



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

SANDRA RIBEIRO ROCHA

**SAÚDE SUPLEMENTAR:
o respeito à boa fé e ao mutualismo**

**BRASÍLIA
2015**

SANDRA RIBEIRO ROCHA

**SAÚDE SUPLEMENTAR:
o respeito à boa fé e ao mutualismo**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como
requisito para obtenção do grau de bacharel em
Direito no Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler Annes

**BRASÍLIA
2015**

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo agradeço a Deus, que pela sua infinita graça, nos capacita para a realização dos nossos sonhos. À minha mãe, Iracema, responsável pela minha motivação aos estudos, desde a aprendizagem das primeiras letras. Ao meu marido, Rogério, pela compreensão e apoio diante da minha ausência, em virtude das horas dedicadas aos estudos. À minha irmã, Kelma, e aos amigos, Luciana, Adson e Juliana, pela colaboração prestada neste trabalho. Por fim, ao meu orientador, Professor Winckler, que pela presteza e assertividade, tornou possível à concretização desta pesquisa.

RESUMO

O direito à saúde está elencado, na Constituição Brasileira de 1988, como um direito fundamental do indivíduo e um dever do Estado. Não obstante, o legislador constituinte permitiu o atendimento por meio dos planos privados de assistência à saúde. Porém, dada à relevância pública do objeto entabulado nos contratos de saúde suplementar, o Ente Estatal criou mecanismos de controle dessa atividade por meio de regulamentação e fiscalização. Assim, as cláusulas contratuais são disciplinadas conforme legislação específica e fiscalizadas por intermédio da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Por sua vez, os recursos financeiros, necessários à prestação do serviço de assistência à saúde suplementar, são oriundos do fundo comum formado pelas contribuições dos segurados, de acordo com a segmentação de assistência contratada. Desse modo, a garantia do acesso ao atendimento, em caráter individual, assegurado por determinação judicial não pode prescindir de expressa previsão contratual e contrapartida financeira, sob o risco de fragilizar o fundo mútuo e impor aos demais segurados, estranhos à demanda judicial, os custos financeiros necessários à prestação do atendimento à saúde. Nisto reside o objeto do presente trabalho de conclusão de curso, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, cuja metodologia utilizou-se de pesquisa doutrinária, análise das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria, além do exame de alguns julgados ilustrativos do tema. Conclui-se, por todo o exposto, que a função social e o respeito à boa fé objetiva, fundamentos do contrato social, são primordiais e devem prevalecer sobre eventuais interesses privados. Assim, cabe ao magistrado, ao apreciar uma demanda individual, lastreada em um contrato, privilegiar o interesse público subjacente.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Civil. Contratos. Função Social. Boa fé. Mutualismo. Segurança Jurídica. Judicialização da Saúde Privada.

ABSTRACT

The access to health is listed in the Brazilian Constitution of 1988, as a fundamental right of the individual and a duty of the State. Nevertheless, the constituent legislature allowed service through the private health care plans. However, given the public relevance of the object having additional health contracts, the State Entity created control mechanisms of this activity through regulation and supervision. Thus, the standard contractual clauses are disciplined according to specific legislation and monitored through the National Supplementary Health Agency. In turn, the financial resources necessary for the provision of supplementary health care service, are from the common fund formed by the contributions of insured persons, in accordance with the contracted assistance segmentation. Thus, the guarantee of access to care, in individual character, assured by judicial determination cannot prescind from expressed contractual and financial contribution forecast, at the risk of undermining the mutual fund and impose on other policy holders, outside the lawsuit, the financial costs needed to provide health care. This is the object of the present paper, for obtaining the degree of Bachelor of law, which research used was doctrinal methodology analysis of the constitutional rules and the legislation regulating the matter, besides the examination of some illustrative theme judged. It is concluded, by all the above, that the social function and respect substantiate the social contract, are paramount and should prevail over any private interests. So, it is up to the magistrate, when analyses an individual demand, established in a contract, the underlying public interest privilege.

KEYWORDS: Civil Law. Contracts. Social Function. Good faith. Mutualism. Legal Certainty. Judicialization of Private Health.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL.....	9
2.1 Eficácia dos direitos fundamentais	9
2.2 O papel do Estado na prestação à saúde	12
2.3 O papel suplementar dos planos de saúde	21
3 A NOVA TEORIA CONTRATUAL E A REGULAÇÃO ESTATAL.....	28
3.1 A função social e o princípio da boa-fé objetiva dos contratos	28
3.2 Natureza jurídica dos contratos de saúde suplementar: contrato de consumo, de adesão, de seguro, o mutualismo.....	36
3.3 A Lei 9.656/1998, lei 9.961/2000 e o Código de Defesa do Consumidor	42
4 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO CONTRATUAL	51
4.1 A segurança jurídica dos contratos de saúde suplementar	51
4.2 A judicialização da saúde privada.....	59
5 UMA BREVE PONDERAÇÃO SOBRE OS DIREITOS ENVOLVIDOS	73
6 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS	84
ANEXO ACÓRDÃO: Resp 1.053.810 – SP.....	87

1 INTRODUÇÃO

É notório que o direito à saúde se constitui num dos direitos mais elementares, haja vista a indispensabilidade da saúde como condição à própria existência humana.

Destarte, quis o legislador constituinte brasileiro reconhecer a imprescindibilidade desse direito, dando a ele estatura constitucional. Assim, a Carta Política de 1988 elenca, em seu Título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, o direito à saúde. A norma constitucional determina ao Estado a prestação do serviço à saúde, por meio da assistência direta ou por intermédio da iniciativa privada. Assim sendo, podemos afirmar que o Sistema de Saúde no Brasil se subdivide nos subsistemas público e privado.

É acerca do subsistema privado de saúde no Brasil que reside o cerne do presente estudo. Ao Sistema de Saúde Suplementar incumbe o atendimento à saúde em conformidade com o preceito constitucional, o qual estabelece a integralidade do atendimento.

O direito subjetivo de acesso integral à saúde tem sido a orientação jurisprudencial adotada pelos Tribunais Pátrios. Não obstante, impende perscrutar tal entendimento jurisprudencial em consonância com a sustentabilidade econômico-financeira das operadoras. A higidez financeira das operadoras impõe-se, como requisito legal, para autorização de funcionamento e atuação no país.

Destarte, o Sistema de Saúde Suplementar sofre ampla normatização, controle e fiscalização pelo Estado. Contudo, considerando as peculiaridades do setor privado, a legislação contempla segmentações de assistência à saúde, com coberturas mínimas, colocadas à disposição do contratante, cujo prêmio a ser pago corresponde à segmentação pactuada, ou seja, as coberturas previstas.

Esse aparente antagonismo, de um lado a integralidade na prestação do serviço e, de outro, a garantia de atendimento em conformidade com a segmentação pactuada, segundo disciplinamento legal, tem ensejado a crescente Judicialização da Saúde, na qual o Poder Judiciário é invocado a dirimir constantes conflitos.

Malgrado a natureza insólita desse contrato, o posicionamento majoritário dos Tribunais direciona-se no sentido de conceder plena eficácia a esse direito subjetivo, com fundamento no preceito constitucional da dignidade da pessoa

humana, ainda que a pretensão deduzida, no âmbito dos Planos Privados de Saúde, tenha expressa exclusão contratual.

A questão reveste-se de fundamental importância, pois ao se assegurar o direito de acesso à saúde privada sem a devida previsão contratual, impõe-se aos demais segurados, os custos financeiros dessa prestação.

Resta saber se ao Judiciário compete privilegiar o direito de acesso à saúde, numa perspectiva individual ainda que em detrimento da pluralidade de indivíduos. Indaga-se, ainda, se a garantia do atendimento individual deve prevalecer mesmo diante da inequívoca exclusão de cobertura contratual, imputando conseqüentemente, aos demais segurados, os custos financeiros decorrentes da decisão. O desafio que se apresenta ao Poder Judiciário está em assegurar a efetividade dos direitos sociais sem fragilizar a estrutura voltada para o atendimento da coletividade.

A presente análise baseia-se na doutrina e jurisprudência acerca da problemática apresentada, bem como na legislação que disciplina a matéria. A metodologia aplicada é o método dogmático-instrumental, com revisão bibliográfica teórica, além da análise de alguns julgados.

O capítulo inaugural, “A saúde como um direito fundamental” consiste na abordagem da jurisprudência dominante sob o paradigma da preponderância do direito absoluto à saúde. O escopo, no entanto, sugere a interface entre o posicionamento majoritário jurisprudencial e a doutrina que propugna, com solidez argumentativa, pela ponderação do caráter absoluto dos direitos fundamentais.

Além disso, é analisado o papel do Estado na prestação à saúde, com espeque na doutrina que o consagra como direito absoluto e oponível ao Estado e a melhor doutrina que advoga a ponderação entre os diversos direitos fundamentais, privilegiando o equilíbrio de forças em uma sociedade democrática.

Ainda, neste capítulo, a abordagem recai sobre o papel suplementar da saúde privada sob o enfoque doutrinário e à luz da legislação vigente.

No capítulo seguinte, a análise volta-se para a nova teoria contratual, com ênfase na função social dos contratos e o princípio da boa fé objetiva. A natureza jurídica dos contratos de Saúde Suplementar e a legislação que regula a matéria são, ainda, objeto de análise neste capítulo, segundo posicionamentos doutrinários e estudos acadêmicos.

No quarto capítulo, o enfoque da pesquisa está voltado para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de saúde suplementar. Num primeiro momento, a análise recai sobre a segurança jurídica dos instrumentos contratuais, da qual são extraídos posicionamentos doutrinários acerca de decisões judiciais e da legislação que regulamenta o contrato de saúde privada. Na sequência, é analisado o processo de judicialização da saúde privada no Brasil, a partir da Carta Política de 1988. Além da doutrina, são analisados alguns julgados extraídos das Cortes Judiciais. A ideia é estabelecer uma interface entre esses julgados e o ideário de segurança jurídica dos contratos de saúde privada.

Por fim, no quinto e último capítulo, a sistemática do estudo concentra-se na defesa pela ponderação dos diversos direitos envolvidos, a partir de contribuições feitas pela doutrina.

Importa ressaltar que a pesquisa realizada possibilitou à adesão ao posicionamento doutrinário consistente no ideário de flexibilização dos direitos fundamentais, considerando a possibilidade de eventuais colisões entre eles. O reconhecimento de que nenhum direito fundamental pode ser concebido como algo absoluto e insuscetível de quaisquer questionamentos. Impende salientar que o interesse individual restará contemplado, de forma reflexa, mediante à supremacia do interesse coletivo.

2 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

2.1 Eficácia dos direitos fundamentais

A Constituição Brasileira consagra o direito à saúde como um direito fundamental. O artigo 196 assim estatui:

“Art.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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.¹

Ainda em seus artigos 197 e 199, preconiza:

“Art. 197- São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica ou jurídica de direito privado.”²

“Art. 199- A assistência à saúde é livre à iniciativa privada [...]”³

Dos artigos supramencionados, evidencia-se a preocupação do legislador em dotar o direito à saúde, como um direito subjetivo fundamental, decorrente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; cabendo ao Estado, portanto, o dever de assegurar o acesso universal à saúde por meio de políticas públicas.

Esta tem sido a orientação predominante dos Tribunais Pátrios, conforme podemos extrair das palavras de Álvaro Ciarlini:

“É importante notar que essas diretrizes firmadas na jurisprudência do STF e do STJ acabaram por ganhar a adesão imediata e

¹ Brasil. Constituição Federal (1988). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação.>> Acesso em: 25ago.2014

² Brasil. Constituição Federal (1988). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação.>> Acesso em: 25ago.2014

³ Brasil. Constituição Federal (1988). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação.>> Acesso em: 25ago.2014

incondicional de tribunais e juízes de primeira instância. O direito à saúde, a partir de sua positivação no rol dos direitos fundamentais sociais, passou a ser afirmado, em um primeiro plano, com um caráter autoaplicável e absoluto, o que se deduz de uma retórica sedutora, pois seus elementos de convencimento são, em um primeiro plano, indenes de questionamento.”⁴

Segundo aquele autor, o posicionamento das Cortes Judiciárias no sentido de dar primazia a esse direito fundamental, calcado no princípio da dignidade humana, finda por consagrá-lo como um direito absoluto, o qual deve ser afirmado em detrimento de quaisquer outros direitos.

Por outro lado, vislumbra-se, cada vez mais frequente, tese jurisprudencial na defesa da relativização do direito à saúde em virtude da limitação financeira do Estado com reflexo direto na execução das políticas públicas.⁵

Dessarte, não obstante ser esse o entendimento majoritário, exsurge uma sólida doutrina que pugna pela necessária ponderação acerca da imediata efetividade dos direitos fundamentais, ao constatar eventual colisão entre direitos fundamentais de igual relevância.

Inicialmente impende conceituar direitos fundamentais de caráter prestacional. Robert Alexy assim os define:

“Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.”⁶

Da definição acima, constata-se que a prestação dos direitos fundamentais perpassa questões de ordem financeira. Dessa forma, Alexy adverte:

⁴ CIARLINI, Álvaro Luis de A. S., *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição: Os direitos fundamentais sociais no contexto de uma sociedade democrática*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.67.

⁵ CIARLINI, Álvaro Luis de A. S., *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição: Os direitos fundamentais sociais no contexto de uma sociedade democrática*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.17.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.p.499.

“Por causa dos grandes custos financeiros associados à sua realização, a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária”.⁷

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a efetividade na prestação dos direitos fundamentais, por intermédio do Poder Judiciário, requer a necessária ponderação dos interesses envolvidos, sobretudo quando refere-se à assistência médico-hospitalar, haja vista os vultosos custos financeiros necessários, por um lado, e do outro, os limites financeiros do Estado.

Alexy sustenta o indispensável sopesamento entre princípios, atribuindo ênfase ao princípio da liberdade fática, notadamente a liberdade jurídica de terceiros e a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos⁸.

Frente a esta constatação, o doutrinador sugere um modelo para definição dos direitos sociais que o indivíduo possa efetivamente obter do Estado.

“O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo. A resposta detalhada a essa questão é tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais. Mesmo assim, é possível dar, aqui, uma resposta geral. Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração[...]”⁹

Tendo em vista a necessária ponderação dos diversos interesses presentes, quando da imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, assegurados por meio da atividade jurisdicional, ressalte-se o magistério de Norberto Bobbio em sua obra intitulada *Teoria do Ordenamento Jurídico*:

⁷ ALEXY. Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.p. 499.

⁸ ALEXY. Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 512.

⁹ ALEXY. Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 512.

“[...]Duas normas incompatíveis do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas. Não podem ser, ao mesmo tempo, ambas eficazes, no sentido de que a aplicação de uma ao caso concreto exclui a aplicação da outra; mas são ambas válidas, no sentido de que, apesar de seu conflito, ambas continuam a existir no sistema, e não há remédio para sua eliminação (além, é claro, da ab-rogação legislativa).

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto, ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.”¹⁰

Das palavras do autor acima, restou evidente que quando duas normas forem antinômicas, porém válidas, a certeza jurídica e a justiça estarão prejudicadas. Significa afirmar que não será possível ao cidadão prever as consequências jurídicas de sua conduta e que, diante de situações semelhantes, o julgador poderá adotar tratamento diferenciado, violando assim o princípio da igualdade.

Desse modo, impõe-se ao julgador realizar a necessária ponderação diante do caso em concreto e efetivar a necessária harmonização das normas.

2.2 O papel do Estado na prestação à saúde

A Constituição Brasileira elenca em seu Título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, o direito à saúde. Assim prescreve:

“Art. 6º- São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C.L. dos Santos. 10ª ed. Brasília: UNB, 1997. p.113.

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”¹¹

Quis ainda o constituinte originário assegurar:

“Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.”¹²

“Art. 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”¹³

Dos artigos supramencionados, pode-se inferir a intenção do legislador no sentido de assegurar a saúde como um direito fundamental e, portanto, com aplicabilidade imediata. Significa dizer que cabe ao Estado a prestação imediata desse serviço e que o exercício desse direito prescinde de norma infraconstitucional.

Parte expressiva da doutrina filia-se ao entendimento de que a saúde reveste-se de um direito fundamental subjetivo oponível contra o Estado e de eficácia máxima.

Nesta linha de argumentação, vale trazer à baila a análise de Luís Roberto Barroso:

“[...]No período imediatamente anterior e ao longo da vigência da Constituição de 1988, consolidou-se um quarto plano fundamental de apreciação das normas constitucionais: o da sua efetividade. Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da

¹¹ Brasil. Constituição Federal (1988). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>> Acesso em: 04set.2014

¹² Brasil. Constituição Federal (1988). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>> Acesso em: 04 set.2014

¹³ Brasil. Constituição Federal (1988). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>> Acesso em : 04set.2014

vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.”¹⁴

Ainda segundo Barroso, em regra, todas as previsões declinadas na Constituição, acerca dos direitos subjetivos políticos, individuais, sociais ou difusos, são exigíveis de imediato do Poder Público ou do particular, por meio de ações contempladas no ordenamento jurídico. Em razão disso, o Poder Judiciário assume papel relevante na concretização da Constituição. Desta forma, a doutrina da efetividade utiliza-se da metodologia positivista, consubstanciada na defesa de que se está na Constituição é norma a ser cumprida.¹⁵

Adepto desse entendimento, temos a lição de Ramon F. Botelho:

“No Brasil, não há regime jurídico – expressamente – diferenciado para os direitos de defesa e os direitos prestacionais, o que pode ser demonstrado pelo fato de os direitos sociais terem sido incluídos no Capítulo II, do Título II[...].Aliás, essa formulação está afinada com o compromisso de nossos constituintes com o Estado social materializado particularmente nos artigos 1º e 3º do Texto fundamental, pois o § 1º do artigo 5º dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, não tendo sido efetuada qualquer diferenciação entre os direitos fundamentais clássicos e os direitos sociais.

[...]

Pode-se, por via de consequência, extrair-se uma presunção de aplicabilidade imediata de todas as normas e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada”.¹⁶

Perfilhando essa mesma orientação, temos a doutrina de Germano Schwartz:

“Ora, os direitos sociais encontram-se elencados no Capítulo II do Título II da Constituição de 1988. E o Título II da Carta Magna trata dos direitos e garantias fundamentais. Logo, se os direitos sociais

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.306.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. *RPGE*, Porto Alegre, v. 31, n 66, jul./dez. 2007.p.92.

¹⁶ 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.92.

estão insculpidos em um capítulo que se situa e que está sob a égide dos direitos e garantias fundamentais, é obvio que os direitos sociais (como a saúde) são direitos fundamentais do homem e que possuem os mesmos atributos e garantias destes direitos.”¹⁷

O autor assevera que os princípios, regras, normas e leis relativas ao sistema sanitário brasileiro apontam para a precedência do direito fundamental à saúde, o que permite deduzir pela autoaplicabilidade e imediata eficácia do artigo 196 da Constituição Brasileira. Afirma, ainda, que o meio inicial dessa efetivação são as políticas públicas, cabendo atuação posterior do Poder Judiciário, evidenciada a omissão estatal. Aduz que esse direito deve ser interpretado como um direito público subjetivo oponível ao Estado sempre que o direito à vida, no caso concreto, esteja em risco e que simultaneamente o tutelado demonstre não dispor das condições financeiras necessárias para arcar com as despesas relacionadas à sua saúde, sem comprometer o seu sustento e o de sua família.¹⁸

A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem acompanhado essa orientação doutrinária, conforme se extrai das palavras de Álvaro Ciarlini:

“No Brasil, a ênfase presente na grande maioria das decisões proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde têm 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.”¹⁹

Segundo o autor, ao adotar esse entendimento, as Cortes Superiores explicitam uma leitura substancialista da Constituição em detrimento de uma interpretação procedimentalista, conforme análise colacionada abaixo:

“Com efeito, diante dessas premissas sobressai nitidamente a principiologia que afirma a inviolabilidade e a supremacia da lei em face da Administração Pública, surgindo como proteção jurídica em face do Estado. O Estado de Direito assim dimensionado permite que o cidadão possa valer os direitos que tenha adquirido em face da

¹⁷ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p.62.

¹⁸ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p.57.

¹⁹ CIARLINI, Álvaro Luis de A. S., *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição: Os direitos fundamentais sociais no contexto de uma sociedade democrática*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.39.

Administração, em virtude da aplicação da lei. Essa eficácia vinculadora da lei, de forma efetiva e imediata, denota a feição substancial do Estado de Direito, pois resguarda o caráter individualista da observação dos direitos subjetivos constitucionais.

No sentido oposto a essa orientação doutrinária, na linha da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie, na Suspensão de Tutela Antecipada n. 91/2007, encontra-se a tentativa de afastar a concepção meramente individualista dos direitos subjetivos constitucionais.

É importante ressaltar que a Suprema Corte Brasileira, assim como o Superior Tribunal de Justiça, em momento algum utilizou argumentos típicos da retórica procedimentalista para fundamentar suas decisões.

As linhas de argumentação adotadas nas decisões acima em destaque variam, portanto, entre duas posturas. A primeira delas é essencialmente substancialista, no sentido da realização do Estado de Bem-Estar, inclusive com a imposição pelo Poder Judiciário de obrigações de atendimento ao direito social à saúde em uma perspectiva individual. A outra tende a dar ênfase à realização de políticas públicas pelo Poder Executivo, em virtude de seu maior alcance quanto aos destinatários, em detrimento da possibilidade de concretização de direitos subjetivos individuais prestacionais.²⁰

Do trecho acima, resta inequívoca a ideia de que, não obstante a Constituição Brasileira consagrar o direito à saúde como um direito fundamental, as deficiências nas políticas públicas de atendimento à população, com vistas a dar efetividade a esse direito constitucional, têm impulsionado o protagonismo do Poder Judiciário, para dar eficácia ao direito subjetivo à saúde, fenômeno esse conhecido como judicialização da saúde.

Na lição de Álvaro Ciarlini, a jurisprudência dos tribunais superiores tem atribuído o direito à saúde como algo dotado de uma fundamentalidade tal que o coloca acima de qualquer outro direito ou princípio constitucional. Direito esse tutelado de forma absoluta, que pode ser concretizado em prejuízo de quaisquer outros interesses estatais. Malgrado esse entendimento prevalecer no âmbito dos tribunais superiores, por outro lado, já se vislumbra uma insistente tese jurisprudencial que apregoa a relativização do direito à saúde em virtude da insuficiência dos recursos públicos necessários para a realização desse direito.²¹

²⁰ CIARLINI, Álvaro Luis de A. S., *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição: Os direitos fundamentais sociais no contexto de uma sociedade democrática*. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 53-54.

²¹ CIARLINI, Álvaro Luis de A. S., *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição: Os direitos fundamentais sociais no contexto de uma sociedade democrática*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.17.

Para o autor, o cerne do problema não se revela no direito constitucional à saúde e à vida; mas em que medida o pleno atendimento a esse direito, numa perspectiva individual e absoluta, pode comprometer os alicerces de uma sociedade democrática:

“Sim, não se questiona que “todos têm direito à saúde e à vida”, mas seria essa exatamente a questão ora em análise? Não estaria o problema, de fato, na possibilidade de afirmação desses direitos sociais sem que isso importe no desequilíbrio da frágil estrutura de uma sociedade democrática?”²²

Frente a essa problemática e, na defesa da necessária ponderação entre a autoaplicabilidade do direito subjetivo fundamental à saúde e a existência de condições financeiras necessárias para dar efetividade a esse direito, o autor apresenta uma exegese constitucional fundada no procedimentalismo, ou seja, uma análise do direito fundamental à saúde sob a ótica das liberdades civis e da autonomia política.

“[...] o procedimentalismo permite indagar sobre a legitimidade da atuação jurisdicional em uma democracia, podendo-se afirmar, ainda, diante desse paradigma, que a Constituição não pode ser interpretada sob os critérios de uma ordem suprapositiva de valores substanciais.”²³

E ainda:

“O procedimentalismo alerta para os perigos existentes no intento absolutista da afirmação dos direitos substanciais concebidos mediante a positivação jurídica dos valores fundamentais da ordem da vida em comum, em detrimento da fixação de limites ao poder do Estado obediente ao primado da manutenção das liberdades civis. A denúncia sobre o perigo de um totalitarismo afirmado com base nessa concepção substancial do Texto Constitucional passa ainda pela constatação de que essas prescrições substanciais se exteriorizam como uma autêntica ordem objetiva de valores, espalhando-se como critério de validade a todas as esferas do direito.”²⁴

²² CIARLINI, Álvaro Luis de A. S., *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição: Os direitos fundamentais sociais no contexto de uma sociedade democrática*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.67.

²³ CIARLINI, Álvaro Luis de A. S., *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição: Os direitos fundamentais sociais no contexto de uma sociedade democrática*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.75.

²⁴ CIARLINI, Álvaro Luis de A. S., *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição: Os direitos fundamentais sociais no contexto de uma sociedade democrática*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.64.

Constata-se que uma interpretação constitucional, calcada num modelo procedimentalista, permite realizar a necessária ponderação dos princípios que envolvem a efetividade dos direitos fundamentais de natureza prestacional. A realização desses direitos, por intermédio das políticas públicas, requer previsão orçamentária e alocação de recursos financeiros. Desse modo, questões de ordem financeira e orçamentária não podem ser consideradas secundárias frente ao direito fundamental à saúde.

Diante desse contexto, o direito subjetivo à saúde deve ser ponderado frente à existência de recursos financeiros imprescindíveis à sua efetividade.

O referido autor assevera que a afirmação do direito subjetivo à saúde, numa perspectiva de tornar a igualdade de direito numa igualdade de fato, acarreta por outro lado, a retração da autonomia da sociedade como um todo. A comunidade deveria ser chamada a participar efetivamente na gestão do sistema, frente à escassez dos recursos financeiros:

“A questão consiste, por assim dizer, em saber qual o preço a pagar pela tentativa de sanar a deficiente gestão das políticas públicas pelo Estado por meio da expansão do poder judicial. Em contrapartida, consiste ainda em aquilatar a repercussão desse protagonismo nos critérios democráticos de obtenção de um consenso acerca de questões políticas, a partir da constatação de que, nesse particular, não foram precedidos da necessária e plural participação da sociedade democrática na deliberação desses temas e na elaboração das estratégias aptas a fundamentá-las.”²⁵

Nota-se o premente debate em torno dos custos financeiros indispensáveis à promoção da saúde, os quais constituem uma limitação à realização dessas ações. De um lado temos a pretensão à realização dos direitos sociais; e de outro, a escassez dos recursos materiais aptos a provê-los.

Não obstante, o posicionamento reiterado do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça deixa evidente que a norma jurídica constitucional é entendida como a criação de obrigações à Administração Pública, não se cogitando se a referida norma traduz-se em efetiva obrigação ou deva ser entendida como parâmetro norteador das ações do Estado.

²⁵ CIARLINI, Álvaro Luis de A. S., *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição: Os direitos fundamentais sociais no contexto de uma sociedade democrática*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.67.

O grande desafio, segundo Álvaro Ciarlini, traduz-se no equilíbrio de uma postura substancialista, consagradora da igualdade, em detrimento das liberdades constitucionais, com uma postura procedimentalista, calcada na autonomia política dos cidadãos, os quais deverão, de forma solidária, apontar soluções para a necessária equação entre a efetividade dos direitos sociais diante da escassez de recursos disponíveis.

Como dar efetividade aos direitos sociais sem desestabilizar o sistema democrático? Até que ponto o direito social à saúde deve ter preferência sobre todos os demais? Insista-se: a ausência de previsão e adequação orçamentária acarreta o esvaziamento do direito constitucional à saúde.

Da análise acima, pode-se concluir que a interpretação constitucional acerca da efetividade do direito à saúde pode ocorrer sob a ótica de dois paradigmas: a consagração desse direito numa perspectiva individualista, como algo absoluto e a realização desse direito a partir da execução de políticas públicas voltadas para o atendimento da pluralidade de sujeitos.

De todo modo, o que não pode ser desconsiderado é o fato de que a efetividade dos direitos fundamentais sociais, realizada por intermédio da prestação estatal, assegurada numa esfera individual ou coletiva, requer necessariamente aporte financeiro do Estado, sem o qual as garantias constitucionais restarão promessas vazias.

Na defesa da necessária ponderação constitucional, no tratamento dado à efetividade dos direitos fundamentais sociais, temos a contribuição de Luís Roberto Barroso:

“[...] A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista, que levam em conta fenômenos preenchidos mais recentemente, como a colisão entre normas – especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais – a necessidade da ponderação para resolver tais

situações, bem como conceitos como mínimo existencial e fundamentalidade material dos direitos”.²⁶

De acordo com o autor, os direitos fundamentais integram a teoria dos princípios, e ressalta que, na atualidade, o pensamento jurídico atribui normatividade aos princípios, estabelecendo clara diferença entre estes e regras. Senão vejamos a análise do autor:

“É quanto ao modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. Regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto. Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos.

Já os princípios abrigam um direito fundamental, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Estes entrechoques podem ser de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais, como, e.g., a livre iniciativa versus a proteção do consumidor, na hipótese de se pretender tabelar o preço de determinado medicamento; b) colisão entre direitos fundamentais, como e.g., o direito à vida e à saúde de uma pessoa versus o direito à vida e à saúde de outra pessoa, na hipótese de ambos necessitarem com urgência de transplante de determinado órgão, quando só exista um disponível; c) colisão entre direitos fundamentais e outros princípios constitucionais, como, e.g., o direito à saúde versus a separação de Poderes, no caso de determinadas opções legais ou administrativas acerca de tratamentos a serem oferecidos”.²⁷

Das considerações acima, pode-se afirmar que a plena eficácia do direito à saúde, numa perspectiva individual, insere-se na órbita dos princípios constitucionais, convivendo inexoravelmente com outros princípios. De tal modo que exige, por parte do intérprete, a necessária ponderação entre os princípios presentes, em virtude da possibilidade de colisão com eventuais interesses difusos,

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. RPGE, Porto Alegre, v. 31, n 66, jul./dez.2007.p.92.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. RPGE, Porto Alegre, v. 31, n 66, jul./dez. 2007.p.93-94.

os quais não podem ser desprezados, sob pena de se retirar da sociedade, a legitimidade para apontar metas e diretrizes a serem alcançadas.

2.3 O papel suplementar dos planos de saúde

O artigo 199 da Constituição Brasileira assim prescreve a atividade privada de assistência à saúde:

“Art. 199- A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
§1º 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”.²⁸

Desse modo, não obstante à previsão constitucional estatuída no artigo 196, a qual determina ser a saúde dever do Estado, o mesmo diploma permite a atuação da iniciativa privada na prestação do serviço à saúde.

Inicialmente, interessa identificar a estrutura do sistema de saúde no Brasil. De acordo com Maria Stella Gregori, o sistema apresenta as seguintes características:

“No Brasil, o sistema de saúde se caracteriza pelo seu hibridismo, sendo marcante a interação entre os serviços públicos e a oferta privada na conformação da prestação dos serviços de assistência à saúde.

O sistema de saúde é formado por dois subsistemas: de um lado, está o subsistema público, que incorpora a rede própria e a conveniada/contratada ao SUS; e, de outro, está o subsistema privado, que agrupa a rede privada de serviços de saúde não vinculados ao SUS.

A Lei Orgânica da Saúde, ao se referir ao conjunto de serviços privados de assistência à saúde, fez menção específica aos estabelecimentos de saúde que, devido à insuficiência dos serviços estatais, complementam a assistência médico-hospitalar dentro do SUS. Tal participação se faz mediante contrato ou convênio, sendo que as normas de atuação e os valores de remuneração são estabelecidos pelo Poder Público. Esse braço do subsistema público passou a ser conhecido como setor privado complementar.

²⁸ Brasil. Constituição Federal (1988). Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/legislação.>> Acesso em: 08 set.2014.

O setor privado de saúde, no entanto, não é formado apenas por esses estabelecimentos. Há também aqueles que não possuem qualquer vínculo com o SUS, que prestam serviços à população mediante pagamento direto ou por planos privados de assistência à saúde. O subsistema privado recebeu a denominação de complementar.²⁹

O delineamento do sistema, trazido por Maria Stella, evidencia que o setor privado de saúde no Brasil origina-se da deficiência do sistema público.

Para Henrique Freire Souza, em seu texto, no subtítulo referente ao papel das empresas operadoras de planos privados de assistência à saúde e os limites de cobertura existentes, a expressão “suplementar” usualmente utilizada, não seria apropriada em virtude da ambivalência dos sistemas público e privado.

“À iniciativa privada, por sua vez, caberia atuar oferecendo uma atividade diferenciada da estatal. Essa atividade não seria nem complementar, nem suplementar (como normalmente se costuma dizer): ela seria independente da atividade Estatal, ainda que considerada de interesse público. Essa é a razão pela qual o sistema privado, em vários pontos, ora é uma duplicação do sistema público (ex: os dois cobrem todas as doenças do CID), ora apresenta uma cobertura inferior ao sistema público (ex: somente são cobertos pelo sistema privados os transplantes de rins, córnea e medula) e ora, ainda, apresenta-se superior ao sistema público (ex: cobertura de quarto particular). Apesar da imprecisão do uso da expressão “suplementar”, ela é utilizada de maneira corriqueira e majoritária; assim, apesar das ressalvas anteriores, a expressão “suplementar” será também utilizada aqui.”³⁰

Sobre o tema, com relação à deficiência do sistema, importante ressaltar os ensinamentos de Angélica Carlini. Para ela, a saúde privada no Brasil surgiu como uma alternativa à ineficiência do Estado em assegurar aos trabalhadores urbanos um serviço de saúde pública em quantidade e qualidade suficientes às necessidades concretas.³¹

Afirma a autora que a deficiência do Estado na prestação do serviço à saúde teria sido responsável pela permissão constitucional dada, por meio da Carta

²⁹ GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.39-40.

³⁰ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012.p.126.

³¹ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.58.

Magna de 1988, à iniciativa privada para a prestação do serviço à saúde, não obstante o dever do Estado em assegurar esse direito a todos. Senão vejamos:

“A ruptura com a utilização dos serviços médicos e hospitalares privados sem uma contrapartida eficiente e que conseguisse dar conta de todos os cidadãos que já eram atendidos por planos privados transformaria o atendimento à saúde em um caos, e a pressão política e econômica seria insuportável principalmente para um governo que se instalava de forma traumática, como foi o caso do governo de José Sarney que, somente assumiu a Presidência da República por impossibilidade de saúde de Tancredo Neves que, embora contestado pelos grupos de esquerda, havia conseguido agregar maior volume de apoio dos diversos setores políticos existentes naquele momento.

Nessa medida não surpreendeu que a Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que determinou no artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado; e, no artigo 197 que são de relevância pública as ações e serviços de saúde; também tenha determinado no artigo 199 que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.³²

Ressaltando o caráter suplementar da assistência à saúde privada, temos a reflexão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello:

“No modelo imaginado pelo constituinte, caberia ao Estado prestar prioritariamente os serviços de saúde, sempre de modo universal e igualitário. A quadra vivida, todavia, revela deficiências substanciais em praticamente todos os serviços públicos, de maneira que ainda não foi possível alcançar aquele propósito maior de universalização. A esse cenário devem-se somar a crescente especialização da medicina e o incremento dos gastos alusivos a tais prestações. Embora a carga tributária brasileira esteja entre as maiores do mundo, aparentemente, os custos da medicina curativa e preventiva têm superado os limites suportáveis, mesmo dos Estados que destinam grande parte dos respectivos orçamentos à temática[...]. Todos esses elementos – deficiência crônica no setor público, avanço vertiginoso dos tratamentos e incremento dos custos – alavancam a importância do setor de saúde suplementar, fundamental para o equacionamento do problema[...].”³³

Das análises acima colacionadas, resta evidente a importância da saúde suplementar no Brasil. O ideário do constituinte originário é de que caberia ao Estado assegurar o acesso universal e igualitário à saúde, em obediência ao

³² CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.61.

³³ MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-financeiro In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012.p.4.

primado da dignidade humana, que, por conseguinte, reconhece alguns direitos fundamentais.

Contudo, diante da ineficiência do Estado em dar efetividade ao acesso à saúde e, tendo em vista a relevância desse direito, cuidou o constituinte de permitir a atuação da livre iniciativa, como forma de minimizar a deficiente prestação desse serviço, por intermédio do Estado e permitir ao cidadão buscar outros meios de acesso ao serviço de saúde.

Não obstante à liberdade das partes em celebrar contrato dessa natureza, a própria Constituição estabeleceu limites para essa atuação, ao consignar expressamente no §1º, do artigo 199, que as instituições privadas deverão atuar com observância das diretrizes traçadas pelo Sistema Único de Saúde. É o que se extrai da literalidade do artigo retromencionado.

Acerca dessas diretrizes, Aurisvaldo Sampaio manifesta-se:

“É consabido que a liberdade negocial encontra limites e que o seu fim – antes de constituir a realização do interesse pessoal – é assegurar a própria dignidade do ser humano (art. 170 da CF), o que agora se diz é que está ela, quando tangenciar o direito à saúde, vinculada aos limites por ele impostos e adstrita a atuar para torná-lo efetivo. A saúde é, pois, direito de todos e dever do Estado, vinculando, todavia, também os particulares, notadamente aqueles que relativamente a ela exerçam os seus poderes privados. Com isso não se quer dizer, obviamente, serem aplicáveis aos serviços de assistência à saúde, mantidos pela iniciativa privada exatamente as mesmas imposições a que se vê submetida a atividade estatal nesta seara. Claro que não! A atividade econômica tem características próprias que não podem ser ignoradas, sobressaindo a natural busca do lucro. O que se pretende deixar claro, é que tais empresas devem pautar sua atuação no mercado por elevados padrões éticos, levando em consideração a magnitude dos bens jurídicos que a sua atuação envolve e buscar resguardar de todo dano a vida, a saúde e a sadia qualidade de vida dos consumidores”³⁴.

Nas palavras do autor percebe-se que a observância do sistema de saúde suplementar às mesmas diretrizes traçadas para o sistema público de saúde decorre de imposição constitucional. Entretanto, apesar de o objeto de ambos os sistemas serem os mesmos, qual seja, a saúde do cidadão, resta incontestemente que o caráter dos

³⁴ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.53-54.

serviços prestados pelo Estado difere originariamente dos serviços prestados pelas pessoas jurídicas de direito privado.

Partidário dessa visão, temos a lição de Henrique Freire Souza:

“Embora distintas as atividades, cada vez mais se percebe a tentativa de se analisar a atividade privada e de formatá-la segundo o padrão da modelo público, muitas vezes com o propósito de transferir custos e obrigações originalmente públicas para o sistema privado; sendo tais custos e obrigações assumidos, então, pelas OPS, pelos empregadores (que já se esforçam para conceder um plano para seus empregados), e pelo consumidor final. Essa transferência ora se dá pela atuação do Estado Legislador, ora pela atuação do Estado Juiz e ora pela atuação do Executivo, notadamente por meio da atuação das Agências Reguladoras (Agência Nacional de Saúde Suplementar – “ANS” – e ANVISA).

Há uma grande diversidade na atuação das OPS e nas relações existentes entre as OPS e os seus contratantes e beneficiários.”³⁵

O dirigismo estatal sobre o setor privado, se faz presente no artigo 197 do Texto Constitucional:

“Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.³⁶

Quanto ao artigo supramencionado, necessário demonstrar o substrato da referida norma na análise dos autores Andrea Salazar, Karina Bozola e Vidal Serrano Júnior.

“Apenas considerando a elevação dos serviços de saúde à categoria de serviços de relevância pública, já não se poderia admitir que a iniciativa privada que optasse por prestar tais serviços ficasse imune à normatividade mais rigorosa do poder público: Ao qualificar os serviços e ações de saúde como de relevância pública, não pretendeu o legislador constituinte dizer que os demais direitos humanos e sociais não têm relevância; quis o legislador talvez enunciar a saúde como um estado de bem-estar prioritário, fora do qual o indivíduo não tem condições de gozar outras oportunidades proporcionadas pelo Estado, como a educação, antecipando-se,

³⁵ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012.p.126-127.

³⁶ Brasil. Constituição Federal (1988). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação.>> Acesso em: 08 set.2014

assim à qualificação de relevância que a legislação infraconstitucional deverá outorgar a outros serviços públicos e privados”.³⁷

Prosseguem na análise asseverando que a preservação do bem comum encontra-se subjacente nos artigos 170 e 193 da Constituição - da ordem econômica e da ordem social - o que legitima o controle do Estado sobre os serviços de interesse social e de relevância pública, exigindo ações de regulação e fiscalização sobre os serviços de saúde, sejam públicos ou privados. O fundamento é a proteção do bem jurídico tutelado, ou seja, a vida humana. Acrescentam que o bem comum não pode ser subjugado pelo interesse individual, por mais legítimo que seja este último. O bem comum se sobreleva ao particular para melhor proteger o coletivo e, na medida em que o interesse coletivo esteja resguardado, o interesse individual, direta ou reflexamente estará também tutelado.³⁸

Os autores sustentam o primado do bem comum sobre o individual e do interesse social sobre o econômico. É o que extrai da manifestação abaixo transcrita:

“Ora, partindo-se do enunciado constitucional, da abrangência da LOS, que já em seu art. 1º determina sua competência para regular quaisquer ações ou serviços de saúde, inclusive os prestados pela iniciativa privada, que, por sua vez, são referidos em título específico e, em matéria legislativa, de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é lógico concluir que a prestação de serviços de saúde – seja de iniciativa de integrantes do sistema único, seja de iniciativa privada – deve seguir as mesmas diretrizes e os mesmos princípios. É claro que suas diferenças e peculiaridades devem ser respeitadas, mas sempre tendo em vista que o interesse da coletividade, o bem comum que se pretende buscar com o fornecimento de serviços de saúde adequados, se sobrepõe aos interesses particulares, quaisquer que sejam eles; e, paralelamente, que o interesse social está acima do econômico”.³⁹

³⁷ SALAZAR, Andrea Lazzarini, GROU, Karina Bozola, SERRANO JÚNIOR, Vidal. Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação. In: MARQUES, Claudia Lima... [et al.] *Saúde e Responsabilidade 2 A Nova Assistência Privada à Saúde* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.191.

³⁸ SALAZAR, Andrea Lazzarini, GROU, Karina Bozola, SERRANO JÚNIOR, Vidal. Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação. In: MARQUES, Claudia Lima... [et al.] *Saúde e Responsabilidade 2 A Nova Assistência Privada à Saúde* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.192.

³⁹ SALAZAR, Andrea Lazzarini, GROU, Karina Bozola, SERRANO JÚNIOR, Vidal. Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação. In: MARQUES, Claudia Lima... [et al.] *Saúde*

Dos ensinamentos doutrinários ora apresentados, percebe-se de modo iniludível que a Carta Constitucional de 1988 autorizou a atuação da iniciativa privada na prestação dos serviços de saúde. Não obstante, ao elencar o referido serviço à condição de relevância pública, determinou que a prestação deste, realizada pela iniciativa privada, deve observar as mesmas diretrizes traçadas para o sistema público.

Desse modo, os serviços de saúde suplementar sofrem rigorosa normatização, disciplina e controle pelo ente estatal, no intuito de assegurar a supremacia do interesse público e coletivo, consubstanciado na saúde de todos, infirmando eventuais interesses privados. Nesse particular, convém destacar que, de acordo com as lições trazidas pelos autores estudados, ao se privilegiar o interesse coletivo, restará contemplado de forma reflexa o interesse individual.

Por fim, insta observar o que já fora dito anteriormente, por Aurisvaldo Sampaio. Para ele e os demais autores da presente análise, os sistemas públicos e privados de assistência à saúde guardam traços peculiares, que não podem ser desconsiderados.

3 A NOVA TEORIA CONTRATUAL E A REGULAÇÃO ESTATAL

3.1 A função social e o princípio da boa-fé objetiva dos contratos

Caio Mário, em sua obra, *Instituições de Direito Civil*, resgata a importância do contrato na sociedade moderna. Para ele, “o mundo moderno é o mundo do contrato”. Prossegue afirmando que sua importância é de tal modo, que se extraíssemos a figura do contrato da realidade social, a consequência seria a estagnação da vida social. Segundo ele, é o contrato que viabiliza a subsistência de toda a humanidade.⁴⁰

Importa lembrar, inicialmente, a noção clássica do conceito de contrato oriundo do direito romano. Das palavras de Caio Mário podemos extrair:

“[...]o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos[...].”⁴¹

Acrescenta o autor, o acordo de vontades, nessa concepção, se mostra como elemento fundamental de maior importância, tendo como baliza apenas a observância ao ordenamento jurídico.⁴²

Acerca desse elemento integrante da estrutura do contrato, Carlos Roberto Gonçalves assim manifesta-se:

“O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.

Esse princípio teve seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual[...].”⁴³

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.10.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.7.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.7.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.41.

Como podemos depreender da leitura dos autores supramencionados, a visão clássica dos contratos assenta-se na ideia de ampla liberdade dos contratantes, limitada apenas pela ordem jurídica vigente. Disso, decorre a análise quanto aos efeitos do contrato, os quais se restringem tão somente aos interesses das partes, sendo indiferente qualquer outro efeito decorrente da avença.

Malgrado esse entendimento, com o crescimento das relações sociais e a consequente complexidade dos contratos estipulados, a plenitude da autonomia da vontade e a ênfase na tutela dos interesses particulares foram paulatinamente sendo mitigadas pela observância do interesse público. Ao firmarem contrato, os pactuantes não apenas ajustam regras específicas entre si, mas também consagram o princípio constitucional da solidariedade social, que se materializa pela boa-fé objetiva e pela plenitude das obrigações reciprocamente assumidas.⁴⁴

O surgimento desse novo paradigma na figura do contrato fez com que, ainda que preservada a autonomia da vontade, esta deve ser limitada quando em confronto direto com o interesse social.

Segundo Caio Mário, o princípio da função social reveste-se de tal relevância, de modo a impedir até mesmo a liberdade de não contratar, nos casos de contratos obrigatórios.⁴⁵

Ao referir-se à norma estatuída no artigo 421, do Código Civil, o autor supramencionado assevera que a liberdade de contratar não pode prescindir de sua função social. Aduz o autor:

“O legislador atentou aqui para a aceção mais moderna da função do contrato, que não é a de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca. Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não são propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos.

A função social do contrato, portanto, na aceção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. O reconhecimento da inserção do contrato no meio social e da sua função como instrumento de enorme influência na vida das pessoas possibilita um maior controle da atividade das partes. Em nome do princípio da função social do contrato se pode, v.g., evitar a inserção

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.11.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.12.

de cláusulas que venham injustificadamente a prejudicar terceiros ou mesmo proibir a contratação tendo por objeto determinado bem, em razão do interesse maior da coletividade.”⁴⁶

Acerca das mudanças inauguradas no tocante ao direito de contratar, pelo diploma legal de 2002, Carlos Roberto Gonçalves traz suas contribuições:

“[...] o citado art. 421 não representa apenas uma restrição à liberdade contratual, pois tem um peso específico, que é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma ‘exceção’ a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito. Há, portanto, aduz, um valor operativo, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas.

É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser enfocado sob dois aspectos: um, individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.”⁴⁷

Das referidas considerações, resta inquestionável que o Código Civil de 2002 consagrou a função social como o seu maior fundamento. Nesta medida, não só o interesse individual, mas em maior extensão, o direito metaindividual deve ser perquirido. Neste diapasão, podemos até mesmo concluir que a celebração de contratos deve ter como escopo o interesse da coletividade.

Diante da constatação de que a celebração de ajustes acarreta consequências jurídicas, para além das partes, influenciando direta ou indiretamente junto a terceiros estranhos aos contratantes, não se pode olvidar que àqueles possam sofrer prejuízos decorrentes desses ajustes. Assim, resta imprescindível que o interesse coletivo sobreponha-se ao interesse considerado individualmente.

Objetivando uma melhor compreensão desse fenômeno, impõe-se destacar a supremacia da ordem pública, visto representar um necessário desdobramento ligado ao princípio da função social dos contratos. De fato, àquela mostra-se necessária para a consecução desta, conforme preceitua o artigo 2035,

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.13.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.26.

parágrafo único do Código Civil Brasileiro.⁴⁸ Significa dizer que a realização da função social dos contratos somente será alcançada se o interesse público estiver consagrado.

Destarte, consoante tal preceito, a liberdade contratual deve submeter-se aos ditames da ordem pública. Senão, vejamos a assertiva do autor Carlos Roberto Gonçalves:

“A liberdade contratual encontrou sempre limitação na ideia de ordem pública, entendendo-se que o interesse da sociedade deve prevalecer quando colide com o interesse individual. O princípio da autonomia da vontade, como vimos, não é absoluto. É limitado pelo princípio da supremacia da ordem pública, que resultou da constatação, feita no início do século passado e em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco. Compreendeu-se que, se a ordem jurídica prometia a igualdade política, não estava assegurando a igualdade econômica. Em alguns setores fazia-se mister a intervenção do Estado, para restabelecer e assegurar a igualdade dos contratantes[...] A intervenção do Estado na vida contratual é, hoje, tão intensa em determinados campos (telecomunicações, consórcios, seguros, sistema financeiro etc.) que se configura um verdadeiro dirigismo contratual.”⁴⁹

Prossegue o doutrinador, com ênfase de que a prevalência da ordem pública nos contratos firmados deve ser investigada no caso concreto, tendo em vista a dificuldade de se apurar previamente a noção exata do que vem a ser ordem pública. Assim, compete ao judiciário examinar, caso a caso, em que medida a ordem pública está sendo garantida.⁵⁰

Outrossim, alerta o autor que a ordem pública traduz-se numa cláusula geral, presente no artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que, não obstante constituir-se em norma de direito internacional privado, infirma qualquer declaração de vontade que viole o interesse público.⁵¹

A par da função social dos contratos, intrinsecamente ligado ao princípio da ordem pública, ou seja, ao interesse da coletividade, impende analisar o

⁴⁸ BRASIL, *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em 30 set. 2014.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.43-44.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 44.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.44.

chamado princípio da boa-fé objetiva, consagrado expressamente na ordem jurídica brasileira, a partir do Código Civil de 2002.

Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino apresentam uma análise acerca da gênese da boa-fé objetiva moderna no direito brasileiro. Segundo eles, esta noção que surge com o advento do Código de Defesa do Consumidor, nos anos 90, passa a exigir comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração necessários aos fins pretendidos em cada relação obrigacional.⁵²

No entanto, a abordagem de cunho protetivo, declaradamente prevista no Código do Consumidor acabou sendo empregada indiscriminadamente na prática jurisprudencial como instrumento de proteção do consumidor, embora ontologicamente não seja esse o sentido. A boa-fé objetiva deve ser entendida como sujeição de ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para a consecução dos fins contratuais.⁵³

Os autores afirmam que o Código Civil de 2002 corrigiu essa tendência jurisprudencial, ao prever expressamente o princípio da boa-fé objetiva, aplicável às relações contratuais comuns, independentemente de qualquer vulnerabilidade presumida ou demonstrada.⁵⁴ Assim, dispõe o diploma:

“Artigo 422- Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”⁵⁵

Prosseguindo na análise, asseveram que a noção de boa-fé presente no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil representa cláusula geral de lealdade e colaboração para a consecução dos fins contratuais. Não há que se

⁵² SCHREIBER, Anderson e TEPEDINO, Gustavo. Os efeitos da Constituição em Relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n 23, 2003. p.140-141.

⁵³ SCHREIBER, Anderson e TEPEDINO, Gustavo. Os efeitos da Constituição em Relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n 23, 2003.p.142.

⁵⁴ SCHREIBER, Anderson e TEPEDINO, Gustavo. Os efeitos da Constituição em Relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n 23, 2003.p.143.

⁵⁵ BRASIL, *Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação.>> Acesso em 30 set. 2014.

associar, do ponto de vista ontológico, o conceito de boa-fé à versão protetiva adotada pelos tribunais brasileiros nas relações de consumo.⁵⁶

Caio Mário assegura que, apesar de inserida em uma norma infraconstitucional, a boa-fé deve estar presente em todas as relações jurídicas da organização social. Assevera que, não obstante revestir-se de conceito jurídico impreciso, deve realizar-se mediante o caso concreto, servindo de parâmetro norteador para a interpretação do contrato.⁵⁷

No tocante à imprecisão do conceito, Carlos Roberto Gonçalves manifesta entendimento de que o sentido e alcance da boa-fé objetiva evidencia-se no comportamento honesto, reto, leal e na consideração para com o outro contraente, não omitindo informações relevantes acerca do objeto e do conteúdo do negócio.⁵⁸

Enriquece-se a temática, quando o referido doutrinador apregoa que:

“A regra da boa-fé, como já dito, é uma cláusula geral para a aplicação do direito obrigacional, que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais. O novo sistema civil implantado no país fornece ao juiz um novo instrumental, diferente do que existia no ordenamento revogado, que privilegiava os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, seguindo uma diretriz individualista. A reformulação operada com base nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade deu nova feição aos princípios fundamentais dos contratos, como se extrai dos novos institutos nele incorporados, *verbi gratia*: o estado de perigo, a lesão, a onerosidade excessiva, a função social dos contratos como preceito de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único) e, especialmente, a boa-fé e a probidade. De tal sorte que se pode hoje dizer, sinteticamente, que as cláusulas gerais que o juiz deve rigorosamente aplicar no julgamento das relações obrigacionais são: a boa-fé objetiva, o fim social do contrato e a ordem pública.”⁵⁹

Das contribuições trazidas ao presente estudo, restou claro que a eficácia dos contratos privados deve submeter-se aos princípios da boa-fé objetiva, entendida esta como cláusula geral de observância obrigatória. Ao atentar para este

⁵⁶ SCHREIBER, Anderson e TEPEDINO, Gustavo. Os efeitos da Constituição em Relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n 23, 2003. p.143.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.20.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 3: *contratos e atos unilaterais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.57.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 3: *contratos e atos unilaterais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.54-55.

imperioso princípio, tem-se que os interesses privados devem guardar harmonização com os interesses de toda a coletividade, mediante a construção de relações solidárias e de responsabilidade mútuas.

Ademais, o princípio da boa-fé objetiva ultrapassa a simples ideia de proteção ao elo mais vulnerável da avença, impondo-se como dever de lealdade, honestidade e colaboração entre ambos os contratantes, com vistas à concretização do pacto celebrado. O equilíbrio entre as partes passa a ser o supedâneo da relação contratual.

Maria Stella Gregori traz suas contribuições, acerca da boa-fé, filiando-se a ideia de que o contrato de consumo, notadamente o de plano de saúde deve respeitar os princípios norteadores dessa relação, em especial a boa-fé, a equidade e o equilíbrio. Atentando-se para estes princípios, o CDC estabelece um rigoroso controle sobre o conteúdo e a forma desse contrato, fixando regras de proteção contratual e inibindo a inserção de cláusulas abusivas. Neste diapasão, impõe-se ao fornecedor o dever de deixar explícitas, no referido contrato, todas as vantagens e riscos acerca do negócio celebrado pelas partes.⁶⁰

Mais uma vez, observa-se o equilíbrio do contrato sendo invocado como forma de mensurar a adoção do princípio da boa-fé objetiva.

Alinhando-se a este, a legislação atual, enfatiza a socialidade, a eticidade, a supremacia do interesse público e coletivo. Vê-se, portanto, que as relações contratuais ultrapassam o simples interesse privado dos contratantes, sobrelevando-se os interesses sociais decorrentes do acordo entabulado entre as partes.

Acerca da boa-fé, vale trazer à baila as contribuições de Guilherme Valdetaro. Para ele, a modificação fundamental consagrada pela nova teoria contratual é a boa-fé, que atuando como princípio geral de direito, emana forte conteúdo ético e de enorme aplicabilidade prática.⁶¹

De acordo com o autor, do exame dessa aplicabilidade, constata-se:

⁶⁰ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.143-144.

⁶¹ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.102-103.

“(a) a boa-fé tem relevante papel como critério fundamental de interpretação dos 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.”⁶²

Nesse contexto, com relação à aplicação do referido princípio, o autor apregoa que este deva influenciar de maneira significativa as relações entre usuários e operadoras de planos de saúde, servindo de parâmetro para a solução de conflitos. Assevera o autor que a atividade interpretativa do julgador, quando da análise dos litígios, deve se orientar sob o seguinte prisma:

“Com efeito, o julgador deverá ter sempre como norte interpretativo o princípio da boa-fé, de modo a buscar soluções para as lides que não destruam ou comprometam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pelas partes, gerando prestações desarrazoadas e excessivamente onerosas para quaisquer delas. Também deverá estar pronto para coibir condutas, de qualquer das partes, contrárias aos parâmetros de lealdade e de cooperação impostos pela boa-fé objetiva. Deverá, assim, o julgador exprobar as pretensões dos segurados relativas a procedimentos claramente não cobertos pelos contratos, bem como os abusos consistentes nas solicitações de realização de procedimentos e do fornecimento de materiais excessivamente custosos, mas de pouca ou de reduzida eficácia, que poderiam ser substituídos por outros mais módicos, mas que produzem efeitos semelhantes. O julgador deverá, ainda, rejeitar a conduta das seguradoras, que negam autorização para procedimentos indubitavelmente cobertos pelos contratos ou que criam entraves burocráticos e artifícios para deixar de custear intervenções médicas e hospitalares, cujo pagamento encontra respaldo na lei e no contrato”.⁶³

A análise acima descrita tem especial relevância para o presente estudo, visto que o autor apresenta o entendimento de como a boa-fé se traduz nos contratos privados de saúde suplementar. Segundo ele, esta realiza-se na medida em que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é preservado, o que para

⁶² MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.103-105.

⁶³ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.106-107.

tanto, requer o afastamento de prestações impróprias e excessivamente onerosas para qualquer das partes.

Novamente, vê-se que o equilíbrio da relação contratual é chamado para, ao lado da lealdade e da cooperação entre as partes, assegurar a observância da boa-fé objetiva. Para tanto, o autor sugere que o magistrado observe, por ocasião de um litígio proposto, o que está amparado no contrato e na lei, de modo a afastar pretensões dos usuários não devidamente cobertas e recusas infundadas de atendimento, por parte das operadoras de saúde suplementar.

3.2 Natureza jurídica dos contratos de saúde suplementar: contrato de consumo, de adesão, de seguro, o mutualismo.

De acordo com Maria Stella Gregori, o contrato de saúde suplementar representa uma relação contratual de consumo, na medida em que de um lado temos uma pessoa jurídica que oferece prestação de serviços de assistência à saúde e, no outro, um ou mais consumidores, e tendo por objeto dessa relação a prestação de um serviço de assistência à saúde.

Por tratar-se de uma relação de consumo, a prestação de serviços de assistência à saúde ocorre por meio de um contrato de adesão, no qual, todas as cláusulas são preestabelecidas pelo fornecedor.

A autora ensina que o contrato de adesão tem esse nome em virtude das cláusulas serem determinadas unilateralmente pelo fornecedor, cabendo à outra parte, o consumidor, anuir a seus termos, aderindo a ele. Essa característica contratual serviu para a prática de inúmeros abusos pelo estipulante, o que fez o legislador criar mecanismos de controle sobre o seu conteúdo.

Prossegue a jurista asseverando que, no direito brasileiro, o contrato de adesão sofreu disciplina jurídica com o advento do Código de Defesa do Consumidor, no intuito de regular as relações de consumo, adequando-as à função social.⁶⁴

Preocupado com o equilíbrio do contrato e a preservação de sua função social, o legislador estipulou o contrato de adesão nos seguintes termos:

⁶⁴ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.142.

“Art. 54 – Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo[...]

§3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.⁶⁵

Do artigo acima transcrito, constata-se que o contrato de adesão, a despeito de ser estipulado unilateralmente por uma das partes, qual seja, o fornecedor, sofre rigorosa disciplina normativa, a qual exige aprovação da autoridade competente e observância de formato legal, quando estipulado por escrito.

Maria Stella Gregori continua sua análise sustentando que a operadora, no contrato de plano de saúde, tem como finalidade precípua, suportar juntamente com o consumidor os riscos futuros decorrentes da saúde deste e de seus familiares.⁶⁶

Acerca dos riscos inerentes ao objeto do contrato, Luiz Augusto Ferreira Carneiro defende que os contratos de planos e seguro de saúde seguem os mesmos princípios dos demais seguros quanto aos aspectos técnicos, econômico-financeiros e atuariais. De acordo com ele, a essência dos planos de saúde é a cobertura de despesas decorrentes de doenças e acidentes pessoais que afetem a saúde do consumidor. Estas se traduzem em eventos aleatórios, imprevisíveis e indesejados pelo consumidor.

Segundo o autor, cabe à operadora, independente de sua personalidade jurídica, assumir o ônus financeiro relacionado ao evento coberto pelo plano de saúde. Em contrapartida, cabe ao segurado realizar os pagamentos devidos à

⁶⁵ BRASIL, *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>> Acesso em 05 out. 2014.

⁶⁶ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p.144-146.

operadora para ter sua saúde protegida, sendo esta prestação pecuniária, paga mensalmente e sempre previamente a ocorrência do risco.⁶⁷

O autor salienta que, diante da imprevisibilidade dos sinistros, as operadoras precisam realizar estimativas com base em premissas mais realistas possíveis. Assim, as seguradoras compõem provisões técnicas, calculadas atuarialmente, para que possam honrar seus compromissos com seus segurados. Além disso, todas as seguradoras são obrigadas a manter um capital mínimo, o qual funciona como último recurso a ser utilizado para a satisfação das obrigações assumidas com os seus segurados.⁶⁸

Por ser partidário dessa mesma concepção, convém mencionar o estudo realizado por Paulo Roberto Rezende. Para ele, o contrato de plano de saúde apresenta natureza securitária, na medida em que suas bases econômicas são as mesmas do contrato de seguro. Ambos, os contratos, têm sua base assentada em um cálculo atuarial.⁶⁹

Aurisvaldo Sampaio também filia-se a esse entendimento, ao afirmar:

“Com isto, pretende-se dizer que uma característica é comum aos negócios jurídicos dos quais aqui se cuida: o consumidor, ao contratar plano de saúde, transfere para a operadora o risco do custo da assistência médica, hospitalar ou odontológica, trocando a possibilidade de uma grande perda pelo pagamento de uma contraprestação pecuniária periódica; a operadora, por sua vez, distribui esse custo entre todos os consumidores, já que, a rigor, será suportado pelo fundo formado a partir das contraprestações de todos. Nesse sentido, é possível falar numa solidariedade coletiva como substrato dos planos de saúde, pois, diante da impossibilidade de evitar por completo os riscos decorrentes dos males que ameaçam a sua higidez, o consumidor opta por partilhá-los com outros.”⁷⁰

⁶⁷ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios básicos de seguros e planos de saúde In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.80-81.

⁶⁸ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios básicos de seguros e planos de saúde In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.71.

⁶⁹ REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. 2011. Disponível em: <www.mcamposbr/> Acesso em: 6 out. 2014.p.70.

⁷⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.198.

Das análises acima colocadas, pode-se afirmar que o contrato de plano de assistência à saúde possui a mesma natureza de um contrato de seguro, na medida em que os riscos individuais, de um evento aleatório e imprevisível, no caso, o acometimento de uma doença ou acidente que afete a saúde do contratante, são transferidos para a operadora e suportados pelo conjunto dos segurados.

Outra característica marcante, considerada um dos fundamentos dos contratos de seguro e dos contratos de saúde suplementar que merece destaque, é a presença do mutualismo.

José Reinaldo de Lima e Paulo Macedo Neto se manifestam acerca dessa característica:

“[...] Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos. Logo, o que está em jogo em primeiro lugar é a constituição desses fundos e sua distribuição. Ao contrário de uma empresa comercial comum, a empresa de saúde não oferece à venda mercadorias a um público que tem para com ela relações episódicas[...].”⁷¹

Por sua vez, Guilherme Valdetaro assim caracteriza o 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 dum 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 [...]”⁷²

Para o autor supramencionado, o mutualismo representa peça essencial nos contratos celebrados com as operadoras de plano de saúde, pois funciona como fundamento técnico e demarcador do equilíbrio do contrato. Por tratar-se de um

⁷¹ LOPES, José Reinaldo de Lima e NETO, Paulo Macedo Garcia. Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – Uma revisão. In: MARQUES, Claudia Lima... [et al.] *Saúde e Responsabilidade 2 A Nova Assistência Privada à Saúde* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.170.

⁷² MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.108-109.

elemento essencial ao contrato, o judiciário não pode desconsiderá-lo ao examinar eventuais conflitos suscitados entre usuário e operadora.⁷³

Dada a importância atribuída ao mutualismo, o autor salienta acerca do papel do julgador, quando da solução de controvérsias suscitadas nesse tipo de contrato.

“Assim, é fundamental que o julgador, ao examinar as questões atinentes aos contratos celebrados entre usuários e plano de saúde, leve em consideração o mutualismo e a estrutura técnico-econômica, 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, formado pelas contribuições da coletividade de segurados, que será diretamente atingida por aquela decisão. É preciso não esquecer que os abusos e os excessos de alguns segurados, ao fim e ao cabo, serão custeados pelos demais segurados que fazem uso dos planos com parcimônia e prudência.”⁷⁴

Das palavras de Guilherme Valdetaro, pode-se concluir que o mutualismo e a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos planos de saúde devem ser igualmente observados, para que o julgador, ao apreciar uma determinada lide, não desnature a essência desse contrato, fundado no mutualismo.

Destarte, o julgador deve considerar que pedidos extravagantes ou desarrazoados, sem a devida cobertura contratual, além de transferir os custos para os demais segurados, podem até mesmo inviabilizar a presença da operadora no mercado de Saúde Suplementar. Isso resultaria em prejuízo para a coletividade de usuários, que ficariam sem a devida assistência à saúde.

Paulo Roberto enriquece a temática, acerca do mutualismo, ao afirmar que este se faz presente tanto no contrato de seguro, quanto no contrato de plano de saúde. Assevera que ambos apresentam na sua constituição uma solidariedade entre os usuários, ligados pelo mutualismo, o qual decorre da característica coletiva inerente a tais contratos.⁷⁵

⁷³ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.110-111.

⁷⁴ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.110.

⁷⁵ REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. 2011. Disponível em: <www.mcamposbr/> Acesso em: 6 out. 2014. p.70.

O autor acima citado descreve o contrato de plano de saúde:

“Assim, trata-se de um contrato de bases coletivas, apesar de se tratar de uma relação entre o consumidor e a operadora. O que irá garantir que os custos dos tratamentos médicos serão suportados pela operadora de planos de saúde é justamente o fato de que são vários os consumidores que estão vinculados a ela. Eles pagam um valor que constituirá um fundo comum a todos. A constituição desse fundo é necessária para que as operadoras possam operar no mercado com segurança financeira. É com esse fundo que elas arcam com as coberturas que são firmadas em lei, como se viu, e também contratualmente.”⁷⁶

Assim, o autor adverte que, salvo a existência de algum vício contratual decorrente da legislação civil ou consumerista, os termos do contrato devem ser observados, visando à manutenção do cálculo atuarial e da sistemática do mutualismo. A inobservância desses fundamentos pode colocar um determinado consumidor em situação privilegiada em relação aos demais, ao conceder-lhe cobertura mais ampla pela via judicial ou administrativa.⁷⁷

Por fim, ainda acerca do mutualismo, convém lembrar a análise feita pelo economista Luiz Augusto Carneiro, ao caracterizar o mutualismo, presente nos contratos de planos de saúde, como regime financeiro de repartição simples. O autor assim descreve esta modalidade:

“Há ainda mais uma nuance na forma de financiamento dos planos de saúde.[...] No regime financeiro de repartição simples toda receita de prêmio de um período é utilizada para pagar somente as indenizações dos eventos cobertos nesse período, normalmente de um ano. Esse é o regime financeiro utilizado em todos seguros de saúde, na totalidade dos ramos de seguros de danos (por exemplo, seguros patrimoniais, seguros de responsabilidade civil e seguros de automóveis) e na maioria dos seguros de pessoas (por exemplo, seguros de saúde, seguros de acidentes pessoais e seguros de vida em grupo).

Nesse regime todos os segurados pagam prêmios independentemente da ocorrência ou não do risco durante o prazo de vigência do contrato (por conta do mutualismo), porém não há

⁷⁶ REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. 2011. Disponível em: <www.mcamposbr/> Acesso em: 6 out. 2014. p.71.

⁷⁷ REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. 2011. Disponível em: <www.mcamposbr/> Acesso em: 6 out. 2014. p.75.

formação de reservas individuais em nome de cada segurado para financiar despesas com sinistros no futuro.”⁷⁸

Constata-se, das palavras do autor, que o mutualismo caracterizado nos contratos de planos de saúde, se dá pelo regime financeiro de repartição simples. Significa que os valores dos prêmios pagos pelos segurados servem para atender a totalidade de sinistros envolvendo o grupo de segurados. Outrossim, os valores pagos não são restituídos independentemente da utilização ou não dos serviços disponibilizados para o usuário. Há que se observar que o pagamento do prêmio, pelo segurado, não constitui formação de reserva individual para financiar despesas.

3.3 A Lei 9.656/1998, lei 9.961/2000 e o Código de Defesa do Consumidor

Resta examinar a questão atinente à regulação estatal sobre os contratos de saúde suplementar.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, em análise acerca do perfil econômico do Estado Brasileiro, assevera que a política econômica do País assenta-se na transferência de certas modalidades de serviços públicos para a iniciativa privada. Incluem, nestas atividades, os serviços de educação e saúde. No que tange aos serviços de saúde, a prestação por intermédio da iniciativa privada, encontra assento no artigo 199 da Carta Constitucional.

Ainda, de acordo com o Ministro, a natureza híbrida de tais contratos, em virtude de serem celebrados entre particulares, porém, tendo como objeto o interesse público, suscita polêmicas quanto à edição de leis e aplicação de normas com vistas à regulação e ao controle das cláusulas pactuadas.⁷⁹

Maria Stella Gregori apresenta o contexto político-econômico dessa regulação estatal sobre as atividades desenvolvidas pela iniciativa privada. Segundo ela, a ação regulatória decorre da passagem do modelo do Estado do bem-estar social para o Estado social liberal. Nesse modelo, a estrutura econômica privilegia a

⁷⁸ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios básicos de seguros e planos de saúde In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.73-74.

⁷⁹ MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-financeiro In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012.p.5

livre concorrência, cabendo ao Estado um papel mínimo e a ênfase na atuação regulatória.⁸⁰

A autora sustenta ainda que, em virtude da complexidade dos mercados e dos avanços da ciência e da tecnologia, a tendência será a de uma presença cada vez mais forte do Estado, no sentido de mais regulação, pois os cidadãos dela necessitam para a proteção de sua saúde, do meio ambiente, do patrimônio público e da própria concorrência.

Segundo ela, a interferência estatal sobre os mercados revela-se tanto no estímulo à sua expansão, quanto na imposição de limites à sua atuação. No tocante à limitação, esta se materializa pela edição de normas legais e regulamentares, fiscalização de sua observância e expedição de atos administrativos de natureza preventiva (licenças, autorizações) ou repressiva (multas, invalidações de atos de fusão ou associações).⁸¹

É nesse contexto que, no âmbito da prestação de serviço à saúde, por intermédio da iniciativa privada, surgem as Leis 9.656/1998, 9.961/2000 e ocorre a incidência do Código de Defesa do Consumidor- Lei 8.078/1990.

A Lei 9.656/1998 representou importante marco regulatório no Sistema de Saúde Suplementar no Brasil. Segundo Maria Stella Gregori a referida Lei assim se apresenta:

“A Lei 9.656/1998 trata não só das características gerais dos instrumentos contratuais utilizados nas atividades das operadoras, mas também de questões operacionais de seu funcionamento, condições técnicas, normas sobre capital mínimo, provisões técnicas, ativos garantidores, direção fiscal e técnica, liquidação extrajudicial e recuperação financeira.”⁸²

Das palavras da autora, percebe-se a amplitude da referida Lei, pois esta não apenas disciplina as relações envolvendo usuários e operadoras de planos de saúde, mas de fato, exerce forte controle sobre a atuação das operadoras no mercado de saúde suplementar. Saliente-se que, uma norma que se avulta dessa maneira, ou seja, pretende exercer vasto controle sobre as atividades das

⁸⁰ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.59.

⁸¹ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.59-62.

⁸² GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.150.

operadoras no mercado de saúde suplementar, exige constantes modificações, o que se constata mediante os inúmeros ajustes promovidos por meio de medidas provisórias.

Da ampla regulamentação, interessa ao presente trabalho mencionar alguns dispositivos da Lei 9.656/1998:

O artigo 1º e seus incisos I e II estabelecem quais entidades estão sujeitas ao regime desta Lei, delimitam o conceito de plano privado de assistência à saúde e apresentam a definição de operadora.

Importa assinalar o artigo 8, inciso VI, o qual determina, como condição para autorização de funcionamento das operadoras, a demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados para operar no mercado.

Por sua vez, o artigo 12 em seus incisos de I a IV, fixa o rol de segmentações de assistência, com exigências mínimas, colocadas à disposição do usuário, respeitadas as amplitudes mínimas de cobertura definidas no plano-referência.

O artigo 16 da Lei exige que os contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos, disponham com clareza de todos os seus termos. Dentre os dispositivos, estão os eventos cobertos e excluídos.

O equilíbrio econômico-financeiro novamente é retratado no artigo 24 do referido diploma legal, ao estatuir que caso sejam detectadas insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro ou anormalidades econômico-financeiras graves, que coloquem em risco a continuidade e ou qualidade do atendimento à saúde, a operadora ficará sujeita à alienação da carteira de segurados, intervenção administrativa ou liquidação extrajudicial.

Ainda quanto ao equilíbrio econômico-financeiro, merece destaque o artigo 35-A, o qual cria o Conselho de Saúde Suplementar- CONSU, órgão colegiado, integrante do Ministério da Saúde. Dentre as diversas competências, cumpre mencionar a fixação de diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre: aspectos econômico-financeiros; normas de contabilidade, atuariais e estatísticas; criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou outros instrumentos que julgar necessários no intuito de proteger o consumidor de planos privados de assistência à saúde em caso de insolvência de empresas operadoras.

Por derradeiro, afigura-se importante mencionar o artigo 35-G, da presente norma, onde o legislador determina que a assistência à saúde compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos da lei e do contrato firmado entre as partes.⁸³

Acerca da extensão do atendimento previsto no dispositivo supramencionado, interessante assinalar a observação realizada por Maria Stella Gregori:

“[...] restou garantida a cobertura assistencial de todos os diagnósticos previstos na Classificação Internacional de Doenças – CID, a partir de uma relação de procedimentos fixada pela ANS, de acordo com a segmentação do plano adotada, isto é, ambulatorial, hospitalar, odontológica e suas combinações (arts. 10 e 12). No que tange à proteção contratual, fixou cláusulas contratuais mínimas que devem conter, obrigatoriamente, os contratos de plano privado de assistência à saúde, sendo certo que, no que se refere à amplitude das coberturas, não pode o contrato se distanciar das exigências legais mínimas para cada tipo de plano[...]”⁸⁴

Ainda com relação à temática, impende analisar a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, com o advento da Lei 9.961/ 2000.

Se à Lei 9.656/1998 coube disciplinar e regular os planos privados de assistência à saúde, à Agência Nacional de Saúde Suplementar compete à fiscalização das operadoras, no tocante à observação das normas legais, que disciplinam tais atividades.

De acordo com o artigo 3º da Lei 9.961/2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar tem como finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.⁸⁵

⁸³ BRASIL, *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>> Acesso em 12 out. 2014.

⁸⁴ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.153.

⁸⁵ BRASIL, *Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>> Acesso em 12 out. 2014.

Dentre as competências da ANS, cumpre elencar algumas pertinentes à abordagem do presente trabalho. Assim em seu artigo 4º, a Lei 9.961/2000, prescreve a competência da ANS: estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei 9.656/1998 e suas excepcionalidades; definir, para fins de aplicação da Lei 9.656/1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades; estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde; fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência; fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei 9.656/1998 e de sua regulamentação.⁸⁶

Das competências acima elencadas, torna-se indubitável o profundo controle exercido pelo Estado, na prestação do serviço de saúde, desenvolvido pelo setor privado. Por meio da ANS, o Estado impõe regras, normatiza procedimentos, fiscaliza a atuação das operadoras, autorizando o seu funcionamento e cancelando seu registro.

Maria Stella Gregori assim manifesta-se acerca da criação da ANS:

“A criação da ANS foi um marco importante para o mercado de saúde suplementar, à medida que o Estado sinalizava, de um lado, que esta atividade estava submetida aos princípios constitucionais da ordem econômica, da livre iniciativa e competição, por considerá-los instrumentos agregadores de eficiência a esse mercado; e, de outro, que tais atividades deveriam ser desenvolvidas de acordo com decisões e regulamentações editadas por um órgão estatal responsável por autorizar, regulamentar e fiscalizar o exercício

⁸⁶ BRASIL, *Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação.>> Acesso em 12 out. 2014.

dessas atividades, de modo a permitir que a competição se desse de forma saudável e em benefício da sociedade como um todo.”⁸⁷

Das palavras da autora, resta claro o estímulo dado pelo Estado à iniciativa privada, face ao seu perfil de Estado social liberal. Não obstante, tendo em vista a relevância do serviço prestado, o Ente Estatal se encarrega de exercer forte controle, no intuito de compatibilizar o desenvolvimento econômico com o interesse social.

Por seu turno, Luís Roberto Barroso ressalta o papel institucional da Agência Nacional de Saúde Suplementar:

“Com efeito, as leis que criaram as agências reguladoras – e em particular a ANS, como se verá adiante, estabelecem fins gerais e metas específicas, cuja realização deve ser buscada por elas, e parâmetros, que devem balizar a ação das agências. Paralelamente, o legislador conferiu a tais entidades autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira, na tentativa de resguardá-las de injunções externas inadequadas, inclusive e particularmente originárias do próprio poder público. A legislação prevê, ademais, como se sabe, corpos técnicos e procedimentos que permitem que os interessados – empresas, consumidores, etc. – apresentem à agência suas razões sobre determinada decisão a ser tomada ou norma a ser editada.”⁸⁸

Quis o autor com a afirmação supra, alertar para a necessidade de o Poder Judiciário atuar com a devida deferência e cautela em relação às Agências, quando da apreciação de seus atos. Imperioso lembrar que tais atos emanam da capacidade institucional atribuída às Agências e da capacidade técnica para avaliar realidades complexas e fazer avaliações sistêmicas e de longo prazo. Ainda que legítima a atuação jurisdicional, a decisão do magistrado, ao restringir-se ao caso em particular, não será capaz de prever efeitos colaterais e alcançar metas coletivas abrangentes.⁸⁹

⁸⁷ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.48-49.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Direito Intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012.p.253.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Direito Intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense,2012.p.254.

Finalmente, necessário realizar uma rápida apreciação acerca da influência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de saúde suplementar.

O artigo 35-G, da Lei 9.656/1998 prescreve textualmente a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990. Isso se dá em virtude de as relações entre operadoras de planos de assistência à saúde e usuários pautarem-se por uma nítida relação de consumo. É o que se extrai da literalidade do artigo 3º, § 2º, do CDC.

De acordo com Roberto Augusto Castellanos, o CDC estabelece princípios gerais que devem parametrizar a interpretação de qualquer relação de consumo. Destarte, é possível realizar uma adequada harmonização das disposições da Lei regulamentadora dos planos de saúde com as regras mais gerais do Código de Defesa do Consumidor.⁹⁰

Não obstante, importa ressaltar, como bem estabelece o artigo 35-G, da Lei 9.656/1998, que numa eventual interpretação sobre a aplicação dos referidos diplomas legais, a Lei que dispõe sobre planos privados de assistência à saúde deve ser adotada com preferência, em virtude da especificidade desta, que trata diretamente das relações entre usuários e operadoras de planos de saúde. Cumpre lembrar, o princípio de que lei especial afasta a incidência de lei geral, naquilo que esta contrariar.

Segundo Claudia Lima Marques, para a maioria da doutrina, malgrado a discordância da autora, a Lei 9.656/1998 desfruta de prevalência como lei especial e mais recente, devendo o CDC ser aplicado como lei principiológica na defesa dos interesses do consumidor. A autora manifesta contrariedade com esse entendimento, pois para ela, o CDC reveste-se de superioridade hierárquica.⁹¹

Perfilhando o entendimento de que o aludido CDC tem aplicação supletiva, temos o posicionamento do professor Guilherme Valdetaro. Conforme o autor, a incidência do CDC deve ocorrer para preencher as lacunas da Lei 9.656/1998, em pontos relevantes não previstos por esta norma. Ademais, adverte

⁹⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima... [et al.] *Saúde e Responsabilidade 2 A Nova Assistência Privada à Saúde* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.23.

⁹¹ MARQUES, Claudia Lima e SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima... [et al.] *Saúde e Responsabilidade 2 A Nova Assistência Privada à Saúde* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.130.

que a aplicação supletiva deve ser observada no intuito de evitar antinomias e assegurar a necessária coerência legislativa.⁹²

Dentre as diversas disposições elencadas no CDC, importa destacar os princípios ali declinados. A par do princípio que reconhece a vulnerabilidade do consumidor, temos outro princípio, de igual importância, cuja observância se mostra necessária. Assim o artigo 4º, inciso III, do CDC prescreve:

“Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III- harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.”⁹³

É de se notar, conforme uma rápida interpretação, que a teleologia do princípio acima transcrito, exige a compatibilização da proteção do consumidor com necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo que deve haver o necessário equilíbrio. De fato, o interesse privado não pode suplantar o desenvolvimento econômico e tecnológico, em face do interesse maior que este tutela, qual seja, o interesse coletivo.

Ainda consoante às cláusulas estatuídas no CDC, o artigo 51 determina a nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais consideradas abusivas. Por sua vez, o artigo 54 do referido Código disciplina os contratos de adesão, impondo a clareza de suas cláusulas, sobretudo quando implicarem limitação de direito do consumidor, quando deverão ser redigidas com destaque. Neste diapasão, devido à

⁹² MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012.p.114.

⁹³ BRASIL, *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>> Acesso em 05 out. 2014.

natureza do contrato de assistência à saúde ser um contrato eminentemente de adesão, este deverá observar as prescrições do referido diploma legal.

4 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO CONTRATUAL

4.1 A segurança jurídica dos contratos de saúde suplementar

Após breve exposição sobre os fundamentos e elementos de argumentação acerca da efetividade dos direitos fundamentais de natureza prestacional e dos contratos de saúde suplementar, este capítulo será destinado a analisar a segurança jurídica desses contratos, o fenômeno da chamada Judicialização da Saúde, colacionando uma pequena amostragem do posicionamento dos tribunais pátrios em relação à matéria.

A Constituição Brasileira ao consagrar o direito à saúde, como um direito fundamental, estampou em seu artigo 196, como um direito de todos e dever do Estado.

Por seu turno, o próprio texto constitucional, ao tratar da ordem econômica no artigo 170, revela a opção pelo sistema capitalista de produção e de consumo de riquezas.

Desta forma, não obstante o dever estatal e, consoante à feição liberal do Estado, cuidou o constituinte em autorizar a prestação do serviço de assistência à saúde à livre iniciativa.

Resta claro que o modelo adotado no Brasil é um modelo misto, ou seja, ao Estado compete o dever de prestar à assistência, observando dentre outros, os princípios da universalidade e integralidade; por outro lado, a iniciativa privada poderá atuar na assistência à saúde, de maneira suplementar.⁹⁴

Além de atuar conjuntamente com o Estado na prestação do serviço de saúde, o que minimiza a notória deficiência da atuação estatal e auxilia no equacionamento do problema, a saúde suplementar se apresenta como uma opção para o usuário que não se limita à prestação oferecida pelo Estado. Configura-se, assim, um ato de livre disposição da pessoa interessada em contratar esse serviço de cunho suplementar.

⁹⁴ Brasil. Constituição Federal (1988). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação.>> Acesso em: 14 out.2014.

Contudo, não é a disponibilidade em contratar que avulta a importância desse setor; sua presença no mercado é fundamental para a efetividade do direito constitucional à saúde e para a viabilidade do sistema de saúde do País. A atividade privada assegura o atendimento à parcela expressiva da população brasileira, que dispõe de algum tipo de assistência privada à saúde.

Muito embora reflita um ato de livre escolha do usuário, o contrato de prestação de assistência à saúde realiza-se sob a égide estatal, em virtude de ser o conteúdo do seu objeto de inquestionável interesse público. Cumpre lembrar a nova teoria contratual, alicerçada na função social dos contratos, a qual exerce profunda interferência nesses contratos de natureza privada.

Entretanto, apesar da rigorosa regulamentação estatal sobre a execução desses contratos, Henrique Freire de Oliveira adverte acerca da distinção entre a atuação estatal e a atuação privada. Segundo ele, existe uma crescente tentativa de formatar a prestação da atividade privada ao modelo público, o que sem dúvida, gera a transferência de custos e obrigações, originalmente do Estado, para as operadoras e para o consumidor final.

Outrossim, admoesta o autor para a ampla diversidade na atuação das operadoras, haja vista os variados tipos de contratos com suas respectivas segmentações de assistência. Prosseguindo na análise, defende que a atuação das operadoras não se confunde com a atuação estatal, na medida em que o cidadão terá sempre o direito de optar entre o Sistema Único de Saúde – SUS, onde lhe é assegurado integralidade, universalidade e gratuidade; e as operadoras, onde terá a garantia de cobertura mínima e não gratuita.⁹⁵

Com esses esclarecimentos, o autor adverte ser imprescindível, para a segurança jurídica das relações contratuais, observar o necessário equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de saúde suplementar sob alguns parâmetros: aspectos contratuais, administrativos e judiciais.

No tocante ao aspecto contratual acautela para a necessária estabilidade de suas cláusulas, até porque diante da abrangência da regulação, pouco ou quase nada, pode ser livremente pactuado.

⁹⁵ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.126-127.

Por seu turno, do ponto de vista administrativo, apesar da competência legal e administrativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, o exercício do poder-dever desta deve orientar-se pelo justo equilíbrio entre os interesses do consumidor; a garantia da higidez econômica das operadoras; a garantia de viabilidade e estímulo econômico para os prestadores de serviços de saúde e o interesse público estatal, que se traduz num mercado competitivo.

Em referência à seara judicial, o autor afirma que as modificações decorrentes de apreciação judicial repercutem, em maior medida, no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Decisões judiciais anulam e ou modificam cláusulas limitativas, consagram novas interpretações ao contrato, algumas das vezes, em completa desconformidade com a lei, com as resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS ou mesmo com o Código de Defesa do Consumidor - CDC.⁹⁶

No que diz respeito à temática, importa declinar as considerações do estudioso sobre o tema, num comentário acerca de duas decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ, as quais corroboram esse entendimento do Poder Judiciário:

“Dessas duas decisões do STJ resta clara uma tendência a não se ter qualquer limite, do ponto de vista judicial, para a incorporação de novas tecnologias no contrato. Os argumentos se multiplicam em um jogo no qual as OPS passam a ser obrigadas a oferecer tudo o que existe e vier a existir sem qualquer limite: ora com citação a princípios Constitucionais, ora com citação ao CDC, ora com citação a decisões judiciais não conflitantes com a ideia da concessão, ora mediante a aplicação da Lei Federal 9.656/1998 – quando mais benéfica – a contratos anteriores, ora mediante interpretação de cláusulas de contrato e ora, simplesmente, admitindo ou não recursos... Esse tipo de raciocínio desconsidera a Constituição, a legislação específica e traz riscos para a coletividade e o meio ambiente e parte da adoção na área privada de um modelo que nem mais na área pública se mantém (vide as discussões na STA 175) e com uma perigosa consequência: enquanto na área pública os custos são repartidos com a sociedade como um todo, no caso das OPS os efeitos econômicos recaem sobre uma parcela reduzida da

⁹⁶ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012.p.134-149.

população; e isso é feito com a melhor das intenções, porém, como se dizia no passado, ‘com chapéu alheio’⁹⁷.

Das considerações apresentadas pelo autor, constata-se um injustificável e arriscado cenário social. Se nenhum aspecto da vida em sociedade pode manter-se à margem do ordenamento jurídico, sob o risco de se instalar o caos social, o que dizer da ausência de aplicação de normas claras e definidas numa área tão essencial como a da assistência à saúde?

Não pode o Judiciário, voltado unicamente para dar efetividade a um direito com assento constitucional, acabar provocando instabilidade sistêmica e, conseqüentemente fragilizar ainda mais a precária estrutura existente para fazer face ao cumprimento do direito de acesso à saúde.

Outrossim, não se pode olvidar que, se os custos oriundos do setor público recaem sobre toda a sociedade, os custos provenientes do atendimento privado serão suportados por um grupo restrito, o qual será injustificadamente prejudicado: além de arcar com os custos tributários, de pagar adicionalmente por uma assistência privada, ainda terá de arcar com os custos decorrentes de decisões judiciais, voltadas para o atendimento individual, quando não suportados diretamente pelo interessado.

O doutrinador prossegue em sua análise, advertindo para o perigo dessas posições adotadas tanto pela ANS quanto pelo Poder Judiciário: a concessão de um procedimento novo ou não previsto em contrato, sem a correspondente revisão do preço, muito embora beneficie um consumidor individual, tem o condão de aumentar o risco da Operadora de Plano de Saúde, causando desequilíbrio. A dimensão desse desequilíbrio pode suscitar um efeito extremamente nefasto para a coletividade de consumidores e para a sociedade em geral.⁹⁸

Cumprе salientar que compete à ANS avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir

⁹⁷ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012.p.148.

⁹⁸ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.149-150.

a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência.⁹⁹

Ora, se a capacidade técnico-operacional das operadoras é critério de aferição para a definição das coberturas, conforme preconizado na lei, a concessão do procedimento mais novo ou não previsto em contrato, sem a devida previsão financeira não se coaduna com tal critério.

Nesta linha de pensamento, convém transcrever a análise apresentada por Luciano Beneti Timm:

“[...] observa-se hoje cada vez mais, reflexo da tendência de justiça social distributiva presente no direito privado brasileiro, inúmeros julgados os quais colidem com aquela lógica quantitativa e atuarial do seguro, nos quais se responsabilizam seguradoras a cobrir sinistros não originariamente previstos em apólices de seguro (mesmo contra a letra clara do contrato). Ao se forçar seguradoras a pagar por hipóteses não provisionadas na formação dos contratos, o Judiciário acaba por levar desequilíbrio à relação contratual, acarretando um custo que será pago por aqueles agentes que utilizam o seguro de forma correta, qual seja, aquela prevista contratualmente. Mas não é só isso. Ao intervir desta forma, o Judiciário pode gerar uma cadeia de danos que, além de lesar aqueles leais ao sistema e participantes do seguro, afeta também todo o ambiente econômico, impactando empresas, agentes e o próprio mercado, criando incertezas e custos desnecessários.”¹⁰⁰

Dessa maneira, notadamente em relação aos impactos judiciais provocados nos contratos de saúde suplementar, impõe-se ao Poder Judiciário adotar uma visão sistêmica da ideia de justiça, incluindo nas suas decisões aspectos da realidade econômica e social. O Judiciário não pode desconsiderar que os reflexos sobre suas decisões nos casos concretos, em muito impactam na realidade social e econômica como um todo, atingindo não apenas terceiros alheios à tutela, mas podendo influir sobre a dinâmica do mercado, reduzindo competitividade e qualidade dos serviços prestados.

Neste diapasão ainda, temos as contribuições da autora Angélica Carlini. Para ela, parte expressiva, dos direitos dos usuários consagrados nos planos

⁹⁹ BRASIL, *Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em 12 out. 2014.

¹⁰⁰ TIMM, Luciano Beneti. *O Novo Direito Civil*. Ensaios sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.114.

privados de assistência à saúde, é definida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, o que reduz em muito a autonomia das partes contratantes.

A autora prossegue afirmando que essa regulação tem como objetivo propiciar o equilíbrio do contrato, impedindo que apenas interesses econômicos sejam considerados numa área muito sensível, como é o direito à saúde. Para ela há evidente desequilíbrio econômico e informacional entre os agentes que formulam e os que aderem a tais contratos.¹⁰¹

Desse modo, aduz a autora, com a entrada em vigor da Lei 9.656/1998 e das medidas provisórias que a sucederam e, após a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar- ANS em 2000, os contratos de planos privados de assistência à saúde se tornaram os mais regulados em todo o País. Senão, vejamos suas palavras:

“Basta lembrar que é uma das poucas relações econômicas em que tem lugar um plano de referência com coberturas mínimas obrigatórias para todas as operadoras e, em que existe um rol de procedimentos que são determinados pelo órgão regulador e atualizados a cada dois anos. Em termos de liberdade de iniciativa esta é, seguramente, uma das menos livres em que pese o fato de que isso se justifica, como já afirmado aqui, pela peculiaridade do objeto do contrato que é o acesso a meios de prevenção e manutenção da saúde.

Além disso, o Estado controla a constituição das empresas, seu funcionamento, suas reservas técnicas e operacionais, a forma como essas reservas são tratadas econômica e financeiramente, a relação das operadoras com os usuários, ouve os usuários individualmente por meio de serviço de atendimento, encaminha pedido de explicações, pune e suspende ou retira do mercado definitivamente operadoras de saúde que não se adequem rigorosamente às normas estatais.”¹⁰²

Diante de tamanha envergadura regulatória estatal, com imposições amplamente limitadoras, questiona-se a postura adotada pelo Poder Judiciário para promover a garantia de acesso à saúde, em caráter individual: tem ele ilimitada competência, podendo até mesmo consagrar direitos expressamente não previstos em contrato ou em lei? Ou deverá sua atuação pautar-se na aferição do respeito e

¹⁰¹ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.128.

¹⁰² CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.128.

observância às normas legais erigidas para regular o setor e o contrato? E mais: deve ele atentar apenas para a relação entabulada entre o usuário e a operadora ou adotar uma visão abrangente dos interesses difusos presentes nesta relação?

Para ilustrar um eventual protagonismo equivocado por parte do Poder Judiciário, a autora acima mencionada, faz alusão a uma demanda judicial na qual o usuário pleiteia que a operadora de saúde forneça um medicamento, de fabricação externa para tratamento oncológico, ainda não autorizado no País. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA determina que, somente medicamentos homologados por ela, podem ser utilizados no Brasil. O médico assistente prescreve ao usuário e a operadora nega, por claro impedimento legal. Por sua vez, o Poder Judiciário determina o fornecimento, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana e da proteção ao direito à vida e, ainda, por tratar-se de recomendação médica, que diante do seu caráter técnico e especializado, não pode ser afastada.

O ponto central do problema é que tal decisão judicial, a ser imediatamente cumprida pela operadora de saúde, estará violando um ato normativo estatal, na medida em que não se pode efetivar a importação de produtos vedados pelo órgão estatal competente. Desse modo, a vedação imposta pela ANVISA está sendo ignorada pelo Poder Judiciário.¹⁰³

Poderia se questionar que o Judiciário não está adstrito à lei, em sentido *lato sensu*, ou ao contrato, quando da aplicação da justiça no caso em concreto. Que a par do regramento positivado e muitas vezes irradiando esse, temos os princípios que devem ser considerados no intuito de se consagrar a necessária coerência legislativa.

Contudo, não se discute o papel apriorístico dos princípios, mas se reconhece a existência de colisão entre eles.

Ademais, de modo feliz, Luciano Timm enriquece a abordagem ao enunciar que o problema é de tal modo complexo, que respostas dogmáticas dificilmente apresentarão soluções. Segundo ele, a solução para o acesso à saúde no Brasil e no mundo não se dará por enunciações dogmáticas sobre direito constitucional à saúde. Excessos de direitos significam nenhum direito, na medida

¹⁰³ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.129-130.

em que a essência do Direito está em atribuir direitos e obrigações e naturalmente esses não são absolutos.¹⁰⁴

Partidário dos autores acima abordados, importa trazer à baila, acerca da segurança jurídica dos contratos de saúde suplementar, o pensamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello.

Inicialmente, o Ministro salienta que a função precípua do Estado é assegurar a todos o desiderato da segurança. Para ele, o preço que se paga por viver em sua sociedade, assentada em valores democráticos, é o respeito incondicional às regras estabelecidas. Muito embora o ordenamento posto suscite interpretação, de outro modo, a prática não pode representar o surgimento do julgador de plantão. A sociedade como um todo necessita saber previamente dos efeitos oriundos dos seus atos jurídicos.

No que concerne ao tema, aduz o autor que a segurança jurídica é essencial à manutenção do mercado de seguros de saúde. Adverte que compete ao Poder Judiciário zelar pela aplicação das normas estatuídas no Código de Defesa do Consumidor, sem, contudo, realizar o paternalismo jurídico ou a equivocada equiparação entre o Sistema Público de Saúde e o Sistema Privado.

Por paternalismo jurídico ou jurisprudência paternalista, o autor entende a situação de risco na qual vivem as operadoras de planos privados de assistência à saúde, em virtude de decisões judiciais que afastam limites de cobertura previstos de forma inequívoca, com a devida clareza e informação ao contratante.

Neste sentido, adverte para o fato de que se as operadoras forem obrigadas a fornecer todo e qualquer procedimento do qual o usuário necessite, isso levará à ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do setor privado de saúde.

Ainda, segundo o Ministro, cabe ao julgador encontrar uma solução para a lide que consagre os princípios constitucionais, sem, contudo, descuidar dos limites impostos pela legislação e pelo contrato. Sustenta ainda que, a rigor, compete ao Estado, primariamente, as prestações de saúde mais complexas, na

¹⁰⁴ 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 (Coordenadores). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p.283-284.

medida em que são financiadas por toda a sociedade, por meio dos tributos arrecadados.¹⁰⁵

Por fim, o autor menciona o que já fora objeto de análise no presente estudo, no capítulo destinado à regulação estatal. O equilíbrio econômico-financeiro dos planos de assistência privada à saúde é requisito legal para autorização e condição de funcionamento das operadoras. O que se busca alcançar com a higidez financeira dessas empresas nada mais é que resguardar o interesse da coletividade.¹⁰⁶

Por todo o exposto, depreende-se que o setor de assistência privada à saúde não pode conviver em um ambiente de insegurança jurídica. Não obstante, o objeto de sua prestação ser o acesso à saúde, cumpre observar as peculiaridades estruturais entre este setor o serviço público. Convém lembrar a forte regulação estatal sobre o setor privado, a característica marcante de seus contratos, alicerçado no mutualismo e no cálculo atuarial e o fim último a alcançar, qual seja, o acesso à saúde de todos os seus segurados.

Com tantas exigências legais impostas às operadoras de planos de saúde e o efetivo controle de suas atividades, por meio da Agência de Saúde Suplementar – ANS, não se justifica esse ambiente de incertezas jurídicas, às quais podem culminar na redução da oferta e qualidade da frágil estrutura de assistência à saúde do País.

4.2 A judicialização da saúde privada

Segundo a lição de Angélica Carlini, no Brasil, o fenômeno da judicialização da política, compreendida como a judicialização das políticas públicas, ocorre a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988 e avança nos anos 1990, frente à constatação da incapacidade dos Poderes Legislativo e Executivo em dar efetividade aos direitos fundamentais sociais para todos os cidadãos.

¹⁰⁵ MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-financeiro In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.6-8.

¹⁰⁶ MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-financeiro In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012.p.12.

Desse modo, o Poder Judiciário ganha destaque, ao consagrar essa efetividade, assumindo papel cada vez mais relevante no século XXI.¹⁰⁷

Contudo, torna-se imprescindível avaliar em que medida o Poder Judiciário pode dar conta da dimensão política dos direitos fundamentais. Não se trata de discutir a legitimidade dessa instância institucional para apreciar a efetividade ou não de direitos consagrados constitucionalmente. Porém, se e em que medida as decisões desse Poder podem contribuir para o planejamento e implementação das políticas públicas, voltadas à realização material dos direitos fundamentais.

Em sua análise, a autora afirma que o Judiciário não tem o condão de atuar como uma nova dimensão da esfera do político, ou seja, não pode substituir o debate social acerca das ações que envolvem a saúde, em virtude de suas decisões ocorrerem na esfera individual; sua atuação restringe-se à lógica da aplicação do Direito ao caso concreto. Desse modo, suas decisões em nada repercutem na melhoria do sistema coletivo, público ou privado, o qual deve ser concebido como prioridade quando se trata de dar efetividade aos direitos sociais.¹⁰⁸

Senão, vejamos trecho das palavras da autora:

“Na análise e julgamento de casos individuais de saúde pública e privada os eventuais danos das decisões judiciais parecem sempre menores. De fato, ao decidir sobre a necessidade de fornecimento de um medicamento para tratamento de uma doença grave o magistrado analisa o caso individual e concreto que ao final, se a decisão for favorável ao cidadão que está doente, implicará custos de cem mil reais, por exemplo. Esse valor não será considerado exorbitante nem para o poder público e nem para as operadoras privadas. Mas, dois problemas repercutem de imediato: cria o precedente para que outros demandem para obtenção do mesmo benefício; e, substitui o debate político sobre a concessão do benefício no âmbito da relação custo x benefício para toda a mutualidade, seja ela pública ou privada.”¹⁰⁹

O que se percebe a respeito da atuação do Poder Judiciário é que, no afã de dar plena eficácia aos direitos fundamentais, não obstante ser esse o anseio

¹⁰⁷ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.137.

¹⁰⁸ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.138.

¹⁰⁹ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.140.

constitucional, acaba suscitando multiplicidade de ações individuais, que buscam, por essa via, a concretização desses direitos. Resta saber se a via judiciária é a mais adequada para viabilizar a eficácia desses direitos, ainda que numa perspectiva individual ou se, ao contrário, estaria avocando a competência do Executivo e de certo modo contribuindo para fragilizar a organização desse sistema.

Enriquecendo a temática acerca da Judicialização da Política, interessante trazer a lume as contribuições de Luís Roberto Barroso. Segundo ele, corroborando com a análise da autora acima mencionada, sob a Constituição de 1988, aumentou significativamente a demanda por justiça no Brasil.

O processo de redescoberta da cidadania, a conscientização das pessoas em relação aos seus direitos, propiciada pela criação destes, no texto constitucional, a introdução de novas ações, ampliando a legitimidade ativa para a tutela de interesses, foram decisivas para que juízes e tribunais passassem a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo.¹¹⁰

Assim, prossegue o autor, não obstante os membros do Poder Judiciário não serem investidos por critérios eletivos, nem por processos majoritários; antes serem selecionados com base no mérito e no conhecimento específico, cabe aos juízes decidirem com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Contudo, o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático é representativo, o que significa que é exercido em nome do povo e que deve prestar contas à sociedade.

Neste sentido, destaca que ao Judiciário compete preservar as condições essenciais de funcionamento do Estado democrático, assegurando a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação.

No tocante a questão do controle das políticas públicas, o autor defende a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Se por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los, por outro, atribui as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem adotadas aos Poderes Legislativo e Executivo. Desta maneira, a doutrina vem buscando parâmetros objetivos de controle de políticas públicas, no

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.384.

intuito de se assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial.¹¹¹

Ainda neste diapasão, o autor adverte que o uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode comprometer a tutela de valores como segurança e justiça e a legitimidade democrática da função judicial. Enfatiza o autor:

“Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.”¹¹²

Das palavras do autor, depreende-se que a atuação do Judiciário, face ao fenômeno da chamada Judicialização da Política, na qual se insere a Judicialização da Saúde, deve ser direcionada no sentido de preservar os fundamentos do Estado Democrático, evitando invadir competências dos outros poderes, substituindo as instâncias legítimas e constitucionais de participação e deliberação.

Cabe enfatizar que a realização dos direitos fundamentais, somente se efetivará por intermédio de políticas públicas eficazes, de modo que não poderá ser alcançada pelo Poder Judiciário, o qual, pela sua dinâmica estrutural, está adstrito ao benefício individual.

Feita essa rápida apreciação acerca do fenômeno da chamada Judicialização da Saúde, serão colacionadas algumas decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT, referentes ao tema, às quais corroboram o posicionamento jurisprudencial no sentido da imediata aplicabilidade do direito fundamental à saúde em detrimento de quaisquer outros interesses.

O propósito é analisar o fundamento, reiteradamente utilizado, nas muitas concessões dadas pelo Poder Judiciário. Destarte, será analisada uma pequena

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.387.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.393.

amostragem, de onde se pretende trazer o substrato dessas decisões, sem adentrar na amplitude do discurso ou da argumentação.

O primeiro acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ trata do pedido de ressarcimento pela seguradora dos custos realizados pelo segurado provenientes de transplante e retransplante de fígado, realizados no Jackson Memorial Hospital em Miami – EUA.¹¹³

No referido caso, pleiteia o autor o ressarcimento dos custos provenientes do transplante e retransplante de fígado, realizados no Hospital acima mencionado, cujos valores remontam U\$ 967.218,75 (novecentos e sessenta e sete mil, duzentos e dezoito dólares e setenta e cinco cents), além de outros gastos que se seguiram.

Dentre os argumentos apresentados pela operadora, havia cláusula expressa de exclusão de transplantes, configurando, desse modo, uma cláusula restritiva, que não se confunde com cláusula abusiva.

Por sua vez, a argumentação sustentada pela relatora, no decorrer do seu voto, é de que o contrato pode afastar a cobertura de determinadas doenças, não procedimentos. Assim, caso a patologia tenha previsão contratual, o tratamento ou procedimento adequado somente compete ao médico que acompanha o caso. Seguem trechos do voto:

“[...] somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente. A seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor. Ora, a empresa não pode substituir-se aos médicos na opção terapêutica se a patologia está prevista no contrato”.

E mais:

“A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública.

¹¹³ BRASIL, STJ, Terceira Turma, *REsp* nº 1053810/SP. Ementa: [...]. Relator: Nancy Andriighi. Julgado em 17 dez. 2009. DJ de 15 mar. 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em 28 out.2014. Inteiro teor em anexo.

Ao propor um seguro-saúde, a empresa privada está substituindo o Estado e assumindo perante o segurado as garantias previstas no texto constitucional. O argumento utilizado para atrair um maior número de segurados a aderirem ao contrato é o de que o sistema suprirá as falhas do sistema público, assegurando-lhes contra riscos e tutelando sua saúde de uma forma que o Estado não é capaz de cumprir.”

“[...] O serviço adequado é, portanto, aquele que possibilita a garantia da saúde por inteiro, prestado de forma eficiente, integral e com qualidade, conforme assumido contratualmente e estabelecido constitucionalmente.”

“Dessa forma, em respeito ou (sic) fim primordial do contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar, e com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico assistencial necessário -, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante de órgãos do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido o segurado submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico.”¹¹⁴

O caso acima revela, no mínimo, um modelo paradigmático: refere-se a um tratamento realizado fora do Brasil, tendo o paciente, provavelmente, recorrido a tal procedimento, em virtude da maior probabilidade de êxito na cura da patologia diagnosticada. Outro dado curioso, diz respeito aos custos financeiros necessários ao tratamento. Os valores solicitados na demanda judicial, a título de reembolso, pela operadora, correspondem a um montante expressivo. De fato, somente alguém detentor de patrimônio considerável, terá acesso a técnicas avançadas, realizadas fora do País, e que, portanto, envolvem elevados custos financeiros. Cumpre enfatizar que parcela significativa da população brasileira, jamais terá acessibilidade a tratamentos dessa natureza.

Contudo, deixando de lado considerações eminentemente valorativas do ponto de vista social, importa avaliar alguns fundamentos trazidos ao acórdão, que motivaram o atendimento ao pleito.

¹¹⁴ BRASIL, STJ, Terceira Turma, REsp nº 1053810/SP. Ementa: [...]. Relator: Nancy Andrichi. Julgado em 17 dez. 2009. DJ de 15 mar. 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em 28 out.2014. Inteiro teor em anexo.

Um das considerações apresentadas foi a de que as operadoras não estão habilitadas ou autorizadas a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado. Que somente ao médico que acompanha o paciente é permitido definir qual o tratamento adequado para alcançar a cura. Ora, a afirmação peremptória desconsidera a existência e atuação dos médicos auditores, portadores da especialização necessária para a emissão de pareceres. São técnicos capacitados para avaliar se as recomendações do médico assistente estão em consonância com os custos mais racionais, no intuito de se assegurar a sustentabilidade do sistema e desse modo, garantir a assistência médico-hospitalar aos demais segurados. O médico assistente não pode ser o único autorizado a prescrever o tratamento. Atribuir exclusividade ao parecer do referido profissional, significa colocar em risco o equilíbrio do sistema de saúde, seja público ou privado, e constitui um risco para toda a sociedade. Ademais, não se pode olvidar que profissionais da área médica podem, de alguma forma, defender interesses da indústria farmacêutica. Esse é um dado que não pode ser desprezado.

Neste diapasão, vale a pena destacar as contribuições da autora Flávia Martins Affonso:

“Buscando esse uso racional, a Medicina Baseada em Evidências vem ser um movimento médico que adota a aplicação do método científico a toda a prática médica, significando a expressão “evidências”, aqui, provas científicas. O movimento propõe um saber científico seguro e democrático, contrapondo-se à chamada Medicina Baseada em Autoridade, caracterizada pela exclusiva opinião do especialista[...]”¹¹⁵

Há ainda outro aspecto que fundamentou o referido acórdão, o qual já fora mencionado em outro trecho do presente trabalho. Refere-se à prescrição do direito à saúde como um direito fundamental consagrado constitucionalmente. Segundo o acórdão, o direito social à saúde deve ser perquirido tanto pelo sistema público como pelo sistema privado. O acórdão assevera que a empresa privada de saúde, ao propor um seguro-saúde, está substituindo o Estado e assumindo perante o segurado as garantias previstas no texto constitucional.

¹¹⁵ AFFONSO, Flávia Martins. Da natureza híbrida do direito à saúde e necessidade de pluralização do debate judicial como meio de efetivação desse direito. *Revista da Advocacia Geral da União*. Brasília/DF, Ano XII n 35. jan./mar. 2013.p.213.

Não obstante às peculiaridades evidenciadas no sistema privado, elencadas no presente trabalho, não há dúvida quanto às diferentes regras entabuladas nos dois sistemas. A regra constitucional é clara ao consagrar, em seu artigo 196, a saúde como um direito de todos e dever do Estado. Por outro lado, no artigo 199, faculta a assistência à saúde à iniciativa privada.¹¹⁶

A par da faculdade de atuação dada às operadoras de plano de saúde, convém salientar que toda a atividade desse segmento, assim como os contratos, livremente celebrados, sofrem rigorosa disciplina estatal, restando pouco ou quase nada para livre disposição entre as partes.

Dos dois comandos da Carta Política, é possível extrair claramente as diferenças estatuídas no texto constitucional. Ademais, convém lembrar a análise de Henrique Freire de Oliveira, o qual adverte acerca da distinção entre a atuação estatal e a atuação privada. Segundo ele, existe uma crescente tentativa de formatar a prestação da atividade privada ao modelo público, o que sem dúvida, gera a transferência de custos e obrigações, originalmente do Estado, para as operadoras e para o consumidor final.¹¹⁷

Impende lembrar o mutualismo presente nos contratos de saúde suplementar. Os custos são suportados pelo conjunto dos segurados, que além de contribuírem para a saúde pública, pagam adicionalmente para ter acesso à saúde privada.

Questiona-se como um plano de saúde, com um número específico de clientes, numa determinada segmentação assistencial, cujo prêmio equivale diretamente ao tipo de segmentação contratada, pode substituir o Estado com toda a sua pujança econômica e assegurar a prestação integral que ao Estado compete efetivar? De fato, representa a transferência da responsabilidade estatal para uma parcela específica e reduzida da sociedade. Enfatize-se ainda que, uma decisão judicial neste sentido, abre precedente para tantas outras ações similares, que em última análise, podem comprometer, sobremodo, a hígidez financeira da operadora, levando à sua retirada do mercado e conseqüentemente à redução da oferta e competitividade.

¹¹⁶ Brasil. Constituição Federal (1988). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>> Acesso em: 25 out.2014

¹¹⁷ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coordenador) *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos* Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.126-127.

A maior efetividade ao direito integral de proteção à saúde, que o Poder Judiciário queira reconhecer, no caso em concreto, não pode prescindir da boa fé imposta às partes e nem dos recursos financeiros exigíveis para dar plena eficácia a esse direito.

O segundo acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, colacionado no presente trabalho, trata-se de ação declaratória de inexistência de débitos, proposta pelo segurado perante a operadora Bradesco Seguros S/A, na qual a seguradora sustenta que o procedimento médico-hospitalar, realizado na paciente, não constava de cobertura contratual.¹¹⁸

O recurso especial, interposto pelo segurado, se deu em virtude da decisão de 2ª instância que se manifestou pela legalidade da cláusula contratual que excluía o procedimento realizado na paciente, com fundamento na livre autonomia em contratar e na mutualidade do contrato. Desse modo, ao reformar a decisão de 1ª instância, o segurado deveria ressarcir a seguradora, uma vez que esta cobriu as despesas do procedimento realizado na paciente, procedimento este, com expressa exclusão de cobertura contratual.

Interessante salientar no caso em apreço que, não obstante o reconhecimento da abusividade da cláusula, que excluía o procedimento, julgado em primeira instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou, por unanimidade, a decisão do magistrado com o argumento de que a prévia exclusão do procedimento era legal, pela livre autonomia em contratar e pela mutualidade do contrato, sob pena de enriquecimento indevido.

Assim, em sede de recurso especial, foi dado provimento ao recurso para cassar o acórdão impugnado. No tocante à exclusão do procedimento, o Relator entendeu pela abusividade da cláusula. Além disso, utilizou o seguinte argumento para reformar a decisão desfavorável ao segurado. Abaixo, trechos do voto:

“Por fim, anote-se que o direito à saúde é constitucionalmente assegurado. De fato, a garantia à saúde requer atendimento a qualquer mal que a prejudique, independente, é claro, se será obtida a cura, mas conferindo-se àquele que realiza um contrato para

¹¹⁸ BRASIL, STJ, Quarta Turma, *REsp* nº 183719/ SP. Ementa: [...]. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em 18 set. 2008. DJ de 13 out. 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em 28 out.2014.

assegurar-se de riscos contra a saúde, o acesso a todo o tratamento necessário a tanto.

Por todo o exposto, assinalada a relevância constitucional do direito à saúde, garantida através do acesso ao serviço adequado, o direito ao lucro, que assiste à empresa exploradora de atividade de assistência à saúde, entre elas as seguradoras, não se deve sobrepor ou contradizer a necessidade de oferecimento do mencionado serviço adequado, mas, sim, a este se adaptar.

Destarte, em respeito à natureza ou ao fim primordial do contrato de seguro-saúde, ora em discussão, somado à necessidade de se garantir maior efetividade ao direito à cobertura dos riscos à saúde, impossível não concluir pela invalidade da cláusula que exclui da cobertura os gastos efetuados com cirurgia para extração de nódulos no espaçamento mamário, único procedimento capaz de descartar e/ou identificar o diagnóstico de câncer, investigado na beneficiária do contrato, nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.¹¹⁹

Dos fundamentos acima transcritos, constata-se que o direito constitucional à saúde, numa perspectiva individual, reveste-se como um direito absoluto, sobrepondo-se a qualquer outro direito. Esquece-se da possibilidade de colisão entre direitos fundamentais, defendida por diversos autores, elencados no presente trabalho.

Assim, as operadoras de plano de saúde são compelidas a oferecer qualquer tipo de tratamento que já esteja disponível no mercado, sem qualquer limite. Despreza-se, desse modo, a previsão contida na Lei 9.656/1998, que disciplina o setor, a qual em seu artigo 12 permite diferentes segmentações de assistência. Ora, se a celebração dos contratos pode ocorrer em segmentações diversas, resta claro que os prêmios serão definidos conforme a segmentação pactuada.

Desse modo, parece indubitável que se o procedimento estava excluído da cobertura contratual, portanto, os custos não foram computados para a definição do prêmio a ser pago, as despesas decorrentes do tratamento serão suportadas pelos demais usuários, dada a presença do mutualismo inerente a tais contratos.

¹¹⁹ BRASIL, STJ, Quarta Turma, *REsp* nº 183719/ SP. Ementa: [...]. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em 18 set. 2008. DJ de 13 out. 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em 28 out.2014.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT - vale a pena analisar dois acórdãos representativos da problemática ilustrada.

O primeiro acórdão refere-se à ação movida pela segurada contra a AMIL – Assistência Médica Internacional Ltda. com a finalidade de obter o custeio do exame denominado PET- CT, bem como o pagamento do tratamento necessário ao restabelecimento da saúde da contratante - paciente acometida de câncer de mama.¹²⁰

O recurso manejado pela seguradora sustentou estar sujeita aos ditames da Lei 9.656/1998 e normas regulamentares expedidas pela ANS, não podendo ser obrigada a arcar com custos de procedimentos não previstos no contrato e expressamente proibidos por lei.

Abaixo, trechos do voto que fundamentam a improcedência do recurso:

“Ademais, tenho que não compete ao plano de saúde definir o tratamento adequado à segurada, mas sim ao profissional de medicina que a acompanha. Indicado, pois, o tratamento necessário pelo médico assistente, incabível a negativa de cobertura sob o fundamento de que não tem obrigação pelo pagamento dos valores despendidos com exame não coberto pelo seguro e realizado em desalinho com o indicado pela ANS, ‘simplesmente porque a recorrida e o seu médico assim desejam’.

De qualquer forma, ainda que se considerasse, para efeito de argumentação, como não coberto o tratamento necessário e o exame requerido, seria inconciliável excluir da cobertura do plano o procedimento em questão, haja vista que a finalidade do contrato é exatamente a manutenção da higidez do segurado, em todos os aspectos. Reduzir a cobertura do evento importaria em ofensa ao cânone constitucional da dignidade da pessoa humana e ainda do direito à vida.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, nos termos do artigo 196, da Constituição Federal, de tal sorte que as empresas privadas que se dispõem a desempenhar tal tarefa deverão fazê-lo da melhor maneira possível, de modo a possibilitar uma prestação integral e satisfatória aos seus segurados.¹²¹

¹²⁰ DISTRITO FEDERAL. TJDFT. 5ª Turma Cível. APC nº 20100111808667. Ementa: [...]. Relator: Romeu Gonzaga Neiva. Julgado em 19 dez. 2012. DJ de 11 jan. 2013.p.153. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em: 28 out.2014.

¹²¹ DISTRITO FEDERAL. TJDFT. 5ª Turma Cível. APC nº 20100111808667. Ementa: [...]. Relator: Romeu Gonzaga Neiva. Julgado em 19 dez. 2012. DJ de 11 jan. 2013.p.153. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em: 28 out.2014.

O segundo acórdão, por seu turno, refere-se ação movida pelo segurado em desfavor da AMIL Assistência Médica Internacional Ltda., com a finalidade de se obter custeio de material necessário a procedimento cirúrgico – implante de esfíncter arterial.¹²²

O cerne da controvérsia cingiu-se à possibilidade de custear tratamento não previsto no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

Interessante também destacar trechos do voto que negou provimento ao recurso, julgado de forma unânime:

"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)" (grifei).

“Ademais, os planos de saúde têm o dever de fazer tudo em prol da vida de seu associado, principalmente prestigiando o emprego de procedimentos médicos cientificamente apontados como capazes de identificar e tratar doenças deles e de seus dependentes.

Com efeito, o consumidor, ao contratar um plano de saúde, acredita que terá a completa assistência médico-hospitalar necessária para proteção da sua saúde. Portanto, o referido contrato gera, no consumidor, a expectativa de obtenção de tratamento de saúde.

Dessarte, considerando que a dignidade da pessoa humana e o direito à vida prevalecem sobre os direitos de cunho eminentemente patrimonial, a negativa da Ré/Apelante quanto ao custeio do material necessário à realização da cirurgia é abusiva, pois coloca o consumidor em desvantagem exagerada, além de restringir os direitos inerentes à natureza do contrato, a ponto de tornar impraticável a realização de seu objeto, nos termos do art. 51, §1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.”¹²³

¹²² DISTRITO FEDERAL. TJDF. 3ª Turma Cível. APC nº 20110110095659. Ementa: [...]. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Julgado em 25 abr. 2012. DJ de 29 mai. 2012.p.127. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em: 28 out.2014.

¹²³ DISTRITO FEDERAL. TJDF. 3ª Turma Cível. APC nº 20110110095659. Ementa: [...]. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Julgado em 25 abr. 2012. DJ de 29 mai. 2012.p.127. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em: 28 out.2014.

Dos acórdãos acima colacionados, é possível afirmar que parte dos fundamentos utilizados evidencia um traço marcante em comum: são fundados na Constituição Federal e inteiramente aplicáveis aos casos concretos analisados.

Do segundo acórdão colacionado, temos a afirmação peremptória de que a dignidade da pessoa humana e o direito à vida prevalecem sobre os direitos de cunho eminentemente patrimonial.

Dessarte, negar o dispositivo constitucional que alberga o direito a dignidade da pessoa humana e à integralidade do acesso à saúde, seria o mesmo que negar a primazia constitucional.

Não obstante, não se pode olvidar que mesmo no âmbito dos direitos fundamentais, não há que se falar em direito absoluto. Que numa eventual colisão entre direitos fundamentais, tem-se que haver a necessária ponderação de valores dispostos em igual hierarquia. Nos capítulos anteriores deste trabalho, alguns autores que advogam a necessária ponderação foram analisados.

Assim, revela-se igualmente importante as considerações acerca dos custos financeiros imprescindíveis para dar efetividade à dignidade da pessoa humana; que a concretização de direitos individuais deve levar em consideração o impacto provocado nos direitos coletivos. As decisões do Poder Judiciário não podem desconsiderar os reflexos causados aos demais segurados, ou seja, para além do interesse individual deduzido em juízo, têm-se os interesses coletivos, os quais inevitavelmente serão atingidos pela procedência do pedido.

Como visto, os efeitos financeiros das várias concessões obtidas por meio de decisões judiciais, recaem sobre uma parcela reduzida da população; transferindo para esta o papel que seria do Estado. Repita-se: os contratos de assistência à saúde tem sua sustentabilidade econômica alicerçada no mutualismo.

Com relação à exclusividade reconhecida ao médico assistente na definição do procedimento a ser adotado, vale a pena destacar a advertência feita por Angélica Carlini:

“Procedimentos e medicamentos experimentais são tornados obrigatórios por decisão judicial, mesmo não inseridos no rol de procedimentos da ANS que, em tese, ao não incluí-los, sinalizou para toda a sociedade que as evidências científicas ainda não estavam solidamente construídas a ponto de o Estado autorizar a realização deles.

De outro lado, o magistrado apoiado na opinião do médico que atende o paciente naquele caso específico assume a responsabilidade e com ele o Tribunal de Justiça, de definir que um determinado tratamento ou medicamento em fase experimental poderá ser utilizado para um usuário e, na esteira dessa decisão, outros tantos pacientes se sentirão motivados a procurar a mesma decisão para tratar doenças iguais ou semelhantes.¹²⁴

Por fim, importa mencionar um dos fundamentos constantes no segundo acórdão, o qual afirma que os planos de saúde têm o dever de fazer tudo em prol da vida de seu associado. Ora, tudo significa a cobertura de qualquer procedimento indicado pelo médico assistente, o que certamente não se coaduna com a lógica dos planos de saúde, estruturada em segmentações e prêmios diferenciados. Ao serem obrigadas a prestar todo e qualquer procedimento, o planejamento, o cálculo atuarial e a mutualidade restam comprometidos, podendo inviabilizar sobremodo a higidez financeira das operadoras e afetar diretamente o universo de segurados.

¹²⁴ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.172-173.

5 UMA BREVE PONDERAÇÃO SOBRE OS DIREITOS ENVOLVIDOS

A abordagem neste tópico tem como propósito apontar alguns paradigmas a serem considerados na busca de possíveis soluções, frente à complexidade do assunto.

Segundo Luciano Benetti Timm,¹²⁵ o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – preocupado com as implicações orçamentárias das demandas judiciais ligadas à saúde, realizou, em novembro de 2010, o Fórum Nacional do Judiciário para tratar de assuntos relacionados à saúde. Para o autor o problema é complexo, não existindo respostas fáceis. Acrescenta que respostas dogmáticas dificilmente representam soluções, pois apenas repetem normas postas na lei ou na Constituição em uma suposta coerência lógico-dedutiva ou argumentativo-principlológica apresentada pelo doutrinador.

Ainda, conforme o autor, o campo das ciências sociais pode ser útil para o enfrentamento do problema, em especial a Economia, que assume na atualidade posição de destaque no debate acadêmico e público, decorrente de sua evolução nos últimos dois séculos e pela predominância do campo econômico na vida social.¹²⁶

O autor adverte para a necessidade de os juristas terem em mente que no regime de mercado, como no Brasil, tudo tem um preço. Portanto, a realização de direitos sociais, via serviços públicos, tem um custo, o qual será suportado pelo recolhimento de tributos. Assim, ele acredita que a melhor forma de se promoverem os direitos sociais, particularmente o direito à saúde, não será por meio da atuação judicial. Antes, defende ser tarefa do Poder Executivo mediante políticas públicas racionais e eficientes que levem a sério o gasto público.¹²⁷

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 (Coordenadores). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.283-284.

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 (Coordenadores). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.283-284.

¹²⁷ TIMM, Luciano Benetti. Direito à Saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais ma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coordenadores). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p.291-292.

Ora, fazendo um paralelo com a realização do direito à saúde, via serviços privados, onde para além do preço, tem-se a lógica do mutualismo, o Judiciário não pode descuidar dos custos financeiros que envolvem um pleito individual, sempre perquirindo em que medida a concessão afetará o interesse dos demais segurados.

Ainda admitindo a aplicação da análise econômica aos direitos fundamentais, interessante transcrever as elucidações trazidas pelo autor.

“Portanto, embora possam e existam alguns abusos por empresas seguradoras e operadoras de planos de saúde privados, eles exercem importante função social, ao retirar do sistema público de saúde pessoas que têm condições de arcar com seus gastos com bens e serviços na área da saúde. Caso não houvesse esse sistema privado de saúde, os mais ricos estariam utilizando o sistema público e, como dispõem de mais recursos financeiros, provavelmente o fariam antes e na frente dos mais pobres [...]

Pretender que esse sistema privado de saúde, que opera dentro da lógica de mercado, oriente-se por critérios de direito constitucional é tão irreal quanto inviável. Falhas de mercado, como existem, devem ser corrigidas 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’).”¹²⁸

Das observações acima aduzidas, dois pontos outrora apresentados merecem destaque: O primeiro diz respeito à função social das operadoras de planos privados de assistência à saúde, às quais contribuem sobremodo para a viabilidade do sistema de saúde do país. O segundo refere-se à forte disciplina, seja legal, seja administrativa, exercida sobre as atividades desse setor, que, não obstante, ainda permanece à mercê do controle judicial, o qual se utiliza dos mais variados fundamentos para afastar a legislação aplicável e o contrato firmado sob o manto estatal.

¹²⁸ 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 (Coordenadores). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p.295.

Uma segunda proposta apresentada pelo autor relaciona-se com a abordagem já mencionada acerca da eventual colisão entre direitos fundamentais de igual estatura constitucional. Para resolver o problema, qualquer um dos métodos oferecidos pela análise econômica indicará a necessidade de ser fazer “escolhas trágicas”.

Para o autor, a ponderação concreta deve respaldar-se, sobretudo, no resultado a ser alcançado, numa perspectiva mais abrangente que contemple um maior número de pessoas necessitadas dos recursos sociais. Assim, a solução passa pela cuidadosa análise da relação custo-benefício de cada gasto, feita por economistas, médicos, gestores, que ao fim indicarão o melhor caminho, aceitando-se a premissa de que nem tudo estará protegido. Assevera que a característica de um direito social é a não apropriação por um indivíduo, mas estar à disposição de toda a sociedade. Desse modo, deverá prevalecer o interesse coletivo e não individual.¹²⁹

Por fim, o autor sustenta que o meio processual mais adequado para a obtenção dos direitos sociais, via atuação do Poder Judiciário, são ações coletivas, por contemplarem todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática e por consagrar o princípio da igualdade. Ademais, permite a consideração dos efeitos da decisão para a sociedade, podendo assegurar a participação de vários entes políticos e sociais, os quais poderão oferecer dados, cálculos e argumentos. Considera, desse modo, a demanda individual o pior e o mais injusto caminho para implementação de um direito social, além de propiciar um sem número de processos iguais que abarrotam o judiciário com discussões idênticas.¹³⁰

Buscando enfrentar a problemática, interessante abordar a análise feita pela advogada da União, Flávia Martins Affonso. Embora o texto reflita o tema sob a ótica das políticas públicas, interessante apontar algumas possibilidades no enfrentamento das demandas judiciais.

¹²⁹ 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 (Coordenadores). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p.296-297.

¹³⁰ 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 (Coordenadores). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p.298-299.

Partindo da premissa da natureza híbrida do direito à saúde, ou seja, que esse direito pode ser exercido tanto sob o prisma subjetivo, como transindividual, a autora defende a pluralização do debate, como melhor forma de solucionar os conflitos relativos à matéria. Adverte que, nas ações de saúde, é necessário à abertura do diálogo a verdades extrajurídicas.

Segundo a autora, ao se permitir a pluralização de debate, tanto pela realização de audiências públicas como pelo chamamento dos legitimados para integrar a ação, visa alcançar um consenso social. Desse modo, a pluralização do discurso reflete o exercício da democracia.¹³¹

Como forma de viabilizar a técnica da pluralização dos debates no âmbito judicial, a autora sugere o incidente de demandas repetitivas, previsto no Projeto de Lei recentemente transformado na Lei nº 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil.¹³² Traduz-se em aglutinar, em uma única relação jurídica, um grupo de pessoas em situação jurídica idêntica ou similar com a participação dos sujeitos legitimados à ação coletiva, condensando-se em um só processo a resolução de inúmeras lides, com tratamento igualitário aos inúmeros envolvidos.

A ideia do incidente, segundo a autora, é afetar ao órgão jurisdicional superior o julgamento de questão jurídica comum a uma série de demandas já instauradas ou com possibilidade de o serem, com o objetivo de unidade de pronunciamento, de eficácia prospectiva e vinculante. Desta forma, seriam apreciadas questões em conjunto, às quais seriam julgadas conjuntamente e com eficácia para todos.¹³³

Da propositiva da autora, convém lembrar que na esfera do sistema privado de saúde, a procedência da demanda individual, repercutirá no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de saúde suplementar, que ao fim e ao cabo, deve assegurar o atendimento aos demais segurados. Assim, de alguma forma é preciso caminhar em direção à pluralização do debate, vislumbrando a defesa dos interesses dos demais beneficiários.

¹³¹ AFFONSO, Flávia Martins. Da natureza híbrida do direito à saúde e necessidade de pluralização do debate judicial como meio de efetivação desse direito. *Revista da Advocacia Geral da União*. Brasília/DF, Ano XII n 35. jan./mar. 2013.p.207-226.

¹³² BRASIL, *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>> Acesso em 25 mar. 2015.

¹³³ AFFONSO, Flávia Martins. Da natureza híbrida do direito à saúde e necessidade de pluralização do debate judicial como meio de efetivação desse direito. *Revista da Advocacia Geral da União*. Brasília/DF, Ano XII n 35. jan./mar. 2013.p.229-230.

Por fim, impõe-se registrar as valiosas contribuições apontadas por Angélica Carlini, na tentativa de mitigar a realização do direito à saúde, por intermédio de Poder Judiciário.

O estudo tem como propósito despertar a sociedade brasileira a construir soluções mais rápidas que as decisões judiciais, considerando a dimensão política e social do problema da saúde, o qual exige soluções coletivas. Ademais, propiciará o diálogo e o sopesamento de argumentos em contrapartida à solução determinada por um magistrado, que nem sempre terá condições objetivas de avaliar o impacto de sua decisão para o conjunto da mutualidade, seja ela pública ou privada.¹³⁴

Para tanto, a autora sugere a criação das Câmaras Temáticas, como instrumento de natureza técnica para auxiliar os magistrados na solução das lides. Essas Câmaras ou Núcleos de Assessoria Técnica seriam compostas por equipes multiprofissionais que, diante do caso, emitiriam parecer técnico visando fundamentar a decisão judicial.

Essas equipes utilizariam como método, para construção dos pareceres, a medicina baseada em evidências (MBE), as diretrizes clínicas e a avaliação tecnológica em saúde (ATS). Esses métodos, oriundos das atividades desenvolvidas pela comunidade científica, são ferramentas importantes que permitem uniformizar procedimentos, racionalizar custos e atingir os melhores resultados possíveis, mediante conhecimentos e terapias já testadas.

Muito embora o magistrado não fique adstrito aos dados científicos apresentados, terá condições de avaliar de forma mais abrangente e decidir com segurança técnica e jurídica.

Integrando a composição das Câmaras Temáticas ou Núcleos de Assistência teríamos os auditores de saúde – estes seriam profissionais de saúde especialmente preparados e capacitados a emitir parecer sobre a relação custo e resultado. Na visão da autora, a presença desse profissional seria essencial quando se trata de recursos coletivos, e sua atuação seria pautada pela imparcialidade e postura ética.

Para a autora, toda essa estrutura técnica poderá fundamentar a improcedência do pedido judicial, a qual estará alicerçada em argumentos técnicos

¹³⁴ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.177.

que o procedimento ou medicamento sugerido não está em consonância com os melhores centros de pesquisa ou que se mostra inadequado por atender mais aos interesses dos laboratórios ou dos fornecedores de órteses e próteses, do que às reais necessidades do paciente.

Importa ressaltar que, segundo a autora, vários Tribunais de Justiça no Brasil já implantaram as Câmaras Temáticas ou Núcleos de Assistência Técnica.¹³⁵

Não obstante o substancial apoio disponibilizado aos magistrados, decerto que o parecer técnico emitido, pelas Câmaras Temáticas, não pode ser entendido como imprescindível, pois nos casos de urgência e emergência, a decisão judicial deve ser declinada de imediato, sob pena de ineficácia.

Ainda, com o propósito de mitigar a judicialização da saúde, é proposta a mediação pré-judicial, em especial a mediação e a conciliação. Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adotou, em 29 de novembro de 2010, a Resolução nº 125 que dispõe sobre a Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse. O programa, que deve ser efetivado por todos os órgãos do Poder Judiciário, visa a autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e mediação.

Pela mediação, pode-se restaurar a prática política do diálogo, do debate de ideias, sempre em benefício do coletivo. No tocante à saúde privada, pode ser momento privilegiado para alargar a compreensão daqueles que de um lado têm na saúde o instrumento fundamental para a obtenção do lucro; e, de outro, para que usuários, médicos, magistrados, e a sociedade possam compreender os limites do mutualismo, o quanto do coletivo se faz presente nos contratos de saúde privada e que ao final, esses contratos só se sustentam porque fundamentados sob princípios mutuais.

Ademais, por intermédio da mediação, cada ator participante do sistema terá consciência de que vivemos em uma sociedade de direitos relativos e não absolutos, onde também temos deveres e que, o uso sustentável dos recursos que são limitados, como se evidencia no mutualismo, é um dos deveres que se impõem. Assim, do debate exurgirá a necessidade do uso racional e consciente, de modo a evitar a utilização temerária dos recursos do fundo mutual e, desse modo,

¹³⁵ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.178-194.

comprometer a sustentabilidade das operadoras. Com isso pretende-se assegurar, não apenas o equilíbrio financeiro das operadoras, mas a diversidade de serviços e de precificação, proporcionando maior escolha e maior qualidade de serviços ao consumidor.¹³⁶

Por toda a abordagem presente neste trabalho, prevalece o entendimento de que o direito fundamental à saúde requer proteção constitucional, sobretudo como condição para que o princípio da dignidade humana se traduza, de fato, em realidade.

Nesta perspectiva, o constituinte brasileiro consagrou tutela constitucional ao direito à saúde. Malgrado o entendimento de que direitos fundamentais desfrutam de aplicabilidade imediata, a plena eficácia concedida pelo intérprete da lei não pode olvidar da relativização dos direitos fundamentais, posto não existir nenhum direito absoluto. Em uma sociedade como a atual, marcada pela complexidade e pluralismo, a possibilidade de eventual colisão entre direitos fundamentais, de equivalente estatura normativa, não pode ser desprezada.

Neste sentido, a definição do espectro de proteção de determinado direito deve ser realizada à luz de uma interpretação sistêmica, abrangente de outros direitos e dispositivos constitucionais. O âmbito de proteção de um determinado direito não pode desconsiderar eventual restrição ao próprio direito.

Desse modo, quando verificada a colisão entre direitos fundamentais, notadamente entre um direito individual e um direito coletivo, há de se considerar a primazia deste último.

Essa necessidade de ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade é comum a todos os direitos fundamentais, não se revelando apenas no direito fundamental à saúde.

Contudo, não se discute que diante de um pedido de prestação de atendimento à saúde, mormente em caso de urgência ou emergência, não é razoável exigir que o magistrado pondere acerca da colisão de direitos fundamentais, que investigue se o princípio da boa fé ou do equilíbrio contratual estão preservados. Sem dúvida, diante deste cenário, o magistrado depara-se numa situação de difícil equacionamento.

¹³⁶ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.194-205.

Entretanto, no caso específico da saúde privada, alicerçada sob os fundamentos aqui declinados por meio da pesquisa realizada, restou evidente que mesmo diante de pedidos não urgentes, quando o procedimento já fora realizado, o posicionamento jurisprudencial tem sido o de conceder o pedido, haja vista o direito fundamental à saúde. Resguarda-se o direito individual sob o argumento constitucional do direito à saúde e do princípio da dignidade humana. O entendimento prevalente é que o não atendimento esvazia a promessa constitucional do respeito aos direitos fundamentais.

Muito embora seja compreensível e até necessário esse entendimento, impõe-se por outro lado, uma leitura mais abrangente no sentido de que a obtenção dos direitos sociais numa perspectiva subjetiva, traduz-se num serviço disponível para poucos, até porque a grande maioria da população carece da ausência de condições para acessar o Poder Judiciário.

A ideia de cidadania não pode restringir-se ao ato de um cidadão, isolado, buscar o Poder Judiciário para dar efetividade a um direito social. Antes, perpassa o amplo debate público e o esgotamento das vias institucionais democráticas.

Insista-se que a problemática reside em conceder efetividade a um direito individual em detrimento do coletivo. Os direitos individuais devem ser contemplados em sua dimensão coletiva, uma vez que são legitimados pela coletividade.

Ainda é necessário frisar que, por mais legítima a concessão do direito pela via jurisdicional, o Poder Judiciário não conseguirá dar efetividade a esse direito de forma equânime e isonômica. De fato, o que se observa é uma efetividade casuística, propiciada àqueles que reúnem as condições para pleitear o direito em juízo. Essa sistemática evidencia privilégio de alguns, infirmando a igualdade no que tange ao reconhecimento dos direitos fundamentais. Quiçá parcela expressiva da sociedade brasileira pudesse alcançar essa efetividade.

É necessário salientar que a atuação casuística do Poder Judiciário poderá comprometer a frágil estrutura do sistema de saúde no Brasil, considerando que a vulnerabilidade do sistema privado produzirá reflexos diretos no sistema público.

A deficiência na atividade desenvolvida pelas operadoras justifica a atuação segura da ANS, mas não a do Poder Judiciário, ante a análise de casos individuais, que trazidos à sua apreciação, se multiplicam nas instâncias judiciais.

O Poder Judiciário não tem a visão macro sistêmica. Sua atuação em casos isolados, infirmando regras contratuais compatíveis com a regulamentação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, favorece um ambiente de insegurança jurídica, ensejando a redução da oferta dos serviços de assistência privada, levando à redução da competitividade e da disponibilidade da oferta para a generalidade dos usuários.

Conforme afirmado anteriormente, a eventual retirada de uma operadora de plano de saúde do mercado reduz a oferta e a qualidade dos serviços prestados, o que em última análise, afetará a ordem econômica e os interesses da própria coletividade.

Por fim, vale rememorar que a garantia de atendimento concedida a um beneficiário, que não realizou a devida contraprestação financeira, imporá, aos demais usuários, os custos decorrentes da satisfação do pleito, o que não se coaduna com os propósitos da justiça.

6 CONCLUSÃO

O estudo realizado permite concluir que o direito de acesso à saúde reveste-se de um direito fundamental, conforme elencado na Constituição Brasileira de 1988, em seu Título destinado aos direitos e garantias fundamentais.

Contudo, o referido direito não pode ser entendido como um direito subjetivo absoluto oponível contra o Estado e em detrimento de quaisquer outros direitos.

Restou claro que ao Estado compete originalmente à garantia de acesso à saúde. Não obstante, diante das dificuldades do Sistema Público de Saúde- SUS, o legislador permitiu a atuação suplementar do Sistema Privado, no intuito de ampliar a oferta de atendimento e, desse modo, possibilitar a efetividade desse direito. Não obstante, restou inequívoca que a atuação do Sistema Privado se dá de maneira supletiva, considerando que a prestação desse serviço recai primariamente sobre o Estado.

Constatou-se, ainda que, o objeto dos Planos Privados de Assistência à Saúde reveste-se de relevância pública, para o que cuidou o Ente Estatal de exercer forte controle sobre o setor, normatizando e fiscalizando o exercício dessa atividade. Desse modo, os pactuantes dispõem de reduzida liberdade negocial, sendo os contratos celebrados conforme os ditames da função social e boa fé objetiva.

Importa ressaltar que ao optar pelo Sistema Privado de Assistência à Saúde, o beneficiário insere-se numa mutualidade de segurados. Significa afirmar que o capital financeiro formado, para prestar o serviço, decorre da contribuição dos segurados, conforme a segmentação de assistência escolhida e deve ser direcionado de maneira isonômica para a pluralidade de usuários.

Neste diapasão, ao Poder Judiciário, quando provocado, compete tão somente averiguar se a pretensão, deduzida em juízo pelo atendimento, tem amparo contratual. Conceder todo e qualquer atendimento e procedimento médico com o fundamento de que o direito à saúde reveste-se de um direito fundamental absoluto, implica desconsiderar a existência de eventuais colisões com outros direitos fundamentais, sobretudo direitos da coletividade. Os reflexos dessa decisão judicial atingirão diretamente o universo de segurados, o que configura a injustificada prevalência do interesse privado sobre o bem comum. Ao Poder Judiciário incumbe

a todo tempo perquirir o interesse público, que em última instância, representa o interesse da coletividade.

Assim, afastar cláusulas contratuais previamente estabelecidas sob o manto Estatal e, portanto, imbuídas da boa fé objetiva e função social; desconsiderar a legislação específica vigente, no intuito de se privilegiar o direito fundamental à saúde numa perspectiva individual, significa suscitar um ambiente de insegurança jurídica, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Por fim, tem-se por incontroverso que as ações, de caráter prestacional, destinadas a dar plena eficácia aos direitos fundamentais exigem recursos financeiros, que, no caso específico do Sistema de Saúde Privado, originam-se a partir das contribuições do universo de segurados.

Desse modo, o provimento judicial a um pleito individual, sob o prisma de um direito absoluto, antes de representar a garantia de efetividade a um direito fundamental, caracteriza a proeminência do direito individual em detrimento do interesse coletivo. O fundo mutual será inevitavelmente desfalcado.

Por fim, insta observar o que já fora mencionado em momento anterior da pesquisa: a extensão da concessão judicial pode colocar em risco a permanência da operadora de saúde no mercado e restringir a precária oferta de atendimento, o que afetará a livre concorrência e fará suscitar um ambiente extremamente nefasto para o consumidor e para a sociedade em geral.

O Poder Judiciário deve primar por uma visão sistêmica da ideia de justiça, incluindo nas suas decisões aspectos da realidade social e econômica. Deve considerar que os efeitos das suas decisões atingem não apenas terceiros alheios à tutela, mas impactam diretamente a dinâmica do mercado, reduzindo competitividade e qualidade dos serviços prestados.

Desse modo, conclui-se ser inadmissível ao Poder Judiciário conceder a integralidade no atendimento à saúde, no caso específico da saúde suplementar, afastando o contrato, a legislação específica, o interesse dos demais segurados e, em última instância, criando um injustificável ambiente de insegurança jurídica. Agir assim implica, inexoravelmente, acarretar danos à coletividade.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Flávia Martins. Da natureza híbrida do direito à saúde e necessidade de pluralização do debate judicial como meio de efetivação desse direito. *Revista da Advocacia Geral da União*. Brasília/DF, Ano XII n 35. jan./mar. 2013.

ALEXY. Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *RPGE*, Porto Alegre, v. 31, n 66, jul./dez. 2007.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação.>> Acesso em 25 ago 2014.

BRASIL, *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação.>> Acesso em 30 set. 2014.

BRASIL, *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação.>> Acesso em 12 out. 2014.

BRASIL, *Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar- ANS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação.>> Acesso em 12 out. 2014.

BRASIL, *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação.>> Acesso em 05 out. 2014.

BRASIL, *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislacao.>> Acesso em 25 mar. 2015.

BRASIL, STJ, Terceira Turma, *REsp nº 1053810/SP*. Ementa: [...]. Relator: Nancy Andrighi. Julgado em 17 dez. 2009. DJ de 15 mar. 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em 28 out.2014. Inteiro teor em anexo.

BRASIL, STJ, Quarta Turma, *REsp nº 183719/ SP*. Ementa: [...]. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em 18 set. 2008. DJ de 13 out. 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em 28 out.2014.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C.L. dos Santos. 10ª ed. Brasília: UNB, 1997.

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.

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

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Planos de Saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CIARLINI, Álvaro Luis de A. S., *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição: Os direitos fundamentais sociais no contexto de uma sociedade democrática*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DISTRITO FEDERAL. TJDF. 5ª Turma Cível. APC nº 20100111808667. Ementa: [...]. Relator: Romeu Gonzaga Neiva. Julgado em 19 dez. 2012. DJ de 11 jan. 2013. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em: 28 out. 2014.

DISTRITO FEDERAL. TJDF. 3ª Turma Cível. APC nº 20110110095659. Ementa: [...]. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Julgado em 25 abr. 2012. DJ de 29 mai. 2012. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em: 28 out. 2014.

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

GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima... [et al.] *Saúde e Responsabilidade 2 A Nova Assistência Privada à Saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. 2011. Disponível em: <www.mcamposbr.com> Acesso em: 6 out. 2014.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHREIBER, Anderson e TEPEDINO, Gustavo. Os efeitos da Constituição em Relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n 23. 2003.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TIMM, Luciano Beneti. *O Novo Direito Civil*. Ensaio sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANEXO ACÓRDÃO: RESP 1.053.810 – SP