para efetivação dos princípios, permitindo ao seu aplicador maior flexibilidade para, liberto das amarras de uma elaboração legislativa exclusivamente casuística, fazer prevalecer, diante do caso concreto, os valores que encerram, sobretudo em face do dinamismo da sociedade hodierna, que exige do direito ferramentas aptas a acompanhar as suas velozes mutações, sem perecer, por decrepitude, em face das novas realidades que continuamente promanam do seu interior.”⁸⁸

Pois bem, foi assim que da total liberdade contratual, época em que os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos eram inabaláveis, houve uma grande evolução histórica, culminando com a interferência do Estado nas relações contratuais privadas e diminuindo significativamente a influência destes princípios. Nesse sentido, conclui-se que houve uma relativização da autonomia da vontade, além de não ser mais possível o nascimento de contratos a partir do puro consenso. Em relação ao princípio da força obrigatória dos

⁸⁶ SANTOS, João Felipe Pantaleão Carvalho. *A boa-fé nos contratos de “planos de saúde”. O debate sobre contratos antigos e novos, e a dúvida sobre o que é prótese (stent e outros)*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Jul. 2009. Disponível em:<investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/contratos/3958>. Acesso em: 14 out. 2014.

⁸⁷ MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 188.

⁸⁸ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010, p. 82.

contratos, destaca-se também a sua limitação, uma vez que perdeu parte da sua intangibilidade, cedendo lugar para o aumento do poder interventivo do juiz em seu conteúdo, mitigando assim, o princípio *pacta sunt servanda*. E por fim, possibilitou que terceiros, ainda que não façam parte no contrato, possam intervir nestes, na medida em que estejam sujeitos aos reflexos danosos na sua esfera subjetiva.⁸⁹

Além disso, como parte do processo de evolução histórica dos contratos, houve a inclusão da boa-fé objetiva como princípio geral do direito, passando a obrigar as partes a agirem de acordo com os princípios da probidade e lealdade, inserindo assim, a ética, nas relações contratuais.

Segundo Sampaio⁹⁰, a positivação do princípio da boa-fé somente ocorreu no direito brasileiro, com a introdução do Código de Defesa do Consumidor, estando preconizado em dois artigos: no artigo 4º, inciso III, atua como orientador de interpretação e integração e no artigo 51, inciso IV, como cláusula geral. Posteriormente, foi introduzido no código civil de 2002, interferindo nas relações privadas, através do normatizado nos artigos 113, 187 e, especialmente, o artigo 422.

O artigo 422 do Código Civil trata do princípio da boa-fé como importante instrumento de modificação das relações contratuais, em diversos casos específicos, como enumera Mathias:

- “a) a boa-fé tem relevante papel como critério fundamental de interpretação de negócios jurídicos, passando a ser o principal critério de hermenêutica;
- b) cria ainda os chamados deveres secundários ou anexos de conduta que, mesmo não estando expressos nos contratos, vinculam as partes obrigando-as adotar determinadas condutas impostas pela boa-fé;
- c) gera limites ao exercício dos direitos dos contratantes, impedindo a realização de condutas contrárias aos parâmetros de lealdade e de cooperação”⁹¹

⁸⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010.

⁹⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010.

⁹¹ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95-118.p. 104.

Para Santos, “a cláusula de boa-fé objetiva encontra-se implícita em nosso ordenamento jurídico antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, mas explicitadas a partir desses marcos legislativos.”⁹²

Faz-se necessário, ainda, distinguir a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva. Segundo Sampaio⁹³, a boa-fé subjetiva está relacionada com estado psicológico da pessoa, que entende estar agindo corretamente, amparado no seu direito, podendo ser considerada, o oposto da má-fé. Já a boa-fé objetiva, que se aplica nas relações contratuais, exige um comportamento baseado na lealdade, transparência e honestidade, ou seja, um modelo de conduta que se preocupa com interesses alheios. Importante ressaltar, que o contrário da boa-fé objetiva não é a má-fé, como muitos pensam, e sim, tão somente, a falta de boa-fé. Por fim, vale lembrar, que a boa-fé objetiva trata-se de um conceito jurídico indeterminado, exigindo que o juiz faça uma valoração para o caso concreto, a fim de preencher o seu conteúdo com a norma adequada para cada situação.

Sendo assim, as relações contratuais entre os beneficiários e os planos de saúde sofrem uma forte interferência do princípio da boa-fé na solução dos conflitos. Do ponto de vista das operadoras, o princípio da boa-fé deve zelar pelo equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e coibir condutas contrárias como a solicitação de procedimentos não cobertos e de procedimentos de alto-custo, passíveis de substituição por outros de igual efeito. Já na visão do usuário, o princípio da boa-fé deve atentar para as negativas de coberturas regulamentadas e para as condutas das operadoras com intuito de dificultar as autorizações de procedimentos, tornando-as morosas e cansativas. Além disso, por ser um princípio geral do direito, terá efeitos em relação a terceiros também, como médicos, laboratórios, hospitais, etc. E por fim, lembra Mathias,⁹⁴ que a aplicação da teoria da boa-fé objetiva de forma inadequada cria o fenômeno denominado ‘banalização da

⁹² SANTOS, João Felipe Pantaleão Carvalho. *A boa-fé nos contratos de “planos de saúde”. O debate sobre contratos antigos e novos, e a dúvida sobre o que é prótese (stent e outros)*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Jul. 2009. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/contratos/3958>. Acesso em: 14 Out. 2014.

⁹³ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010.

⁹⁴ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95-118.

boa-fé', causando prejuízos para as relações contratuais, seja direta ou indiretamente aos atores envolvidos no processo.

Além dos princípios gerais dos contratos, sob a influência da nova teoria contratual, temos outros princípios e regras do Código Civil de importância na solução dos conflitos em função dos contratos celebrados entre usuários e operadoras de planos de saúde, dentre estes princípios, Mathias cita, pela relevância nos contratos de seguro, o princípio do mutualismo:

“o seguro, numa visão técnica, nada mais é do que a criação de um fundo mutual formado pela contribuição dos segurados com o objetivo de suportar as consequências econômicas prejudiciais advindas do evento considerado. Ou seja, determinadas pessoas, por não pretenderem se submeter solitariamente aos prejuízos econômicos de um certo evento, se unem para criar um fundo, para o qual todas contribuem, e que suportará os danos produzidos pelo evento indesejado. Transforma-se, pois, um risco individual, num risco coletivo.”⁹⁵

Para Souza,⁹⁶ o fundamento básico dos contratos de planos de saúde é o princípio do mutualismo, que tem como característica a cooperação, onde as contribuições têm que estar adequadas aos riscos, já que há uma tendência a perpetuidade desses contratos.

Nesse sentido, o consumidor, ao contratar um plano de saúde, troca o risco de um grande gasto sem planejamento, devido aos males que possam acometer a sua saúde, pelo pagamento de prestações periódicas, optando por dividir este ônus com outros consumidores e transferindo o risco para a operadora de planos, que funcionará como administradora dos recursos financeiros destas pessoas, com a finalidade de assegurar a solvabilidade e liquidez do fundo formado, de onde sairão os recursos para pagar os sinistros. Assim, o mutualismo constitui a base do seguro. E complementa Sampaio:

“Obviamente, para que tudo não se resuma a uma espécie de jogo, uma verdadeira ‘roleta’, e mesmo para que não haja desequilíbrios futuros, a contraprestação inicial a cargo do consumidor - relativa ao momento da contratação - deve ser fixada pela operadora levando em consideração critérios técnicos atuariais, particularmente a lei dos grandes números.

⁹⁵ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95-118. p. 108.

⁹⁶ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155.

Assim, a ideia que preside os planos de saúde é a de reunir um grande número de pessoas expostas aos mesmos eventos (riscos à sua saúde) e, mediante o estabelecimento do equilíbrio entre as suas prestações e o dispêndio da operadora, garantir-lhes o atendimento médico, hospitalar ou odontológico, se e quando necessário, custo a ser absorvido, repita-se, pelo fundo comum, formado pelas contribuições da respectiva carteira de consumidores.”⁹⁷

É um equívoco pensar que o mutualismo não merece a atenção por parte do poder judiciário, pois, é preciso estar atento a esta estrutura dos seguros de saúde, com a finalidade de proporcionar aos usuários a devida segurança quando na ocorrência de um evento previsto no risco, “tendo sempre presente a ideia de que a concessão de benefícios não cobertos e a criação de novos direitos sem amparo contratual desfalcarão o fundo mútuo”⁹⁸, ou seja, os abusos individuais de determinados segurados refletirão em toda a coletividade. Importante ressaltar, que, embora o mutualismo tenha ligação direta com os contratos de seguro, a sua aplicabilidade é válida também para todos os planos de saúde.

Mathias⁹⁹ classifica os planos de saúde quanto à formação do preço em duas espécies:

⁹⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010.

⁹⁸ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95-118. p. 110.

⁹⁹ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95-118. p. 111.

Tabela 1. Classificação dos Planos de Saúde

Classificação dos Planos de Saúde	Formação do Preço
Pré- Pagamento	<p>“Nos planos de saúde de pré-pagamento, a situação se assemelha à do seguro, uma vez que a mensalidade é calculada em moldes semelhantes ao do prêmio do contrato de seguro. O montante devido é fixado com base atuarial, levando-se em consideração as séries históricas. Examina-se a probabilidade dos riscos segurados virem a se verificar, bem como a magnitude dos custos envolvidos. Apura-se, assim, o montante necessário a custear as despesas médicas e hospitalares do grupo segurado como um todo. Esse valor, então, é rateado por todos os segurados, com bases nos critérios fixados na lei e nos diversos contratos.”</p>
Pós-pagamento	<p>“Nos planos de pós-pagamento ou por administração, a operadora recebe exatamente o que gastou com todas as intervenções realizadas pela coletividade de usuários. Entretanto, cada usuário não paga pelo que efetivamente gastou, mas sim um percentual da totalidade das despesas realizadas por todos os segurados, fixado com base na lei no contrato. Nesta hipótese, os valores das mensalidades não são fixados com expectativa de despesas. Apesar disso, o mutualismo se mostra com todos os seus contornos, já que os riscos e as despesas efetivas de cada usuário são arcadas pelo conjunto de usuários.”</p>

Fonte: elaborado pela autora a partir de MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95-118.

Por fim, conclui o autor que independente da natureza jurídica do contrato, o mutualismo irá delimitar o equilíbrio econômico-financeiro nesta relação entre usuário e plano de saúde, sendo, portanto, fundamental que o operador do

direito esteja ciente dos efeitos produzidos por suas decisões, que apesar de serem individuais, refletirão em toda a coletividade.¹⁰⁰

Assim, conforme já descrito acima, também no âmbito da saúde privada, ocorre a interferência do Estado, nas relações entre beneficiário e plano de saúde, a fim de garantir o equilíbrio entre as partes, limitando, portanto, a autonomia da vontade.

Ocorre que, para além da busca do equilíbrio entre as partes, através da regulação pelo Estado na saúde suplementar, os contratos passaram a sofrer também a influência do fenômeno conhecido como constitucionalização do direito civil, passando o interesse público a prevalecer, com a finalidade de garantir o direito à dignidade da vida humana, conforme esclarece Carlini:

“Os princípios constitucionais passaram a liderar o conjunto de instrumentos disponíveis para os juristas realizarem a interpretação das cláusulas contratuais, a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Esse movimento no sentido da constitucionalização do direito privado representou, em verdade, a diminuição das barreiras que separavam esses dois objetos de estudo do direito (público e privado), com acentuada diminuição da auto referência do direito privado com *locus* de maior importância para o desenvolvimento das pesquisas e estudos em direito.”¹⁰¹

Nesse contexto, Carlini¹⁰² questiona se essa interferência do Estado nos contratos de saúde suplementar “não deveria, em boa medida, ser calibrada para a realidade em que eles se inserem, ou seja, de relativa liberdade econômica e mercadológica.”¹⁰³ Assim sendo, quando a decisão judicial é desfavorável a operadora, que decidiu baseada na regulação feita pelo próprio Estado, ao estabelecer, cláusula contratual de restrição imposta ao usuário, por exemplo, através da regulação da ANS, não estaria demonstrando a ineficiência da regulação estatal? E mais: não caberia punição ao Estado, já que foi o único responsável por estabelecer a cláusula contratual ou da restrição imposta ao usuário?

¹⁰⁰ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95-118.

¹⁰¹ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 125.

¹⁰² CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁰³ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 129.

“É o que acontece com a determinação do Estado, por intermédio da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária -, que regulamenta que somente medicamentos homologados por ela possam ser utilizados no Brasil. Em casos oncológicos não é raro que medicamentos utilizados em outros países ainda não estejam homologados pela ANVISA no Brasil. O médico do usuário recomenda o uso do medicamento e a operadora nega, porque está impedida por lei de realizar esse fornecimento.”¹⁰⁴

Nessa medida, o poder judiciário determina que a operadora forneça o medicamento fundamentado no princípio da dignidade da pessoa e na indicação médica para utilização do medicamento, obrigando-a a agir de forma contrária ao determinado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a cobrir procedimentos não previstos nos orçamentos das operadoras, muito menos nos contratos celebrados com os beneficiários de planos de saúde, levando ao desequilíbrio econômico-financeiro, cujo custo será arcado por todos, inclusive pelos que utilizam o plano de forma correta, tendo em vista o princípio do mutualismo. Não estaria, o Estado, desta forma, criando insegurança jurídica em todo o mercado de saúde suplementar, encarecendo os planos e diminuindo a oferta?¹⁰⁵

Para Chevitarese¹⁰⁶ “o veredito de uma decisão, em matéria de ‘segurança’ deve estabelecer critérios de confiança e estabilidade para a sociedade” e, nesse sentido, “deve-se buscar o equilíbrio entre o conforto da segurança e os avanços trazidos pela modernidade”, devendo o magistrado agir com prudência na busca da ordem jurídica.

Chevitarese lembra ainda o papel do Supremo Tribunal Federal (STF), que tem dentre as suas competências, realizar a segurança jurídica:

“Esse rol de expectativas, com destaque para a segurança jurídica, nos indica que, no exercício da estabilidade, os debates produzidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, constituem-se em critérios de conformação, em concreto, da segurança jurídica e da própria certeza para o Direito. Cumpre reconhecer que essa análise demanda uma pergunta prévia: qual o

¹⁰⁴ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 129.

¹⁰⁵ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁰⁶ CHEVITARESE. Aléssia Barroso Lima Brito Campos. O direito em seu laboratório jurisdicional: os sentidos de verdade e segurança jurídica. In: *Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2013, São Paulo. v. 1. p. 392-418.

limite da atividade criativa do juiz para que não usurpe a 'esfera do conforto' e a estabilidade social?"¹⁰⁷

Para a autora, a ordem jurídica sofre forte influência da ciência que é movida pela incerteza, entretanto, o direito não pode desconsiderar o novo, mesmo que incerto, devendo desvendar a verdade através da incerteza e complementa:

"Hoje, a evolução do direito no campo decisional demanda uma incerteza quanto ao processo de criação da verdade e uma certeza quanto a necessidade de um experimento no laboratório judicial das implicações decorrentes do processo de mudança social."¹⁰⁸

Chevitarese considera ser um erro avaliar a segurança jurídica de forma estática. E complementa com os dizeres de Pires:

"o ordenamento jurídico deve sustentar a segurança coletiva, respeitada a segurança das esferas individuais. É dizer: há de se buscar no plano da segurança jurídica coletiva a legitimação das ordens fragmentárias de estabilidade, sob pena de quebra da ideia de uma ordem inclusiva e não segregadora do Direito."¹⁰⁹

Assim sendo, a segurança jurídica proporciona um entendimento das consequências dos atos e fatos da sociedade:

"As modificações da jurisprudência não podem configurar surpreendentes 'reviravoltas' judiciais. É necessário que o magistrado atenuie os efeitos da mudança, protegendo a confiança e a boa-fé daqueles que tinham pautado seu comportamento de acordo com os comandos judiciais superados"¹¹⁰

Por fim, constata a autora¹¹¹ que a segurança jurídica sempre causará questionamentos, a depender do caso concreto, pois trata-se de um processo dinâmico, uma vez que é regida pelo movimento e o que se almeja, é exatamente, a segurança deste movimento, sendo fundamental a postura do magistrado no momento da decisão para a manutenção da confiança e estabilidade do direito.

¹⁰⁷ CHEVITARESE. Aléssia Barroso Lima Brito Campos. O direito em seu laboratório jurisdicional: os sentidos de verdade e segurança jurídica. In: *Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2013, São Paulo. v. 1. p. 392-418. p.401.

¹⁰⁸ CHEVITARESE. Aléssia Barroso Lima Brito Campos. O direito em seu laboratório jurisdicional: os sentidos de verdade e segurança jurídica. In: *Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2013, São Paulo. v. 1. p. 392-418. p.402.

¹⁰⁹ PIRES apud CHEVITARESE. Aléssia Barroso Lima Brito Campos. O direito em seu laboratório jurisdicional: os sentidos de verdade e segurança jurídica. In: *Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2013, São Paulo. v. 1. p. 392-418. p.402.

¹¹⁰ CHEVITARESE. Aléssia Barroso Lima Brito Campos. O direito em seu laboratório jurisdicional: os sentidos de verdade e segurança jurídica. In: *Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2013, São Paulo. v. 1. p. 392-418. p.405.

¹¹¹ CHEVITARESE. Aléssia Barroso Lima Brito Campos. O direito em seu laboratório jurisdicional: os sentidos de verdade e segurança jurídica. In: *Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2013, São Paulo. v. 1. p. 392-418.

E finalizando o entendimento acima, Carlini lembra ainda, que o contrato de saúde privada não dever ser interpretado como forma de suprir a ineficiência do Estado, e muito menos, um instrumento de políticas públicas, sem levar em conta a questão econômica que o permeia. E complementa, com a seguinte reflexão:

“o que a sociedade brasileira neste momento histórico entende correto conceder e negar quando se trata de acesso à saúde? No plano público esse debate é político porque o acesso à saúde se dá por políticas públicas. E no plano privado esse debate é político? Sim, porque envolve uma comunidade de pessoas que se agregam em razão de sustentação de uma mutualidade cujo fundo construído a partir da contribuição de todos, custeará os acessos daqueles que tiverem necessidades ao longo do período de duração do contrato.”¹¹²

Importante destacar, que por político, entende-se a discussão sobre as formas de organização social, e não somente, organização pública estatal, a fim de caracterizar os conflitos oriundos da utilização dos recursos coletivos em condições individuais, com finalidade de buscar o equilíbrio e sustentabilidade do sistema privado de acesso à saúde, sem os quais, levará a falência do sistema, pois se “a proteção do usuário coloca em desequilíbrio o mercado é preciso retomar as reflexões e mesmo em um tema sensível como a saúde privada, resgatar o pressuposto fundamental de que contratos são formalizados como instrumento de previsibilidade das operações que eles representam.”¹¹³

O fato é que há pontos da legislação vigente sobre o tema que ainda precisam ser regulados e a regulação existente, muitas vezes, se mostra falha, necessitando ser revista, a fim de proporcionar maior segurança jurídica, mesmo diante das incertezas oriundas da própria dinâmica da evolução da sociedade.

2.3 RAZÃO FINALÍSTICA: O IMPACTO ECONÔMICO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Para Botelho, Richard Posner, nos anos 70, protagonizou um dos mais importantes debates entre juristas e economistas, em que defendia que “as regras

¹¹² CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 130-131.

¹¹³ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 131.

de direito devem ser eficientes e com base nesse valor devem ser interpretadas. E eficiência, nesse contexto, significa a maximização do bem-estar social.”¹¹⁴

Segundo o autor, ainda que pesem a diversas críticas feitas à análise econômica do direito de Posner, é inegável o seu valor para a comunidade jurídica, uma vez que procurou:

“estabelecer critérios de decisão e uma regra útil na argumentação, que procura romper com a pura análise *ex ante* da norma jurídica – que vê o tempo do presente para o passado – para se perguntar quais os incentivos e consequências que irá provocar no futuro. Suas formulações mais modernas e realistas procuram chamar a atenção para um novo critério de decisão (*economics matter*) que será aplicado em conjunto com outros objetivos e valores.”¹¹⁵

Assim sendo, o direito deixou de ser analisado isoladamente, passando-se a levar em consideração, vários outros fatores e repensando a atuação do poder judiciário para além dos efeitos no processo, ou seja, os juízes deveriam avaliar o impacto econômico-financeiro que as decisões jurídicas iriam causar na sociedade, como um todo.

Alcântara¹¹⁶ avalia os efeitos negativos das diversas decisões judiciais individuais amparadas no direito constitucional à saúde e propõe uma avaliação do tema à luz da ‘Teoria do Custo dos Direitos’, sob a perspectiva de que “levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério”¹¹⁷. E corroborando com este entendimento Amaral complementa:

“Com efeito, percebe-se que, malgrado tenha assumido o papel de concretizador dos direitos sociais, o Poder Judiciário ainda permanece atrelado a uma formação de viés individualista, própria do Estado liberal. Tal formação impõe-lhe uma espécie de ‘miopia cognitiva’, que limita o raio de avaliação jurisdicional às balizas do caso concreto, à microjustiça da lide submetida à sua apreciação. Suas novas funções, no entanto, exigem-lhe outra formação, um novo olhar sobre as lides. A concretização dos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde, exige do julgador uma ampliação

¹¹⁴ BOTELHO, Ramon Fagundes. *A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 118.

¹¹⁵ BOTELHO, Ramon Fagundes. *A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 118.

¹¹⁶ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 16, n. 57, p. 88-94, maio/ago. 2012.

¹¹⁷ HOLMES; SUSTEIN, apud ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 16, n. 57, p. 88-94, maio/ago. 2012. p. 92.

dos horizontes, uma capacidade de estimar também a macrojustiça, de modo que a justiça do caso concreto seja sempre assegurada a todos os que estão ou possam vir a estar em situação similar.”¹¹⁸

Carlini¹¹⁹ lembra que escassez significa que haverá dificuldades para atender a todos de forma justa, pois para que sejam tratados de forma igualitária, implicará custos insustentáveis, mesmo que, a princípio, se possa dar a poucos tudo o que for necessário para a manutenção da sua qualidade de vida.

Para Amaral, administrar, em termos de saúde, é gerir recursos limitados para atender necessidades ilimitadas. E complementa:

“A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável”¹²⁰

Timm¹²¹ lembra que o problema orçamentário em relação à saúde é mais complexo do que em relação à moradia, pois, os custos de tratamentos médicos tendem aumentar ao longo do tempo, tendo em vista o envelhecimento populacional e os avanços tecnológicos, enquanto isso, os custos com construção diminuem.

Para Timm¹²², não se trata, entretanto, de se questionar a essencialidade dos direitos sociais e muito menos de questionar a sua importância. Mas se trata, sim, de encontrar a melhor forma de fazê-lo, ou seja, deve-se fazer com maior eficiência. “Nota-se inclusive que eficiência não é apenas um valor para economistas ou para o mercado, mas obriga o próprio Estado (artigo 37 da CF).”

¹¹⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 18.

¹¹⁹ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹²⁰ AARON; SCHWARTZ apud AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 111-144. p. 117.

¹²¹ TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 283-300.

¹²² TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 286.

Nessa perspectiva de Direito e Economia, para o autor, o emprego dos recursos financeiros deve ser feito de modo a atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso, através de critérios de escolhas. Isso é eficiência. E finaliza:

“Normalmente o problema apontado para os juristas frente à Economia é que ela rejeitaria a noção de justiça, a qual, por sua vez, seria a preocupação fundamental do Direito. No entanto, se pensarmos que a ineficiência provoca desperdícios em uma sociedade, certamente não seria justo que os recursos da sociedade fossem gastos sem maximizar a sua utilização social.”¹²³

O papel ativista do poder judiciário não é a forma mais eficiente de promover os direitos sociais, pois as suas decisões causam ‘efeitos de segunda ordem’, gerando precedentes e atingindo as expectativas dos agentes privados. Assim, as sentenças proferidas pelos juristas geram efeitos chamados de ‘externalidades’ pelos economistas. “Essas consequências podem ser positivas para a sociedade ou negativas. Por isso devem ser levadas em consideração pelos órgãos decisórios.”¹²⁴

Segundo o autor, embora existam abusos por parte das operadoras de planos de saúde, elas exercem uma importante função social, pois transferem do sistema público para o privado, usuários que tem condições financeiras de arcar com os custos dos bens e serviços na área de saúde. Caso não existissem planos de saúde, as pessoas de maior poder econômica estariam usando o sistema público e, como dispõem de mais recursos financeiros, provavelmente utilizariam antes e na frente das pessoas de menor de poder econômico, a exemplo do que ocorre no sistema público universitário, ocupado basicamente pelas classes sociais mais altas.

E complementa:

“Pretender que esse sistema privado de saúde, que opera dentro da lógica do mercado, oriente-se por critérios de direito constitucional é tão irreal quanto inviável. Falhas no mercado, como existem, devem ser corrigidas

¹²³ TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 287.

¹²⁴ TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 294.

por regulação via agências reguladoras (CADE, ANS, etc.). Problemas desse sistema devem ser resolvidos por esse sistema e não por uma sobreposição de controles que poderão ao fim e ao cabo encarecer o produto ou serviço de saúde final para o consumidor, ou mesmo retirá-lo do mercado (como bem ensina Coase ao falar dos efeitos de segunda ordem da sentença judicial quando trata do 'problema do custo social'). Isto é, sim, o Judiciário pode aumentar os custos de transação no mercado, dificultando uma situação de eficiência paretiana entre as partes."¹²⁵

A realidade financeira do Governo não pode ser tratada como mera ficção, pois “o desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera a injustiça com aqueles potenciais destinatários a que deveriam atender.”¹²⁶ Se esta premissa vale para Estado, não poderia ser diferente para o sistema privado. E nesse sentido, a decisão tomada deve valer para todos, com caráter de impessoalidade, pois é justamente isso que caracteriza um direito social, a sua não apropriação por um indivíduo, e sim, ser útil para toda a sociedade:

“De modo que o direito social à saúde é um direito de todos terem um hospital funcionando com um nível x de atendimento, ainda que limitado (por exemplo, urgências). Não significa o direito de um indivíduo contra todos da sociedade obter um medicamento que poderá provocar o fechamento do posto de saúde. Esse não é um direito social ou coletivo, mas individual.”¹²⁷

Assim sendo, tratar direitos coletivos de forma individual fere o princípio da isonomia, já que estão todos envolvidos num só sistema, o que significa que alguns ganharão, mas também sob a ótica do princípio do mutualismo, que rege as relações coletivas nos planos de saúde, muitas perderão, pois para efetivação de um direito, outros bens valiosos, inclusive direitos, ficam impossibilitados de serem efetivados, pois os recursos são escassos.¹²⁸

¹²⁵ TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 295.

¹²⁶ TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 295.

¹²⁷ TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 297.

¹²⁸ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 16, n. 57, p. 88-94, maio/ago. 2012.

Para Alcântara¹²⁹, tudo que custe dinheiro não pode ser absoluto, e nesse sentido, entende que os valores arrecadados através das prestações pagas pelos beneficiários de planos de saúde geram direitos que não podem ser protegidos de maneira unilateral pelo judiciário sem levar em consideração as consequências destas decisões. Portanto, faz-se necessário prestar maior atenção aos custos a fim de melhor compreender a natureza qualitativa de todos os direitos, inclusive os constitucionais. A Constituição, lei e decisão judicial não tem o condão de fazerem surgir os recursos para a efetivação das decisões proferidas, portanto, é necessário ponderação, argumentação e razão prática na interpretação do direito à saúde, avaliando também o aspecto social, econômico e político que advém da realidade constitucional. E conclui que estas escolhas carecem de muita seriedade nas definições, tendo em vista as crescentes demandas, sendo necessário, portanto, estabelecer critérios para incorporação de recursos tecnológicos, que podem ser considerados infinitos, senão não haverá equidade e uns terão demais, inclusive, o desnecessário, enquanto outros ficarão desprotegidos até mesmo do essencial.

E Carlini complementa:

“Em uma sociedade democrática, os direitos não são absolutos, mas relativos ao fato de viver o cidadão em uma sociedade composta por outros membros com iguais direitos. O não atendimento de uma demanda do consumidor pode ser, a rigor, a ausência do direito que ele imaginou que possuía e não possui. Tão importante quanto identificar se ele possui ou não o direito é viabilizar de várias formas que o cidadão-consumidor compreenda o que é seu direito, e o que não é. E porque não é.”¹³⁰

De acordo com Souza, a tecnologia, especialmente na área médica, tem evoluído assustadoramente nos últimos tempos. Temas como morte cerebral, manutenção da vida, equipamentos modernos, telemedicina, tecnologia robótica controlada, estudos genéticos, transplantes múltiplos de vísceras, cabeça, olhos, até então, nunca imaginados são hoje uma esperança. A possibilidade inimaginável de um transplante de cérebro, por exemplo, e até mesmo de cabeça, não mora mais somente na ficção científica, e com isso, cresce também a discussão sobre os limites éticos, morais, sociais e jurídicos desta evolução, especialmente, após a

¹²⁹ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 16, n. 57, p. 88-94, maio/ago. 2012.

¹³⁰ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 78-79.

promulgação da Constituição Federal de 1988, no Brasil, onde conceitos como a dignidade da pessoa humana e defesa do consumidor foram considerados princípios e valores constitucionais, surgindo com isso, inúmeras discussões, conforme exemplifica:

- a) “Em sendo possível o transplante de cérebro ou cabeça, se estaria diante um ser eterno, só precisando ele de um novo corpo são? E onde, e de quem, esse novo corpo são seria obtido? Qual a ‘dignidade’ prevaleceria, a do ‘dono’ do novo corpo ou a do ‘dono’ da cabeça ou cérebro? Os custos decorrentes desse procedimento seriam cobertos pelo **Sistema Único de Saúde** (‘SUS’) e/ou pelas **Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde** (‘OPS’)?”
- b) Será que um hospital religioso credenciado poderia se negar a realizar a eutanásia ou a permitir a ortotanásia em suas instalações? Será que haveria cobertura pela OPS desses procedimentos?
- c) Será que o mapeamento genético poderia ser utilizado para elaboração de políticas públicas privadas de prevenção e, conseqüentemente, para a precificação de um Contrato de Plano Privado de Assistência à Saúde (‘Contrato de Plano de Saúde’)?
- d) Será que os princípios de precaução e da prevenção, tão discutidos na área de proteção ao meio ambiente, deveriam ser adotados na análise de novas tecnologias entrantes? E, para não cansar o leitor,
- e) Será que uma nova técnica deveria ser automaticamente incorporada ao rol de cobertura dos contratos de planos de saúde, ou seja, será que um contrato assinado em 1980 poderia ser obrigado, automaticamente, a dar direito, daqui a 20 anos, à cobertura de um transplante de cérebro, de cabeça ou de olho, pelo simples fato de haver nele previsão para cobertura de procedimentos cirúrgicos neurológicos ou oftalmológicos?¹³¹

Portanto, como bem aponta o autor, o tema traz inúmeras e questionáveis formas de abordagem, especialmente, no que diz respeito aos aspectos jurídicos do impacto dessa incorporação de tecnologias nas áreas de saúde, no que tange os contratos de Planos de Saúde. Faz-se necessário, num primeiro momento, verificar o papel das operadoras de planos de saúde, assim como os limites de coberturas atuais e os mecanismos que modificam esses limites, bem como, o reflexo dessas alterações e a necessária obrigação constitucional e legal de manutenção do equilíbrio dos contratos.¹³²

¹³¹ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luís Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155. p. 122.

¹³² SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luís Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155..

Por tecnologia em saúde, consideram-se os avanços ocorridos na área médica, com incorporação de medicamentos personalizados, dispositivos, materiais em geral, como equipamentos para diagnóstico, procedimentos menos invasivos, artigos e produtos, e também, por métodos e sistemas, e nesse sentido, “ganha-se em precisão de diagnóstico e intervenção, conseguindo-se, com isto, uma recuperação mais rápida e segura, com menos sofrimento e com menor número de intercorrências adversas”.¹³³

Segundo o Souza em uma pesquisa realizada pela ANS em 2006, “as operadoras e prestadores incorporam tecnologias à medida que vão sendo pressionados pelo mercado”. Essa mesma pressão é que faz com que ANS inclua novas coberturas obrigatórias aos contratos e o Poder Judiciário interfira na relação de consumo entre OPS e beneficiário do plano de saúde. Entretanto, destaca o autor, a diferença que existe quando a tecnologia já está incorporada ao mercado e já tem a sua eficácia comprovada e validada pelos órgãos do governo, como Ministério da Saúde, ANVISA, ANS e as situações em que há solicitação de tratamentos ou medicamentos experimentais ou não cobertos pelo rol obrigatório, o que ocorre frequentemente, nos casos da intervenção do Poder Judiciário.¹³⁴

E nesse contexto, complementa Gadelha:

“Quatro questões se fazem essenciais para incorporação de uma nova tecnologia: funciona? (eficácia); o quão bem funciona? (efetividade); a que custo? (eficiência); e para quantos? (equidade). Desafortunadamente, são questões cujas respostas são pouco valorizadas no âmbito da Justiça, o que concorre para que decisões judiciais ganhem um caráter de injustiça e iniquidade.”¹³⁵

Além da falta de senso crítico, há também na incorporação de tecnologia, a justificativa da propriedade intelectual, da inovação e do alto custo de pesquisa, mas para autora, esses argumentos nem sempre são comprovados e seria muito

¹³³ CECHIN, José. Fatos da vida e o contorno dos planos de saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de Saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 221.

¹³⁴ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155.

¹³⁵ GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de leis. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 369.

mais produtivo, discutir a forma de tornar essas tecnologias mais baratas e acessíveis, quando reconhecidas sua efetividade.

E complementa:

“ao se fazer da medicina um bem de mercado e da saúde um bem de consumo, perde-se o norte moral que deve reger as ações e interações humanas; e o dinheiro, como símbolo e como posse material, passa a valer mais como um fim do que como um meio. E a associação de quem presta o serviço com quem vende os insumos, na lógica de quanto maior o custo nominal maior será o lucro, é a expressão dessa perda do norte moral.”¹³⁶

Souza¹³⁷ aborda a questão da vedação legal à incorporação tecnológica nos contratos através dos seguintes dispositivos legais:

- i. Os artigos 104 e 166 do Código Civil sinalizam que se o objeto for ilícito o negócio será nulo;
- ii. A Lei 9656/1998 regula o rol de procedimentos obrigatórios, elaborados e atualizados pela ANS, e válidos para os contratos a partir desta data, portanto, nos termos desta lei é possível a não cobertura de todos os procedimentos, além de vedar no seu artigo 10 a utilização de tratamentos experimentais e ilícitos;
- iii. Os Códigos de Ética Médica e Odontológico (“CEM” e “CEO”) afirmam ser ilícito a realização de procedimentos experimentais ainda não regulamentos;
- iv. A legislação sanitária obriga o registro e autorização pela ANVISA para comercialização de produtos médicos e odontológicos, lembrando que o uso de *Off Label* (medicamento aprovado para determinada patologia e usado para outras) é caracterizado com experimental também;

E assim, esclarece:

“Importante notar que as novas hipóteses de procedimento, desde que lícitas e éticas, e ainda que não previstas no rol, podem ser incluídas no contrato (Novo ou Antigo), sendo que a introdução da nova tecnologia dependeria de uma modificação contratual, modificação essa que poderia

¹³⁶ GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de leis. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 370.

¹³⁷ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luís Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155.

se dar de comum acordo entre as partes, por liberalidade da OPS ou, ainda, por decisão judicial (ao anular, modificar ou dar interpretação nova a uma cláusula contratual, pro exemplo).”¹³⁸

Segundo o autor, apesar dos contratos de adesão preconizarem a interpretação mais favorável ao aderente, isso não significa dizer que se pode desprezar cláusula clara, porém, reconhece que as situações em que há previsão legal são as mais simples e justas sem comprometer o equilíbrio financeiro dos contratos, diferentemente das decisões judiciais. Complementa ainda, que outra situação nociva tem sido as alterações do rol em que não há permissão de adequação dos preços à nova realidade, comprometendo assim, o equilíbrio econômico-financeiro das operadoras de planos de saúde.¹³⁹

É notório que os aspectos judiciais são relevantes no que concerne o equilíbrio econômico dos contratos de planos de saúde, atingindo não só as OPS, bem como, de forma semelhante, o SUS. Frequentemente, observam-se decisões em total desacordo com a lei, resoluções da ANS e CDC, anulando ou modificando cláusulas e dando novas interpretações aos contratos, demonstrando total falta de limite na incorporação de novas tecnologias aos contratos, justificando ora nos princípios constitucionais, ora no CDC, ora com base em outras decisões, como se observa nos exemplos:¹⁴⁰

- i. Medicamentos sem registro na ANVISA;
- ii. Tratamentos experimentais;
- iii. Procedimentos fora do rol de cobertura obrigatória da ANS;
- iv. Procedimentos excluídos por força de cláusula ou não previstos à época da assinatura do contrato;

¹³⁸ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luís Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155. p.145.

¹³⁹ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luís Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155.

¹⁴⁰ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luís Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155.

Para Souza,¹⁴¹ este tipo de conduta desrespeita a Constitucional Federal, a legislação específica e traz sérias consequências para a coletividade, pois quando o direito individual sobrepõe o coletivo, diferentemente do que ocorre na esfera pública em que a conta é dividida por toda a sociedade, nos casos de planos de saúde, apenas uma parcela da população arcará com os efeitos econômicos destas decisões, muitas vezes irresponsáveis, como se pode ver nos seguintes exemplos:

- i. Liberação de tratamento de retinose pigmentar em Cuba, mostrando-se ineficiente, posteriormente;
- ii. Liberação de tratamento com Avastin para câncer avançado sem comprovação, posteriormente, que prolongasse a vida da paciente;
- iii. Liberação de tomografias para crianças, comprovando-se, posteriormente, que essas tomografias podem aumentar o risco de câncer;

A perpetuidade dos contratos de planos de saúde associado às crescentes demandas judiciais favoráveis à incorporação de toda e qualquer tecnologia, sem nenhum tipo de revisão dos custos operacionais, vem favorecendo o direito individual, em detrimento do coletivo, e como consequência, observa-se o aumento do risco das OPS, levando a um desequilíbrio econômico-financeiro, com bem exemplifica, o autor:

“Uma empresa OPS de planos de saúde com 10.000 beneficiários, a um preço médio de R\$150,00 (cento e cinquenta reais), tem um custo médico de 85% (ou seja, de toda a receita 85% são destinados ao pagamento de médicos, ficando o restante para pagamento das despesas administrativas (incluindo despesas com marketing e venda) e dos tributos em geral. Em um determinado mês, embora a regulamentação preveja apenas transplante de rins e córnea, uma decisão judicial determina a cobertura de transplante de fígado (aproximadamente R\$150.000,00); além disso, e embora o contrato seja antigo e tenha cláusula excluindo prótese, outra decisão judicial determina (ou por julgar nula a cláusula ou por interpretação) que a OPS deverá cobrir custo de uma prótese de coluna (R\$80.000,00), e uma terceira determina a cobertura de uma prótese de quadril (R\$35.000,00). Ou seja, a OPS teve um custo não previsto de R\$265.000,00, fazendo com que o seu custo médico mensal saltasse de 85% para 102% da receita, e isso em

¹⁴¹ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luís Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155.

apenas três decisões oriundas de reclamações de apenas 3 beneficiários em um universo de 10.000.”¹⁴²

O mesmo problema ocorre com as operadoras de grande porte, pois as demandas são proporcionais ao número de beneficiários, agravado ainda pelo fato da maioria das decisões serem de caráter liminar ou antecipação de tutela, fazendo com que a operadora fique no prejuízo, mesmo que venha a ser vitoriosa na ação, portanto, esse é o cenário econômico das operadoras. Nesse sentido, perguntar o autor: “tendo a OPS coberto um custo em razão de uma liminar ou de uma antecipação de tutela e tendo o pedido sido julgado, ao final improcedente, quem paga essa conta, caso o consumidor beneficiado pela decisão não tenha condições?”¹⁴³ Ou seja, perde a operadora e ganha o usuário, o prestador de serviço, o fornecedor da tecnologia.

Destaca ainda, a necessidade de diferenciar reajuste de revisão. Por reajuste, entende-se a correção do preço pré-fixado, já a revisão objetiva manter o equilíbrio entre o preço, as coberturas e a variação de risco. A ANS cuida do reajuste, cabendo ao Poder Judiciário tratar das questões referentes à revisão, e por isso, espera-se deste último, uma visão mais macroscópica do conceito de justiça, tendo em vista a realidade econômica e social.¹⁴⁴

O que se pode concluir é que as operadoras de planos de saúde atuam em regime de mutualidade, e nesse sentido, toda vez que há uma liberação de um procedimento sem previsão de cobertura regulamentar, ou seja, o indivíduo beneficiado não contribuiu para esta cobertura, “outros terão que ‘pagar’, quer pelo aumento das prestações futuras, quer pela dificuldade de acesso, quer pela saída da operadora do mercado, por ‘falência’ ou por desinteresse dos acionistas ou

¹⁴² SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155. p. 150.

¹⁴³ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de Saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155. p. 151.

¹⁴⁴ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155.

investidores”¹⁴⁵, pois, os recursos são escassos e os planos de saúde são estruturados com base em cálculos atuarias “que dimensionam a sinistralidade e o valor da contraprestação com base, dentre outros critérios, nas receitas, custos, faixa etária da população de beneficiários, morbidade, taxa média de utilização, etc.”¹⁴⁶ Assim sendo, o que se espera de uma operadora de plano de saúde é que seja eficiente, eficaz e rentável, inclusive para sua sobrevivência, lembrando que em relação à incorporação de novas tecnologias, nem sempre o novo é a melhor opção, e negar esta afirmativa é “o caminho mais curto para a questionabilidade sobre a segurança das pessoas, a validade das ações e o bom uso dos recursos.”¹⁴⁷

O equilíbrio do mercado de saúde suplementar é importante para toda sociedade, pois diminui a busca pela assistência à saúde na esfera pública, permitindo uma melhor alocação dos recursos pelo SUS. Sabe-se bem que o setor de saúde suplementar tem falhas, e por isso, carece de regulação, mas esta deve ter como foco, a busca pelo equilíbrio, vedando a existência de situações que comprometem a saúde orçamentária dos planos. O plano de saúde universal é o SUS. “De outro lado, os planos privados de saúde devem estar restritos aos respectivos contratos e à legislação que os ampara, sob pena de sucumbirem à inviabilidade financeira de sua manutenção.”¹⁴⁸

Por fim, vale ressaltar que o setor privado, mesmo que na saúde, por essência, requer o lucro, pois, sem ele não existirão investidores, impedindo assim, a manutenção da operadora ou do mercado. Portanto, o equilíbrio do mercado, passa pelo equilíbrio econômico-financeiro da própria operadora e esse equilíbrio está alicerçado no cumprimento dos contratos por todas as partes envolvidas no

¹⁴⁵ CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O mercado de saúde suplementar: a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 322.

¹⁴⁶ CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O mercado de saúde suplementar: a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 322.

¹⁴⁷ GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de leis. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 372.

¹⁴⁸ CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O mercado de saúde suplementar: a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 325.

processo, os quais deverão estar amparados na regulamentação da ANS e na legislação.

2.4 JURISPRUDÊNCIAS NAS AÇÕES CONTRA PLANOS DE SAÚDE

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os cidadãos passaram a acreditar no ordenamento jurídico, como instância para solução da enorme gama de questões referente ao cotidiano da sociedade. Essa postura reflete uma condição em que os cidadãos começam a se perceber como sujeitos de deveres, mas acima de tudo, de direitos também.¹⁴⁹

De acordo com Carlini, dois aspectos são importantes para justificar o crescente aumento de demandas judiciais ocorrido no Brasil recentemente: “a credibilidade do Poder Judiciário frente aos demais poderes republicanos, e a formação jurídica brasileira, que aponta o litígio processual como principal fonte de solução de controvérsias de qualquer natureza.”¹⁵⁰

Embora o período de duração de um processo seja extenso, demandando uma longa espera para obtenção de uma decisão definitiva, incompatível, portanto, com as demandas na área de saúde, há a possibilidade, nesses casos, de utilização de instrumentos processuais como a antecipação de tutelas e obtenção de medidas liminares.

Para Mello¹⁵¹, a jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil tem dado relevante importância ao artigo 196 da Constituição Federal no que tange ao “direito à saúde” como direito de todos e dever do Estado, entretanto, o que se vê no cenário atual é uma vasta deficiência em todos os serviços públicos em descumprimento ao dispositivo legal citado. Atrelado a isso, tem-se a “crescente especialização da medicina e o incremento dos gastos alusivos a tais prestações”.

¹⁴⁹ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁵⁰ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 135.

¹⁵¹ MELLO, Marco Aurélio de. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15.

Esta situação, conforme já explicitado no item 2.3, reforça a relevância da saúde suplementar, na medida em que ajuda a minimizar os problemas na esfera pública e permite o acesso das classes mais baixas aos tratamentos de saúde mais modernos.

Segundo Mello,¹⁵² no caso dos planos de saúde, tem-se observado uma “jurisprudência paternalista”, em várias situações. Como exemplo, cita as decisões que extrapolam as coberturas contratuais previstas e acordadas entre as partes, dando-se ao beneficiário do plano qualquer coisa que necessite, prejudicando, desta forma, a coletividade.

Na saúde pública, as diversas decisões judiciais individualizadas em que ocorre “a aplicação da Constituição Federal ao caso concreto não tem o condão de gerar planejamento e a implantação de uma política de saúde.”¹⁵³ E de forma semelhante, ocorre na esfera privada, quando há a intervenção do poder judiciário beneficiando um único usuário de plano de saúde. Nestes casos, se criam precedentes, para que outros usuários demandem para obtenção de pedidos semelhantes, substituindo, portanto, “o debate político sobre a concessão do benefício no âmbito da relação custo x benefício para toda a mutualidade, seja ela pública ou privada.”¹⁵⁴ Portanto, “decisões individualizadas não solucionam o problema da efetividade do acesso à saúde no Brasil, porque a cada caso solucionado outros milhares surgem e quase sempre com pedidos muito semelhantes.”¹⁵⁵

Essas decisões judiciais, geralmente, são divulgadas pela imprensa brasileira, demonstrando o que é possível conseguir na justiça no que tange à efetividade do direito fundamental à saúde. E nesse contexto, ocorre um grande estímulo para novos processos judiciais a fim de obter tratamentos, órteses,

¹⁵² MELLO, Marco Aurélio de. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15.

¹⁵³ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 139.

¹⁵⁴ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 140.

¹⁵⁵ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.149.

próteses e toda e qualquer forma de tratamento de saúde, seja usual ou excepcional.¹⁵⁶

De acordo com Lopes¹⁵⁷, no âmbito público, as ações judiciais transitam principalmente sobre o fornecimento de medicamentos não contemplados na lista do SUS, sobre procedimentos médicos não contemplados na saúde pública, em fase experimental ou não realizados no Brasil. Na rede privada, as ações decorrem, especialmente, sobre o fornecimento de procedimentos e medicamentos de cobertura não obrigatória pelas operadoras de saúde, em razão das claras e legítimas exclusões contratuais ou legais; vedação a reajustes por variação de custos e pela mudança de faixa etária, necessários ao equilíbrio contratual e fundamentados em cálculos atuariais e até mesmo, com autorização expressa da ANS, causando, desta forma, impactos negativos no mercado de assistência à saúde, conforme esclarece o autor:

“Decisões judiciais nesse sentido geram efeitos econômicos prejudiciais a todo o mercado. Como não há segurança jurídica acerca do cumprimento ou não dos contratos, as transações econômicas tornam-se mais arriscadas e seus resultados imprevisíveis, pois os agentes econômicos não têm como prever o teor da decisão sobre seu contrato, se respeitará suas cláusulas ou adotará critérios subjetivos de justiça social.”¹⁵⁸

Barreto observou, com frequência, a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamentação do voto dos ministros do STF ao proferirem decisões sobre efetividade da garantia do direito à saúde. Em pesquisa realiza no sítio do STF, da análise dos votos, concluiu a autora:

“embora haja uma preocupação em reconhecer a importância do princípio da dignidade humana e a necessidade de uma delimitação deste princípio, apenas reduzem-se a citá-la, como mero argumento de autoridade. Na maioria dos votos em que fazem referência a dignidade humana há uma transcrição literal dos artigos da Constituição Federal, sem a menor preocupação quanto a descrição do termo no caso concreto em análise.”¹⁵⁹

¹⁵⁶ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁵⁷ LOPES, Luiz Celso Dias. Auditoria e judicialização da saúde. In: GONÇALVES, Viviane Fialho (Org.). *Fronteiras da auditoria em saúde*. São Paulo: RTM, 2008. p. 95-124.

¹⁵⁸ CHECIN apud LOPES, Luiz Celso Dias. Auditoria e judicialização da saúde. In: GONÇALVES, Viviane Fialho (Org.). *Fronteiras da auditoria em saúde*. São Paulo: RTM, 2008. p. 95-124. P. 118.

¹⁵⁹ BARRETO, Cinara Sampaio. *O STF e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como garantia do direito à saúde*. (iniciação científica) - Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/CNPQ, sob a orientação do Prof. Dr. Roberto Freitas Filho. (Distribuição interna). p. 4.

E finaliza:

“Portanto o uso desmoderado de princípios de abrangência tamanha sem a devida estabilidade semântica do termo gera insegurança jurídica o que compromete não só a decisão no caso concreto, mas todo o ordenamento jurídico.”¹⁶⁰

Assim sendo, percebe-se uma banalização do termo “dignidade da pessoa humana”, pois são palavras que carecem de “ser preenchidas de significado no momento do julgamento, e, por conta da sua alta carga valorativa, permitem ao julgar imprimir suas convicções, seus valores, suas crenças, sua visão do mundo, enfim, sua ideologia”¹⁶¹, como bem ensina Freitas Filho.

Por fim, conclui a autora¹⁶² que o que se busca não é o abandono ao fundamento constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, e sim, o seu uso racional, abandonando os discursos vazios e pautando em fundamentos que possam servir de parâmetros para casos futuros semelhantes.

Em pesquisa realizada em cinco acórdãos estaduais e dois do Supremo Tribunal Federal para área de saúde pública, e cinco acórdãos para área de saúde privada, Carlini concluiu:

“A leitura dos julgados permitiu detectar que os argumentos utilizados são, quase sempre, a conjugação do artigo 6º com o artigo 196 da Constituição Federal, para concluir que o cidadão tem direito de ter acesso integral à saúde. Também é recorrente o fato de que os argumentos apresentados pelo médico assistente do requerente são considerados verdadeiros, substrato do fato considerado suficiente para a decisão judicial, em especial quando há a alegação de urgência ou de emergência.”¹⁶³

Em três julgados analisados pela autora, referentes a decisões no âmbito da saúde suplementar, observou-se o entendimento de que o rol de procedimentos da ANS determina coberturas mínimas obrigatórias, não impedindo que outras

¹⁶⁰ BARRETO, Cinara Sampaio. *O STF e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como garantia do direito à saúde*. (iniciação científica) - Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/CNPQ, sob a orientação do Prof. Dr. Roberto Freitas Filho. (Distribuição interna). p. 5.

¹⁶¹ FREITAS FILHO, Roberto. *Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e a coerência das decisões*. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, ano 44, n. 175, p. 41- 65, jul/set.2007. p. 57.

¹⁶² BARRETO, Cinara Sampaio. *O STF e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como garantia do direito à saúde*. (iniciação científica) - Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/CNPQ, sob a orientação do Prof. Dr. Roberto Freitas Filho. (Distribuição interna).

¹⁶³ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.154.

possam ser incluídas, anulando, portanto, a restrição imposta no contrato de saúde suplementar. É claro, que os planos de saúde podem oferecer coberturas extras, além daquelas elencadas como obrigatórias no rol de procedimentos da ANS, “mas se não ofereceram e não cobraram por elas é acertado determinar que individualmente sejam obrigadas a cobrir o procedimento para aquele que ingressou em juízo para pleiteá-lo?”¹⁶⁴ E mais:

“Ao definir que o rol é um procedimento mínimo e que as operadoras de saúde privada não podem se eximir de prestar o serviço sob alegação de que ele não consta no rol, o Poder Judiciário está criticando ou corrigindo a forma de atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar?”¹⁶⁵

O questionamento acima tem fundamento, uma vez que a ANS esclarece em seu portal na internet, para os beneficiários de plano de saúde que “antes de verificar se você tem direito a um procedimento, não deixe de checar qual o tipo de plano de saúde você tem.”¹⁶⁶

Para Carlini¹⁶⁷, curiosamente, a recomendação da ANS está em desacordo com as decisões judiciais, pois pode-se interpretar do texto da ANS, que o beneficiário deve verificar se tem plano antigo ou novo, ou seja, caso tenha plano novo (a partir de janeiro de 1999) está sujeito ao que dispõe o rol de procedimentos, e nesse sentido, conclui-se também, que se os planos estão obrigados a oferecer a cobertura prevista no rol de procedimentos, não estão obrigados a fornecer outros procedimentos, além destes.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou a Súmula 102 que estabelece: “*Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.*”¹⁶⁸ (grifo nosso)

¹⁶⁴ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.171.

¹⁶⁵ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 171.

¹⁶⁶ ANS. *Planos de Saúde e Operadoras: Espaço do Consumidor*. Brasília. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/o-que-o-seu-plano-de-saude-deve-cobrir>> . Acesso em: 25 mar. 2015.

¹⁶⁷ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁶⁸ SÃO PAULO.TJSP. Súmula 102, de 28 fev. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*. São Paulo, 28 fev. 2013, p.1. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2015.

Digna de nota, crítica feita pela autora à referida súmula:

“Em outras palavras, o poder médico sobrepõe ao rol de procedimentos da ANS e é suficiente como argumento para que o Judiciário decida a obrigação da operadora em custear o tratamento, independentemente da avaliação de existência de custeio atuarial ou do estudo prévio de impacto na sustentabilidade do plano. O contrato individual é alterado para permitir que o tratamento pleiteado seja coberto e há em consequência, expressa sinalização para os demais usuários de que aquele procedimento poderá ser incluído no rol de coberturas se outros pedidos forem apresentados em juízo. Em contrapartida não há nenhuma determinação para que ocorra a inserção no rol de procedimento da ANS, porque o Poder Judiciário não pode determinar ao Poder Executivo como este deve agir. Os pedidos de utilização de procedimentos experimentais também tem sido levados ao Poder Judiciário e merecido deferimento em muitas situações.”¹⁶⁹

Para a autora quando a ANS ainda não inseriu um procedimento ou medicamento no rol, está sinalizando para a sociedade que ainda não existem evidências científicas suficientes para validar o uso do procedimento e/ou medicamento. Mas, de outro lado, o Poder Judiciário amparado pela opinião médica, assume a responsabilidade “de definir que um determinado tratamento ou medicamento em fase experimental poderá ser utilizado para um usuário”¹⁷⁰ e, conseqüentemente, outros pacientes poderão pleitear a mesma cobertura.

Reforçar o poder individual do médico é uma medida arriscada para toda a sociedade. Os serviços de saúde possuem auditores que tem a função de avaliar as solicitações médicas/odontológicas a fim de verificar se estão em consonância com a técnica indicada, respaldada em evidências científicas e com a utilização mais eficiente dos recursos e custos mais racionais. O trabalho dos auditores é fundamental para a sustentabilidade do sistema público e privado, e de maneira geral, zelam pela saúde financeira impedindo a adoção de práticas equivocadas. Mas, nada disso terá validade, se o magistrado andar “sozinho” em direção contrária.¹⁷¹

¹⁶⁹ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 172.

¹⁷⁰ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 173.

¹⁷¹ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 175

Para Souza¹⁷², o Poder Judiciário, ainda que com boas intenções, está apenas dando falsas esperanças e aumentando o risco do paciente, além de incentivar o lucro ilícito de fornecedores, pois está fazendo uma medicina não baseada em evidências, o que é inadmissível, do ponto de vista científico.

Vale destacar, a repercussão mundial causada pelo lançamento do livro “A verdade sobre Os Laboratórios Farmacêuticos – como somos enganados e o que podemos fazer a respeito”. Para Marcia Angell autora do livro, os novos medicamentos são nada mais que imitações de produtos já em uso no mercado, apresentando poucas alterações, donde se conclui que visam apenas a renovação da patente, que nos Estados Unidos, é válida por 20 anos.¹⁷³

Não raro, a mídia brasileira tem criticado a postura de determinados médicos que são surpreendidos por receitar medicamentos mais onerosos e incompatíveis com o tratamento para determinadas patologias, mas motivados apenas pela remuneração que recebem dos laboratórios farmacêuticos, com objetivo de incentivarem a utilização de determinados produtos, geralmente, de alto custo.¹⁷⁴

Em reportagem do programa Fantástico, da Rede Globo, exibida no dia 04/01/2015, com o título “Máfia das próteses coloca a vida em risco com cirurgias desnecessárias: Médicos chegam a faturar R\$100 mil por mês em esquema que desvia dinheiro do SUS e encarece os planos de saúde”¹⁷⁵, a mídia escancara para a sociedade brasileira um problema que há muito tempo é de conhecimento dos planos de saúde e vem comprometendo a sustentabilidade econômica do mercado de saúde suplementar e da própria saúde pública, como bem esclarece a reportagem.

¹⁷² SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de Saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155.

¹⁷³ ANGELL, Marcia. *A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Record, 2007.

¹⁷⁴ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁷⁵ GRIZOTTI, Giovani. *Máfia das próteses coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias*. Fantástico, Rede Globo, 04 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-proteses-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

Realizada em cinco estados brasileiros, no período de três meses em que o repórter se passa por médico, a matéria demonstra através de gravações o escandaloso esquema “que transforma a saúde do país em um balcão de negócios.”¹⁷⁶

Das diversas fraudes levantadas na reportagem, destacam-se:

- i. Realização pelos médicos de cirurgias sem necessidade, com único objetivo de ganhar comissões na utilização de OPMEs (órteses, próteses e materiais especiais);
- ii. Uso de documentos falsos para enganar a justiça, numa indústria de liminares;
- iii. Fornecedores oferecem comissões para os médicos que utilizam seus materiais, na forma camuflada de “contratos de consultoria”;
- iv. Empresas de fachadas emitem orçamentos falsos e superfaturados;
- v. Cobrança em cirurgia de material não utilizado e de difícil comprovação, não aparecendo nas radiografias pós-cirúrgicas;
- vi. Danificação de próteses, de propósito, a fim de cobrar duas vezes pelo mesmo material;

Segundo entrevista, feita na reportagem, com o médico Alberto Kaemmerer, que durante 14 anos foi diretor de um grande hospital de Porto Alegre: “A cirurgia mal indicada, ela acresce um risco muitíssimo importante. Risco de morte” e mais “O hospital precisou criar um grupo de médicos para revisar os pedidos de cirurgia. Pelo menos 35% eram rejeitados, porque a operação seria desnecessária.”¹⁷⁷

¹⁷⁶ GRIZOTTI, Giovani. *Máfia das próteses coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias*. Fantástico, Rede Globo, 04 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-proteses-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

¹⁷⁷ GRIZOTTI, Giovani. *Máfia das próteses coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias*. Fantástico, Rede Globo, 04 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-proteses-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

Ainda na mesma reportagem, há o relato de uma experiência semelhante vivenciada no conceituado Hospital Albert Einstein, em São Paulo. No período de um ano, uma equipe médica revisou os pedidos de cirurgias de coluna encaminhados por um plano de saúde. “Nós recebemos aproximadamente 1,1 mil pacientes no período de um ano. E desses, menos de 500 tiveram indicação cirúrgica. Então, muito possivelmente, estava havendo um exagero em relação a essas indicações”, diz Cláudio Lottenberg, presidente do Hospital Albert Einstein.¹⁷⁸

E por fim, a reportagem finaliza com o desabafo do Desembargador João Barcelos de Souza Júnior, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde pelo menos 65 pedidos liminares sob suspeita foram descobertos pelos procuradores do Rio Grande do Sul. Conclui então:

“Que o sistema penal do país está falido, porque no momento em que se encontram situações em que pessoas, seja que área for, profissionais, buscam o Poder Judiciário para realizar uma fraude e conseguir com isso auferir grandes lucros, significa que o sistema está desmoralizado e que estão, inclusive, brincando com o Judiciário. É lamentável”.¹⁷⁹

Em suma, nota-se que o Poder Judiciário, tem uma forte tendência em proferir sentenças favoráveis ao paciente, sendo muitas vezes, induzidos ao erro, concedendo liminares e decisões cujas consequências podem ser desastrosas, em todos os aspectos, e não só econômicos. Afinal, o que se busca, ao fim e ao cabo, é a concretização do direito fundamental à saúde.

Contudo, sabe-se bem, que o principal instrumento utilizado nas ações de saúde é a medida de urgência, na forma de antecipação de tutela, que decorre da impossibilidade e do perigo de se aguardar o momento procedimental próprio, e nesse sentido, o autor pretende antecipadamente fruir dos efeitos materiais da tutela final. Entretanto, como já repetido diversas vezes neste trabalho, as decisões proferidas impactam no orçamento das operadoras de saúde e no patrimônio de

¹⁷⁸ GRIZOTTI, Giovani. *Máfia das próteses coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias*. Fantástico, Rede Globo, 04 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-proteses-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

¹⁷⁹ GRIZOTTI, Giovani. *Máfia das próteses coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias*. Fantástico, Rede Globo, 04 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-proteses-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

toda a coletividade que compõe o universo segurado, portanto, as tutelas antecipadas não podem ser exercidas sem a responsabilidade com o equilíbrio de todo o sistema.¹⁸⁰

Sendo assim, é correto o entendimento, que, nessas situações, o autor deverá provar os fatos constitutivos do direito alegado, através de uma comprovação idônea e substancial dos fatos, não bastando a mera alegação, e muito menos, prova dúbia. Entretanto, o que se vê na prática, é a concessão da tutela antecipada sem as provas mínimas exigíveis, por lei. Nota-se, que tal fato ocorre, tendo em vista que, de maneira geral, a discordância é basicamente técnica, ou seja, foge do conhecimento dos magistrados e de qualquer pessoa que não seja da área de saúde. Assim, o julgador torna-se refém da situação de urgência em que é extremamente difícil decidir sem o auxílio de um especialista, e que na maioria das vezes, não há tempo para produção de provas e de se chegar a fase instrutória, devendo o magistrado, decidir sobre o pleito, imediatamente.¹⁸¹

Para Yarshell e Pereira, diretamente ligado à essa situação, está a questão da eficácia da prova produzida unilateralmente, o que ocorre com frequência nas antecipações de tutelas, que são respaldadas em pareceres técnicos apresentados apenas pelo autor, e complementa:

“O autor vem a juízo munido de laudo assinado por seu médico, a atestar que tal ou qual procedimento ou medicamento são necessários e, não raro, urgentes. Diante disso, surge a pergunta: laudo como esse, produzido unilateralmente, é idôneo para amparar a antecipação de tutela?”¹⁸²

É claro e notório que o contraditório é condição de eficácia de prova, não podendo ser a falta deste suprida pelo fato do parecer técnico, inserido no processo como prova do autor, ter sido produzido por profissional idôneo, como um médico, por exemplo. Por tudo isso, conclui Yarshell e Pereira:

¹⁸⁰ YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme S. J. Antecipação de tutela nos contratos de seguro-saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 171-193.

¹⁸¹ YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme S. J. Antecipação de tutela nos contratos de seguro-saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 171-193.

¹⁸² YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme S. J. Antecipação de tutela nos contratos de seguro-saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 178.

“vista a questão sob o ângulo do requisito da prova inequívoca, é lícito afirmar que parecer técnico trazido pelo autor não se presta – não ao menos por si só – como prova suficiente para amparar a tutela antecipada. Naturalmente, essa constatação deve ser recíproca e bilateral: também laudo produzido unilateralmente pela prestadora do serviço de seguro de saúde apresentará rigorosamente a mesma eficácia probatória reduzida ou, em se tratando de tutela antecipada, ineficácia. Portanto, se confeccionado de forma unilateral, sem a observância do contraditório, o parecer técnico não servirá como prova inequívoca suficiente para ampara a concessão de tutela antecipada.”¹⁸³

Contudo, tendo em vista o perigo de demora, que exige uma medida urgente, pode o magistrado, excepcionalmente, valer-se desse laudo como um dos fundamentos de sua decisão, considerando o livre convencimento motivado, que vigora no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, essa alternativa deve ser uma exceção, e não a regra, uma vez que a prova produzida unilateralmente impede o contraditório e o devido processo legal.¹⁸⁴

Assim sendo, apesar de ser correto afirmar, que, no âmbito das tutelas de urgência, havendo conflito de direitos, deve ser tutelado o que se mostre mais relevante, sacrificando, portanto, o menos relevante, isso não significa dizer que se deva instaurar um relativismo jurídico, gerando insegurança jurídica.¹⁸⁵

Então, considerando as diversas particularidades abordadas neste capítulo acerca das questões relacionadas á área de saúde, como saber qual é o direito mais relevante, tendo em vista a necessidade de conhecimento técnico para decidir?

Em resposta ao questionamento acima, Yarshell e Pereira, propõem:

“que os órgãos judiciais dispusessem de *corpos técnicos especializados nas áreas de saúde* e que pudessem auxiliar os julgadores a melhor conhecer uma controvérsia técnica, já no momento em que dever ser apreciado o pedido de liminar. Na linha do disposto na art. 434 do CPC, poderia haver servidores públicos formados nas áreas médicas, alocados nos fóruns e tribunais, e que pudessem ajudar os magistrados na apreciação de pedidos de medidas de urgência. Seriam verdadeiros auxiliares do juízo(peritos) e

¹⁸³ YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme S. J. Antecipação de tutela nos contratos de seguro-saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 181.

¹⁸⁴ YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme S. J. Antecipação de tutela nos contratos de seguro-saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 171-193.

¹⁸⁵ YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme S. J. Antecipação de tutela nos contratos de seguro-saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 171-193.

facultar-se-ia inclusive que as partes no momento oportuno indicassem assistentes técnicos.”¹⁸⁶

Mas, sabe-se bem que tais medidas são de difícil implantação, e nesse sentido, como alternativa, propõem os autores, a adoção de práticas como, por exemplo, que o juiz ao receber o pedido de antecipação de tutela, possa contatar de forma célere, perito de sua confiança, escolhido dentre particulares, para que o auxilie na tomada de decisão, podendo sua atuação ser acompanhada pelos assistentes técnicos das partes.

Embora a solução judicial seja uma realidade que não mudará em curto prazo, tendo em vista as deficiências na regulação da saúde, tanto pública quanto privada, Carlini propõe, na mesma linha de raciocínio dos autores acima, a utilização de três ferramentas que poderão ser utilizadas de forma integrada a fim de auxiliar os magistrados na tomada de decisões. A primeira alternativa sugerida pela autora trata-se da criação de Câmaras Técnicas, também conhecidas como Núcleos de Assessoria Técnica, cuja função:

“são grupos multiprofissionais que analisam os casos judiciais e fornecem laudos técnicos para os magistrados alicerçarem suas decisões em processos que pleiteiam medicamentos, tratamentos, internações em hospitais, órteses, próteses e outros.”¹⁸⁷

Para Carlini, atrelado às Câmaras Técnicas, os estudos de medicina baseada em evidências (MBE) e as diretrizes clínicas funcionarão como metodologias de análises para emissão de pareceres técnicos que contribuirão para fundamentação da decisão a ser proferida pelo magistrado. E esclarece sobre a MBE:

“A metodologia da medicina baseada em evidências vai além da simples experiência médica que, muitas vezes, pode ser insuficiente para determinar com eficiência o melhor tratamento a ser dado ao caso. Também vai além da sugestão de que o novo é sempre o melhor, porque, antes de ser introduzido como tratamento, o novo recurso será checado a partir de estudos científicos que poderão corroborar a eficiência ou demonstrar que,

¹⁸⁶ YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme S. J. Antecipação de tutela nos contratos de seguro-saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 192.

¹⁸⁷ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 179

apesar de ser uma hipótese, ainda não é uma Recomendação a ser praticada em determinados casos concretos.”¹⁸⁸

E em relação às diretrizes técnicas:

“são posicionamentos ou recomendações sistematicamente desenvolvidos por cientistas ou entidades médicas e de pesquisa para orientar médicos e pacientes sobre cuidados apropriados, em circunstâncias clínicas específicas. Sugerem indicações, contraindicações, benefícios esperados, riscos, terapias e resultados para casos específicos.”

Para Gadelha, essa protocolização é a forma de garantir a assistência à saúde e diminuir os conflitos, uma vez que “protocolar significa estabelecer critérios, parâmetros e padrões, com base em evidências que garantam a segurança, a efetividade e a reprodutividade do que se protocola.”¹⁸⁹

De acordo com Gadelha, a elaboração de protocolos clínicos, que justificam as condutas diagnósticas e terapêuticas, é feita em duas etapas que são a avaliação e incorporação sistêmica, sendo estas etapas fundamentais para tomada de decisões sobre novas tecnologias na área de saúde. E assim esclarece:

“Os que pensam que a protocolização pode ser um fator limitante do direito desconsideram que, por exemplo, os protocolos terapêuticos melhoram a qualidade da atenção prestada aos doentes; orientam uma prescrição segura, eficaz e efetiva; democratizam o conhecimento médico e farmacêutico; fazem atualização médica e farmacêutica; aperfeiçoam os processos gerenciais assistenciais; garantem ética, e tecnicamente indicação médica; melhoram a qualidade da informação registrada; e permitem o acompanhamento de uso e avaliação de resultados.”¹⁹⁰

Segundo Gadelha, o Ministério da Saúde buscou atualizar e elaborar os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas” (PCDTs) e foi observado que mesmo os protocolos mais antigos, não estavam defasados, como se dizia, e que a maioria das novas condutas terapêuticas “baseiam-se em resultados interinos, mesmo assim

¹⁸⁸ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.181.

¹⁸⁹ GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de leis. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 371.

¹⁹⁰ GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de leis. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 371.

nem sempre se mostrando superiores aos tratamentos estabelecidos; e que o surgimento de nova opção terapêutica não invalida as estabelecidas.”¹⁹¹

Além disso, também evidenciou:

“que solicitações de incorporação se referiam a novos registros ou novas indicações de medicamentos já registrados; que a maioria deles não dispõe de estudos de interação medicamentosa, de farmacocinética e de fase IV (pós-comercialização); que a maioria deles tem finalidade paliativa e não tem avaliação completa (efetividade, custo/efetividade, custo/benefício e custo/utilidade); que todos os estudos sobre medicamentos são patrocinados pela indústria farmacêutica e a maioria dos autores declaram ter conflito de interesses; e que é evidente o envolvimento das sociedades de especialistas na defesa da incorporação, a despeito do grau da evidência científica demonstrável.”¹⁹²

Para Carlini, compõe também o conjunto de conhecimentos em torno da medicina baseada em evidências e das diretrizes clínicas, o conceito de avaliação tecnológica em saúde, que consiste nas implicações da utilização das tecnologias médicas, auxiliando também, na tomada de decisões sobre incorporação de novas tecnologias em saúde.¹⁹³

Nessa mesma linha de raciocínio, Araújo enfatiza a importância da medicina baseada em evidências, como forma auxiliar ao Poder Judiciário, uma vez que a MBE é “o uso consciencioso e judicioso da melhor evidência disponível a partir de pesquisas clínicas para auxiliar na tomada de decisão em saúde.”¹⁹⁴ O autor lembra ainda, que estamos constantemente fazendo escolhas, e a opção por gastar mais com algo, significa, necessariamente, que haverá menos recursos para gastar com outra coisa. Por isso, essas escolhas determinarão a distribuição de renda e riquezas na sociedade em que vivemos.

¹⁹¹ GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de leis. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 371.

¹⁹² GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de leis. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 371-372.

¹⁹³ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁹⁴ ARAÚJO, Denizar Vianna. Medicina baseada em evidências e análise econômica na tomada de decisão em saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 161.

Adepto ao mesmo entendimento, Lopes notou a necessidade da criação de comitês, câmaras ou sessões de suporte técnico-médico e científico para analisarem as demandas jurídicas e emitirem relatórios, embasados cientificamente, para auxiliarem os juízes nas suas decisões finais. Para ele, seria prudente também, a criação de um departamento jurídico para analisar e dar suporte às operadoras e seguros de saúde quanto às liminares judiciais.¹⁹⁵

Pois bem, nesse contexto e preocupados com o impacto da judicialização da saúde no ordenamento jurídico brasileiro, o STF realizou audiências públicas sobre o tema e o CNJ criou o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde, aprovando posteriormente recomendações, dentre elas, a de nº 31 em que “recomenda que os Tribunais adotem medidas visando melhor subsidiar os juízes e outros operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais referentes à assistência à saúde.”¹⁹⁶ Estas recomendações, tem sido lentamente acatadas pelo Poder Judiciário, mas avanços já foram alcançados, como no caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que celebrou convênio com o Instituto Brasileiro para Estudo e Desenvolvimento do Setor de saúde (IBEDESS) e o Núcleo de Avaliação de Tecnologias em saúde (NATS) da Universidade Federal de Minas Gerais, ligado ao Hospital das Clínicas, a fim de melhor subsidiar os magistrados na tomada de decisão em relação aos conflitos na área de saúde, através de um melhor embasamento técnico.

Por fim, é importante ressaltar que ninguém poderá obrigar um operador do direito a acatar os pareceres técnicos emitidos com a finalidade de subsidiar a tomada de decisão, se não forem suficientes para formar sua convicção. Mas, vale destacar também, que o magistrado “na formação de sua convicção e decisão, deve levar em conta que os direitos não são absolutos de cada cidadão, mas relativos porque pertencem legitimamente a toda a coletividade”¹⁹⁷, portanto, o que se espera

¹⁹⁵ LOPES, Luiz Celso Dias. Auditoria e judicialização da saúde. In: GONÇALVES, Viviane Fialho (Org.). *Fronteiras da auditoria em saúde*. São Paulo: RTM, 2008. p. 95-124.

¹⁹⁶ CNJ. [Home page]. Brasília, 2010. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 20 out. 2014.

¹⁹⁷ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.190.

dele é que decida fundamentado em elementos concretos que possam orientá-lo na formação de sua convicção.

Em suma, o que se quer dizer é que a comunidade acadêmica e os institutos de pesquisas científicas na área de saúde podem, e muito, contribuir neste debate da busca do equilíbrio entre acesso, qualidade e uso racional dos recursos para a saúde do Brasil.

3 ESTUDO DE CASO

O estudo de caso é um dos principais métodos de pesquisa científica e tem como objetivo a descrição detalhada de uma determinada situação, que é o objeto do estudo. O estudo de caso utiliza-se de dados quantitativos e qualitativos. No caso em tela, os dados foram obtidos através da análise de conteúdo, mais especificamente, da documentação referente a dois processos judiciais movidos pelos beneficiários contra o plano de saúde Unafisco Saúde.

Inicialmente, realiza-se o levantamento dos dados, selecionando as informações mais relevantes, com base no objeto da investigação. E por fim, faz-se a análise dos resultados obtidos, chegando-se ao resultado final, cujo objetivo, no caso específico, é avaliar o impacto econômico-financeiro das decisões judiciais contra planos de saúde.

3.1 O UNAFISCO SAÚDE

O Unafisco Saúde¹⁹⁸, plano de saúde dos auditores fiscais da Receita Federal, atualmente no modelo autogestão, foi criado no ano de 1992 e surgiu a partir da ideia de se constituir um plano de assistência à saúde segundo o perfil e necessidades dos auditores-fiscais da Receita Federal, cujo desafio era oferecer o melhor serviço do mercado de assistência à saúde com preços inferiores aos praticados pelo mercado. Outro atrativo também era a permissão para a inclusão de agregados como pais, filhos maiores com qualquer renda, avós, netos e pessoas com outros parentescos, além dos dependentes.

Porém, com o aumento do número de associados surgiram, também, as primeiras dificuldades administrativas e financeiras sendo necessário mudar o formato de gestão do plano, aderindo, desta forma, ao modelo de autogestão.

Segundo Sampaio, o que caracteriza um plano de saúde na modalidade autogestão é o fato de ser um sistema fechado, restrito a um público específico, sem finalidade lucrativa, cujo objetivo principal é oferecer serviços com qualidade a

¹⁹⁸ UNAFISCOSAÚDE. *Jornal final*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.unafiscosaude.org.br/images/stories/jornalfinal.pdf>>. Acesso em 28 set. 2014.

preços mais módicos na modalidade coletivo, sendo definido por normas regulamentares, especialmente a Resolução Normativa/ANS 137/2006.¹⁹⁹

Planos de saúde na modalidade autogestão podem ser patrocinados ou não patrocinados. No caso do Unafisco Saúde, o modelo é não patrocinado, ou seja, sem nenhum custeio assistencial ou administrativo por parte da entidade pública, no caso, a Receita Federal, a qual os auditores fiscais são vinculados.²⁰⁰

Então, nessa nova modalidade foi possível justificar a necessidade de realizar novos reajustes nas mensalidades, inclusive, com cobrança de taxas extras, tudo isso, em nome da saúde financeira do plano, que tanto buscava o equilíbrio.

Mas os desafios não acabaram por aí, e, apesar do demonstrativo financeiro sinalizar que a receita continuava suficiente para cobrir as despesas, o que sobrava ainda não era suficiente para constituir um fundo de reservas seguro. Embora previsto no regulamento do Unafisco Saúde, o fundo de reserva, passou também a ser uma exigência da ANS, através da Resolução da ANS nº 77, de 17 de julho de 2001, que definiu que planos de saúde, modelo autogestão, com abrangência nacional e não patrocinados, deveriam constituir um fundo no valor de R\$ 1,9 milhão, situação em que se enquadrava o Unafisco Saúde.

Neste mesmo ano, o Plano vinha conseguindo manter suas contas com saldo positivo, entretanto, uma consultoria realizada na empresa, demonstrou que esse panorama não se sustentaria, tendo em vista que o índice ideal de reajuste das mensalidades deveria ser de pelo menos 16%, porém, o limite máximo estabelecido pelo ANS ficou em 8,71%, com base na Lei 9.656/98 e suas resoluções – o que inviabilizaria a constituição do fundo de reservas e até mesmo a manutenção do Plano.

Diante deste panorama, a própria ANS sugeriu, como alternativa para contornar a situação, a extinção do plano de saúde vigente a fim de ser substituído por outro, com novo registro e tabelas adequadas à legislação atual, permitindo, portanto, o reajuste nos índices almejados. Desta forma, a alteração foi aprovada em

¹⁹⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010, p. 219-222.

²⁰⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010, p. 219-222.

assembleia dos titulares e o registro do novo produto aconteceu em março de 2002, quando o Unafisco Saúde passou a fazer o recadastramento dos antigos beneficiários e a receber os pedidos de novas adesões. E mais uma vez, o saneamento das contas só foi possível graças às cobranças de novas taxas extras durante um período de três meses.

Além disso, a administração intensificou medidas para conter gastos e evitar possíveis desníveis nas contas, o que permitiu que o plano terminasse o ano com os pagamentos em dia e uma reserva de R\$ 2 milhões. O equilíbrio nas contas também permitiu a consolidação do fundo de reserva exigido por lei, colocando o Unafisco Saúde numa situação financeira de destaque em relação à maioria dos planos de saúde no Brasil.

Diante desse cenário, observa-se, que, da visão inicial para o os dias atuais, muitas alterações ocorreram na área de gestão da saúde no Brasil trazendo reflexos importantes para a operacionalização de planos de saúde e lançando grandes desafios para as operadoras.

O cumprimento das determinações impostas pela regulamentação do mercado de saúde suplementar pela ANS tornou-se um desafio para as operadoras e gerou registros históricos no Unafisco Saúde, permitindo que a Operadora, orgulhosamente, se mantivesse numa situação financeira de destaque em relação à maioria dos planos de saúde no Brasil, proporcionando, desta forma, o alcance da maturidade administrativa.

Ao partir para um plano de saúde próprio, os auditores-fiscais da Receita Federal almejavam um atendimento personalizado e desburocratizado, o que foi traduzido na missão do plano “Oferecer assistência à saúde aos associados de forma diferenciada e personalizada, dentro do equilíbrio financeiro do Plano.”²⁰¹ Atualmente, a gestão do plano enfrenta o desafio de fortalecer o atendimento de qualidade, aliando recursos tecnológicos ao capital humano, no oferecimento destes serviços diferenciados: gestão participativa, central de atendimento 24 h, assistência

²⁰¹ Missão do Unafisco Saúde UNAFISCOSAÚDE. *Missão*. Disponível em: <<http://unafiscosaude.org.br/site/institucional/>>. Acesso em 06 de mar. 2015.

médica domiciliar (*home care*), remoção aéreo-terrestre em casos de urgência/emergência e aconselhamento médico por telefone, através do programa de monitoramento de doenças crônicas e projeto bebê. Tais medidas contribuíram para o fortalecimento do plano com um aumento expressivo do número de beneficiários em todo o território nacional, cuja carteira, atualmente, é composta por aproximadamente 13 mil beneficiários.

Em 2014, o plano encerrou o ano com uma receita mensal no mês de novembro de R\$11.114.516,46 e despesa de R\$ 7.417.127,16 e no mês de dezembro com receita de R\$11.258.021,80 e despesa de R\$12.033.115,88 para a operacionalização dos dois tipos de planos: *Unafisco Saúde Soft*, cuja cobertura é restrita ao rol de procedimentos obrigatórios da ANS, e o carro chefe, *Unafisco Saúde Premium*, com coberturas extra-rol, definidas pelos associados em Assembleia Nacional.

O cenário apresentado no parágrafo anterior, se repete durante todo o ano, oscilando entre superávit e déficit, e por isso, todo movimento que gera um impacto financeiro é fonte de preocupação para os gestores do plano, não sendo diferente no que se refere às demandas judiciais.

E nesse contexto, a assessoria jurídica do plano, em junho de 2014, apresentou o cenário das ações judiciais que tramitam na justiça e o ônus financeiro acarretado pelas decisões proferidas pelos magistrados.

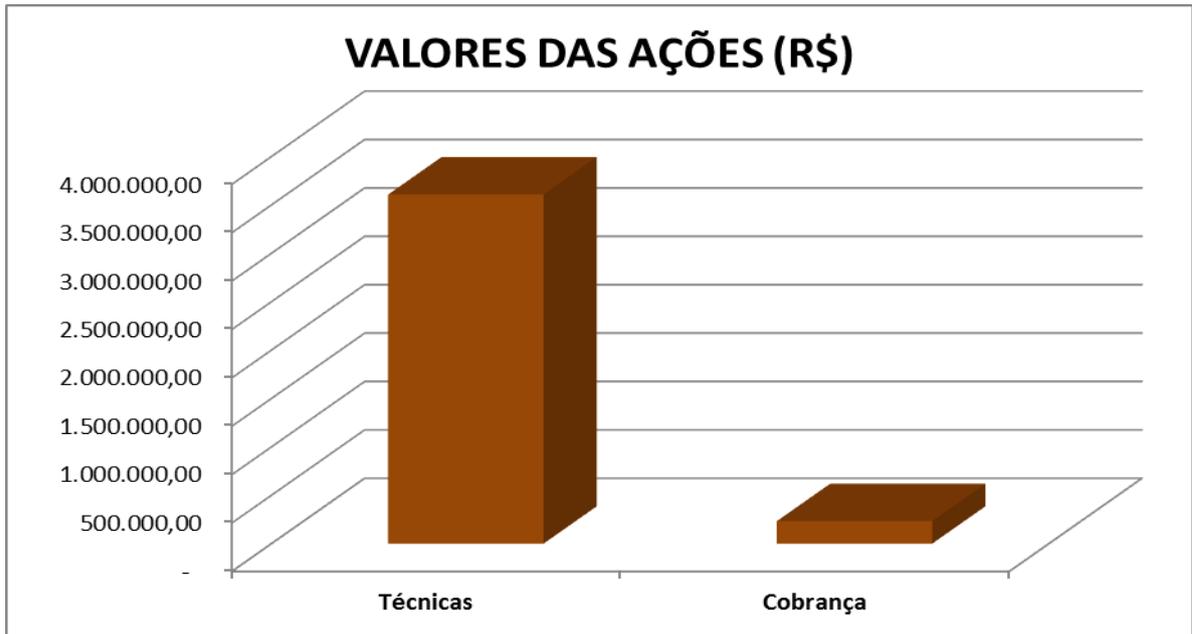
Deste relatório jurídico, extraíram-se as seguintes informações:

Figura 1 – Tipos de ações judiciais

Tipo	Qtd.
Técnica	29
Cobrança	16
Outras	6
Total	51

Fonte: Unafisco Saúde, 2014.

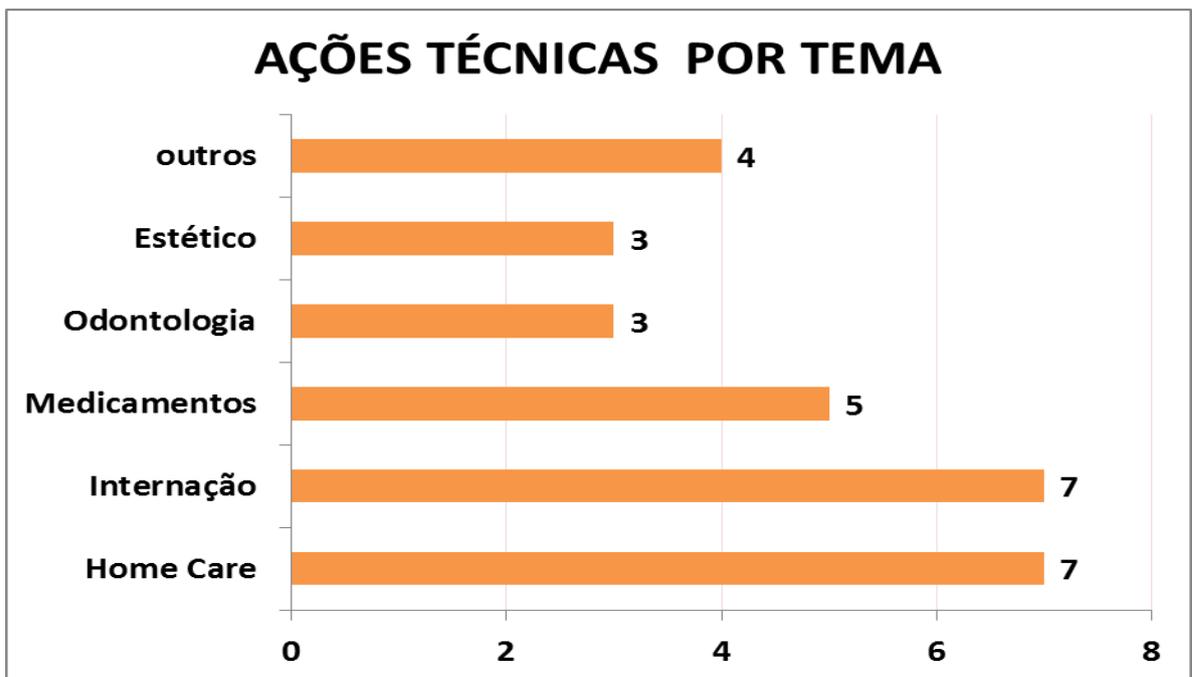
Figura 2 – Despesas com ações judiciais



Técnicas	Cobrança
3.606.722,15	75.227,12

Fonte: Unafisco Saúde, 2014.

Figura 3 – Tipos de ações judiciais



Fonte: Unafisco Saúde, 2014.

Como se pode notar, a saúde financeira do plano é uma realidade tão preocupante que reflete na própria missão do Unafisco Saúde “Oferecer assistência à saúde aos associados de forma diferenciada e personalizada, dentro do equilíbrio financeiro do Plano.”²⁰² E nesse aspecto, a partir da análise dos dados acima, nota-se que as ações de cunho técnico são as que verdadeiramente demandam gastos significativos, e portanto, as que comprometem o equilíbrio econômico-financeiro da operadora, uma vez que o gasto gerado, atualmente, corresponde a aproximadamente a um terço da receita mensal da operadora.

Entretanto, é salutar esclarecer, que existem demandas procedentes e improcedentes, mas é importante também, reconhecer que a judicialização da saúde ganhou tamanha relevância teórica e prática que se tornou necessário refletir acerca do modo como o Poder Judiciário brasileiro tem lidado com estas questões.

3.2 O CASO “SPA E O TRATAMENTO DA OBESIDADE MÓRBIDA”

A metodologia utilizada para este trabalho é de natureza exploratória documental, utilizando como amostra dois processos judiciais, movidos por beneficiários de um plano de saúde específico. Apesar dos referidos documentos serem públicos, os reclamantes serão identificados como Caso 1 e Caso 2, com o objetivo de preservar o sigilo dos envolvidos. O plano de saúde em questão é o Unafisco Saúde, onde a autora deste trabalho atua como auditora odontológica.

A escolha da primeira amostra, referente à ação judicial do Caso 1, foi feita dentro de um universo de 51 processos em trâmite na justiça, até junho de 2014, acerca de questões envolvendo a relação jurídica estabelecida contratualmente entre os usuários do plano e a operadora.

A seleção desta primeira unidade-caso levou em conta o fato de se tratar de um pedido de antecipação de tutela para um tratamento não contemplado no rol

²⁰² Missão do Unafisco Saúde UNAFISCOSAÚDE. *Missão*. Disponível em: <<http://unafiscosaude.org.br/site/institucional/>>. Acesso em 06 de mar. 2015.

de cobertura obrigatória da ANS, e, portanto, se enquadrando numa das grandes controvérsias jurídicas abordadas na fundamentação teórica deste estudo.

Posteriormente, em meados de outubro de 2014, a autora deste estudo tomou conhecimento de nova ação judicial impetrada por outro membro do mesmo grupo familiar, cujo pedido principal era idêntico ao primeiro, tratando-se, portanto, de mãe e filho, respectivamente, Caso 1 e Caso 2. O objetivo principal desta segunda abordagem será a realização de um estudo comparativo do teor das decisões, demonstrando possíveis divergências no julgamento de casos semelhantes.

A coleta dos dados será realizada através da análise documental dos referidos processos, e posteriormente, será feita uma interpretação qualitativa dos dados levantados através da descrição das decisões proferidas pelos magistrados em todas as instâncias em que houve julgamento de mérito.

Segundo Gil, o estudo de caso é uma modalidade amplamente utilizada nas ciências sociais, consistindo num estudo detalhado de poucos objetos, permitindo, desta forma, um profundo conhecimento do tema, o que não seria possível com os delineamentos já considerados, sendo, portanto, indicado “para a investigação de um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto real, onde os limites entre o fenômeno e o contexto não são claramente percebidos”.²⁰³

O autor destaca ainda, que o estudo de caso não pode ser considerado como uma generalização, pois a análise de um único caso não é suficiente para isso, uma vez que os objetivos “não são de proporcionar o conhecimento preciso das características de uma população, mas sim, o de proporcionar uma visão global do problema ou de identificar possíveis fatores que influenciam ou são por ele influenciados.”²⁰⁴

É o que se pretende com este trabalho!

²⁰³ GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 54.

²⁰⁴ GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 55.

3.2.1 Descrição do trâmite processual

3.2.1.1 Histórico do caso 1

Este caso tramita na justiça desde 2002 e foram localizados vários processos apensados ao principal, mas todos, basicamente, com o mesmo objetivo: cobertura pelo plano de saúde de internação em *spa* para tratamento de obesidade. Destes processos, dois se referem a pedidos liminares para mudança do local de tratamento, devido às necessidades pessoais da autora, entretanto, não será dado ênfase aos argumentos apresentados nestas ações cautelares incidentais, por entender a autora deste trabalho, que tais decisões não são relevantes ao estudo proposto, por serem uma consequência do pedido principal, no caso, internação em *spa* para tratamento de obesidade, objeto deste estudo.

O primeiro processo datado de 2002 trata-se de uma representação feita pela própria autora no Juizado Especial Cível de Defesa do Consumidor, informando que sofre de obesidade grau III, já considerada mórbida, com acometimento de outras enfermidades, além de consequências emocionais, e em virtude disso, “a Acionante julgou plenamente necessário se submeter a um **tratamento em clínica hábil para curá-la. Escolheu o SPA Médico Busca Vida, porque acredita que lá encontrará a paz e força necessárias para superar a doença**”²⁰⁵ (grifo nosso), e por isso, solicitou ao plano de saúde o custeio da internação por entender que esta tem obrigação de arcar com os gastos referentes aos serviços médicos que necessite.

Alegou, também, descaso do Unafisco Saúde em não proceder à autorização de internação na clínica de emagrecimento SPA Busca Vida e mesmo diante da negativa, procedeu a internação por conta própria, arcando com a despesa de R\$4.000,00. Nesse sentido requereu a expedição de medida liminar condenando a ré a arcar com os encargos financeiros decorrentes da internação no *spa* retroativos a data de internação, bem como as despesas futuras com a continuidade do tratamento.

²⁰⁵ Extraído do Termo de Apresentação de Queixa (Defesa do Consumidor) do processo referente ao Caso 1.

O pedido liminar foi deferido e o Unafisco Saúde contestou apresentando parecer técnico informando que, embora existam várias alternativas terapêuticas que combinadas conseguem êxito na perda de peso, no caso de obesidade mórbida, o consenso na comunidade médica é que o tratamento mais eficaz é a cirurgia bariátrica.

Através de recurso inominado em que requereu a reforma da sentença para julgar o pedido improcedente, a ré argumenta que o magistrado deixou de considerar aspectos imprescindíveis para o deslinde do caso, destacando que foram os próprios associados titulares do plano que decidiram, em Assembleia Nacional, excluir a cobertura de tratamento em clínica de emagrecimento, conforme disposto no capítulo das exclusões do regulamento do plano. E nesse sentido, quando a beneficiária aderiu espontaneamente ao plano assistencial, acolheu as normas individuais que compõem o seu conteúdo e determina a conduta das partes.

Ressalta ainda, que o tratamento em *spa* conforme pleiteado pela autora é considerado pela medicina moderna como tratamento para emagrecimento com finalidade estética, não sendo indicado para casos de obesidade, conforme destaca o parecer da médica auditora do Unafisco Saúde, anexo ao processo.

Assim sendo, segundo a defesa, inexistente tal obrigação, seja do Direito Pátrio vigente, seja da relação jurídica estabelecida entre as partes, destacando ainda, que a lei 9656/98 que rege a matéria, no seu artigo 10, inciso II, exclui da cobertura os procedimentos clínicos e cirúrgicos para fins estéticos.

E, apesar da vasta documentação acostada nos autos, o magistrado equivocou-se ao fundamentar sua decisão no fato de que o tratamento em *spa* seria a única forma de cura para a patologia apresentada.

Nesse contexto, concluiu a petição, reforçando os equívocos cometidos pelo magistrado ao conceder a liminar. Primeiramente, porque em nenhum momento o plano deixou de considerar a obesidade da recorrida como doença, mas sim, que o tratamento escolhido por ela era de pouquíssima eficácia, e por isso, o Unafisco Saúde oferecia tratamento com 'equipe multidisciplinar' e 'cirurgia bariátrica', atendendo assim os requisitos do artigo 10 da Lei 9656/98 e não cometendo, portanto, nenhum ato ilegal ou abusivo, conforme mencionado pelo magistrado.

Além disso, o magistrado interferiu nas decisões proferidas por uma Associação civil, autogerida, ao proferir uma decisão individual contrária aos seus interesses.

Assim, antes da realização das audiências foram vários pedidos liminares, que, na medida em que eram concedidas, eram também contestadas pela ré e cassadas. Mas para cada liminar concedida era determinado ao plano que arcasse com as despesas da internação no *spa*. E desta forma, foram gastos em 2003, pela operadora de plano de saúde, o valor de R\$23.588,00 para custear a internação da autora no *spa*, conforme determinação judicial.

Em um momento seguinte, já em 2006, a autora entrou com uma ação de cumprimento de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais com pedido de liminar.

Mais uma vez foram várias liminares, e em 2009, numa das contestações, a ré requereu a imediata revogação da liminar por falta de justificativa técnica e recomendou a realização de perícia judicial.

Então, foi indeferido o pedido de prorrogação de liminar feito pela autora, sob o seguinte argumento do jurista:

“não há nos autos elementos capazes de autorizar o deferimento do pedido, ainda pelo fato de que as demais enfermidades noticiadas podem ser devidamente tratadas fora da unidade onde a autora pretende permanecer a qual, aliás, a isso não se destina.”²⁰⁶

Mas, logo em seguida, a autora entrou com recurso de agravo de instrumento com pedido de antecipação da pretensão recursal, com os mesmos argumentos já elencados em pedidos anteriores, alegando também, que o plano pode estabelecer as doenças cobertas, mas não o tipo de tratamento, além de ser abusiva a cláusula contratual que limita o tempo de internação hospitalar do segurado.

E, sob estes argumentos, o relator concedeu a tutela recursal pretendida fundamentando a sua decisão nos indicativos apresentados nos documentos de que se tratava de grave risco à vida e no direito à vida protegido constitucionalmente.

²⁰⁶ Extraído da decisão proferida pela juíza de direito auxiliar da Vara dos Feitos de Relação de Consumo Civil e Comerciais do processo referente ao Caso 1.

E mais uma vez, a ré apresentou contrarrazões alegando que a internação se arrasta desde 2006, sem que tenham sido colhidos resultados satisfatórios, sendo que as enfermidades noticiadas por meio de relatório médico podem ser devidamente tratadas fora do ambiente de *spa*.

Ainda no mérito, a ré, novamente, esclarece que no regulamento do Plano Unafisco Saúde não há previsão contratual de cobertura para tratamento em *spa*, informando que o tratamento realizado pela agravante desde 2006 se assemelha a uma “hospedagem em estabelecimento de lazer do que para tratamento de saúde”, sendo que a manutenção do mencionado tratamento às custas do plano, desequilibra o orçamento da entidade.

E assim sendo e ainda no ano de 2009, o acordão reformula a decisão:

“EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRATAMENTO DE OBESIDADE MÓRBIDA. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA BARIÁTRICA, EM RAZÃO DA IDADE E SITUAÇÃO FÍSICA DA AGRAVANTE. PACIENTE COM DIVERSAS COMORBIDADES EM RAZÃO DA OBESIDADE. RECOMENDAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO EM CLÍNICA SPA. AUSÊNCIA DE COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIR AO AGRAVADO O ÔNUS DE ARCAR COM AS DESPESAS DA INTERNAÇÃO POR LAPOSO TEMPORAL INDETERMINADO.

- 1- A impossibilidade da Agravante em realizar a cirurgia de septação gástrica não obriga ao Plano de Saúde garantir despesas decorrentes de internamento em SPA por tempo indeterminado.
- 2- O Conselho Federal de Medicina não atribui aos Spa's o status de instituição médica, de modo que referida instituição não se enquadra no rol de estabelecimentos hospitalares a que o recorrido está obrigado a garantir.
- 3- Resolução Normativa nº 167, da ANS, (artigo 8º) determina que o tratamento da obesidade mórbida, por sua gravidade e risco à vida do paciente, demanda atendimento especial a ser assegurado e realizado, preferencialmente, por equipe multiprofissional, em nível ambulatorial.
- 4- Recurso improvido. Decisão interlocutória revogada²⁰⁷

Além da recomendação de que o tratamento necessário para restabelecimento da saúde da beneficiária se dê em clínica da rede conveniada, não se justificando que seja realizado, necessariamente, nos *spas* sugeridos, destaca-se também no voto:

“A existência de cláusulas excludentes da cobertura de determinados procedimentos ou tratamentos é perfeitamente possível, em razão de

²⁰⁷ Extraído do Acordão referente ao processo do Caso 1.

expressa disposição legal, desde que as restrições não importem na contratação de plano com cobertura aquém da mínima.”²⁰⁸

À mesma época, a ré comunicou a falta de depósito dos honorários do perito por parte da autora, alegando falta de interesse em realizar a perícia.

Desta celeuma processual, no período de 2006 a 2009, foram gastos mais R\$335.578,84 com as internações, valores estes, arcados integralmente pela parte ré.

Houve então um intervalo de tempo, e, em 2013, a autora apresenta Recurso especial alegando ofensa ao art. 535, inciso I, do Código de Processo Civil (CPC), bem como aos artigos 51 e 84, do CDC, além de divergência jurisprudencial. Recurso inadmitido.

Além disso, também em 2013, a ré requereu expedição de alvará para levantamento da quantia depositada em 2009, visando custear 50% dos honorários do perito, tendo em vista que a perícia não foi realizada por falta do depósito do valor restante pela parte autora.

Em seguida, e ainda em 2013, a autora apresentou petição alegando risco de morte em consequência do agravamento do estado de saúde, e portanto, com necessidade de internação imediata, sob o argumento de que “poderá vir a falecer devido à dificuldade de respirar”

Entretanto, só em 2014 é realizada a perícia judicial e apresentado laudo conclusivo, donde se extrai a seguinte informação fornecida pela autora na Anamnese (História da Moléstia Atual):

“Quando na saída do spa foi orientada para praticar hidroginástica, além de dieta, relatou:

‘Não tem condições de ficar fora (sic). Como o plano não paga a hidroginástica e para ir tem necessidade de alguém que a leve ‘quem vai levar todo dia?’(sic), deseja a internação. Internada, só tem que se preocupar em fazer exercícios. Lá quando necessito de ajuda, tenho. Se necessitar de uma muleta, tenho. ‘Tenho que ter uma pessoa. Em casa fico sozinha e de noite penso até que não vou amanhecer’(sic).

Sobre a cirurgia bariátrica, houve a proposta de médicos e do plano de saúde, contudo, recusa terminantemente, temendo possíveis reações

²⁰⁸ Extraído do Acórdão referente ao processo do Caso 1.

pós cirurgia. ‘Se tivesse compulsão alimentar teria sentido.....não é por isso’(sic)’ (grifo nosso)²⁰⁹

Segundo o médico perito, o cerne da questão está na manutenção da perda do peso, e conseqüentemente, na mudança dos hábitos familiares em relação à comida, sem a qual, não será possível obter sucesso. Entretanto, observa-se que o padrão familiar da periciada é de obesidade. Ela cozinha para um filho obeso, que não tem nenhuma restrição alimentar. Afirma também, que hidroginástica pode ser realizada sob internação ou não, mas que por si só não resolverá o problema sendo, portanto, primordial a dieta. E complementa: **“Ter companhia em internação e não tê-la em casa não é justificativa para internamento – é um problema social.”**²¹⁰ (grifo nosso)

Por fim, o perito emite a seguinte conclusão:

“Em se levando em conta a parte econômica simplesmente foram gastos mais de 350 mil reais na aquisição de 12 kg de peso (considerando-se o peso da internação em Sorocaba e o medido no exame pericial). Compulsivamente o plano de saúde custeou um tratamento debalde. Chegar ao fim do tratamento não é assertiva lógica, já que o tratamento da obesidade não acaba nem mesmo o cirúrgico.”²¹¹ (grifo nosso)

Por fim, em setembro de 2014, é proferida a decisão interlocutória indeferindo o pedido de nova prova pericial solicitada pela parte autora, sob o argumento de que o perito não era especialista. Atualmente, o processo está aguardando o decurso do prazo para recorrer da decisão proferida.

3.2.1.2 Histórico do caso 2

Petição inicial datada de 22/09/2014 alegando obesidade mórbida e alto risco à saúde e vida solicitando o deferimento da medida liminar, *inaudita altera pars*, determinando que o plano autorize e custei, imediatamente, a internação e tratamento do autor por período inicial de 180 dias, e posteriormente, mais 03 dias consecutivos mensais.

²⁰⁹ Extraído do parecer técnico do perito judicial referente ao processo do Caso 1.

²¹⁰ Extraído do parecer técnico do perito judicial referente ao processo do Caso 1.

²¹¹ Extraído do parecer técnico do perito judicial referente ao processo do Caso 1.

Como prova documental, foram apresentados relatórios médico e psicológico recomendando a internação urgente em clínica especializada em obesidade.

Em seguida, é sinalizado o risco da cirurgia bariátrica, citando a Resolução 1942/2010 que informa que tais cirurgias exigem precauções especiais, por isso, o risco/benefício deve ser muito bem analisado. E ainda cita artigo 15 do Código Civil de 2002, que veda a imposição a tratamento médico ou cirúrgico, com risco de vida.

Assim foi alegado que a ré violou os princípios da boa fé objetiva e da expectativa legítima, ao negar o tratamento proposto. A ré ainda “insurge-se em manifesta violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como o inalienável e irrenunciável Direito Fundamental à vida do Autor, garantido pela Carta Magna de 1988.”²¹²

Houve também alegação de dano moral, pedido de antecipação dos efeitos da tutela e inversão do ônus da prova.

A juíza proferiu o seguinte despacho: “Reservo-me para apreciar o pedido liminar, após o prazo de defesa.”²¹³ E logo em seguinte, é feita uma reiteração do pedido liminar pela parte autora.

Em contestação, a ré informa que “o ponto controverso da lide diz respeito ao tratamento de obesidade mórbida em clínica estética (*spa*), sem nenhuma eficácia comprovada.”²¹⁴

Lembra ainda, sobre a operadora de saúde, ré no caso: “Trata-se de uma entidade sindical e sem fins lucrativos, que sobrevive basicamente das contribuições de seus associados”²¹⁵ sendo, portanto, uma autogestão limitada a um grupo específico de beneficiários.

E nesse sentido, em relação ao mérito, argumenta:

²¹² Extraído da petição inicial da autora referente ao processo do Caso 2.

²¹³ Extraído do despacho proferido pela juíza de direito da Vara dos Feitos de Relação de Consumo Civil e Comerciais do processo referente ao Caso 2.

²¹⁴ Extraído da contestação apresentada pela parte ré (Unafisco Saúde) referente ao processo do Caso 2.

²¹⁵ Extraído da contestação apresentada pela parte ré (Unafisco Saúde) referente ao processo do Caso 2.

“Segundo as diretrizes clínicas elaboradas pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA PARA O ESTUDO DA OBESIDADE MÓRBIDA E DA SÍNDROME METABÓLICA – ABESO (2009 e atualização 2010) NÃO HÁ INDICAÇÃO PARA TRATAMENTO NÃO-CIRÚRGICO DE OBESIDADE MÓRBIDA. De outra banda, a ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS não faz nenhuma recomendação sobre esta estratégia de internação prolongada para nenhum grupo de pacientes.”²¹⁶

Assim, com base nestes argumentos e na falta de cobertura regulamentar, o Plano de Saúde fundamenta a negativa, alegando que há vastíssima literatura recomendando como conduta padrão para obesidade grau III, o tratamento ambulatorial com equipe multidisciplinar, restringindo os casos de internação para os pacientes com dificuldade de locomoção ou insuficiência respiratória. Além disso, não há estudos estabelecendo a superioridade do tratamento em regime de internação em relação ao ambulatorial.

A ré alega também que não fica demonstrado o caráter de urgência, conforme definição do Conselho Federal de Medicina. E também, que não fica caracterizada a necessidade de fisioterapia dermatofuncional.

Portanto, esclarece a ré que não se trata de discutir as patologias que vêm acometendo o autor, mas tão somente, a forma indicada pra o tratamento, no caso, internação em *spa*, haja vista que o autor se recusa a se submeter a tratamento ambulatorial multidisciplinar.

Como prova documental foi apresentado o parecer da Clínica Evidências (ANEXO B) e fotos do *spa* pleiteado pelo autor.

Neste contexto, houve o indeferimento do pedido. Inicialmente, a magistrada esclareceu a concepção do plano de saúde, sendo um “direito que resulta do mútuo consenso entre o prestador de serviço de saúde e o contratante, os quais estabelecem direitos e obrigações recíprocas e consensuais.”²¹⁷

Observou também que o contrato de seguro firmado entre autor e parte requerida é perfeito, pois possui todas as características jurídicas elementares desta

²¹⁶ Extraído da contestação apresentada pela parte ré (Unafisco Saúde) referente ao processo do Caso 2.

²¹⁷ Extraído da sentença proferida pela juíza de direito da Vara dos Feitos de Relação de Consumo Civil e Comerciais do processo referente ao Caso 2.

espécie: bilateral, formal, de adesão, oneroso, aleatório, de boa-fé. Além de ter sido celebrado por partes capazes.

Em relação ao argumento do autor, cujo direito estaria amparado no artigo 6º da CF/88, que lhe garante o direito a saúde, a jurista lembra que o referido artigo diz que a saúde é um direito social enquanto o artigo 196 afirma de forma expressa:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”²¹⁸

E neste contexto é digno de destaque o posicionamento da juíza:

“Ora, a leitura do artigo acima, não deixa dúvidas de que quem tem o dever de garantir o direito do cidadão à saúde é o Estado, não cabendo qualquer dever ao particular, ao contrário do que afirma o autor, ou seja, os planos de saúde não podem ser obrigados a fazerem nada que não esteja previsto na legislação ou em um contrato firmado.”²¹⁹ (grifo nosso)

Segundo a magistrada, assiste razão ao autor quando pleiteia o direito de tratar a sua obesidade que é considerada uma doença e a ANS reconhece o direito do portador de obesidade poder realizar tratamentos cirúrgicos para curar-se da referida doença. Porém, insta frisar ainda, que a médica que solicitou a internação da autora não indicou a Clínica de Obesidade como a capaz ou a única capaz de oferecer o tratamento necessário à autora, sendo esta escolha advinda exclusivamente da autora.

E por fim, lembra que *spa* distancia por completo do objetivo do contrato e das obrigações de tratamento de saúde, devendo a internação, se necessária, ocorrer em estabelecimento médico-hospitalar, e complementa:

“Vale registrar, que a ANS tem constantemente analisado as necessidades dos usuários dos Planos de Saúde e após ouvida de profissionais da medicina, vem autorizando diversos procedimentos, não previstos nos contratos nem no seu rol e, no que pese esse tipo de ação ser comum desde o ano de 2007, até hoje a ANS não obrigou as operadoras a prestarem esse tipo de serviço, aqui requerido, ou seja, o internamento em clínica de obesidade não é considerado como

²¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

²¹⁹ Extraído da sentença proferida pela juíza de direito da Vara dos Feitos de Relação de Consumo Civil e Comerciais do processo referente ao Caso 2.

meio adequado nem necessário para garantir a saúde do cidadão brasileiro.”²²⁰(grifo nosso)

Assim, finaliza a sentença, julgando improcedente o pedido em razão da inexistência de previsão contratual e seguindo o preconizado no Enunciado 21 do CNJ, que orienta o seguinte para os juízes:

"Nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei nº 9.656/1998, recomenda-se considerar o rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas"

Entretanto, logo em seguida, a parte reclamante apresentou recurso de apelação com pedido de antecipação de tutela recursal, fundamentado em 04(quatro) pareceres médicos sob o argumento de que “a contundente prescrição constitui-se, portanto, em documento probatório inequívoco da grave situação do Autor”²²¹. Foi alegado também que a cirurgia bariátrica, além de não ser indicada pelos médicos, é aterrorizante para o reclamante, tendo em vista o risco que o procedimento oferece.

O reclamante tenta, também, caracterizar o *spa* como uma clínica de tratamento para doenças e não de tratamento estético e apresenta parecer do CRM da Bahia diferenciando *spa* de clínica de obesidade, sendo esta última, de uma conotação mais ampla, envolvendo uma estrutura de assistência multidisciplinar com a participação de diversas especialidades médicas. O parecer do CREMEB (Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia) informa ainda, que cabe a médico assistente recomendar o tratamento para o seu paciente obeso. Apresenta também como fundamentação, várias jurisprudências do Estado da Bahia, que, neste sentido, reconhecem o direito à saúde do paciente para tratamento em clínica de emagrecimento.

Além disso, justifica a reforma da sentença nos direitos fundamentais e no Código de Defesa do Consumidor, alegando que a decisão proferida estava em total desarmonia com os dispositivos constitucionais, como se vê:

“Restou, destarte, uma sentença omissa quanto ao direito à saúde do Apelante (posto que reconhece a doença e sua gravidade, mas não dá

²²⁰ Extraído da sentença proferida pela juíza de direito da Vara dos Feitos de Relação de Consumo Civil e Comerciais do processo referente ao Caso 2.

²²¹ Extraído do recurso de apelação da parte autora referente ao processo do Caso 2.

encaminhamento quanto à sua cura), e, data maxima venia, arrogante na medida em que descredencia o discurso dos profissionais médicos – coisa que nem mesmo a parte ex adversa fez!”²²²

Por outro lado, nas contrarrazões, o Unafisco Saúde mantém basicamente as mesmas alegações feitas na contestação inicial, acrescentando que a verdade é que a clínica de obesidade sugerida é um *spa* disfarçado e sobre o parecer do CREMEB, dispõe:

“Com o devido respeito, o parecer do CREMEB não apresenta estudo de boa qualidade sobre o tema e simplesmente – agindo de forma corporativista – deixa a critério do médico assistente avaliar a necessidade ou não de internação, conforme destaca a Consultoria da Evidências em novo parecer.”

Atualmente, o processo está aguardando o julgamento do recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça.

3.2.2 Análise dos argumentos a partir do conteúdo descrito nos dois casos

No primeiro momento observa-se, claramente, a divergência de opiniões nas decisões proferidas nos dois casos, em 1ª instância, pelo mesmo Tribunal, ou seja, Vara dos Feitos de Relação de Consumo Cível e Comercial do Tribunal Justiça da Bahia.

Em seguida, ainda em 1º grau, no Caso 1, verifica-se também, uma “confusão processual” nas diversas liminares concedidas e indeferidas, demonstrando a insegurança jurídica, cujas consequências refletem não só nos planos de saúde, mas na sociedade como um todo, que fica sujeita às mudanças constantes que tais decisões geram.

No momento seguinte e ainda no Caso 1, já em 2ª instância, nota-se que o relator defere a liminar caçada pelo magistrado de 1ª instância, acolhendo os argumentos do autor, inclusive de risco de vida, e logo em seguida, o acórdão revoga a decisão interlocutória proferida e nega o provimento do recurso. Segundo o acórdão o tratamento recomendado é ambulatorial e cirúrgico, além de indicar a não obrigatoriedade de cobertura de *spa* pelo plano de saúde.

²²² Extraído do recurso de apelação da parte autora referente ao processo do Caso 2.

Nessa mesma linha de raciocínio, digno de nota os pareceres datados de 2003 e 2009 da médica perita do Unafisco Saúde, corroborando com a fundamentação do referido Acórdão que ocorre somente em 2009.

Conforme já descrito nos capítulos anteriores, e como exemplificado no Caso 1, os juristas, muitas vezes, concedem liminares baseadas em relatórios médicos fornecidos pela parte autora, com argumentos genéricos e sem fundamentos em evidências científicas, ou seja, muitas vezes, em pareceres tendenciosos.

Corroborando o entendimento acima, observa-se que no recurso de apelação do Caso 2, os pareceres médicos recomendam a internação em *spa*, mas em nenhum momento é feita uma fundamentação científica como justificativa, assim como não são apresentadas evidências científicas que contraindiquem a cirurgia bariátrica para o caso em tela. Na verdade, os pareceres médicos do Caso 2, apenas omitiram a possibilidade de cirurgia bariátrica, mas não a contraindicaram. Portanto, percebe-se que a recorrente alegação de que é a internação em clínica de obesidade é o único tratamento, atualmente, para a patologia do beneficiário do plano de saúde e que “a intervenção cirúrgica de alto risco” não é recomendada, não encontram fundamentação nem mesmo nos pareceres utilizados como prova para a internação.

Merece destaque ainda, o fato de que, até então, todas as decisões proferidas pelos magistrados, no Caso 1, no decurso de 07 anos, foram feitas sem respaldo técnico imparcial, fundamentados exclusivamente nos pareceres médicos das partes.

Observa-se, também, nos dois casos, que não se trata de urgência/emergência, pois os autores são portadores de doenças crônicas em função da obesidade que carregam há anos, portanto, não há relatos nos pedidos, de quadros agudos que justifiquem a imediata internação. Entretanto, nota-se uma forte pressão por partes dos autores para caracterizar risco à saúde e à vida, utilizando-se de frases como “*Autora poderá vir a falecer devido à dificuldade de respirar*”, “*O desespero da Autora é enorme*”, “*impressiona o declínio da saúde*”, “*frente ao risco de morte que corre*”, “*não há exageros é a realidade da saúde da Autora que carece de total atenção*” etc, inclusive, com sucessivas reiterações dos

pedidos liminares, a fim de influenciar os magistrados em conceder a tutela antecipadamente. Além disso, vale ressaltar, que mesmo que houvesse risco de morte iminente, a internação deveria ocorrer em um hospital e não em *spa*. E nesse sentido, destaca-se a decisão de 1ª grau da juíza no Caso 2 que optou, acertadamente, por apreciar o pedido liminar após o prazo de defesa.

Os juristas, diante das controvérsias nessa relação tensa, não conseguem dialogar com as várias expressões no âmbito estritamente técnico da saúde do reclamante, agravado pelo fato das solicitações, por vezes, estarem apoiadas na gravidade e urgência. Neste contexto e influenciados por pareceres médicos, acabam tomando, muitas vezes, uma decisão precipitada, tendo em vista o temor de serem acusados pela morte de um cidadão devido ao não provimento da assistência médica necessária.

Embora seja inquestionável essa vulnerabilidade dos magistrados frente às diversas questões técnicas que envolvem pedidos na área de saúde, especialmente, os pedidos liminares, discute-se aqui, se os magistrados não teriam condições de buscar um maior respaldo antes de proferirem tais decisões? Ora, será que não é evidente, até mesmo para um leigo, que risco **iminente** de vida, não se trata em *spa*? Que tratamento em *spa* é a longo prazo e inclui, basicamente, dietas e exercícios físicos? Desde quando se ‘remove’ o risco **iminente** de vida com hidroginástica e alimentação balanceada? Não poderiam tais juristas buscar um maior embasamento nas jurisprudências e até mesmo em sites médicos? Embora pesquisas na internet não sejam o meio adequado para subsidiar um magistrado, o que se quer dizer aqui é que a internet é uma realidade à disposição da população como um todo, e um forte instrumento de fornecimento de informações, melhor, portanto, do que nada.

Nota-se, então, que tais decisões não levaram em conta o caso concreto, e sim, fundamentos genéricos, como o direito à saúde, sugerindo uma falta de interesse do magistrado em aprofundar no tema, sendo que nestes casos, o caminho mais fácil é conceder a liminar. Estes juristas não levaram em conta o impacto de tais decisões para os demais beneficiários dos planos de saúde e para o mercado de saúde suplementar de maneira geral, cujas consequências envolvem operadoras de planos, usuários, prestadores, etc.

A *Evidências* é uma renomada clínica com alta credibilidade científica que tem como objetivo buscar soluções através das técnicas de Medicina Baseada em Evidências (MBE), além de prestar assistência nas decisões relacionadas a tecnologias em saúde e análise de mercado.

O Unafisco Saúde mantém parceria com a *Evidências*, a fim de auxiliar os profissionais da área de saúde na emissão de pareceres técnicos com a finalidade de auxiliar os gestores do plano na tomada de decisões. Destaca-se, portanto, no Caso 2, o parecer da *Evidências* em relação ao tratamento de obesidade mórbida por internação e sobre caráter emergencial deste caso. (ANEXO A)

Além da total divergência de opiniões em ambos os casos acerca dos pedidos liminares, vale ressaltar ainda, a importância da decisão proferida em 1º grau, em relação ao Caso 2, em que a juíza, para além da indicação técnica, reforçou a importância da questão contratual. Portanto, mesmo que o beneficiário tivesse indicação técnica para tratamento em *spa*, não teria direito à cobertura pelo plano de saúde, por falta de amparo legal, pois, tal cobertura não está prevista no rol da ANS, e por falta de previsão contratual, já que também não está contemplada em cobertura complementar, através do contrato celebrado com a operadora.

Ainda sobre este aspecto, e no caso específico do Unafisco Saúde, foi esclarecido que o plano é administrado pelos próprios associados através de Regulamento próprio, que só pode ser alterado pelos mesmos em Assembléia Nacional, e nesse sentido, a cobertura contratual foi estabelecida pelos próprios associados. Assim sendo, a internação em clínica de emagrecimento consta no seu Regulamento, no capítulo das exclusões, refletindo, portanto, a vontade da maioria, que assim determinou.

Nessa mesma linha de raciocínio, pode-se inferir que a decisão proferida pelo magistrado de forma individualizada, sobrepõe o direito coletivo dos demais associados que terão que, forçosamente, através do pagamento das mensalidades, suportar o ônus gerado por tal decisão, embora não tenha sido esta a vontade da maioria registrada no Regulamento do plano.

Não fosse isso o bastante, merece destaque também, a questão de que muitas operadoras comercializam modalidades diferentes de planos de saúde, como

é o caso do Unafisco Saúde, que operacionaliza o *Unafisco Saúde Premium*, com cobertura além do rol de procedimentos da ANS, e o *Unafisco Saúde Soft*, com cobertura restrita ao rol. Desta forma, pretende-se atender um maior de usuários, adequando a modalidade do plano à sua disponibilidade financeira. Ou seja, quem quer ter uma cobertura maior, terá que arcar com uma mensalidade mais cara, nada mais que justo.

Ocorre que decisões proferidas sem respeitar as cláusulas contratuais e com fundamentos genéricos, como no Direito à vida sem uma análise mais aprofundada da situação, a exemplo do Caso 1, tem provocado no mercado de saúde suplementar uma ideia: *‘Por que ter um plano mais caro, se posso através da justiça conseguir o que eu quero?’* Assim sendo, quem paga por um plano com maior cobertura, acaba tendo os mesmos direitos de quem paga bem menos. Seria isso justo? E como ficam os custos deste plano com menor aporte financeiro e despesa semelhante ao de maior arrecadação?

Em recente reportagem, o diretor de Marketing e Desenvolvimento Social da Unimed Brasil, Edevard José de Araújo, afirmou:

“Clientes adquirem planos com menos opções e recursos para que seja possível contar com um preço compatível com seus orçamentos, mas acabam indo à Justiça exigir tratamentos e procedimentos que não estavam previstos em contrato. Essa situação causa um desequilíbrio nas finanças das operadoras”²²³

Por fim, nota-se a importância do contraditório, uma vez que os argumentos apresentados nos pareceres médicos dos autores foram tendenciosos e genéricos, sem fundamentos científicos, deixando o magistrado sem condições de proferir uma decisão justa. Porém, apesar de relevante, é importante destacar, que o contraditório pode gerar também um parecer técnico de acordo com as necessidades de defesa da parte ré, e por isso, é necessário reforçar a importância do parecer técnico do perito judicial, uma vez que visa emitir uma opinião imparcial com a finalidade de subsidiar o magistrado na tomada de decisão.

²²³ BRASIL, Luisa. *Judicialização contra convênios de saúde cresce: Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça triplicam em quatro anos. TJ-RJ tem cinco mil novas ações na área.* O Dia, Economia. 31 jan. 2015. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/economia/2015-01-31/judicializacao-contra-convenios-de-saude-cresce.html>>. Acesso em 04 fev. 2015

Nessa mesma linha de raciocínio, se no Caso 1, o parecer do perito judicial tivesse sido elaborado de forma mais célere, a fim de subsidiar a primeira decisão tomada em 2003, teria, desta forma, evitado um gasto de R\$359.136,89 conforme demonstrado em planilha de custos fornecido pela operadora. (ANEXO B). Lembrando ainda, que, neste mesmo caso houve uma demora provocada pela autora ao não depositar a sua parte referente aos honorários do perito. Não estaria a autora, desta forma, adotando mais uma manobra para dificultar a apreciação, por parte do magistrado, de um parecer técnico imparcial que, provavelmente, contestaria sua tese?

Conclui-se, portanto, sobre os dois casos analisados neste capítulo, que não havia indicação técnica para internação em qualquer clínica de tratamento, e sim, necessidade de tratamento ambulatorial, e na comprovada ineficiência deste, tratamento cirúrgico. Além disso, ficou evidente que não se tratava de uma situação de urgência e/ou emergência do ponto de vista médico, sendo portanto, improcedentes os diversos pedidos liminares. E por fim, conclui-se também, que, para além de questões técnicas, os pedidos eram improcedentes por falta de previsão legal e contratual.

Em suma, as consequências geradas por tais decisões infundadas geraram um gasto com “internações em spa”, para uma única beneficiária, de mais de R\$350.000,00, além de outras despesas com o processo judicial. Tudo isso para a autora adquirir 12 kg, já que foi este o resultado final apurado pelo perito judicial no parecer técnico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo central deste trabalho monográfico foi discutir o processo de judicialização da saúde, contribuindo também, para o estudo da constitucionalização do direito civil, onde temos cada vez mais a aplicação de princípios constitucionais em detrimento da *pacta sunt servanda*.

Desta forma, inicialmente, buscou-se localizar no ordenamento jurídico o tratamento dado ao tema “Direito à Saúde”. Primeiramente, na Carta Magna, que o trata como um direito fundamental, destacando também, a permissão dada para a iniciativa privada, inclusive com finalidade lucrativa, de explorar a assistência à saúde.

Esta interface entre público e privado é feita pela saúde suplementar, mas sempre destacando que a saúde é de relevância individual e social sendo, portanto, soberana a qualquer direito de ordem econômica ou patrimonial.

Ainda sobre esse aspecto, os autores destacaram a importância social desse sistema privado, na medida em que ajuda a minimizar os problemas na esfera pública e permite o acesso das classes mais baixas aos tratamentos de saúde mais modernos.

Dos artigos constitucionais que tratam do tema, notou-se a grande preocupação com a dignidade da pessoa humana, porém, ressaltando, que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser ponderando com outros princípios, a fim de se garantir a dignidade de diversas pessoas, devendo inclusive, ser realizado em diferentes graus, tendo em vista a escassez de recursos, que é uma realidade social também.

Dando continuidade à abordagem legal do tema, buscou-se estudar as normas e regulamentos infraconstitucionais que tratam do direito à saúde, e nesse contexto, a Lei 9565/1998 é o marco regulamentar na prestação de serviços de saúde tendo como objetivo principal, a proteção do usuário de planos de saúde.

Temos ainda, o Código de Defesa do Consumidor que atua de forma suplementar na solução dos conflitos que não ficaram claramente regulamentados

pela Lei 9656/98, pois, é também um marco regulatório no que diz respeito às relações de consumo, modalidade em que se encontram os planos de saúde.

E em arremate, destacou-se o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar, criada em 2000, com a finalidade de regular, normatizar, controlar e fiscalizar um setor que até então não tinha nenhum padrão de funcionamento, garantindo, desta forma, o equilíbrio destas relações tão complexas.

Assim sendo, as agências reguladoras ampliaram o poder normativo do Poder Executivo, que passou a regular cada etapa dessa relação contratual, e nesse contexto, questionou-se sobre os limites da atuação do Poder Judiciário, na medida em que substitui decisões administrativas proferidas pela ANS, por decisões judiciais sem fundamentos técnico-jurídicos.

Com efeito, não se justifica a utilização de argumentos baseados em cláusulas abertas e conceitos indeterminados, como por exemplo, abusividade e onerosidade excessiva, sem o devido embasamento técnico. Entretanto, restou claro, o importante papel do Poder Judiciário na tutela dos direitos sociais do cidadão, sendo fundamental reconhecer também, que esse papel só poderá ser exercido de forma satisfatória se houver um especial cuidado na justificação destas decisões, tendo em vista o impacto que podem causar na relação jurídica previamente estabelecida.

Ainda em relação ao papel da ANS, discutiu-se sobre os limites impostos pelo rol obrigatório de procedimentos e eventos em saúde. Para alguns autores, o rol é restritivo, deixando de fora a obrigatoriedade de cobertura dos procedimentos excluídos, e para outros, é apenas exemplificativo. Esta situação tem gerado vários litígios, uma vez que os planos de saúde se recusam a cobrir os procedimentos e eventos não elencados no rol. O fato é que há pontos da legislação vigente sobre o tema que ainda precisam ser regulados e a regulação existente, muitas vezes, se mostra falha, necessitando ser revista, a fim de proporcionar maior segurança jurídica.

Deste modo, quando a ANS não inseriu um procedimento ou medicamento no rol, está sinalizando para a sociedade que ainda não existem evidências científicas suficientes para validar o uso do procedimento e/ou

medicamento. Mas, de outra forma, o Poder Judiciário amparado por pareceres médicos das partes, assume a responsabilidade de permitir a utilização de determinado tratamento ou medicamento em fase experimental e, conseqüentemente, abre as portas para que outros pacientes reivindiquem a mesma cobertura.

Diante desta postura paternalista dos operadores do direito, tornou-se necessária uma análise mais detalhada dos fenômenos que interferem nessas relações privadas, fundamentados na constitucionalização do direito civil, em que se busca na concretização dos princípios constitucionais a justificativa para a solução dos conflitos na prestação de serviços de saúde.

Assim, e como consequência deste modo de agir, surgiram os fenômenos conhecidos como ativismo judicial e judicialização da saúde, que, embora bem parecidos, não são conceitos idênticos. O primeiro ocorre quando há uma omissão do poder público na efetivação dos direitos sociais, tornando-se necessária, uma mais ampla participação do Judiciário a fim de fazer valer estes direitos fundamentais. Já o segundo decorre do modelo constitucional atual, que permite uma atuação vinculada do Poder Judiciário que age porque tem que agir na aplicação subjetiva ou objetiva da norma.

Desta forma, através da regulação do Estado na saúde suplementar, os contratos passaram a sofrer a influência da constitucionalização do direito civil, passando a prevalecer o interesse público, com a finalidade de garantir a dignidade da vida humana.

À vista de todas estas considerações, ficaram evidentes os conflitos apresentados na prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, tendo em vista a sua natureza híbrida. Nesse contexto, questionou-se a aplicação de normas de ordem pública para os contratos, interferindo, desta forma, na segurança jurídica e nos equilíbrio econômico-financeiro das operadoras de saúde.

Frente a essa problemática, destacou-se, ainda, a rápida evolução histórica dos contratos, que da total liberdade, norteadas pelos princípios da autonomia da vontade, consensualismo, força obrigatória e da relatividade dos efeitos do contrato, culminou com a função social dos contratos, fundamentada

numa forte preocupação com os interesses coletivos. Dessa feita, houve uma mudança no entendimento, permitindo a intervenção do poder judiciário no conteúdo de certos contratos, a fim de manter o equilíbrio das prestações. Portanto, a liberdade contratual passou a ser limitada à proteção dos direitos constitucionais, especialmente, no tocante à dignidade da pessoa humana.

Além disso, como parte do processo de evolução histórica dos contratos, houve a inclusão da boa-fé objetiva como princípio geral do direito, passando a obrigar as partes a agirem de acordo com os princípios da probidade e lealdade, inserindo assim, a ética, nas relações contratuais.

Por outro lado, os autores esclarecem que isso não significa que se devem aplicar aos serviços privados de assistência à saúde, as mesmas condições impostadas ao Estado, com base no direito constitucional à saúde, lembrando que atividade econômica tem peculiaridades que não podem ser ignoradas, inclusive a natural busca do lucro.

Ademais, o fundamento básico dos contratos de planos de saúde é o princípio do mutualismo, que tem como característica a cooperação, onde contribuições têm que estar adequadas aos riscos. Assim, o mutualismo irá delimitar o equilíbrio econômico-financeiro nesta relação entre usuário e plano de saúde, sendo, portanto, essencial que os julgadores estejam cientes das consequências de suas decisões, que apesar de serem individuais, refletirão em toda a coletividade, devendo, portanto, agir com prudência, lembrando sempre de se buscar a segurança jurídica.

Segundo Recaséns Siches, a segurança é o valor fundamental das relações jurídicas, pois, sem segurança não existirá Direito, nem bom, nem mau, nem de nenhuma classe.

Surgiu ainda, o debate sobre a questão financeira, ou seja, o impacto econômico das decisões proferidas pelos magistrados. Assim sendo, o direito deixou de ser analisado isoladamente, passando a levar em consideração, vários outros fatores repensando, então, a atuação do poder judiciário para além dos efeitos no processo.

Importa ressaltar, que não se trata de se questionar a essencialidade dos direitos sociais, porém, os recursos financeiros devem ser aplicados de modo a atingir o maior número de necessidades pessoais com os mesmos recursos, através de critérios de escolha, e a isso se dá o nome de eficiência.

Portanto, o papel ativista do poder judiciário não é a forma mais eficiente de promover os direitos sociais. De fato, tratar direitos coletivos de forma individual fere o princípio da isonomia, já que todos envolvidos fazem parte de um único sistema, o que significa que alguns ganharão, mas sob a ótica do mutualismo, que rege as relações coletivas nos planos de saúde, muitos perderão, pois para a efetivação de um direito, outros bens valiosos, inclusive direitos, ficam impossibilitados de serem efetivados, já que os recursos são escassos.

Ressaltou-se ainda, os avanços tecnológicos e o impacto da incorporação de tecnologias nas áreas de saúde, que muitas vezes motivam decisões em total desacordo com a lei, resoluções da ANS e CDC, anulando ou modificando cláusulas e dando novas interpretações aos contratos, demonstrando total falta de limites e um desrespeito com a Constituição Federal e a legislação específica. Essa situação traz sérias consequências para a sociedade, pois quando um direito individual sobrepõe o coletivo, diferentemente do que ocorre na esfera pública em que a conta é dividida por todos, nos casos dos planos de saúde, apenas uma parcela da população arcará com os efeitos econômicos destas decisões. Assim, a decisão deve valer para todos, com caráter de impessoalidade, pois o que caracteriza um direito social é exatamente a sua não apropriação por um indivíduo, e sim, ser útil para a coletividade.

Esta jurisprudência paternalista dos Tribunais Superiores, com relevante importância ao artigo 196 da Constituição Federal, foi claramente constatada na decisão proferida no caso 1 analisado neste trabalho, em que se pleiteava a cobertura para internação em *spa* com objetivo de se tratar obesidade mórbida.

O objetivo de se analisar um caso específico, foi permitir o estudo detalhado do tema, a fim de melhor compreender o fenômeno da judicialização da saúde, dentro de um contexto real, identificando possíveis fatores que influenciaram na tomada das decisões proferidas pelos magistrados, nos respectivos processos, chamados, neste trabalho, de Caso 1 e Caso 2.

Para isso, foi escolhido o plano de saúde Unafisco Saúde, onde a autora desta monografia atua como auditora odontológica e foram escolhidos dois casos com pedidos idênticos, de mãe e filho, mas com decisões divergentes.

Da análise dos casos, pode-se concluir que a maioria dos magistrados decidem baseados em pareceres médicos das partes, principalmente da parte autora, pois, em se tratando de pedidos liminares, geralmente apoiados na gravidade e urgência, decidem sem o contraditório da parte ré, proferindo decisões unilaterais e fortemente influenciadas pelo teor apelativo dos pareceres médicos da parte autora. Portanto, de maneira geral, os magistrados não levaram em conta o caso concreto, fundamentando a sua decisão em argumentos genéricos, como o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro fator preocupante observado foi a morosidade para atender ao pedido feito pela parte ré para a realização da perícia técnica judicial e a consequência dessa situação foi uma celeuma processual que se arrastou durante anos, conforme observado no Caso 1, demonstrando a total insegurança jurídica que estas decisões provocam no mercado de saúde suplementar, além do impacto econômico, tendo em vista que foram gastos mais de R\$350.000,00, para ao fim e ao cabo, o perito judicial chegar a conclusão que não havia indicação para internação em *spa*.

Por tudo exposto, pode-se concluir, que em face do princípio do mutualismo, toda vez que há uma liberação de um procedimento sem previsão de cobertura regulamentar, ou seja, o indivíduo beneficiado não contribuiu para esta cobertura, outros usuários do plano de saúde terão que arcar com o ônus desta decisão, quer seja, pelo aumento das prestações futuras, pela dificuldade de acesso, pela saída da operadora do mercado, por falência ou por desinteresse dos acionistas ou investidores, pois os recursos são escassos e os planos de saúde são estruturados com base em cálculos atuarias que dimensionam a sinistralidade e o valor da contraprestação. Por isso, é necessária ponderação, argumentação e razão prática na interpretação do direito à saúde, avaliando também o aspecto social, econômico e político que advém da realidade constitucional.

Diferentemente do que foi observado nas decisões proferidas no Caso 1, no Caso 2 a magistrada somente apreciou o pedido liminar após o prazo da defesa,

permitindo, desta forma, que a parte ré apresentasse seus argumentos. Além disso, após a apresentação da defesa pela parte ré, a decisão proferida em 1º grau, julgou improcedente o pedido em razão da inexistência de previsão legal e contratual, ressaltando que o dever de garantir o direito à saúde é do Estado, não podendo o plano de saúde arcar com custos não previstos na legislação ou no contrato. Ainda em relação ao caso concreto, a magistrada lembra que *spa* se distancia por completo do objetivo do contrato e das obrigações de tratamento em saúde, e complementa, lembrando que se ANS não regulou ainda este tipo de solicitação é porque não considera este tipo de tratamento mais adequado ou necessário para garantir a saúde do cidadão.

Reforçar o poder individual do médico é uma medida arriscada para toda a sociedade. Auditores em saúde são profissionais de diversas áreas que tem a função de avaliar as solicitações a fim de verificar se estão em consonância com a técnica indicada, respaldadas em evidências científicas e com a utilização mais eficiente dos recursos. O trabalho dos auditores é fundamental para a sustentabilidade do sistema público e privado, e de maneira geral, zelam pela saúde financeira impedindo a adoção de práticas equivocadas, mas, nada disso terá validade, se o magistrado andar sozinho em direção contrária.

Desta forma, o Poder Judiciário, ainda que com boas intenções, está apenas dando falsas esperanças e aumentando o risco do paciente, além de incentivar o lucro ilícito de fornecedores, pois está fazendo uma medicina não baseada em evidências, o que é inadmissível, do ponto de vista científico.

Ao fim desta pesquisa acadêmica pode-se concluir pela necessidade dos magistrados buscarem melhor respaldo técnico-científico na tomada de decisões, o que poderia ser feito através da criação de comitês, câmaras ou sessões de suporte técnico com objetivo de analisarem as demandas jurídicas e emitirem relatórios baseados em MBE e protocolos clínicos. Entretanto, apesar do benefício em relação à economia e celeridade processual, sabe-se que tais medidas são de difícil implantação, podendo ser utilizada ainda, como alternativa, a possibilidade do magistrado, diante de um pedido de antecipação de tutela, poder contatar rapidamente, um perito de sua confiança para que o auxilie na tomada de decisão, podendo sua atuação ser acompanhada por assistentes técnicos das partes.

Este também tem sido o entendimento do Conselho Nacional de Justiça que recomendou aos Tribunais de Justiça que adotem medidas para melhor subsidiarem os operadores do direito na tomada de decisões na área de saúde.

Em suma, o que se propõe é a maior participação, na tomada de decisões, da comunidade acadêmica e dos institutos de pesquisas científicas, contribuindo, desta forma, para a busca do equilíbrio entre acesso, qualidade e uso racional dos recursos, pois se é verdade que a saúde não em preço, também o é que tem custos, e há que se pensar no repasse destes custos, quando se fala em serviços privados de saúde no Brasil.

Ao apresentar pontos de vista de diversos segmentos, e não apenas jurídicos, mas também da área de saúde, esta obra buscou realizar um debate maduro sobre a efetivação do direito à saúde e os desafios encontrados pelo Poder Judiciário, buscando contribuir para necessária discussão acerca da judicialização da saúde, seus limites e os principais desafios que envolvem a concretização do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 16, n. 57, p. 88-94, maio/ago. 2012.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 111-144.

ANGELL, Marcia. *A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Record, 2007.

ANS. *Quem somos?: histórico*. Brasília. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico> >. Acesso em 24 set. 2014.

ANS. *Operadoras de planos terão de justificar por escrito as negativas de cobertura*. Brasília, 2013. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/1952-operadoras-de-planos-terao-de-justificar-por-escrito-as-negativas-de-cobertura->>. Acesso em: 14 mar. 2014.

ANS. *Planos de Saúde e Operadoras: Espaço do Consumidor*. Brasília. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/o-que-o-seu-plano-de-saude-deve-cobrir>> . Acesso em 25 mar. 2015.

ARAÚJO, Denizar Vianna. Medicina baseada em evidências e análise econômica na tomada de decisão em saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 158-169.

BARRETO, Cinara Sampaio. *O STF e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como garantia do direito à saúde*. (iniciação científica) - Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/CNPQ, sob a orientação do Prof. Dr. Roberto Freitas Filho. (Distribuição interna)

BARROSO, Luiz Roberto. Retrospectiva 2008. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril./junho, 2009. Disponível na internet:

< <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf2008.>>. Acesso em: 1 maio 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 227-262.

BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 08.10.2014.

BOTELHO, Ramon Fagundes. *A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o "mínimo existencial" e a "reserva do possível" na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

BRASIL, Luisa. *Judicialização contra convênios de saúde cresce: Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça triplicam em quatro anos. TJ-RJ tem cinco mil novas ações na área*. O Dia, Economia. 31 jan. 2015. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/economia/2015-01-31/judicializacao-contra-convenios-de-saude-cresce.html>. Acesso em 04 fev. 2015.

CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CECHIN, José. Fatos da vida e o contorno dos planos de saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de Saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 195-225.

CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. O direito em seu laboratório jurisdicional: os sentidos de verdade e segurança jurídica. In: *Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2013, São Paulo. v. 1. p. 392-418.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CNJ. *Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde*. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

CNJ. [Home page]. Brasília, 2010. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 20 out. 2014.

CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O mercado de saúde suplementar: a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 301-326.

FERRAZ, Sérgio Valladão. Práticas comerciais abusivas e sociedade de consumo. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10574>. Acesso em 29 out. 2014.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS FILHO, Roberto. *Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e a coerência das decisões*. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, ano 44, n. 175, p. 41-65, jul/set.2007.

GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de leis. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 367-374.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, vol. 11, n. 49, 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 16 out. 2014.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3.

GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 31).

GRIZOTTI, Giovani. *Máfia das próteses coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias*. Fantástico, Rede Globo, 04 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-proteses-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

LOPES, Luiz Celso Dias. Auditoria e judicialização da saúde. In: GONÇALVES, Viviane Fialho (Org.). *Fronteiras da auditoria em saúde*. São Paulo: RTM, 2008. p. 95-124.

MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95-118.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MELLO, Marco Aurélio de. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010.

SANTOS, João Felipe Pantaleão Carvalho. *A boa-fé nos contratos de "planos de saúde". O debate sobre contratos antigos e novos, e a dúvida sobre o que é prótese (stent e outros)*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Jul. 2009.

Disponível em: < investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/contratos/3958>. Acesso em: 14 out. 2014.

SÃO PAULO. TJSP. Súmula 102, de 28 fev. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*. São Paulo, 28 fev. 2013, p.1. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em: 08 out. 2014.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 2. ed. México: Porua, 1973. p. 294.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121-155.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 283-300.

UNAFISCOSAÚDE. *Jornal final*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.unafiscosaude.org.br/images/stories/jornalfinal.pdf>>. Acesso em 28 set. 2014.

UNAFISCOSAÚDE. *Missão*. Disponível em: < <http://unafiscosaude.org.br/site/institucional/>>. Acesso em 06 de mar. 2015.

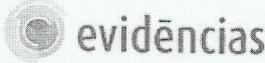
YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme S. J. Antecipação de tutela nos contratos de seguro-saúde. In: CARNEIRO, Luis Augusto Ferreira (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 171-193.

ANEXO A – PLANILHA DE CUSTOS REFERENTE AS DESPESAS COM INTERNAÇÃO NO SPA PARA O CASO 1, NO PERÍODO DE 02/2003 À 06/2009.

Prestador de Serviços	Pagamento	Bruto	IRRF	PIS	COFINS	CSLL	Líquido
SPA Busca Vida	06/02/2003	3.680,00	55,2	0	0	0	3.624,80
SPA MED Campus Sorocaba	09/05/2003	5.040,00	0	0	0	0	5.040,00
SPA MED Campus Sorocaba	15/10/2003	5.040,00	75,6	0	0	0	4.964,40
SPA MED Campus Sorocaba	06/11/2003	5.040,00	75,6	0	0	0	4.964,40
SPA MED Campus Sorocaba	11/12/2003	5.040,00	75,6	0	0	0	4.964,40
SPA Salute - BA	29/01/2007	8.677,30	185,47	80,37	370,94	123,65	7.916,87
SPA Salute - BA	09/02/2007	9.750,86	146,26	63,38	292,53	97,51	9.151,18
SPA Salute - BA	28/02/2007	8.030,12	172,07	74,57	344,14	114,71	7.324,63
SPA Salute - BA	19/03/2007	8.603,70	184,37	79,89	368,73	122,91	7.847,80
SPA Salute - BA	20/03/2007	4.588,64	98,33	42,61	196,66	65,55	4.185,49
SPA Salute - BA	05/04/2007	8.030,12	172,07	74,57	344,15	114,72	7.324,61
SPA Salute - BA	27/04/2007	9.177,28	196,66	85,21	393,31	131,1	8.371,00
SPA Salute - BA	04/05/2007	7.257,96	153,12	66,35	306,23	102,08	6.630,18
SPA Salute - BA	18/05/2007	8.555,12	179,95	77,98	359,9	119,96	7.817,33
SPA Salute - BA	05/06/2007	8.295,12	176,05	76,29	352,1	117,37	7.573,31
SPA Salute - BA	20/06/2007	6.917,96	148,02	64,14	296,03	98,67	6.311,10
SPA Salute - BA	05/07/2007	9.111,20	191,98	83,19	383,96	127,99	8.324,08
SPA Salute - BA	26/07/2007	9.702,28	179,95	77,98	359,89	119,96	8.964,50
SPA Salute - BA	08/08/2007	9.750,86	208,95	90,54	417,89	139,3	8.894,18
SPA Salute - BA	20/08/2007	8.520,12	179,42	77,75	358,85	119,61	7.784,49
SPA Salute - BA	05/09/2007	6.110,80	128,54	55,7	257,07	85,69	5.583,80
SPA Salute - BA	20/09/2007	13.827,34	292,22	126,63	584,44	194,81	12.629,24
SPA Salute - BA	08/10/2007	7.871,54	118,07	51,17	236,15	78,72	7.387,43
SPA Salute - BA	19/10/2007	8.515,12	179,35	77,71	358,69	119,56	7.779,81
SPA Salute - BA	07/11/2007	8.485,12	127,28	55,15	254,55	84,85	7.963,29
SPA Salute - BA	22/11/2007	9.128,70	136,93	59,34	273,86	91,29	8.567,28
SPA Salute - BA	05/12/2007	7.906,54	118,6	51,39	237,2	79,07	7.420,28
SPA Salute - BA	28/12/2007	8.480,12	127,2	55,12	254,4	84,8	7.958,60
SPA Salute - BA	17/01/2008	9.153,70	137,31	59,5	274,61	91,54	8.590,74
SPA Salute - BA	06/02/2008	9.193,70	137,91	59,76	275,81	91,94	8.628,28
SPA Salute - BA	07/02/2008	8.410,12	126,15	54,66	252,3	84,1	7.892,91
SPA Salute - BA	20/02/2008	8.555,12	128,33	55,61	256,66	85,55	8.028,97
SPA Salute - BA	11/03/2008	8.515,12	127,73	55,35	255,45	85,15	7.991,44
SPA Salute - BA	26/03/2008	8.387,62	125,81	54,52	251,63	83,88	7.871,78
SPA Salute - BA	10/04/2008	8.475,12	127,13	55,09	254,25	84,75	7.953,90
SPA Salute - BA	24/04/2008	9.009,50	135,14	58,56	270,29	90,1	8.455,41
SPA Salute - BA	07/05/2008	8.560,12	128,4	55,64	256,8	85,6	8.033,68
SPA Salute - BA	23/05/2008	8.405,12	126,08	54,63	252,16	84,05	7.888,20
SPA Salute - BA	04/06/2008	8.440,12	126,6	54,86	253,2	84,4	7.921,06
SPA Salute - BA	20/06/2008	8.833,70	132,51	57,42	265,01	88,34	8.290,42
SPA Salute - BA	04/07/2008	8.470,12	127,05	55,06	254,1	84,7	7.949,21
SPA Salute - BA	18/07/2008	8.938,70	134,08	58,1	268,16	89,39	8.388,97
SPA Salute - BA	05/08/2008	8.595,12	128,93	55,87	257,85	85,95	8.066,52
SPA Salute - BA	20/08/2008	8.445,12	126,68	54,89	253,36	84,45	7.925,74
SPA Salute - BA	09/09/2008	7.941,54	119,12	51,62	238,25	79,42	7.453,13
SPA MED Campus Sorocaba	17/02/2009	17.040,00	0	0	0	0	17.040,00
SPA MED Campus Sorocaba	29/06/2009	1.498,00	0	0	0	0	1.498,00
Totais		384.001,58	6.277,82	2.598,17	11.991,56	3.997,19	359.136,84

Fonte: Fax-simile do documento extraído do processo referente ao Caso 1

ANEXO B – PARECER TÉCNICO DA EVIDÊNCIAS, UTILIZADO NA DEFESA DO CASO 2


Caso A.C.

CLIENTE: UNAFISCO SAUDE
NÚMERO PROTOCOLO: ██████████ **STATUS DA GUIA:** Respondido
PACIENTE: ██████████ **IDADE PACIENTE:** 38 **NÚMERO DO CARTÃO:** ██████████
DATA SOLICITACAO: 2014-09-08 15:28:26 **DATA DA ANÁLISE:** 2014-09-09 08:24:59 **VALIDADE:** 30 DIAS
CID: 0000 - Nao Informado

CÓDIGO TUSS:

Código	Descrição	Quantidade Solicitada	Quantidade Recomendada
0000	Nao informado	1	1

QUADRO CLÍNICO:

Vide Relatório.

PROCEDIMENTOS:

Vide Relatório.

PRODUTOS UTILIZADOS:

Vide Relatório.

TIPO DE RECOMENDAÇÃO:

Cobertura não Recomendada - Procedimento sem respaldo científico para uso sistemático na situação clínica informada

RECOMENDAÇÃO MÉDICO ANALISTA:

Histórico

Trata-se de paciente com obesidade mórbida (IMC 54,24) associado às seguintes co-morbidades relacionadas:, roncos, dor no joelho, lombalgia.

Médico assistente menciona que paciente não teria indicação clínica para fazer a cirurgia bariátrica, a qual seria proibitiva também em função do seu histórico de saúde.

Foi indicada internação "emergencial" prolongada numa Clínica de Obesidade específica, por 180 dias, com manutenção de 3 dias por tempo indefinido, incluindo fisioterapia e "dermatofuncional".

Análise técnica usando a medicina baseada em evidências

Diagnóstico e tratamento padrão da obesidade

A paciente tem obesidade grau III de acordo com a classificação da OMS.

O quadro clínico descrito não inviabiliza o tratamento ambulatorial da obesidade, que é a técnica padrão de tratamento.

O desenvolvimento da obesidade em geral é complexo e multifatorial, resultando da combinação de fatores hereditários, ambientais,

Acesso realizado por ██████████ - inteligenciaticnica3@unafiscosaude.org.br, em 10/10/2014

Fonte: Fax-simile do documento extraído do processo referente ao Caso 2

emocionais e estilo de vida.

Há consenso de que o tratamento do excesso de peso precisa ser multiprofissional, ou seja, envolver profissionais da saúde de diferentes áreas e especialidades.

Não existem medicamentos, cirurgias ou estratégias milagrosas, que prescindam da colaboração e do esforço do paciente.

O tratamento clínico da obesidade mórbida tem por objetivo uma mudança de estilo de vida e baseia-se nos seguintes pilares:

- dieta;
- atividade física;
- suporte psicológico.

Em casos excepcionais adiciona-se a terapia com medicamentos (ex: sibutramina, orlistat) ou o tratamento cirúrgico. O uso de "fórmulas" não é um tratamento cientificamente válido.

O uso de dietas deve ser combinado com atividades físicas para potencializar os benefícios que ambos trazem ao tratamento do excesso de peso. A adição do exercício físico à dietoterapia produz uma perda de peso adicional de 20% (1)(NE1).

A adição da psicoterapia também tem o mesmo efeito sinérgico (2)(NE).

Não basta somente a perda de peso: a atividade física é o principal fator de proteção para os riscos da obesidade, especialmente os metabólicos e cardiovasculares. Estudos de alto nível (3,4)(NE1) indicam que a atividade física regular atenua de forma significativa os riscos associados ao sobrepeso e à obesidade, mesmo quando não fazem perder peso. Obesos que praticam atividades físicas regularmente podem ter mortalidade até menor do que pessoas sedentárias de peso normal (4)(NE1).

Sobre a necessidade de tratamento em regime de internação para o tratamento da obesidade

Há vastíssima literatura indicando que o tratamento ambulatorial bem conduzido, estruturado e feito por equipe multiprofissional é o padrão para o tratamento da obesidade grau III, incluindo os casos de superobesidade.

Casos de hospitalização são excepcionais, restringindo-se a pessoas com complicações da obesidade que inviabilizem o tratamento ambulatorial, tais como impossibilidade de locomover-se ou insuficiência respiratória.

Em nenhum local das diretrizes sobre o tratamento da Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade e da Síndrome Metabólica - ABESO (2009 e atualização 2010) está mencionada a necessidade de internação para o tratamento não-cirúrgico da obesidade.

A Organização Mundial da Saúde também não faz nenhuma recomendação sobre esta estratégia de internação prolongada para nenhum grupo de pacientes.

Alguns programas de imersão são descritos no âmbito da obesidade infantil em alguns países, mas os dados são insuficientes para colocá-los como estratégia preferencial ou superior ao tratamento padrão que é feito ambulatorialmente (9)(NE1)(10)(NE5).

Não foi possível determinar através de evidências científicas a duração ideal de um programa de imersão/internação para controle da obesidade. Não há estudos ou consensos a este respeito. Como a estratégia preferencial não é esta, os estudos são bastante raros.

Encontramos um único estudo de boa qualidade que foi desenhado para comparar o diferentes extensões de internação (2 meses versus 6 meses, internação somente durante a semana, a criança volta para casa no final de semana). Este estudo está sendo feito na Nova Zelândia, em crianças vítimas de obesidade infantil. O estudo ainda está em andamento e não tem resultados publicados ou disponíveis para consulta (11)(NE2).

Não foi estabelecida a segurança dos programas de imersão/internação para controle de peso, e deve ser considerado como digno de nota que repercussões psicológicas podem acontecer devido ao isolamento social e após o retorno ao ambiente social original.

Concluindo, não há dados que indiquem benefício superior do tratamento com hospitalização em comparação ao tradicional tratamento ambulatorial. Os dados sobre a segurança desta estratégia são limitados.

Sobre a necessidade de fisioterapia para obesidade

Não há estudos indicando benefício da fisioterapia sobre a obesidade. A sua utilização como método de tratamento para as doenças osteoarticulares paciente supostamente possui estaria bem indicado, sob acompanhamento e orientação ortopédica.

A modalidade de fisioterapia "dermatofuncional" tem um ramo que se ocupa de questões estéticas (gordura localizada, lipodistrofia, envelhecimento cutâneo etc.) e outro de questões não estéticas (ex: úlceras, queimaduras e outras lesões - não parece ser o caso deste paciente).

Acesso realizado por [REDACTED] - inteligenciaticnica3@unafiscosaude.org.br, em 10/10/2014

É preciso definir melhor que técnicas serão aplicadas e com que finalidade, para que se apure a validade deste tratamento no contexto do caso em questão. Nenhum estudo clínico de boa qualidade sobre "dermatofuncional" caracterizou benefícios superiores aos obtidos com o tratamento padrão em casos como o do paciente, quanto a desfechos não estéticos.

Sobre o caráter emergencial do tratamento

O paciente provavelmente sofre de obesidade há muitos anos.

Quando este parecer foi elaborado, foram identificados mais de 7mil estudos sobre cirurgia bariátrica no MedLine, que é a maior base de dados disponível da literatura médica internacionalmente. NENHUM destes estudos mencionou que o tratamento clínico da obesidade deve ser feito em caráter de urgência ou emergência.

Verifica-se também de forma clara que o paciente não se enquadra nas definições de urgência e emergência do Conselho Federal de Medicina (resolução 1451 de 1995):

"Define-se por URGÊNCIA a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata. Define-se por EMERGÊNCIA a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo portanto, tratamento médico imediato".

A obesidade, assim como o tabagismo, elevam o risco de morte por doença cardiovascular em 10 anos. Não é por isso que se indica a internação de fumantes ou obesos, pois não há risco IMINENTE de vida.

Existem somente fatores de risco presentes que aumentam a chance de morte num futuro mais ou menos distante.

No Brasil, entre sobrepeso e obesidade temos cerca de 50% da população afetada. Se fôssemos internar todo mundo, o país pararia e não haveria leitos hospitalares em número suficiente.

Análise administrativa

A cobertura obrigatória para os planos de saúde está definida pela lei federal 9656/98 e pela Resolução Normativa 211/262 da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Destacamos um fragmento da RN211/262 abaixo, que é de fundamental importância para o caso:

"Art. 16. § 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais previstas no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998: IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética, assim como em spas, clínicas de repouso e estâncias hidrominerais ... XI - estabelecimentos para acolhimento de idosos e internações que não necessitem de cuidados médicos em ambiente hospitalar."

Para nós está claro o enquadramento deste caso no item XI das exclusões de cobertura determinadas pela ANS, já que o paciente não precisa de cuidados médicos em ambiente hospitalar e nem sequer de atenção médica 24 horas por dia.

Conseqüentemente, fica claro também o enquadramento no item IV, não pelo fato do tratamento ser estético, mas sim porque estamos aparentemente falando de um spa. Ainda que tenha registro no Conselho Regional de Medicina e profissionais de saúde em suas dependências, a caracterização do tratamento do paciente como emagrecimento através de métodos conservadores é tipicamente o que é feito num estabelecimento deste gênero.

Conclusão

Não recomendamos internação: Não ficou caracterizada na revisão da literatura a imprescindibilidade do tratamento para controle de obesidade em regime de internação.

Não há estudos estabelecendo a sua superioridade em relação ao tratamento ambulatorial convencional e nem tampouco há definição quanto à duração ideal deste tratamento.

O tratamento padrão consagrado e bem estabelecido na literatura repousa sobre a tríade dieta-atividade física-terapia feitos ambulatorialmente.

Os dados da literatura nos permitem supor que a paciente seria uma candidata ideal para este tipo de abordagem.

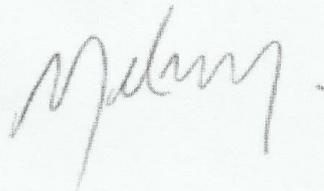
Não ficou caracterizado o caráter urgente da internação e a fisioterapia dermatofuncional que foi indicada nos parece questionável.

Encaminho ao médico auditor da operadora para dar continuidade à análise de cobertura.

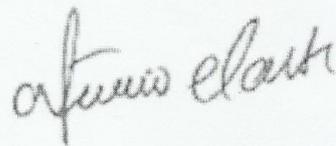
Acesso realizado por [REDACTED] - Intelligenciatecnica3@unafiscosaude.org.br em 10/10/2014

Bibliografia

- [1] Curioni CC, Lourenço PM. Long-term weight loss after diet and exercise: a systematic review. *Int J Obes (Lond)*. 2005 Oct;29(10):1168-74.
- [2] Shaw K, O'Rourke P, Del Mar C, Kenardy J. Psychological interventions for overweight or obesity. *Cochrane Database Syst Rev*. 2005 Apr 18;(2):CD003818.
- [3] Shaw K, Gennat H, O'Rourke P, Del Mar C. Exercise for overweight or obesity. *Cochrane Database Syst Rev*. 2006 Oct 18;(4):CD003817.
- [4] Blair SN, Brodney S. Effects of physical inactivity and obesity on morbidity and mortality: current evidence and research issues. *Med Sci Sports Exerc*. 1999 Nov;31(11 Suppl):S646-62.
- [5] Harrington M, Gibson S, Cottrell RC. A review and meta-analysis of the effect of weight loss on all-cause mortality risk. *Nutr Res Rev*. 2009 Jun;22(1):93-108. Doi: 10.1017/S0954422409990035.
- [6] Lin XM, Li B, Du YH, Xiong J, Sun P. [Systematic evaluation of therapeutic effect of acupuncture for treatment of simple obesity]. *Zhongguo Zhen Jiu*. 2009 Oct;29(10):856-60.
- [7] Cho SH, Lee JS, Thabane L, Lee J. Acupuncture for obesity: a systematic review and meta-analysis. *Int J Obes (Lond)*. 2009 Feb;33(2):183-96. Doi: 10.1038/ijo.2008.269.
- [8] Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade e da Síndrome Metabólica (Abeso). Diretrizes Brasileiras de Obesidade. 3a Ed. 2009. Available from: www.abeso.org.br
- [9] Oude Luttikhuis H, Baur L, Jansen H, Shrewsbury VA, O'Malley C, Stolk RP, Summerbell CD. Interventions for treating obesity in children. *Cochrane Database Syst Rev*. 2009 Jan 21;(1):CD001872. doi: 10.1002/14651858.CD001872.pub2.
- [10] Kelly KP, Kirschenbaum DS. Immersion treatment of childhood and adolescent obesity: the first review of a promising intervention. *Obes Rev*. 2011 Jan;12(1):37-49. doi: 10.1111/j.1467-789X.2009.00710.x.
- [11] Makkes S, Halberstadt J, Renders CM, Bosmans JE, van der Baan-Slootweg OH, Seidell JC. Cost-effectiveness of intensive inpatient treatments for severely obese children and adolescents in the Netherlands; a randomized controlled trial (HELIOS). *BMC Public Health*. 2011 Jun 30;11:518. doi: 10.1186/1471-2458-11-518

EQUIPE DE ANÁLISE:


Médico Analista: Dr(a). NELMER FRANCISCO ZAFFALON
RODRIGUES - CRM: SP - 83326



Responsável Técnico: Dr. Otávio Clark Phd - CRM: SP 84863