

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

SANDRA MARA MACIEL DE LIMA

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Sandra Mara Maciel de Lima; Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-423-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI cujo tema é “Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities” contou pela primeira vez com a participação do Grupo de Trabalho - Direito e Saúde.

A saúde, a priori, configura-se como o bem mais precioso do ser humano, protegido tanto pela ONU como pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), representando um dos maiores desafios do século. E mais,

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a saúde deve ser compreendida não somente quanto à ausência de doenças, mas ao completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo.

Visando a efetivação do Direito à Saúde, as garantias foram estabelecidas e criadas, principalmente nos arts. 196 a 200 da CF/88, Lei n. 8.080 de 1990 (Lei Orgânica da Saúde) e Lei n. 9.656 de 1998 (que definiu as regras para funcionamento da saúde suplementar).

Para que haja um sistema de saúde eficaz, cabe ao Estado definir políticas públicas adequadas, principalmente no tocante ao direcionamento do orçamento destinado à saúde. Todavia, no Brasil há uma disparidade entre a realidade e o que é garantido constitucionalmente em matéria de saúde.

Sabe-se que o Direito à Saúde por vezes esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público e que, por consequência, a judicialização gera impacto no orçamento.

No atual contexto da pandemia COVID-19 não há uniformidade na política pública de enfrentamento à crise sanitária, pois Estados e Municípios têm adotado medidas mais restritivas que a própria União, fazendo-se necessária a intervenção do Judiciário, para defender o direito fundamental à saúde.

Sendo assim, em tempos de pandemia, o Poder Judiciário vem intervindo bastante na solução de demandas judiciais atinentes à saúde, para defender os direitos fundamentais dos cidadãos, em respeito ao princípio da dignidade humana.

A preocupação maior é a preservação da vida e da segurança. Nesse sentido, o interesse coletivo deve se sobrepor ao interesse individual.

A partir da leitura minuciosa dos 23 (vinte e três) artigos selecionados para o GT Direito e Saúde extraem-se questionamentos e debates de assuntos extremamente relevantes nesse atual contexto de pandemia COVID-19, destacando-se esforços do mundo inteiro para a proteção da vida.

O primeiro artigo apresentado por Ana Clara Cunha Peixoto Reis, Célio Marcos Lopes Machado e Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão discorre sobre “A contribuição da Telemedicina no Atual Contexto Brasileiro: inovações e perspectivas”. Destaca a telemedicina como uma tendência irremediável, que contribui para a redução dos custos, melhoria na qualidade dos serviços e atendimentos médicos (aumento da produtividade), diminuição de filas de espera. A telemedicina figura como um complemento para o tratamento convencional, com benefícios desejáveis, e se destaca como uma inovação tecnológica em matéria de saúde no contexto da pandemia COVID-19.

O segundo artigo de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães, intitulado “O Direito das pessoas com deficiência à saúde em época de pandemia viral no Brasil: uma análise bioética”, descreve os pressupostos referentes ao direito das pessoas com deficiência à saúde no Brasil no contexto da pandemia COVID-19. Analisam a tutela destes direitos no ordenamento jurídico brasileiro e as medidas que visam assegurar o direito destas pessoas consideradas vulneráveis, preocupando-se com os enormes desafios enfrentados por elas, no que tange à prevenção, tratamento ou reabilitação.

O terceiro artigo também de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães trata das “Mulheres com deficiência na busca por saúde: realidade e legislações”, e retrata as experiências de mulheres com deficiência no acesso à saúde, suas dificuldades e obstáculos, diante da disparidade existente na legislação pertinente ao tema, necessitando que Poder Público adote medidas para solucionar o problema.

No quarto artigo, os/as autores/as Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão, Ricardo Alexandre Lopes Assunção e Thainá Penha Pádua intitulado “Ação Popular como proteção da moralidade administrativa em face dos atos lesivos praticados em tempos de pandemia”, abordam a evolução da ação popular e a importância da participação do cidadão na proteção

contra os atos lesivos à moralidade administrativa, assim como, destacam o aumento de atos e decretos para conter a pandemia, que relegam tal princípio norteador da Administração Pública, sendo necessário o aperfeiçoamento da Ação Popular.

No quinto artigo, as autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado “O Direito à Saúde e as “escolhas trágicas” no cenário transpandêmico brasileiro: da crise sanitária à crise Humanitária”. O objetivo do artigo é refletir sobre o Direito à Saúde diante da realidade transpandêmica brasileira em tempos de COVID-2019, uma vez que há incongruência entre a escassez de recursos públicos e o garantido pela CF/88 de garantia à saúde. Abordam a “Teoria das Escolhas Trágicas” de Guido Calabresi e Philip Bobbitt e a Metateoria do Direito Fraternal de Eligio Restá e destacam o estado de emergência sanitária e humanitária do país.

Em seguida, as mesmas autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado “Saúde, gênero e inclusão social no contexto da transpandemia COVID-19: a pluralidade bibliográfica do “ser migrante” no Estado do Rio Grande do Sul”. As autoras apresentam interseções entre saúde, gênero e inclusão social a partir da pluralidade dos imigrantes no Estado do Rio Grande do Sul no contexto da pandemia COVID-19. Concluem pela necessidade de políticas públicas de acolhimento do “ser migrante” de forma a garantir uma vida digna a todos/as.

O sétimo artigo de autoria de André Luís Ribeiro, Jamile Gonçalves Calissi e Renato Zanolla Montefusco apresentam o trabalho intitulado “A vacinação como medida obrigatória em tempos de pandemia: uma análise sob a perspectiva do Direito Constitucional”, com o objetivo de discutir a obrigatoriedade ou não da vacinação no contexto da pandemia COVID-19. Avaliam a possibilidade de se estabelecer restrições às liberdades individuais em razão da coletividade e analisam o conflito existente entre a autonomia individual e a proteção dos direitos coletivos, com destaque para a posição do Supremo Tribunal Federal no que tange à obrigatoriedade da vacinação.

A autoras Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Shayene Machado Salles no oitavo artigo, apresentam o trabalho intitulado “Direito à Saúde na relação público-privado: análise das Organizações Sociais de Saúde sob a ótica do envolvimento empresarial na economia (componente do complexo econômico industrial da saúde)”. Sustentam que o sistema de saúde no Brasil tornou-se uma indústria e que o envolvimento empresarial no cenário político e econômico foi decisivo para a reforma do Estado dos anos 1990 e para a implantação de novas estruturas organizacionais.

No nono artigo intitulado “Estudo comparativo de normas de saúde pública quanto ao uso de máscaras e vacinas da COVID-19 sob a ótica comparada do federalismo para o Século XXI de Chemerinsky”, o autor Carlos Alberto Rohrmann ressalta que a pandemia COVID-19 demandou novas regulamentações que muito rapidamente impactaram a vida em sociedade, sendo necessária a análise da adoção de políticas públicas de incentivo ao uso de máscaras e vacinação, destacando a adoção de normas próximas das necessidades locais e os impactos negativos nacionais.

O décimo artigo “O Direito à Saúde no atendimento às pessoas vítimas de violência” de autoria de Joice Cristina de Paula e Edilene Aparecida Araújo da Silveira versa sobre o tratamento das pessoas que são vítimas de violência e seu impacto na saúde pública. Destacam a necessidade de ações que visem atendimentos específicos, inclusive com efetiva prevenção da violência.

As autoras Andrea Abrahão e Anna Carolina Miranda Bastos do Valle tratam no décimo primeiro artigo, das “Organizações Sociais e a política pública de gestão de saúde em Goiás”. O objetivo é analisar a legislação do Estado de Goiás pertinente ao tema, bem como as medidas adotadas para garantir o efetivo comprometimento das organizações sociais de saúde com transparência, ética e uso dos recursos públicos. As autoras salientando que tais organizações têm sido utilizadas como uma opção de prestação de serviços públicos de qualidade para a sociedade.

No décimo segundo artigo, os/as autores/as Claudine Freira Rodembusch e Henrique Alexander Grazi Keske exploram “A judicialização da saúde no Brasil pelo viés do impacto federativo: a competência concorrente e comum na pandemia e o Programa Assistir-RS”. Discutem acerca de gestão estadual, municipal e hospitalar pelo Programa Assistir-RS, diante de seu potencial de judicializar questões relativas às dotações orçamentárias e prestações de serviços de saúde. O texto expõe questões sobre a judicialização da saúde no país e as ações dissonantes entre União e Estados no enfrentamento da pandemia.

Em seguida, no décimo terceiro artigo, “Necropolítica no Brasil: um olhar sobre os desastres ambientais e seus impactos na saúde humana”, a autora Emmanuelle de Araujo Malgarim reflete sobre a sociedade pós-colonial da realidade brasileira, diante da população vulnerável e por fim, conclui que a precariedade da saúde humana e os desastres ambientais podem estar relacionados a uma estratégia de “limpeza social”.

A autora Lara Ferreira Lorenzoni, no décimo quarto artigo, explora o “Estado de exceção epidemiológico e direito fundamental à saúde: entre ação e omissão nas políticas sanitárias

brasileiras de 1904 e 2020”. Discute a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben, com base no direito à saúde, analisando os fatores que levaram à Revolta da Vacina e a crise sanitária no Brasil, ação esta que tomou proporções alarmantes diante das inações do governo federal.

No décimo quinto artigo, os autores Daniel Jacomelli Hudler e Alexandre Lagoa Locatelli apresentam o trabalho intitulado “Direito à Saúde: desequilíbrio econômico-financeiro e o limite da negativa por parte dos planos de saúde”. O objetivo do texto é averiguar a validade da negativa de cobertura sobre procedimentos e medicamentos não previstos no rol da ANS. Concluem que o sistema de saúde híbrido acaba por favorecer o lucro do setor privado, não se justificando a negativa sob argumento econômico-financeiro, pois tal negativa é abusiva.

No décimo sexto artigo, a autora Fabiane Aparecida Soares da Silva Lucena apresenta o trabalho intitulado “Judicialização da Saúde: um fenômeno legítimo e ainda necessário”. O objetivo da autora é identificar as consequências que a judicialização da saúde traz para o Estado e para a sociedade. Conclui, por fim, que este socorro é legítimo e atende aos princípios constitucionais, pois a saúde é direito de todos e dever do Estado.

O autor Jarbas Paula de Souza Júnior, no décimo sétimo artigo, apresenta o trabalho intitulado “O capitalismo de vigilância e a medicina preditiva – dos benefícios dos riscos”. Visa analisar a problemática da aplicação da inteligência artificial em relação a eventuais benefícios e riscos decorrentes da extração, armazenamento e processamento de dados através do Big Data. Identifica avanços em razão da capacidade de processamento de dados de saúde, dentre eles a formação de diagnósticos médicos precoces mais precisos.

No décimo oitavo artigo, as autoras Ana Maria Carvalho Castro Capucho e Viviany Yamaki apresentam o trabalho intitulado “O Direito Humano à Saúde da pessoa idosa e a pandemia de COVID-19”. O objetivo é avaliar a (in)adequação do critério etário como condicionante para admissão em leitos de unidade de terapia intensiva. Nesse sentido, concluem que as normas de direitos humanos, políticas públicas e a democracia sanitária são fundamentais para combater o preconceito e a discriminação e para garantir a efetivação do direito humano à saúde da pessoa idosa, garantindo-lhe condições dignas e igualitárias.

O autor Tiago Miranda Soares, no décimo nono artigo, apresenta o trabalho intitulado “A dimensão biopolítica do poder de polícia administrativo: biopoder e vigilância sanitária em tempos de pandemia”. Relaciona o poder de polícia administrativo exercido pela vigilância

sanitária com conceitos de biopoder, política médica e economia política, na busca de identificar como o Estado age perante a vida do indivíduos no contexto da pandemia COVID-19.

No vigésimo artigo, os autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão apresentam o trabalho intitulado “O Ministério Público na efetivação do Direito à Saúde”. Visam tratar dos limites e possibilidades de atuação do Ministério Público na defesa do direito à saúde, principalmente no que tange ao direito de exigir em face da administração Pública prestações essenciais à proteção, garantia e recuperação da saúde.

Os mesmos autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão, no vigésimo primeiro artigo, apresentam o trabalho intitulado “Diagnóstico literário do direito à saúde pública no Brasil após os primeiros trinta anos do Sistema Público de Saúde”. Apresentam o conteúdo do direito fundamental à saúde, para amparo teórico aos operadores do direito envolvidos com as lides atinentes ao direito à saúde, tendo o seu titular a faculdade de opor em face do estado e do particular obrigações pertinentes à preservação e recuperação do completo bem-estar físico, mental e social.

No vigésimo segundo artigo, as autoras Eliana Lima Melo Rodrigues e Sandra Mara Maciel de Lima, apresentam o trabalho intitulado “A teoria da perda de uma chance na seara médica: uma análise sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro”. O objetivo é analisar a teoria da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, concluindo que a oportunidade de obtenção de vantagem ou expectativa de não sofrer danos jamais poderão ser desprezadas pelo julgador, sob pena de injustiça.

E por fim, no vigésimo terceiro artigo, as autoras Edith Maria Barbosa Ramos, Laisse Lima Silva Costa e Rafaela Santos Lima apresentam o trabalho intitulado “O Sistema Único de Saúde no Brasil: trajetórias e desafios”. O objetivo é analisar a criação do Sistema Único de Saúde no Brasil, a inserção do direito à saúde na Constituição Federal, sua regulamentação e os desafios para a sua efetiva concretização.

Nesse peculiar momento histórico, no qual a humanidade enfrenta a pandemia COVID-19, percebe-se as fragilidades do sistema de público de saúde, a precariedade da colaboração entre os entes da federação em busca de soluções para evitar a propagação do vírus, assim como, que o trabalho de pesquisa dos/as autores/es acima mencionados representa o resultado das demandas sociais em matéria de direito e saúde.

Nas palavras de Assafim :

a missão do pesquisador é melhorar o mundo. Especialmente, obrigação de melhorar nosso país... Uma questão de combate à pobreza, a fome e a bem da defesa da saúde: pugna pela vida. Assim, por a pesquisa a serviço das grandes causas nacionais é uma obrigação inalienável de cada professor brasileiro.

Honradas em coordenar este primeiro GT de Direito e Saúde, na esperança de que a pandemia passe logo e possamos nos encontrar presencialmente.

Janaína Machado Sturza - UNIJUI

Sandra Mara Maciel de Lima - Centro Universitário Curitiba

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão - Fundação Getúlio Vargas

DIREITO À SAÚDE: DESEQUILIBRIO ECONOMICO-FINANCEIRO E O LIMITE DA NEGATIVA POR PARTE DOS PLANOS DE SAÚDE

RIGHT TO HEALTH: ECONOMIC AND FINANCIAL IMBALANCE AND THE LIMIT OF DENIAL ON THE PART OF HEALTH PLANS

Daniel Jacomelli Hudler ¹
Alexandre Lagoa Locatelli ²

Resumo

Diante da judicialização das relações assimétricas entre plano de saúde privados e beneficiário, analisa-se a validade da negativa de cobertura sobre procedimentos e medicamentos não previstos no rol da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar). Hipótese: cobertura é devida, independente de cláusula limitadora e taxativa do rol. Aplica-se método dedutivo, auxiliado por pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial. Conclui-se: 1 – sistema de saúde híbrido possui desequilíbrio que favorece lucratividade do setor privado, não se justificando a negativa sob argumento econômico-financeiro; 2 – negativa é abusiva, em razão da necessidade de constante atualização do rol e do melhor atendimento pelo médico.

Palavras-chave: Direito à saúde, Economia e direito, Plano de saúde, Rol ans, Negativa de cobertura

Abstract/Resumen/Résumé

Given the legalization of asymmetric relationships between private health plan and beneficiary, the validity of the denial of coverage on procedures not provided in the list of Brazilian ANS (National Supplementary Health Agency) is analyzed. Hypothesis: coverage is due, regardless of a limiting clause from list. Deductive method is applied, aided by bibliographical, legal and jurisprudential research. Conclusions: 1. hybrid system has an imbalance that favors the profitability of the private sector, not justifying the negative under an economic argument; 2. negative is abusive, due to need for constant updating of the list and better care by the doctor.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Economics and law, Health plan, Ans list, Denial of coverage

¹ Doutorando e Mestre em Direito (UNINOVE-SP).

² Mestre em Direito (UNINOVE-SP). Advogado.

1. INTRODUÇÃO

A atuação dos planos de saúde privados no Brasil é regulada de diversas formas, ante sua importância. Desde previsão constitucional do direito fundamental à saúde, passando pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, até leis específicas, como a lei dos Planos de Saúde (lei nº 9656/98) e a regulamentação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), instituída em 2000.

A despeito de toda essa preocupação do legislador em pormenorizar o regramento sobre as relações entre plano de saúde e beneficiário, no campo da saúde suplementar, a atuação do dia a dia não passa incólume de judicialização e dissenso, em especial no que toca a cobertura de procedimentos cirúrgicos e fornecimento de tratamentos medicamentosos, o que justifica o seu estudo.

Com o fito de tentar elucidar a matéria, a ANS elaborou rol de procedimentos mínimos que devem ser cobertos pelos planos em todos os contratos. Ao passo que tal determinação resolve uma série de potenciais discussões, cria-se outra, a discussão da obrigatoriedade ou não de cobertura para além dos procedimentos e medicamentos presentes nesse rol.

Esse estudo tem como objetivo geral contribuir para a área de Direito e Saúde e a sua intersecção com Direito e Economia, e busca, como objetivo específico, apresentar uma análise crítica sobre o limite de cobertura devido.

O presente artigo focará em analisar especificamente a negativa de cobertura, por parte de planos privados, de procedimentos e medicamentos não previstos no rol da ANS. Para fins de recorte metodológico, não será objeto de exame a negativa de medicamentos e procedimentos que a própria lei prevê a exclusão, como procedimentos experimentais ou *off-label*, concentrando apenas em casos que a negativa se dá por não fazer parte do rol mínimo.

Ademais, será analisado apenas contrato de saúde após o advento da lei 9656/98, que regulamenta os planos e da instituição da ANS.

De tal feita, bem delimitado o problema de estudo a ser perquirido é se é devida ou não cobertura para procedimentos e medicamentos não previstos no rol da ANS e sem previsão de exclusão (como experimental e *off-label*).

Para se alcançar o estudo proposto, na seção 2, será abordada a questão econômico-financeira, trazendo um levantamento dos motivos de adoção de um sistema híbrido, quais as funções que os planos e que o Estado desempenham nesse sistema e a expectativa sobre as respectivas atuações. Dessa forma, a análise não dirá respeito apenas ao direito à saúde, mas será analisado todo o contexto econômico e político de livre iniciativa e políticas (neo)liberais

que norteiam as relações, para se verificar se há um equilíbrio econômico-financeiro entre os envolvidos nessa relação.

Na seção 3, será abordado a legislação em si, em especial a Lei dos Planos de Saúde, para se verificar se ela estabelece algum tipo de baliza para casos de medicamento ou procedimentos não previstos no rol da ANS, bem como outras normas gerais, como o próprio Código de Defesa do Consumidor, a fim de se definir se a negativa pautada em contrato é abusiva ou não. Por fim, serão identificadas decisões judiciais que nortearam o entendimento jurisprudencial da matéria.

Tem-se como hipótese de que a cobertura é devida, ainda que previsto no contrato cláusula estipulando a cobertura apenas para o rol da ANS, sendo outra hipótese estudo que está cláusula é abusiva, como se passará a investigar

O trabalho se pauta no método dedutivo, auxiliado pela pesquisa bibliográfica, sobre literatura especializada no tema, além de análise legal e jurisprudencial.

2. (DES)EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO SISTEMA DE SAÚDE HÍBRIDO

O direito à saúde, enquanto direito social¹, é interpretado e instrumentalizado a partir da estrutura normativa constitucional, que prevê um sistema de saúde pelo qual, nada obstante integrante da seguridade social, possui características distintas em relação à previdência e assistência social. Segundo Balera (2021), essa estrutura é delineada no Título VII, Capítulo II da CF de 1988, que compreende justamente aquelas três áreas (saúde, previdência social e assistência), cada uma regulada por lei específica. No caso da saúde, temos desde a década de 1990 a Lei nº 8.080/90 .

A princípio, bastante importante é o fato de o constituinte ter optado, desde o início, por um modelo híbrido, isto é, o setor público que presta a atividade relacionada à saúde é complementado pelo setor privado, por meio de um sistema suplementar e supostamente sustentável e que, a partir de uma visão utilitarista, busca o atendimento do bem-estar maximizado para um maior número de pessoas. Pensamento este que, a princípio, é juridicamente válido - ao passo em que estabelecida normativamente - e justificável filosoficamente - na medida em que o “bem estar” é observado em um contexto específico das

¹ Social, e não propriamente individual, na medida em que previsto no capítulo II da Constituição Federal de 1988.

relações de uma economia de mercado capitalista - sem prejuízo de eventuais críticas mais profundas relacionadas à própria estrutura e as falhas de seu funcionamento.

Sobre esta opção, cerca de ano após a promulgação da Constituição Federal, relatava Wagner Balera (1989, p. 84):

Ampla a discussão travada no seio da Assembléia Nacional Constituinte a respeito desse tema. Propugnavam, alguns, pela criação de um monopólio estatal no setor da saúde. Outros, por seu turno, queriam liberdade total. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra. Esse caminho, escolhido pelo constituinte, é o ponto de equilíbrio.

Assim, 34 anos de experiências com este modelo híbrido, a questão é saber: *seria correto afirmar que, no Brasil, existe um equilíbrio econômico-financeiro que visa atender a uma melhor distribuição dos serviços de saúde?*

Sem dúvida, a questão não pode ser tratada de forma simplista e à revelia do próprio processo político que o integrou². É um sistema que passou por reformulações ao longo de diversos governos, crises econômicas e financeiras globais, bem como pelo descrédito generalizado nas instituições (justificado ou não) e pela redução de investimentos no próprio setor público (JURCA, 2020; MENEZES; MORETTI; REIS, 2019; CUNHA, 2017) - isso sem contar o colapso recente na saúde, impulsionado pela pandemia do COVID-19.

Historicamente, ao final do século XX, ao lado das reivindicações por uma cobertura mais abrangente e a pretexto de uma maior eficiência ou enxugamento sob aspecto financeiro, houve um quadro de transição política-econômica em que os serviços públicos passaram a ser parcial ou totalmente transferidos para iniciativa privada - o que chamamos de *privatizações*,

² Neste sentido, é importante destacar a importância do movimento sanitário de cunho publicista no Brasil, que estava inserido em um debate maior sobre a própria democracia. Como esclarece Cunha (2017, p. 69-70): “Seguindo a mesma toada, com a conjuntura pró-redemocratização do Brasil nos anos 1980, iniciam-se consideráveis avanços na participação popular, como a criação do Sistema Unificado e Descentralizado da Saúde (SUDS) e, em 1986, o Movimento pela Reforma Sanitária conseguiu uma importante vitória com a realização da 8ª Conferência Nacional da Saúde (CNS), ocasião em que foi debatida não só a importância de um Sistema Único de Saúde (SUS), mas também um debate mais amplo em torno de uma Reforma Sanitária, com a constitucionalização do direito à saúde. A 8ª Conferência Nacional da Saúde (CNS) foi realizada em Brasília e contou com a presença de quatro mil pessoas sendo o evento institucional de maior relevância durante o período da denominada Nova República. O documento final foi resultado de três dias de debate nos 135 grupos de trabalho (38 de delegados e 97 de participantes), discutindo a seguinte temática e seus desdobramentos: saúde como direito, reformulação do Sistema Nacional de Saúde (resultando posteriormente no SUS) e financiamento/fundo público. A Assembleia Nacional Constituinte realizada entre 1987 e 1988 equalizou as demandas da 8ª CNS em uma disputa ideológica que refletia, nas peculiaridades de um país de modernização conservadora, a influência do Estado do Bem Estar Social europeu e os conflitos ideopolíticos fomentados pelos progressistas e pelo ‘Centrão’. Tal Imbróglio democrático originou um sistema de seguridade social híbrido, pois sistematizada com direitos universais (saúde), dependentes do trabalho (previdência) e seletivos (assistência), não se consolidando como uma política de integração e unificação entre esses direitos constitucionalizados.”

originadas no contexto da implementação de *políticas neoliberais*³ - as quais notadamente recaíram em setores econômicos específicos como a previdência, educação e saúde. Sucedeu-se, em apertada síntese, a venda de empresas estatais para investidores privados, bem como a implementação dos regimes concessionários e permissionários de serviços públicos, em verdadeira substituição ou suplantação daqueles serviços, ainda que sem a perda do interesse público naquelas atividades.

Neste passo, o que importa indicar, é que o referido sistema (ou sistemas), no caso da Saúde, foi (re)desenhado para que uma parte fosse capitaneada com fortes investimentos pelo setor público, custeada de forma geral pelo própria seguridade social⁴, mas que, paralelamente, também pudesse permitir a iniciativa privada uma abertura cada vez maior para a sua atividade, tanto a partir do repasse público a instituições privadas sem fins lucrativos - como é o caso das OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) e OS (Organização Social) - quanto a abertura para investimentos privados com vistas ao lucro - como é o caso dos convênios ou planos administrados por empresas do ramo da saúde⁵.

No entanto, a forma de custeio público estabelecida pela Constituição não apenas se revelou *atécnica* desde seu princípio⁶ (BALERA, 1989, 2021), como *insuficiente* ao longo dos anos, pois franqueou uma progressiva redução da participação por parte da União e consequente desequilíbrio entre os entes federados, bem como promoveu um esvaziamento do

³ Como destaca Ricardo de Lima Jurca (2020, p. 5): “A sociedade brasileira, com uma intensidade inusitada desde o fim dos anos 80, foi o teatro exacerbado de um dos grandes conflitos das sociedades modernas, entre a lógica do mercado e a lógica da proteção. Na raiz da constituição de 1988, o país colocou em prática um conjunto de medidas econômicas que progressivamente se converteram no modelo neoliberal (privatização, liberalização econômica, desregulação, abertura internacional, flexibilização do trabalho). A instauração do modelo neoliberal no país não foi, porém, linear. A natureza e a profundidade da inflexão introduzida nos anos 90 são objetos de constantes discussões. A razão, para além dos aspectos técnicos, é evidente: trata-se não somente de definir a natureza real do modelo a ser implementado, mas também de articulá-lo à implementação democrática (pós-ditadura militar). O modelo neoliberal introduzido no país produziu um redesenho radical das relações sociais entre o mercado e o Estado. As relações entre as classes sociais sofreram uma profunda transformação à medida que a economia nacional se orientou para o mercado de capitais, que passou a regular, sobre novas bases, o mundo do trabalho, transformando os princípios da proteção social e, para além disso, os serviços públicos aos quais os cidadãos pudessem ter acesso.”

⁴ Conforme § 1º do Art. 195, CF: “O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”

⁵ Neste sentido, o Art. 199 e seus parágrafos: “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. § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.”

⁶ Nas palavras de Balera (1989, p. 1989): “Forçoso reconhecer que a matéria não foi bem sistematizada pela Lei Maior. Teria sido mais adequado instituir-se um fundo único para o qual fossem carreados todos os recursos devidos aos órgãos da seguridade social; e a gestão de tal fundo deveria observar as metas e prioridades definidas na lei de diretrizes orçamentárias, com o controle de aplicação pela própria comunidade. Essa difusa distribuição de recursos entre os distintos orçamentos dificulta a gestão do sistema, facilita a burla e complica o controle. Sabemos, todos, como são complexas as contas públicas no Brasil...”

próprio setor público, muito mais grave, com o repasse a organizações do setor privado⁷, que supostamente supriria a deficiência do setor público (MENEZES; MORETTI; REIS, 2019), mas que, na prática, não o faz.

Assim, enquanto o Sistema Único de Saúde, gerido pelo setor público, reduz sua capacidade de atendimento e amplitude - além de ser precarizado no que toca recursos humanos e investimentos para ampliação e manutenção da infraestrutura - uma porção cada vez maior da população sente-se motivada a adotar como prioridade a adesão aos planos de saúde e convênios médicos para que possa receber o atendimento que, em tese, seria gratuito, universal e igualitário.

Ao menos sob a ótica utilitarista, não haveria qualquer problema, ao passo que mesmo com a defasagem do setor público, um maior número de pessoas continuaria sendo atendida por meio dos planos privados . O problema reside no fato de que a cobertura deles depende de um sistema que preconiza não o atendimento, mas o maior custo-benefício e, que para se sustentar e ser rentável, depende de uma redução cada vez maior do rol de cobertura e barateamento também dos prestadores de serviços a eles vinculados.

Se, por um lado, existe o direito social à saúde, que deve ser para todos, por outro, também existe o direito a lucro por parte das empresas. Esse impasse - entre conceder um atendimento adequado à saúde do consumidor e prejudicar o lucro legítimo das empresas - ao invés de ser decidido na seara política, é ignorado e relegado a segundo plano.

O beneficiário, em vista de possíveis e reiteradas negativas do serviço em âmbito privado, e sem conseguir o básico no setor público, e sem qualquer solução adequada na seara política, encontra-se obrigado a litigar, buscar uma solução em juízo. Neste passo é que, na seara judicial, sugerem-se alguns parâmetros ou critérios - os quais, muitas vezes, ignoram por completo essa delicada situação.

⁷ Como bem esclarece Cunha (2017, p. 76-77): “As Organizações Sociais (OS’s) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP’s) foram implementadas formalmente pelas leis nº 9.637/98 e 9.790/99 e fazem parte de uma nova forma de gestão sanitária, seguindo as diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Estado (PDRE), instrumento basilar do neoliberalismo da década de 1990 no Brasil, com o intuito de transferir para as mãos da iniciativa privada o serviço público de saúde. Tanto as OS’s quanto as OSCIP’s podem, em determinados casos, contratar funcionários sem a obrigatoriedade de realização de concursos públicos, não necessitando de licitação para adquirir bens e serviços e sem prestar contas a órgãos de controle internos e externos, num retrocesso explícito não somente a todas as conquistas do projeto da Reforma Sanitária como também ao Estado Democrático e Social de Direito. Além disso, as OS’s têm seu financiamento bancado pelo Estado numa transferência do fundo público para a administração privada, o que resulta num flerte constante com corrupção e desvio de verbas. Dessa forma, com a implementação das OS’s e OSCIP’s no campo da política sanitária, houve uma violação constitucional pró-neoliberalismo no Brasil, pois o sistema privado só poderia atuar na saúde de forma complementar, conforme art. 199 da Constituição, e hodiernamente atua de forma praticamente prioritária com a interação da gestão administrativa das fundações privadas num âmbito que antes era de alçada pública fomentando uma concorrência entre as organizações com base na relação demanda-lucro.”

A pretexto de se defender uma previsibilidade e equilíbrio contratuais, em oposição a chamada “jurisprudência sentimental”⁸ (SCHULZE, 2020, p. 72) ou principiológica, é que se sugerem critérios para julgamento. Tais critérios seriam específicos, científicos e supostamente calcados em evidência. Mas, deste discurso jurídico, que em regra é utilizado mais como barreira do que propriamente para facilitar o acesso à saúde, na medida em que nem sempre favorecem o consumidor ou cidadão, o qual, como regra, encontra-se duplamente fragilizado, tanto pela sua condição pessoal ou doença, quanto pela negação política do seu direito à saúde, que também passa a ser negado via judiciário.

Evidente que a elaboração de critérios objetivos é importante para balizar julgamentos. Entretanto, para além da situação do caso concreto, forçoso reconhecer a situação econômico-financeira atual, das relações que se formam perante esta estrutura, que nitidamente é desigual, e pende sim para um lado, que não é do consumidor ou do paciente. Apesar das vitórias em certos aspectos, houve um retrocesso do sistema, que sofreu, já desde os idos de 1990, com a

focalização como limite de atuação, incentivos ao complexo médico-industrial-financeiro via desonerações e isenções fiscais, refilantropização, desprofissionalização como consequência de terceirizações e restrição dos objetivos, princípios e diretrizes do SUS; fortalecendo, desta forma, uma contrarreforma sanitária ligada aos setores privatistas e mercadológicos. (CUNHA, 2017, p.77-78).

Neste sentido, vale mencionar que este fenômeno não ficou adstrito ao final do século passado. Em verdade, está bem presente nos últimos governos. Por exemplo, a sinalização política para o desequilíbrio também na forma de representação dentro da esfera do executivo varia desde a escolha de um representante do setor dos planos de saúde para estar à frente do

⁸ A expressão é usada em tom de crítica à concretização do direito à saúde. Conforme a crítica de Clenio Jair Schulze (2020, p. 72): “A judicialização da saúde exige a discussão sobre um ponto importante: os critérios de julgamento dos processos judiciais. Nesse sentido, a tradição brasileira indica que há dois caminhos a seguir. O primeiro deles é aquele em que o magistrado adota critérios técnicos, ou seja, expõe os fundamentos e conclui sua decisão com base em evidências científicas na área da saúde ou a partir da indicação clara e objetiva de razões admitidas por grande parte dos profissionais da saúde. Adotar tal posição significa seguir uma linha denominada jurisprudência técnica. O segundo modelo existente é aquele em que o juiz supera os argumentos das Ciências da Saúde e invoca fundamento geralístico e abstrato, de natureza principiológica, geralmente com a aplicação inadequada da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, da Justiça. Nesse caso, tem-se a jurisprudência sentimental. No âmbito da judicialização da saúde, o emprego do sentimentalismo é muito comum em razão da natureza social e da importância da intervenção na parte autora do processo judicial. E com base nos argumentos abstratos, como já citados, superam-se os contratos celebrados na saúde suplementar e também são desconsideradas normas estabelecidas em políticas públicas de saúde.”

Ministério da Saúde⁹, bem como cortes cada vez mais drásticos e excessivos dos gastos públicos¹⁰. Ou, ainda os critérios adotados pela ANS para aferir o aumento do preço de planos de saúde, que podem ser bem mais favoráveis aos planos do que aos consumidores¹¹, como constatado em recente estudo pela Diretoria de Estudos e Políticas Sociais (DISOC) do IPEA (FIUZA; MARINHO; OCKÉ-REIS, 2020).

Além disso, não se pode olvidar que, em plena pandemia, enquanto há um superendividamento de pessoas e pequenas empresas familiares, as operadoras de planos de saúde registraram lucro de 22% maior no primeiro semestre de 2021 em relação ao de 2020, estimado em torno de R\$ 2,3 bilhões para R\$ 2,82 bilhões, pela subutilização dos recursos disponíveis (CASEMIRO, 2021). Importante destacar que essa tendência já estava em curso no ano de 2020 para o setor como um todo: houve um aumento de 49,5%, atingindo um lucro líquido de 17,5 bilhões, encerrando o ano com uma alta de 650 mil novos usuários, atingindo o incrível patamar de 47,6 milhões de usuários (KOIKE, 2021).

Em suma, a sociedade brasileira caminha para o abandono irreversível do setor público - cujo critério para a ação é de *universalidade e igualdade no tratamento de pacientes* - e em direção a uma dependência cada vez maior do setor privado, sobretudo aquele que visa ao lucro - e, aqui, vale frisar que o lucro, em si, é legítimo - favorecido a partir do *critério da eficiência econômica*, com reduções de custos, inclusive em oposição aos interesses dos beneficiários, mesmo daqueles que possuem certo poder aquisitivo.

⁹ Aqui, refere-se ao governo Temer, que endossou politicamente a E.C 95/2016, bem como indicou para chefiar o Ministério da Saúde um representante dos planos de Saúde, como bem lembrado por Menezes, Moretti e Reis (2020)

¹⁰ Vide, por exemplo, a E.C 96/2016. Segundo Menezes, Moretti e Reis (2020, p. 66): “Com o congelamento do piso de aplicação em saúde, o setor já perde R\$ 8,2 bilhões em 2019, isto é, caso vigorasse o piso anterior – 15% da RCL [Receita Corrente Líquida] de cada ano –, o orçamento da saúde seria, pelo menos, R\$ 8,2 bilhões maior do que o disponível. A perda estimada é resultado da diferença entre R\$ 127 bilhões, ou seja, 15% da RCL prevista para 2019 (mínimo obrigatório caso não vigorasse a EC 95), e o valor orçamentário disponível para 2019, de R\$ 118,8 bilhões (dotação da LOA, subtraindo-se os valores contingenciados na data de consulta ao Siop). Vale ressaltar que o orçamento disponível da saúde está praticamente no piso rebaixado da EC 95. Para 2020, a primeira proposta orçamentária encaminhada pelo governo Bolsonaro aprofunda o quadro aqui descrito. A dotação prevista de ASPS [Ações e Serviços Públicos de Saúde], de R\$122,1 bilhões, está quase no piso congelado da EC 95 (R\$121,2 bilhões). Se vigorasse o piso anterior, o orçamento de ASPS estaria mais de R\$10 bilhões acima do valor proposto, indicando uma perda total para o SUS, em apenas dois anos, de quase R\$20 bilhões. Isto é, o piso já se tornou teto, materializando a submissão do orçamento de saúde ao princípio da austeridade”.

¹¹ Concluem os autores: “Diante da explosão dos preços, que, em conjunto com o crescimento do desemprego, contribuiu para a recente expulsão de 3 milhões de usuários do mercado (Ocké-Reis, Fiuza e Coimbra, 2019), a diretoria colegiada da ANS aprovou essa nova metodologia, baseada na VDA, calibrada pela produtividade e faixa etária. Cabe arguir: será essa regra capaz de medir os custos, os preços e a eficiência do setor, visando refrear o aumento continuado dos preços em face da consolidação de grandes conglomerados? Por que deixaram de fora novamente os planos empresariais, os quais, a um só tempo, representam a maioria do mercado e cujos contratos podem ser rescindidos unilateralmente? Em particular, decididamente, a fórmula de reajuste de preços de planos de saúde individuais não comunga com as melhores práticas de benchmarking, pois assenta-se em medidas de eficiência equivocadas.” (FIUZA; MARINHO; OCKÉ-REIS, 2020, p. 16).

3. O LIMITE DA NEGATIVA POR PARTE DOS PLANOS

Como visto, o Brasil adota um modelo de saúde híbrido, que comporta tanto a atuação do Estado com universalização do atendimento, como a opção privada, seja ela de hospitais particulares ou de plano de saúde, para aqueles consumidores que podem e querem arcar com tais gastos.

De início, até com vistas à pertinência temática do presente estudo, importante analisar alguns dados para checar qual o tamanho da judicialização de demandas envolvendo planos de saúde. Em estudo realizado no ano de 2009 envolvendo apenas uma operadora de plano de saúde, a CASSI (com beneficiários exclusivamente de funcionários do Banco do Brasil), José Oliveira e Paulo Fortes (2013, p. 42) chegaram à conclusão que a cada 190 beneficiários, um precisava se socorrer do judiciário em algum momento. Em termos percentuais, era uma ação para cada 0,52% dos consumidores daquele plano.

Em outra pesquisa, se constatou que entre os anos de 2009 e 2010 foram julgadas, só pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 782 ações envolvendo negativa de cobertura de planos de saúde (SCHEFFER, 2013, p.126).

Em 2011, as empresas de seguro e previdência privada estavam na sexta posição entre os maiores litigantes do Brasil, com 0,93% das ações, perdendo para Bancos, entes públicos (municípios, Estados e União) e empresas de telecomunicações. Mesmo assim, estavam à frente de empresas relacionadas ao comércio, à indústria, serviços e transporte (CNJ, 2012, p.8).

Assim, fica claro que a saúde é um tema com acentuada judicialização no Brasil, de modo que agora é possível se analisar um tema específico dentro dessas ações: a negativa de fornecimento de tratamento e medicamento.

Atribuindo todas as solicitações de tratamento e medicamento realizados pelos beneficiários como um conjunto, pode-se gerar dois subconjuntos: (i) de um lado, situações que não tendem a gerar conflitos; (ii) de outro, situações que planos e consumidores tendem a discordar.

No subconjunto (i), que não é tema desse artigo, se encontram situações que não tendem a gerar litígios judiciais, como casos em que ambas partes concordam com a solução, seja ela pela cobertura ou pela negativa. Nesse sentido, são os tratamentos expressos como cobertos no rol da ANS e os básicos, já previstos na lei dos planos de saúde. Ademais, nos excluídos estão aqueles fora do período de carência e com doença pré-existente.

O presente artigo se concentrará no subconjunto (ii), daqueles procedimentos que geram judicialização, em especial aqueles que ainda não constam no rol da ANS. Esse subconjunto é composto também por outros casos que não serão analisados nesse momento, como procedimentos experimentais e *off-label* (diz-se daqueles que a bula indica para um fim, mas muitos médicos receitam para outro ainda não clinicamente comprovado).

Para melhor entender e analisar a negativa dos planos, necessário se faz estabelecer uma primeira premissa - a extrema importância do direito à saúde, que transcende a sua posição constitucional, sendo um pilar de toda a ordem legal.

Como não poderia ser diferente, tem papel central também no Código de Ética Médica, no capítulo I, item II dispõe que: “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

Todavia, ao mesmo passo que a saúde é um direito fundamental de primeira grandeza, a livre iniciativa também o é. Assim, a atividade econômica exercida pelos planos de saúde funciona dentro do contexto da economia de mercado, enquanto empresa privada e, como tal, buscam o lucro, conforme esmiuçado na seção 1 deste estudo.

Dentro de uma ótica utilitarista, que pode ser empregada por uma empresa capitalista, é plenamente possível que no cálculo de matemática atuarial, de redução de gastos, torne preferível o lucro do que salvar vidas. Um exemplo paradigmático desta lógica é a conhecida história do Ford Pinto¹².

No caso específico do Direito à saúde, enfrenta-se situação análoga, no momento em que se constata a negativa de cobertura e fornecimento de medicamentos, que muitas vezes pode resultar em danos irreversíveis ao paciente e até mesmo lhe custar sua vida.

Dentro de um sistema de livre mercado (e principalmente se pensar em Estado mínimo) é natural pensar que o lucro da empresa tenha até mais importância que salvar algumas vidas. Quanto menos poder o Estado tiver, menos interferirá e, conseqüentemente, mais liberdade de atuação privada as pessoas terão. A função do Estado, nessa visão liberal, é ser um agente protetor “contra a força, o roubo, a fraude, violação de contratos” (HELD, 1987, p. 222). Quanto mais as empresas atuarem livremente, naturalmente, mais pensarão nos lucros do que na benevolência de salvar desconhecidos.

¹² Em que o fabricante tinha conhecimento de problemas no veículo capazes de gerar a explosão do após uma colisão e, após fazer os cálculos, entendeu que seria mais barato pagar a indenização para as vítimas do que reparar o dano, que era orçado na base de onze dólares por carro

Assim, não pode haver surpresa ou novidade se algum plano de saúde preferir buscar o lucro a “salvar uma vida”, nesse contexto de sua relação privada contratual. Se entender que o contrato não prevê determinado tratamento, não terá a menor dificuldade em o negar, mesmo que isso signifique a morte do segurado. Há que se esclarecer que não se valora essa opção, apenas se constata um fato.

Por isso, o judiciário permitir um tratamento apenas com base no argumento de “salvar uma vida” é falho, visto se tratar de uma empresa privada com o intuito de obter lucro, que pode até ter essa obrigação moral de salvar os pacientes, mas não jurídica, que não se confundem:

Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física (KELSEN, 1999, p.44).

Os planos não preconizam o atendimento universal, tal qual o SUS, se limitando a atender as coberturas que oferece aos seus clientes - isto é, que entender economicamente viável oferecer a seus clientes. A grande questão é qual a linha divisória entre o que deve ser coberto pelos planos e quais coberturas podem ser negadas dentro dessa relação de consumo.

Num primeiro olhar, a questão parece de fácil solução. A cobertura seria obrigatória nos termos da lei e do contrato entre o consumidor e plano. Todavia, ante a enormidade de tratamentos médicos disponíveis (e novos que são criados todos dias), fica impossível para lei regulamentar todas as opções, o que gera brechas para judicialização do tema.

E a questão não poderia ser fácil mesmo, até pontos que deveriam ser claros só são conquistados após muita luta (a escravidão é um exemplo histórico), para os planos pode-se dizer da súmula 302 do STJ, que entende como abusiva cláusula que preveja limite de tempo de internação. Por mais que possa parecer algo banal, precisou de uma súmula para pacificar o tema.

Uma dessas brechas de interpretação incide nos casos em que o contrato prevê que não há cobertura fora do rol da ANS. Esse tipo de tratamento/medicamento deve ou não ser coberto pelo plano?

Primeiro, há que se entender que o rol da ANS é um rol mínimo de procedimentos que devem ser atendidos. Os planos não podem oferecer serviços inferiores ao rol da ANS, mas

podem atender além dele. Ele possui certa estática se comparado à medicina, vez que não é atualizado com a mesma frequência que novos tratamentos/ medicamentos são desenvolvidos, o que já resulta em prejuízo em segui-lo.

Além disso, não é o único balizador. A lei 9656/98, também estabelece parâmetros, como visto por exemplo em seu artigo 12, ao determinar que planos com internação hospitalar devem cobrir tratamentos

antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar (BRASIL, 1998)

Uma interpretação possível é que essa cobertura vale, inclusive, para medicamentos e tratamentos não previstos no rol da ANS. Além disso, no artigo 10 elenca as excludentes, como procedimentos experimentais ou não reconhecidos pelas autoridades competentes, mas não elenca a ausência no rol da ANS como previsibilidade de negativa.

Ainda, a resolução normativa 395/2016 da ANS assegura o atendimento adequado ao consumidor, com acesso aos serviços conforme dispositivos legais, referendando os artigos 10 e 12 da lei dos planos.

Inobstante esses dispositivos, os planos podem sustentar que o contrato prevê expressamente apenas o rol de cobertura da ANS, sendo que qualquer tratamento além disso, autorizado via judiciário, desequilibraria a relação contratual, fato já reconhecido em julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020).

A validade dessa argumentação perpassa o estudo de abusividade da norma contratual que limita o tratamento do paciente. O contrato pode até prever o rol da ANS como limite máximo de cobertura, mas para ser válida tal norma deve respeitar o sistema legal, inclusive o dever de informar do código de defesa do consumidor. Alguns questionamentos, podem ser feitos: o consumidor tem ciência do que é o rol da ANS? De quais procedimentos fazem ou não parte? Houve essa informação no momento da contratação?

Há um claro dever de informar nos contratos regidos pelo código de defesa do consumidor e de boa fé, que é “um pensar refletido, é o pensar no outro, no mais fraco, no parceiro contratual, nas suas expectativas legítimas, é lealdade, é transparência, é informação, é cooperação, é cuidado, é visualização e respeito pelo outro” (MARQUES, 2002, p.48)

Ademais, é frágil a argumentação de que haverá um desequilíbrio contratual de tal monta a ser apto a prejudicar os outros consumidores, que não terão acesso ao tratamento que

precisarem (coberto), por conta de sentenças que conferiram tratamentos não cobertos a outros consumidores, esgotando os fundos do plano (FURLANETO, 2011, p. 407). Esse tipo de sustentação não encontra guarida com a realidade e é uma análise muito consequencialista¹³.

Apenas verificando balanço patrimonial de três planos listados na bolsa de valores de São Paulo (B3), o resultado líquido da SulAmérica apenas em 2020 foi de 994 milhões de reais (DIÁRIO COMERCIAL, 2021), enquanto da Notredame foi de 817 milhões (ERNST YOUNG, 2020) e do Bradesco Saúde de 3.594 bilhões (BRADESCO SEGUROS, 2020). O ativo dessas 3 empresas somados são de 40 bilhões, de modo que não parece razoável que a tutela de alguns tratamentos gerará desequilíbrio contratual, pelo contrário.

Há que se ressaltar que são empresas privadas, não se defende a tutela para a realização de procedimentos ou fornecimento de medicamentos apenas para salvar as pessoas e sim naqueles casos que deveriam ser cobertos.

A razão para tanto foi estabelecida em sede de Recurso Especial 1320805 (BRASIL, 2013), que entendeu que quem define o tratamento é o médico e não o plano.

Se o médico prescrever um tratamento mais moderno, que ainda não teve tempo de entrar no rol da ANS, ele deverá ser realizado, até por ser a solução mais adequada e menos invasiva para salvar a vida do paciente.

Quem tem o conhecimento técnico de avaliar o melhor tratamento é o médico, de forma que se a doença está coberta, todo o tratamento deve estar, ainda que não faça parte do rol da ANS.

Nos dizeres do Ministro Menezes direito

não me parece razoável que se exclua determinada opção terapêutica se a doença está agasalhada no contrato. isso quer dizer que se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. e isso, pelo menos na minha avaliação, é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é o senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente (BRASIL, 2007).

¹³ Corrente filosófica em que o resultado da ação ou omissão tem mais importância do que a moral envolvida no ato.

Se, num caso concreto, existem dois tratamentos - um mais antigo e invasivo e outro mais moderno, se ambos já são utilizados e testados em larga escala, e ambos são realizados no Brasil, mesmo que o segundo não esteja no rol da ANS - cabe ao médico optar por qual dos dois é o melhor para o paciente, e não o plano. O plano não pode substituir o médico nessa relação. Diga-se, o médico que o próprio plano credencia.

Dessa forma, a negativa se mostrará abusiva. Não é abusiva pelo fato de o direito à vida prevalecer ao direito à livre iniciativa do plano e sim pelo conjunto de normas analisadas, como a lei do plano de saúde e o código de defesa do consumidor. A questão é resolvida pela subsunção de fatos às normas, não precisando chegar à ponderação de princípios.

4. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, foi possível observar que existe uma elevada disparidade econômica, técnica e jurídica entre os planos de saúde e seus clientes.

Por certo, uma vez que a relação entre planos e clientes obedecem às disposições do Código de Defesa do Consumidor, há uma tendência de a lei ser mais protetiva ao consumidor do que outras leis entre partes mais equânimes (como o Código Civil), com o fito de equilibrar um pouco mais a balança.

Desse modo, foi desenvolvida a metodologia do presente estudo, analisando-se as normas gerais e especiais com uma visão sistêmica de proteção ao consumidor.

Optou-se por estudar a negativa de cobertura de medicamentos e tratamentos por parte dos planos privados, naqueles casos não previstos no rol mínimo da ANS e nem com exclusões estabelecidas em lei.

A grande divergência ocorre em entender se essa negativa é válida ou não.

De um lado, demonstrou-se que os planos sustentam a obrigatoriedade e taxatividade do rol da ANS, a fim de limitar a cobertura e justificar a negativa, apresentando-se ainda argumento sobre o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual; de outro, os consumidores entendem ser essa negativa abusiva, fato esse que afastaria referida regra e permitiria o ingresso em juízo para satisfação da pretensão.

Constatou-se, em primeiro lugar, sob ponto de vista econômico-financeiro, que o próprio sistema híbrido, na forma como evoluiu seu custeio e paulatina política de despriorização da sua atividade pelo setor público, permitiu situações assimétricas sobre a oferta de serviços médicos e a qualidade de atendimento, deixando o cidadão cada vez mais dependente do setor privado para atingir o seu direito a saúde. E, neste passo, identificou-se que houve a consolidação de um sistema altamente lucrativo para o setor privado, não

justificando, portanto, a afirmação que uma maior cobertura traria necessariamente grave prejuízo e desequilíbrio aos planos de saúde.

Em segundo, que a negativa se revela abusiva, eis que o rol prevê o mínimo de procedimentos, mas que pode ser expandido, na medida que novos tratamentos e medicamentos surgem diariamente e o rol não consegue acompanhar tal evolução.

Ademais, compete ao contrato do plano prever a tutela da doença, sendo que cabe ao médico (e não o plano) optar pelo melhor tratamento e ou medicamento, já que possui o conhecimento técnico para tanto e seu intuito é puramente o melhor para o paciente, não tendo nenhum outro tipo de interesse no resultado, como o financeiro.

Com isso, a hipótese se verifica, no sentido de que a negativa de cobertura sob o argumento de o procedimento ou tratamento não fazer parte do rol da ANS é abusiva, ainda que prevista em contrato.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA CUNHA, J. R. O direito à saúde no Brasil: da redemocratização constitucional ao neoliberalismo de exceção dos tempos atuais. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 6, n. 3, p. 65–89, 2017. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/395>. Acesso em: 1 set. 2021.

BALERA, W. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BALERA, W. O plano de custeio da segurança nacional e a legislação que o regula. **Revista Consultor Jurídico**, 27 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/balera-plano-custeio-seguridade-nacional-legislacao>. Acesso em: 1 set. 2021.

BRDESCO SEGUROS. **Relatório da administração**. Osasco, 2020. Disponível em <https://www.brdescoseguros.com.br/clientes/institucional/demonstrativos-financeiros>. Acesso em: 03 Set/2021.

BRASIL. Lei nº 9656 de 03 de junho de 1998, **lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em 28 Out/2021

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n. 302**. DJ: 22/11/2004, p 425, 2004. Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula302.pdf. Acesso em: 03 Set/2021.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. **Recurso Especial 1.733.013 Paraná**. Relator: Luis Felipe Salomão. Recorrente: Victoria Teixeira Bianconi. Requerido: Unimed Londrina. DJ: 12/02/2020, 2020. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 03 Set/2021.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. **Recurso Especial 1.320.805 São Paulo**. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Recorrente: Rubens Monea. Requerido: Itauseg Saude. DJ: 05/12/2013, 2013. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24815149/recurso-especial-resp-1320805-sp-2012-0086320-3-stj/inteiro-teor-24815150>. Acesso em: 03 Set/2021.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. **Recurso Especial 668.216 São Paulo**. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. Recorrente: Anselmo Vessoni. Requerido: Itauseg Seguros. DJ: 02/04/2007, 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8958179/recurso-especial-resp-668216-sp-2004-0099909-0/inteiro-teor-14129228>; Acesso em: 03 Set/2021.

CASEMIRO, L. Lucro de planos de saúde sobe 22% no 1º trimestre, para R\$ 2,8 bilhões. **O Globo**, 03 Jun. 2021. Economia. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/lucro-de-planos-de-saude-sobe-22-no-1-trimestre-para-28-bilhoes-25045675>. Acesso em: 02 Set./2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes 2012**, 2012. Disponível em: (CNJ https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 03 Set/2021.

DIÁRIO COMERCIAL. **Relatório administração Sul America Companhia de Seguro Saude**. São Paulo, 2021. Disponível em https://dc07cyrca0ho.cloudfront.net/data/files/E7/81/80/1A/6A888710F0E474871B4616A8/DF_31122020_SUL_AMERICA_CIA_DE_SEGURO_SAUDE.pdf. Acesso em: 03 Set/2021.

ERNST YOUNG. **Relatório do auditor independente sobre as demonstrações financeiras**. São Paulo, 2020. Disponível em <https://www.gndi.com.br/documents/20182/143566258/DF+-+Dez+2020+NDI+Sa%C3%BAde.pdf/daaf74e-fd44-92f2-f6c4-ccb85b3213a8>. Acesso em: 03 Set/2021.

FIUZA, E. P. S; MARINHO, A.; OCKÉ-REIS, C. O. **Nota Técnica n. 90 (Disoc): A nova metodologia de reajuste dos planos de saúde medirá os custos, os preços e a eficiência das operadoras?**. Brasília, IPEA, Out./ 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/201007_nt_disoc_n_90.pdf. Acesso em 02 set. 2021.

FURNALETO. F.C. Direito à saúde e a iniciativa privada: o dever estatal e a limitação dos contratos de planos de saúde. **Revista de Direito Privado**, vol. 42, p. 185 – 243, 2010. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webvistas/rdpriv-revista-de-direito-privado.html>. Acesso em: 03 Set/2021.

HELD, D. **Modelos de democracia**. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.

JURCA, R. de L. neoliberalismo e individualização nas políticas de saúde na periferia sul de São Paulo. **Caderno CRH**, v. 33, p. 020037, 2020. Disponível em: periodicos.ufba.br/index.php/crh/article/view/30502. Acesso em: 1 set. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOIKE, B. Lucro das operadoras de planos de saúde tem alta de 49,5% em 2020. **Valor Investe**, São Paulo. Empresas. 05 Maio 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/empresas/noticia/2021/05/26/lucro-das-operadoras-de-planos-de-saude-tem-alta-de-495percent-em-2020.ghtml>. 26 maio 2021. Acesso em: 02 Set./2021.

MARQUES, C.L. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n.22, p47-83, 2002. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72637/0>. Acesso em: 03 Set/2021.

MENEZES, A. P. do R.; MORETTI, B.; REIS, A. A. C. dos. O futuro do SUS: impactos das reformas neoliberais na saúde pública – austeridade versus universalidade. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, V. 43, N. Especial 5, p. 58-70, DEZ./2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/Crx69r6gtrkW3td8wsBPW3n/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 1 set. 2021.

OLIVEIRA, J.P.; FORTES, P.A.C. De que reclamam, afinal? Estudo das ações judiciais contra uma operadora de plano de saúde. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v.13, nm3, p-33-58. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56242/59452>. Acesso em: 03 Set/2021.

SCHEFFER, M. Coberturas assistenciais negadas pelos planos e seguros de saúde em ações julgadas pelo tribunal de justiça do estado de São Paulo. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v.14, n.1, p. 122-132. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56627>. Acesso em: 03 Set/2021.

SCHULZE, J. C. A nova judicialização da saúde. In: Sandra Krieger GONÇALVES, S. K. (org.). **Revista de direito sanitário da Comissão da Saúde: saúde e Ministério Público: desafios e perspectivas**, n. 1. Brasília: CNMP, 2020.