

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Deivid Donizete dos Santos

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Taubaté- SP

2020

Deivid Donizete dos Santos

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade de Taubaté – UNITAU, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil
Orientadora: Professora Mestra
Andreia Fogaça Rodrigues
Maricato.

Taubaté- SP

2020

**Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBi
Grupo Especial de Tratamento da Informação – GETI
Universidade de Taubaté**

S237j Santos, Deivid Donizete dos
Judicialização da saúde no Brasil / Deivid Donizete dos Santos. --
2020.
47 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2020.

Orientação: Profa. Ma. Andreia Fogaça Rodrigues Maricato,
Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Judicialização do direito à saúde - Brasil. 2. Juízes - Decisões. 3.
Poder judiciário - Brasil. 4. Direito constitucional. I. Universidade de
Taubaté. II. Título.

CDU 34:614(81)

Deivid Donizete dos Santos

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade de Taubaté – UNITAU, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil
Orientadora: Professora Mestra
Andreia Fogaça Rodrigues
Maricato.

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA - Universidade de Taubaté

Profa. Me. _____

Assinatura: _____

Prof. _____

Assinatura: _____

Dedico esse trabalho aos meus pais, Cirineu e Neide,
responsáveis pela minha formação humana e grandes
incentivadores da minha vocação profissional.

Agradecimentos

A Deus, por me ajudar a superar todos os desafios encontrados durante o curso.

A minha família e meus amigos que acompanharam todo esse período de estudo e dedicação.

Aos colegas e professores, por compartilharem conhecimento e experiência, que resultaram num melhor desempenho para o meu processo de formação profissional.

*“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o
Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”*

Eduardo Juan Couture

Resumo

O presente trabalho analisará os frequentes acessos da população à justiça para discutir as falhas no oferecimento da assistência de saúde pública. A saúde oferecida pelo setor privado também será passível de análise, visto que por vezes os planos de saúde não atendem os segurados em suas necessidades. Esta pesquisa tem como intuito determinar por quais razões o acionamento do Judiciário ocorre repetidamente. Para embasar o desenvolvimento, é indispensável observar primeiramente o Direito Constitucional, como a Carta Magna aborda o direito à saúde e qual dos Poderes tem a competência originária de fornecer o acesso à saúde de qualidade. No desenvolvimento, será ressaltada a discrepância entre a saúde do setor público e do setor privado, e apesar disso, algumas semelhanças serão apontadas, tal qual a recusa unânime em fornecer alguns medicamentos ou procedimentos específicos aos doentes, obrigando àquele que necessita de amparo para a manutenção de sua saúde a ingressar com ações na Justiça para ver seu direito amparado. Por fim, a pesquisa se concluirá com a determinação dos principais motivos para o elevado acesso à Justiça e apresentação de possíveis soluções para a problemática.

Palavras-chaves: Saúde. Poder Judiciário. Direito Constitucional.

Abstract

This paper will analyze the population's frequent access to justice to discuss failures in the provision of public health care. The health offered by the private sector will also be subject to analysis, since health plans sometimes do not meet the needs of policyholders. This research aims to determine the reasons why the Judiciary is triggered repeatedly. To support development, it is essential to first observe Constitutional Law, how the Magna Carta addresses the right to health and which of the Powers has the original competence to provide quality access to health. In development, the discrepancy between public and private health will be highlighted, and despite this, some similarities will be pointed out, such as the unanimous refusal to provide some specific drugs or procedures to patients, forcing those who need support for the maintenance of your health to file lawsuits to see your right protected. Finally, the research will conclude with the determination of the main reasons for the high access to Justice and the presentation of possible solutions to the problem.

Keywords: Health. Judiciary. Constitutional Rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. DIREITO CONSTITUCIONAL E SAÚDE	13
2.1 Evolução do Direito à Saúde	13
2.2 A saúde na Constituição Federal	15
3. O ACESSO À SAÚDE	18
3.1. Setor Público	19
3.1.1 O SUS – Lei 8080 de 1990	19
3.2 Setor Privado	23
3.2.1 Planos de Saúde	24
3.2.2 Regulamentação dos Planos de Saúde – ANS	27
4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	33
4.1 Principais falhas no setor público	33
4.1.1 Jurisprudência	35
4.2 Principais falhas no setor privado	38
4.2.1 Jurisprudência	39
5. CONCLUSÃO	43
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

1. INTRODUÇÃO

O Direito à Saúde é um dos direitos mais básicos do ser humano. Sem a saúde, nada pode ser conquistado e a vida perde parte de sua plenitude. A Constituição Federal de 1988 entendeu a relevância do tema e incluiu o Direito à Saúde em seu texto, logo é obrigação do Estado Brasileiro garantir o acesso à saúde a todos. Ocorre que por inúmeros problemas que serão apresentados no decorrer deste trabalho, o Estado por vezes falha na execução dessa garantia. E não somente o Estado: a saúde no Brasil também possui um amplo setor privado que oferece serviços a milhares de segurados, e até mesmo esse sistema de saúde suplementar em diversas situações não oferece o medicamento ou procedimento a que se propôs inicialmente. Sendo assim, nota-se que a execução natural do direito sobre o tema ainda é uma realidade distante, principalmente em regiões mais ermas do território nacional.

A presente pesquisa se propõe a traçar um caminho pela evolução do oferecimento da saúde em território brasileiro, apresentará as origens dos planos de saúde nacionais e do Sistema Único de Saúde, e traçará um paralelo entre as duas modalidades de oferecimento de serviços na área (pública e privada) para escancarar a diferença das realidades e os problemas peculiares de cada uma delas. Toda a população adaptou-se a acionar insistentemente o Judiciário intencionando ter cumprido seu direito à saúde, mas os motivos que levam usuários do SUS e conveniados de seguro possuem certas diferenças.

Após o aprofundamento no conhecimento do funcionamento do SUS e da saúde suplementar, surgirão inevitavelmente muitas das razões para demandar à Justiça e a conclusão apontará possíveis soluções.

2. DIREITO CONSTITUCIONAL E SAÚDE

Neste capítulo será explorado o Direito Constitucional e suas garantias com relação à saúde. Para adentrar no tema, primeiramente faz-se necessária a exposição da evolução da saúde no Brasil e da garantia deste direito.

2.1 Evolução do Direito à Saúde

A evolução do Direito à Saúde passou por várias fases e desafios. Primeiramente para entender a complexidade do tema abordado, *mister* apresentar a definição do conceito segundo a Organização Mundial Saúde (OMS, 1948) que entende que saúde é "um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente ausência de afeções e enfermidades.". Em outros termos a saúde é uma ideia ampla, que engloba não apenas o físico e o psicológico, contudo também o bem estar das relações sociais do indivíduo.

Muito se desenvolveu até a humanidade alcançar esse conceito. Na Antiguidade, alguns povos pagãos acreditavam que a saúde era um presente das divindades, enquanto a doença uma forma de punição, sendo que para reestabelecer o bem-estar e conseguir o perdão dos Deuses que curariam o mal sofrido com a doença, o enfermo deveria se submeter a rituais liderados pelos líderes religiosos (SILVA, 2016). As medicinas ainda rústicas praticadas por povos orientais acreditavam no *equilíbrio* da natureza, ou seja, se o seu corpo está em equilíbrio ele se curará, o que é uma noção da medicina holística, pratica alternativa utilizada até hoje. O trecho do artigo *Direito à Saúde: Evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de Karl Popper*, explicita o exposto:

Ainda na Antiguidade, as medicinas hindu e chinesa apresentaram uma nova forma de compreensão da doença, pautada na noção de equilíbrio. Surgiu, assim, o modelo holístico de saúde, que associava a ideia de proporção justa ou adequada com a de saúde e doença. Dessa maneira, a saúde era compreendida como consequência do equilíbrio entre os elementos que compõem o organismo humano. Um desequilíbrio desses elementos permitiria, portanto, o aparecimento da doença. (SILVA, 2016)

Já a saúde e a doença para os egípcios eram causa de curiosidade: haviam teorias baseadas na observação, que esboçavam explicações não sobrenaturais para o manutenção destes estados.

Nos dias atuais, a forma como a medicina ocidental é exercida advém da época renascentista, quando os campos científico e cultural fervilhavam de novidades. O corpo humano passou a ser visto menos como um objeto de castigo para os Deuses¹ e muito mais como um organismo mecânico. Tal qual uma bicicleta que tem guidão, freios e rodas, cada parte do corpo possui uma função, e para melhor observar o funcionamento e as possíveis causas de falhas em cada uma das “engrenagens”, dividiu-se o estudo do corpo humano em partes, e até hoje nas faculdades de Medicina ocidentais a transmissão do conhecimento sobre esta “máquina” é realizada desta forma.

Em território brasileiro pode-se dividir a história da saúde em dois períodos: antes da criação do SUS² e depois da criação do SUS pela Constituição Federal de 1988. Anterior à existência desse sistema de saúde pública, a grande população que não possuía respaldo de convênio de saúde podia recorrer ao INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social). O direito à saúde pública era intimamente ligado à contribuição para a Previdência, ou seja, só poderiam utilizar-se dos serviços do INAMPS, aqueles que possuíam carteira de trabalho assinada formalmente, conforme assinalado no excerto retirado do Portal Drauzio Varella:

Criado em 1977, o INAMPS era ligado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, e fornecia atendimento com uma ressalva: somente era atendida a população formada por aqueles que trabalhavam em empregos formais e contribuíam com a Previdência Social (ou, seja, aqueles que tinham a popular “carteira assinada”). Pessoas que não estavam em empregos formais não tinham acesso a serviços de saúde como temos hoje, por meio do SUS. Para se ter uma ideia, pessoas desempregadas representavam 7,1% da população economicamente ativa em 1984, segundo dados do IBGE. Essa parcela era obrigada a recorrer ao sistema privado ou aos poucos serviços municipais, estaduais e de instituições assistencialistas, como Santas Casas de Misericórdia ou hospitais universitários.(MACHADO, 2017)

Em outros termos, o INAMPS funcionava como uma espécie de “convênio” público; as pessoas que recolhiam para Previdência eram agraciadas com serviços

¹Ou para Deus, no caso das religiões monoteístas como o Cristianismo, que ascendeu na Idade Média.

²Sistema Único de Saúde

médicos gratuitos, enquanto a parcela de trabalhadores informais, por vezes com piores condições de salários, tinham que pagar por consultas e exames particulares ou contar com o atendimento de instituições assistencialistas e hospitais de estudantes internos, conhecidos como hospitais universitários. O acesso à saúde até este momento poderia ser considerado até mesmo segregatório. Somente com a Carta Magna de 1988 que a universalização do Direito à Saúde ocorreu.

2.2 A saúde na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 tem características humanitárias, valorizando os principais direitos e garantias da pessoa, sendo que alguns destes foram suprimidos no período de ditadura militar (1964-1985). A saúde ser incluída com tanto cuidado na Carta Magna do Estado também representou uma grande conquista, visto que mesmo antes do período antidemocrático vivido, as Constituições Brasileiras não incluíam a saúde com devida importância em seus textos. A Constituição de 1824 dá direito aos “socorros públicos” porém de forma vaga, e a Constituição de 1891 menciona indiretamente a pauta, tratando a saúde pública como “segurança individual”. (SILVA, 2016).

Já a inovadora CF/1988 trata a saúde diretamente em quatro artigos, do art. 196 ao 200:

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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

O primeiro artigo obriga a criação pelo Estado de políticas sociais e econômicas para aumentar o acesso à saúde e garantir que este seja universal, e estipula que o dever de fornecer saúde é sobretudo do próprio Estado.

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. (BRASIL, 1988)

Já o artigo 197 entrega ao Poder Público a obrigatoriedade da regulamentação e controle dos serviços de saúde tanto os oferecidos na pelo setor público quanto os oferecidos pelo setor privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. 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. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - os percentuais de que trata o § 2º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) § 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza

e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006) (Vide Medida provisória nº 297. de 2006)

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006). (BRASIL, 1988).

O artigo 198 prevê a criação de um sistema único de fornecimento de serviços de saúde, porém de forma descentralizada, sendo responsabilidade do Poder Executivo de cada Estado e de cada Prefeitura gerir os recursos e direcioná-los para a criação e manutenção da saúde em seus territórios. O financiamento do SUS se dá pelo recolhimento dos impostos na seara federal, estadual e municipal e a lei ainda estabelece um mínimo em Lei Complementar que deverá ser aplicado pelo Poder Executivo na manutenção da saúde, ou seja, o Estado em qualquer esfera de poder, não pode abster-se de investir capital no SUS.

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.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. (BRASIL, 1988).

Apesar de ser obrigação do Estado fornecer saúde universal, a CF não impediu a iniciativa privada de existir, de forma a complementar os serviços já oferecidos pelo SUS, entretanto, proibiu a destinação de recursos públicos para o setor privado. Ainda

no mesmo artigo no §4º a lei prevê a flexibilização para a doação de órgãos e afins, e proíbe sua comercialização.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.(BRASIL, 1988)

Por fim, no artigo 200, a lei estabelece as obrigações do Sistema Único de Saúde, tais quais o controle e a fiscalização do que é oferecido na área de saúde, ações de vigilância sanitária e inclusive a colaboração do meio ambiente, incluindo o do trabalho.

3. O ACESSO À SAÚDE

Posto uma breve história sobre a evolução da saúde e do direito à saúde, e qual seu espaço em nossa Constituição Federal, cabe analisar mais minuciosamente como funciona na prática os setores público e privado com relação ao oferecimento da saúde.

3.1. Setor Público

A saúde pública e universal no Brasil, conforme já exposto, nem sempre foi uma realidade. Até que fosse incluída na Constituição Federal, houveram intensos

movimentos estudantis, de partidos progressistas e manifestações populares clamando a universalização da saúde pública. (CARVALHO, 2013).

A Constituição Federal de 1988 definiu os deveres do SUS, e a Lei 8080 de 1990 dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes entre outras finalidades. Com o escopo de apresentar o panorama da saúde pública no Brasil, será explorada a Lei 8.080 de 1990, e o funcionamento do SUS na realidade brasileira.

3.1.1 O SUS – Lei 8080 de 1990

Conforme já posto, o SUS – Sistema Único de Saúde, foi instituído pela CF/1988. Entretanto, sua regulamentação prática ocorreu com a publicação da Lei 8080 de 1990. Tal Lei em combinação com a Constituição Federal possui alguns princípios bem claros: universalidade (direito e acesso à todos à saúde), igualdade (todos são iguais perante a lei, e gozam dos mesmos direitos que esta proporciona), equidade (um desdobramento do princípio da igualdade, equipara-se à isonomia), integralidade (a manutenção da saúde mas também a promoção desta), intersetorialidade (levar em consideração o ambiente social capaz de proporcionar a vida saudável, e não apenas a rotina de consultas, exames, etc.), direito à informação (todas as informações à respeito do estado de saúde ou doença da pessoa não podem ser omitidas, sendo direito desta ter acesso aos seus prontuários), autonomia das pessoas (liberdade de decisão da pessoa para realizar ou não algum tipo de tratamento), resolutividade (capacidade para resolver problemas) e base epidemiológica (estudos para conhecer a população e o meio onde vive e assim determinar causas e efeitos para a incidência de alguns tipos de doença). (CARVALHO, 2013).

A Lei originalmente contava com 55 (cinquenta e cinco artigos) tendo sido vetados alguns deles. Faz-se primordial destacar alguns, como o artigo 9º que determina quais órgãos são competentes para administrar o SUS:

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente;

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. (LEI, 1990).

Ou seja, a competência administrativa de gerir o SUS, são dos órgãos ligados ao Poder Executivo: no âmbito da União pelo Ministério da Saúde, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal pelas Secretarias de saúde respectivas e igualmente nos Municípios pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

A União, os Estados e os Municípios possuem algumas atribuições em comum, entretanto cada um em seu âmbito administrativo:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;

II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;

III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;

IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;

V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;

VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;

VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;

VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;

IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;

X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;

XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;

XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;

XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;

XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;

XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;

XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;

XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;

XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial. (LEI, 1990)

Dentre os vinte e um incisos com as atribuições do SUS cabe destacar a promoção da articulação da política e dos planos de saúde. Ou seja, reforçando o exposto na Carta Magna, o SUS oferece a saúde universal entretanto os convênios particulares são de grande importância *suplementando* o oferecimento da saúde. Além disso, os incisos do art. 15 determinam que toda regulamentação orçamentária deverá ser feita pela administração pública em sua respectiva seara (União, Estado ou Município).

Apesar do SUS representar uma grande conquista para a população, há inúmeras falhas no oferecimento de seus serviços. Por vezes faltam profissionais qualificados, insumos, ou até mesmo medicamentos indispensáveis para a população que não pode aderir a um plano de saúde. Segundo pesquisa realizada pelo Serasa em parceria com o Ibope em 2019, apurou-se que:

O Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) e a Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL), em parceria com o Ibope, fez uma pesquisa para avaliar a Saúde Pública e constatou 56% dos entrevistados insatisfeitos com o SUS, revelando grandes dificuldades para o acesso em cirurgias, remédios gratuitos e até mesmo consultas médicas. (PORTAL FALA UNIVERSIDADES, 2019).

O Conselho Regional de Medicina do Estado do Espírito Santo (CRM-ES, 2020), publicou em seu portal a divulgação recente da pesquisa de opinião sobre o SUS: para 92% da população, os serviços são classificados como ruins ou péssimos. A pesquisa feita pelo DataFolha (2020) e divulgada no portal médico do Espírito Santo, ressalta que as principais queixas da população estão na demora para a marcação de consultas, ou na realização de exames, sendo que a chamada “fila de espera”, pode demorar um prazo de meses ou até mesmo ultrapassar um ano, conforme ressaltado pelo trecho:

O tempo aguardado para ser atendido ou agendar uma consulta, exame, internação, cirurgia ou outro procedimento também é um gargalo para o SUS. Entre os 2.418 entrevistados da Pesquisa do Datafolha, pelo menos 30% declararam estar aguardando ou ter alguém na família aguardando a marcação ou realização de algum procedimento pelo SUS. Mas apesar desse percentual, isso não significa inexistência de queixas ou facilidade no acesso ao procedimento diagnosticado. Só dois entre cada dez entrevistados (dentre os que declararam aguardar algum atendimento) conseguiram ser atendidos em até um mês no seu pedido de consulta, exame, internação, cirurgia ou procedimento específico (quimioterapia ou hemodiálise, por exemplo). Para quase metade deste grupo, esse tempo é ainda maior, podendo chegar a seis meses. O mais grave é que, dentre os que aguardam algum procedimento ou agendamento, uma parcela significativa da população (29%) espera há mais de seis meses para ter seu pedido atendido, sendo que mais da metade desse grupo relata estar na fila de espera há mais de um ano. Inclusive pessoas que possuem planos de saúde, disseram aguardam algum tipo de atendimento pela rede pública. As maiores taxas de pessoas que estão aguardando estão entre as mulheres de idade intermediárias (25 a 55 anos), de escolaridade fundamental, nos segmentos de classe menos favorecidos e residentes no Sudeste e nas regiões metropolitanas. (CRM – ES, 2020).

Conforme pode-se verificar pelo exposto na pesquisa, procedimentos sérios como hemodiálise e quimioterapia também possuem fila de espera, trazendo prejuízos à saúde e até colocando em risco a vida da pessoa pela morosidade no oferecimento do serviço. Mesmo pessoas com planos de saúde, por vezes precisam recorrer ao SUS pela falta de cobertura de algum item necessário para a manutenção de seu bem-estar. Sendo assim até mesmo segurados que possuem acesso à saúde privada, que pela lei é apoio *suplementar*, conforme já determinado, também precisam recorrer por vezes ao serviço de saúde pública.

Para o ex- Presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM), Carlos Vital, essa condição precária da saúde pública está intimamente relacionada com a falta de estrutura para oferecimento de qualidade para a população. Tal falta de base pode ser

justificada de duas formas: má gestão dos recursos investidos e falta de investimentos suficientes. É a soma destes dois fatores que provocam a lentidão e precariedade no oferecimento de muitos dos serviços. (CRM – ES, 2020).

A falta de investimentos no SUS pelos governos à frente do Poder Executivo ficam ainda mais escancaradas quando compara-se com investimentos internacionais que países que oferecem a saúde pública universal fazem. Segundo pesquisa feita pela OMS, o capital investido por cabeça é muito superior em lugares como Espanha, Inglaterra e até mesmo Argentina, conforme verifica-se no trecho:

Segundo os cálculos da OMS, enquanto no Brasil o gasto público em saúde alcançava US\$ 512 por pessoa em 2011, na Inglaterra, por exemplo, o investimento público em saúde já era cinco vezes maior: US\$ 3.031. Em outros países de sistema universal de saúde, a regra é a mesma. França (US\$ 3.813), Alemanha (US\$ 3.819), Canadá (US\$ 3.982), Espanha (US\$ 2.175), Austrália (US\$ 4.052) e até a Argentina (US\$ 576) aplicam mais que o Brasil. (CRM – ES, 2020).

Já em 2018, segundo apuração feita pelo Portal Folha UOL, o SUS gastava em torno de R\$ 1.272,00 por pessoa, ficando o valor *dez* vezes abaixo do investido pela Inglaterra no mesmo período. (FOLHA UOL, 2018).

3.2 Setor Privado

O setor privado de saúde também enfrenta seus próprios desafios e dificuldades. Conforme já repisado, o setor privado de saúde é um apoio suplementar aos serviços oferecidos pelo SUS; e não desonera a obrigação do Estado de oferecer saúde à toda população. Entretanto para compreender seu funcionamento é necessário investigar suas origens, quando os convênios particulares começaram a expandir o campo de atuação no Brasil e por quais razões obtiveram tanto sucesso, e quais são as medidas que a lei utiliza para regulamentar seus serviços e evitar abusos contra os segurados.

3.2.1 Planos de Saúde

A história dos planos de saúde no Brasil remete à tempos anteriores à Constituição. Na década de 1950, as grandes empresas instaladas no Brasil começaram a oferecer serviços de saúde particular aos seus empregados, então cada vez mais

trabalhadores tinham acesso a essa modalidade de atendimento realizada por planos de saúde.

Ocorre que este fornecimento iniciou-se antes mesmo de existir uma regulamentação formal para o setor, como sempre acontece com as mudanças sociais relevantes, a novidade surge e depois nascem as leis para criar controles e evitar abusos. Conforme explicitado no artigo *Saúde Suplementar – Impactos e Desafios da Regulamentação*:

O serviço dos planos de saúde iniciaram-se na década de 1960 quando algumas empresas dos setores industrial e de serviços começaram a oferecer assistência à saúde aos seus funcionários, sem nenhum tipo de regulação pública. E quais foram os determinantes para que fosse formatado esse modelo de ação reguladora do Estado? O redesenho das funções do Estado, agenda política da década de 1990, criou um ambiente favorável no País para a regulação das relações do governo com os agentes do mercado. (SANTOS, 2015, p. 1).

Ou seja o setor privado ainda teve alguns anos de funcionamento sem uma regulamentação legal específica. Insta salientar que havia um receio generalizado dessa área de serviços com relação à universalização da saúde, pois os convênios arrecadavam e ainda arrecadam ganhos estrondosos com o oferecimento e organização de tais serviços. A saúde havia se transformado em um bem de consumo. Contudo, tais receios mercantis provaram-se infundados visto que a implementação do SUS em 1990 em nada prejudicou o crescimento dos planos de saúde, pelo contrário. Devido à escassez e morosidade do SUS, a contratação de planos de saúde suplementar tornaram-se ainda mais recorrentes hoje em dia por empresas e por pessoas físicas. Importante salientar quais as definições.

No Brasil há algumas modalidades de empresas que oferecem o acesso à saúde privada, como bem assinalado no artigo *O mercado de planos de saúde no Brasil: Uma criação do Estado?*

O mercado de planos de saúde se caracteriza pela atuação das seguradoras de saúde, das empresas de medicina de grupo, das cooperativas médicas e das entidades de autogestão. Na qualidade de terceiro-pagador, essas organizações vendem planos de pré-pagamento que intermedeiam o financiamento do acesso aos serviços privados de saúde, protegendo os segurados do risco associado ao custo de adoecer. Isso permite, ademais, uma queda do montante do desembolso direto das famílias, pois seu gasto potencial pode ser dividido entre um conjunto de segurados. (REIS, *et al.*, 2006).

Em outros termos, no Brasil temos a presença da atuação de seguradoras de saúde, de empresas de medicina de grupo, de cooperativas médicas e das entidades de autogestão. Todas essas empresas funcionam de maneira similar.

O conveniado custeia um seguro geralmente mensal, para que em casos de doenças possa ter acesso rápido e de forma eficiente à saúde. A maneira que este seguro é custeado pode variar. Há empresas que oferecem o seguro saúde e exigem uma cooparticipação de seus funcionários que aderirem ao plano pelos serviços utilizados, outras empresas cobram taxas mensais fixas dos aderentes. E ainda há modalidades de planos de saúde para pessoa física, não vinculada à empresa, que arcam de forma particular com seu convênio.

Há variações doutrinárias sobre quais seriam as características dos planos de saúde, entretanto segundo o artigo supracitado, há praticamente unanimidade em alguns aspectos.

Os planos de saúde possuem demanda inelástica ao preço, informação assimétrica, e a existência de uma forma de competição restrita em relação aos preços com fortes barreiras à entrada. (REIS, *et. al*, 2006).

Inicialmente, *mister* frisar o significado de demanda inelástica. No Estado brasileiro, apesar de termos em nossa Constituição Federal o direito ao acesso à saúde universal, e apesar de existir o mecanismo necessário para isso (SUS), ainda há pouco investimento governamental e má gestão do que é investido conforme já apresentado no capítulo anterior. Ocorre que, isso gera uma insegurança enorme na população, o que faz com que a saúde se torne um desejo de *consumo* do brasileiro.

Os planos de saúde tem a proposta de serem rápidos e efetivos e proporcionam grande sensação de segurança, levando cada vez mais consumidores quererem aderir ao convênio. O mercado da saúde entende que o serviço comercializado é prioritário para a população, visto que a população não é totalmente amparada pela saúde pública, e que esta *demand*a não diminuirá se a saúde pública continuar não atendendo com qualidade a todos os brasileiros. Esta característica faz com que o mercado de saúde cobre preços altíssimos para o oferecimento dos serviços e para a manutenção dos convênios. Conforme bem expressa trecho extraído de artigo:

Não é preciso formalizar um modelo de equilíbrio para postular que o princípio da demanda inelástica explica, teoricamente, a existência de "preços de monopólio" entre os bens e serviços na área da saúde. As famílias desembolsam, regularmente, uma boa parcela de seus orçamentos para se segurar contra os custos associados ao risco de adoecer, quando não, são obrigadas a fazer pesados esforços financeiros e patrimoniais. Em tais condições, está aberta ao mercado a possibilidade de arbitrar preços não competitivos, com ou sem a intermediação financeira dos planos. De um ponto de vista microeconômico, estaria assim configurada uma situação típica de concorrência imperfeita, onde os preços apareceriam como "preços de monopólio", pois vendedores poderiam fixar maiores lucros.(REIS, *at al*, 2006).

O medo de adoecer e necessitar sacrificar seu patrimônio, ou falecer na fila do SUS é muito latente na mentalidade do brasileiro, o que faz com que os planos de saúde, apostando nesta fraqueza, sempre cobrem valores não competitivos, pois nunca faltarão conveniados pagadores. Todavia o autor também assevera que a demanda inelástica em algum momento poderá romper-se, visto que as famílias brasileiras, até mesmo as mais abastadas, possuem um limite orçamentário para estes gastos. Se o comprometimento dos rendimentos familiares for muito alto, em uma situação microeconômica, as famílias aos poucos tendem a cortar esta contratação, pois em último caso ainda há o SUS e o valor dispendido pagando convênio pode ser *maior* que o valor de tratamentos particulares.

A segunda característica a ser comentada, diz respeito à *informação assimétrica, incertezas e externalidades*, conforme mencionado previamente (REIS *et al.*, 2006). Primeiramente, entende-se por informação assimétrica quando uma das partes da relação de consumo possui muito mais informações acerca de um produto ou serviço do que a outra parte. Tal situação, na Economia, é considerada uma falha de mercado, pois há pouco entendimento pela parte consumidora do produto que está sendo adquirido (no caso, os serviços oferecidos pelo plano de saúde), o que leva a um grande número de cancelamentos de contratos, além de muitas causas na Justiça pelas possíveis falhas de informação (REIS, 2019). As incertezas advêm da falta de garantias que o tratamento médico e que os remédios serão capazes de restaurar a saúde do conveniado, podendo haver erros, sendo assim, há um risco que o serviço não seja cumprido da forma esperada.

O terceiro apontamento diz respeito aos preços que por manterem-se igualmente elevados entre as seguradoras, cria-se praticamente um oligopólio, sendo uma forte barreira para a entrada de novos segurados.

Ou seja, de um lado a saúde pública carece de investimentos e de outro o setor privado recebe valores altíssimos pagos pela população, e oferece preços sem competitividade.

Para regulamentar o funcionamento e tentar dirimir alguns abusos que pudessem ser cometidos pelo sistema de saúde suplementar houve a criação de um órgão regulamentador: a ANS.

3.2.2 Regulamentação dos Planos de Saúde – ANS

A ANS sigla de Agência Nacional de Saúde Suplementar foi criada pela Lei n. 9961 de 28 de janeiro de 2000. Esta Lei visava trazer segurança nas relações entre segurados e os planos de saúde, visto que a saúde privada tornou-se um grande setor econômico, e não possuía nada que o regulamentasse, favorecendo a ocorrência de abusos da parte hipossuficiente da relação.

Para atender essa necessidade nasceu a ANS. A Lei original contava com 41 artigos que foram sendo modificados ou vetados com o tempo. Analisaremos os principais.

Já no capítulo I, art. 1, da Lei 9961 de 28 de janeiro de 2000, há a definição do que é a ANS, e qual seu regime de atuação:

Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.**Parágrafo único.** A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

As autarquias especiais por definição são agências e associações públicas. As autarquias em regime especial tem suas peculiaridades, e algumas tem por função regulamentar serviços públicos oferecidos por entes particulares. É um “olho” do Estado. (ALMEIDA, 2010). Esse é justamente o principal motivo da criação da ANS, representar o Estado nestas relações para garantir a ordem e evitar abusos de qualquer espécie. No art. 4º são definidas as competências da ANS, *in verbis*:

Art. 4º Compete à ANS:

I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar;

II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e desc credenciamento de prestadores de serviço às operadoras;

V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras;

VI - estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS; (grifo nosso)

VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde;

VIII - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões;

IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;

X - definir, para fins de aplicação da Lei nº 9.656, de 1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades;

XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;

XII - estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 1998;

XIII - decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei nº 9.656, de 1998;

XIV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados; (grifo nosso).

XVI - estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, de acordo com parâmetros e diretrizes gerais fixados conjuntamente pelos Ministérios da Fazenda e da Saúde;

XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XVIII - expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões;

XIX - proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde; (grifo nosso).

XX - autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde;

XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos;

XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim, ouvidos previamente os órgãos do sistema de defesa da concorrência, sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário;

XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;

XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXV - 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;

XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos;

XXVII - fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar;

XXVIII - avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXXI - requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas;

XXXII - adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde; (grifo nosso).

XXXIII - instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras;

XXXIV - proceder à liquidação das operadoras que tiverem cassada a autorização de funcionamento;

XXXIV - proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.097-36, de 2001) (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (grifo nosso)

XXXV - promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras;

XXXV - determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.097-36, de 2001) (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;

XXXVIII - administrar e arrecadar as taxas instituídas por esta Lei.

XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos; (Incluído pela Medida Provisória nº 1.976-33, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XL - definir as atribuições e competências do Diretor Técnico, Diretor Fiscal, do liquidante e do responsável pela alienação de carteira. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.097-36, de 2001) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XLI - fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

a) conteúdos e modelos assistenciais; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

b) adequação e utilização de tecnologias em saúde; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

c) direção fiscal ou técnica; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

d) liquidação extrajudicial; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

e) procedimentos de recuperação financeira das operadoras; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

f) normas de aplicação de penalidades; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

g) garantias assistenciais, para cobertura dos planos ou produtos comercializados ou disponibilizados; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XLII - editar as normas, após a fixação das diretrizes gerais pelo CONSU, para implementação no setor de saúde suplementar de: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Vide Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

a) assistência farmacêutica; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001)

b) ampliação das ações de prevenção e promoção à saúde; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001)

c) mobilidade de beneficiários entre operadoras e portabilidade de suas carências; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001)

XLII - estipular índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XLIII - estipular índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Vide Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º A recusa, a omissão, a falsidade ou o retardamento injustificado de informações ou documentos solicitados pela ANS constitui infração punível com multa diária de cinco mil Ufir, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir a sua eficácia em razão da situação econômica da operadora ou prestadora de serviços.

§ 1º A recusa, a omissão, a falsidade ou o retardamento injustificado de informações ou documentos solicitados pela ANS constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até vinte vezes, se necessário, para garantir a sua eficácia em razão da situação econômica da operadora ou prestadora de serviços. (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.976-33, de 2000) (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º As normas previstas neste artigo obedecerão às características específicas da operadora, especialmente no que concerne à natureza jurídica de seus atos constitutivos.

Além das funções mais óbvias tais quais a autogestão, a regulamentação do funcionamento dos planos e a fiscalização de suas atividades, ainda há alguns incisos que merecem destaque. O inciso VI refere-se ao ressarcimento ao SUS. Quando o segurado utiliza a saúde pública para efetuar algum procedimento, o plano de saúde precisa ressarcir os gastos ao sistema de saúde público, visto que ao cobrar a mensalidade do conveniado em troca de um serviço, o plano não pode se eximir da responsabilidade do pagamento.

O inciso XV atribui a função de *controle de qualidade* à ANS. Ora, a relação entre segurado e convênio é consumista, sendo que conforme já determinado, o consumidor não tem conhecimento para precisar a qualidade de um serviço médico. A ANS afere a qualidade dos serviços para preservar o direito dos segurados. Já no inciso XIX, é colocada como função da ANS proceder à integração de informações com os bancos de dados do SUS, em outros termos, é relevante o cruzamento das informações da saúde pública e privada, visto que apesar das diferenças entre cada um dos sistemas o intuito final é o mesmo.

O inciso XXXII procura incubar a ANS de evitar comportamentos desleais no oferecimento dos serviços de saúde com relação aos preços praticados; é uma clara medida de tentar barrar a espécie de “oligopólio” que existe no setor.

O inciso XXXIV coloca como competência da ANS proceder à liquidação extrajudicial de planos de saúde. No ano de 2016, a ANS declarou a liquidação extrajudicial da *Unimed Paulistana*, conforme notícia publicada pelo Portal G1 (2016):

A Unimed Paulistana faliu após uma crise financeira afetar a cooperativa. A operadora tinha 744 mil clientes. A maior parte dos beneficiários morava na cidade de São Paulo. Em nota, a Unimed do Brasil confirmou a liquidação extrajudicial da Unimed Paulistana e informou que, para efeitos administrativos, um liquidante extrajudicial nomeado pela ANS passa a responder legalmente pela operadora. A ANS também publicou, nesta segunda-feira, uma resolução que prorroga por mais 30 dias o prazo para que os beneficiários remanescentes da Unimed Paulista façam a portabilidade para outros planos, sem necessidade de cumprir novos períodos de carência, independentemente do tipo de contratação e da data de assinatura dos contratos. (G1, 2016).

Além de proceder para realizar a liquidação extrajudicial, a ANS também emitiu resolução para que os segurados não fossem prejudicados e pudessem migrar para outros planos de sua preferência sem cumprir novas carências.

Por fim, importante comentar que antes da lei sancionada em 2000 instituindo a ANS, já existia a Lei n. 9656 de 3 de junho de 1998, que definia alguns conceitos tais quais conceito de plano de saúde, de segurado e já estabelecia alguns limites. Após o advento da lei da ANS, alguns artigos da Lei n. 9656 de 1998 foram acrescentados ou revogados para atender as necessidades da nova lei.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Colocada toda a situação do setor público e privado de saúde, começa a se desenhar um panorama das dificuldades enfrentadas pela população em geral, e pelos consumidores dos serviços da saúde suplementar. Quais seriam as principais causas de se recorrer à Justiça? Neste capítulo verificaremos alguns julgados que esclarecerão essas questões.

4.1 Principais falhas no setor público

O SUS conforme determinado em capítulo anterior possui recursos muito escassos. Há a morosidade no oferecimento de procedimentos que são urgentes, chegando ao cúmulo do descaso com o direito à vida, o paciente pode falecer antes de conseguir acesso ao tratamento. Ademais, o SUS possui uma lista limitada de remédios de acesso gratuito, o RENAME (Relação Nacional de Medicamentos). (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). Não por acaso, há a negativa do SUS em fornecer algum remédio vital, visto que este não é contemplado no rol constituindo um total desrespeito com vários princípios e direitos constitucionais e civis.

A principal motivação para a entrada massiva de processos contra o sistema de saúde universal são as negativas de fornecimento de medicamento, ou o pânico provocado por uma situação de urgência, como procedimentos que custam a vida do paciente. Enquanto as vias administrativas negam pedidos, a população recorre ao judiciário que tende a reconhecer o direito e “obriga” a administração pública a garantir o medicamento ou procedimento. Ocorre que notando esta “facilidade” em conseguir o que de direito por meio do Judiciário, cada vez mais a população passou a recorrer à essa saída. A escassez de recursos no SUS provocou o efeito de criar uma demanda volumosa no Judiciário, formando larga jurisprudência e criando precedentes.

O Conselho Nacional de Justiça, que tem como uma de suas funções regulamentar o bom funcionamento do Poder Judiciário, notando a crescente demanda para requerer pedidos similares, passou a criar mecanismos para sistematizar as decisões judiciais:

Não é por acaso que, desde 2010, o CNJ tem liderado e estimulado de maneira mais sistemática a atuação do Judiciário, buscando estabelecer uma política judiciária para a saúde. As estratégias oriundas dessas medidas envolvem desde a criação do Fórum Nacional do Judiciário para a saúde até Comitês Estaduais de Saúde e recomendações e enunciados sobre como os juízes podem decidir as demandas que lhes são apresentadas. Desde então, em meio a avanços e desafios, o CNJ tem estimulado, discutido, desenvolvido e implementado diversas ações e estratégias que visam, em alguma medida, oferecer parâmetros e diretrizes para a atuação judicial em saúde. (MARQUES, 2019).

A grande problemática é que ao obrigar as administrações a oferecerem medicamentos por exemplo, o Poder Judiciário acaba indiretamente por interferir no orçamento público, provocando absurdos déficits orçamentários. Em 2010 a demanda de pedidos judiciais já era altíssima, o que levou o CNJ a publicar a importantíssima Recomendação n. 31, como forma de orientar os magistrados nas tomadas de decisões.

O artigo *Judicialização da saúde e medicalização* (MARQUES *et al.*, 2019), resume as principais considerações dessa relevante recomendação:

Nesse sentido, o CNJ estimulou que os tribunais, dentre outras medidas, celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliá-los na apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes, observadas as peculiaridades regionais. Além disso, dentre diversas medidas orientadas pela medicalização, o CNJ estabeleceu que os magistrados:

- a) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;
- b) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;
- c) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;
- d) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, além de incorporar o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;
- e) promovam visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (Unacon) ou

Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (Cacon). (MARQUES, *et al*, 2019).

Para tentar coibir a procedência desenfreada de medicamentos e procedimentos sem urgência ou emergência, o CNJ orientou a parceria com profissionais da saúde que possam orientar os magistrados sobre a real importância técnica dos pedidos.

A seguir analisaremos algumas jurisprudências recentes de pedidos feitos ao SUS, com respostas positivas e negativas do Poder Judiciário, e pontuaremos os critérios de avaliação dos magistrados em cada um deles.

4.1.1 Jurisprudência

A primeira decisão a ser analisada é a de um Recurso Inominado julgada pelo TJ-RS, na qual o órgão colegiado embasa sua decisão no Julgamento do Tema 106 do STJ e na Constituição Federal (arts 196 e 198).O pedido era por um medicamento e houve o provimento total do recurso. Segue a ementa da decisão:

RECURSO INOMINADO. SEGUNDA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO EVIDENCIADO. TESE FIRMADA NO JULGAMENTO DO TEMA 106 DO STJ. ATENDIDOS OS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DO FÁRMACO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. TEMA 793 DO STF. - A fonte de todas as Leis, a Constituição Federal, em seu art. 196, estabelece que: Art. 196. A saúde é um 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.- O direito à saúde e a solidariedade dos entes públicos na sua garantia é matéria já pacificada tanto nestas Turmas Recursais, quanto no Tribunal de Justiça e nas Cortes Superiores. Trata-se de interpretação sistemática da legislação infraconstitucional com os arts. 196 e 198 da Constituição Federal, não sendo oponível ao cidadão qualquer regulamentação que tolha seus direitos fundamentais à saúde e à dignidade.- Não restou demonstrado que o tratamento necessário à saúde da parte autora não esteja dentre aqueles previstos nas regras de repartição de competência do SUS aos Estados (ou que, como decidido no Tema 793, a competência - técnica ou de execução - ultrapasse a responsabilidade prevista nas regras de repartição do SUS).RECURSO INOMINADO PROVIDO. UNÂNIME(TJ-RS - Recurso Cível: 71009496522 RS, Relator: Daniel Henrique Dummer, Data de Julgamento: 30/10/2020, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Data de Publicação: 04/11/2020)

O Tema – 106 do STJ diz respeito à obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. *In verbis*:

Situação do Tema: Acórdão publicado.

Questão submetida a julgamento: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS.

Tese firmada: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. Tese definida no acórdão dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/9/2018.

Resumidamente para o tema é necessária a existência de 3 fatores cumulativos para o provimento da ação: falta de recursos do doente para comprar o remédio, comprovação da imprescindibilidade do fármaco e o registro do medicamento na ANVISA.

Com relação à pedidos de procedimentos fornecidos pelo SUS, segue jurisprudência atualizada:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. CUSTEIO, PELO ESTADO, DAS DESPESAS COM A TRANSFERÊNCIA DE PACIENTE DO HOSPITAL GETÚLIO VARGAS PARA UM HOSPITAL DA REDE PRIVADA CONVENIADO AO SUS, QUE TAMBÉM REALIZE HEMODIÁLISE, PARA FINS DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO ORTOPÉDICO. RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO. 1. A obrigação dos entes públicos com relação à prestação de serviços de saúde pública (incluído o custeio de tratamento/procedimento médico à população carente) é comum, podendo ser demandada qualquer das esferas de governo (CF, art. 198). 2. A necessidade/eficácia do procedimento cirúrgico solicitado resta evidenciada pela apreciação do 'Guia de Encaminhamento e Transferência' e da 'solicitação médica' acostados aos autos, subscritos, respectivamente, pelo Dr. Paulo Fernando Bezerra Filho (CRM 16.868), da UPA da Abdias de Carvalho, e pelo Dr. Henrique Malheiros (CRM 9112), do Hospital Getúlio Vargas, cujos conteúdos não foram contraditados pelo Estado. 3. Assim, é patente a gravidade da situação que acomete a paciente Maria de Lourdes Bezerra de Menezes, atestada pelos documentos acostados aos autos, pelo que o atendimento ao seu pleito é indispensável à efetividade aos direitos à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana, assegurados nos art. 5º e 196 da Constituição Federal. 4. Não se trata de prestação jurisdicional invasiva da seara administrativa, eis que a ordem deferida em primeiro grau apenas determina o cumprimento de obrigação já adrede imposta pela própria Constituição da República. 5. Reexame necessário improvido, prejudicado o apelo voluntário. (TJ-PE - APL: 5071609 PE, Relator: Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, Data de Julgamento: 27/09/2018, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/10/2018)

Nesta decisão, o Judiciário novamente reconhece o direito ao procedimento à ingressante, uma senhora com necessidade de cirurgia urgente. Interessante observar que na decisão o tribunal sergipano mantém a sentença de primeiro grau, negando que o poder judiciário estaria interferindo em matéria administrativa, visto que o direito à saúde é previsão constitucional.

Cabe também mostrar o entendimento inverso. Em 2012, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), entendeu justamente o oposto e negou um pedido de cirurgia para não invadir a competência da esfera administrativa:

AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PELO SUS. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DO PODER PÚBLICO. RISCO DE INVASÃO DA COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA O SUS. RESPEITO AOS PRAZOS, MODOS E FORMAS DE REALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS. Não tendo havido negativa, por parte do Poder Público, à realização de cirurgia pelo SUS, deve o Poder Judiciário atentar para não invadir a competência administrativa do SUS. Necessidade de serem observados os prazos, modos e formas de realização dos procedimentos pelo Sistema Único de Saúde, bem como a antiguidade em relação a outros pedidos de procedimentos cirúrgicos. Ao Judiciário não cabe priorizar cirurgias em detrimento de outros pacientes que já aguardam procedimentos médicos junto ao SUS, sob pena de violação do acesso universal à saúde.
(TRF-4 - AC: 50146696920114047200 SC 5014669-69.2011.4.04.7200, Relator: CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Data de Julgamento: 27/11/2012, QUARTA TURMA)

Aqui, o Requerente não aguardou uma negativa administrativa e na tentativa de obter o procedimento de forma célere, ingressou com ação judicial que foi improvida.

4.2 Principais falhas no setor privado

Enquanto no setor público o grande problema é a falta de orçamento, no setor privado existem outros tipos de problemática, mais vinculadas com a recusa do plano em fornecer serviços obrigatórios no contrato (e há a tentativa de atribuir a responsabilidade ao SUS, visto que o setor privado é apenas suplementar). Além disso existem demandas pela falta de conhecimento do segurado que um procedimento requerido não tem cobertura pelo plano.

Para padronizar as consultas, exames e tratamentos mínimos que os Planos de Saúde deveriam oferecer e assim evitar uma série de abusos e negativas, a ANS consolidou um rol de cobertura mínima *obrigatória* (ANS, 1999). Conforme divulgado no próprio site da ANS:

A ANS define uma lista de consultas, exames e tratamentos, denominada Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que os planos de saúde são obrigados a oferecer, conforme cada tipo de plano de saúde - ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetrícia, referência ou odontológico. Essa lista é válida para os planos contratados a partir de 02 de janeiro de 1999, os chamados *planos novos*. É válida também para os planos contratados antes dessa data, mas somente para aqueles que foram adaptados à Lei dos Planos de Saúde. Antes de verificar se você tem direito a um procedimento, não deixe de checar qual o tipo de plano de saúde você tem. (ANS, 1999).

Algo interessante a se observar é que nem todos os planos de saúde possuem os mesmos tipos de coberturas. Há planos que contemplam internação hospitalar e atendimento obstétrico, enquanto outros não possuem esta mesma característica. Portanto é de extrema importância que o segurado ao contratar tal serviço de saúde se atente para estas características. A rede credenciada é outro fator que deve ser observado para aqueles que desejam contratar um seguro. Uma observação importante é que o convênio de saúde não poderá retirar um hospital de sua rede sem a inclusão de outro, e isso apenas em caráter estritamente excepcional. Já a cobertura de órteses e próteses é extremamente controversa.

Existem alguns convênios que em seus contratos cobrem esse tipo de aparelho, entretanto a lei n. 9656 de 1998 exclui a obrigatoriedade de cobertura de órteses e próteses sem ligação com o ato cirúrgico. (ANS, 1998). A seguir, analisaremos a jurisprudência ligada à demanda de processos contra o setor privado de saúde.

4.2.1 Jurisprudência

Segue a ementa do primeiro caso a ser analisado:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. AUTOGESTÃO. CUSTEIO DE TRATAMENTO POR INDICAÇÃO MÉDICA. CIRURGIA CARDÍACA. IMPLANTE POR CATETER DE PRÓTESE AÓRTICA (?TAVI?, DO INGLÊS TRANSCATHETER AORTIC VALVE IMPLANTATION). RECUSA INDEVIDA.

ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS ESTABELECIDOS PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. ROL EXEMPLIFICATIVO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ E DESTA TJDFT. DOENÇA COBERTA PELO PLANO. PRESCRIÇÃO. MÉDICO ESPECIALISTA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM. MANUTENÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Inaplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso em testilha, visto se tratar de entidade de autogestão, consoante entendimento cristalizado no enunciado nº 608 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 2. O fato de o tratamento não constar no rol de cobertura mínima obrigatória dos planos de saúde estabelecida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS é irrelevante, pois é assente na jurisprudência deste Tribunal, bem como do Superior Tribunal de Justiça - STJ que a listagem da referida agência reguladora é meramente exemplificativa. 3. O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas, incluídos os materiais, medicamentos e exames necessários, conforme a recomendação do profissional médico. 4. Configura conduta abusiva e, portanto, ilícito contratual, inclusive caracterizador de dano moral, a recusa indevida pelo plano de saúde da cobertura de tratamento à participante, pessoa idosa, diagnosticada com quadro de saúde múltiplos fatores complicadores (Enfisema Pulmonar, Hipertensão Arterial Sistêmica (HAS), Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica (DPOC), artrite reumatoide e disfunção renal com IRC não dialítica) e contraindicações à intervenção cirúrgica tradicional (?de peito aberto?), devidamente demonstrado nos autos por meio de relatório médico e exames. 5. A contratação de plano de saúde gera a legítima expectativa no participante de que obterá o adequado tratamento médico, necessário ao restabelecimento da saúde, cuja frustração viola a dignidade da pessoa humana e ultrapassa a esfera do mero inadimplemento contratual, atingindo o direito de personalidade (art. 186, 187, 389, 475 e 927 do CC). 6. A quantificação dos danos morais deve obedecer a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta, além da necessidade de compensação dos danos sofridos, as circunstâncias do caso, a gravidade do prejuízo, a situação do ofensor (plano de saúde) e a prevenção de comportamentos futuros análogos. Nesse passo, razoável o valor fixado na origem a título de compensação dos danos morais. 7. Apelação desprovida.

(TJ-DF 07025616520208070007 DF 0702561-65.2020.8.07.0007, Relator: ALFEU MACHADO Data de Julgamento: 21/10/2020, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 03/11/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

No caso em tela o pedido é por cirurgia de emergência para implementação de cateter de prótese aórtica, cumulado com pedido de danos morais. O TJ-DF possui o entendimento que o rol de coberturas mínimas obrigatórias é meramente exemplificativo, consonante ao STJ. Ademais, interessante observar que para o referido tribunal, o plano de saúde pode “estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas, incluídos os materiais, medicamentos e exames necessários, conforme a recomendação do profissional médico”, em outros termos, para o TJ-DF o plano de saúde não pode decidir qual o tipo de tratamento é válido para a cura, isso cabe exclusivamente ao profissional que diagnosticou o caso.

A parte insatisfeita com o *quantum* fixado por danos morais, entrou com a ação visando obter aumento do valor de dano moral, entretanto, a sentença originária foi mantida.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo igualmente entende que o plano de saúde não pode recusar-se a fornecer cirurgia e material cirúrgico se há cobertura e prescrição médica:

PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Negativa de custeio de material destinado a procedimento cirúrgico de Artroscopia de Quadril Direito. Aplicação do Código de defesa do consumidor. Prevalência da indicação médica que assiste o paciente, inviabilizado-se ingerência técnica do plano de saúde se o procedimento estava coberto pelo convênio, também a prótese estará, na medida que é indispensável para o sucesso da cirurgia. Art. 10, inciso VII da Lei 9.656/98. Cobertura devida. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.

(TJ-RS - AC: 70072653777 RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga Data de Julgamento: 30/03/2017, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: 07/04/2017)

Há ainda casos de flagrante abuso do plano de saúde, que ensejam altos valores de compensação moral. A próxima ementa trata-se de paciente com neoplasia maligna (câncer), que teve um medicamento negado pelo plano de saúde, sob a alegação de que tal fármaco não se encontrava nas Diretrizes de Utilização (DUT) de resolução normativa da ANS. Tal negativa foi considerada um abuso para o Poder Judiciário; ora, o plano não pode se furtar da responsabilidade de atender seu segurado, visto que é justamente essa sua função, principalmente segurados com males graves, como o caso da neoplasia. Além disso há o reforço do entendimento que o médico é quem decide o tratamento indicado, e não o plano de saúde por questões financeiras.

Por fim, segue jurisprudência do TJ-RS:

APELAÇÕES CÍVEIS. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. REJEITADA A PREFACIAL CONTRARRECURSAL DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DA PARTE AUTORA POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. ACOLHIDA A PRELIMINAR CONTRARRECURSAL DE INOVAÇÃO NO RECURSO DA PARTE AUTORA QUANTO À ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL EM QUE PREVISTA A COBRANÇA DE COPARTICIPAÇÃO. AFASTADAS AS PREFACIAIS RECURSAIS SUSCITADAS PELA PARTE RÉ. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL ARGUIDA PELA PARTE AUTORA QUE SE

CONFUNDE COM O MÉRITO RECURSAL. APLICABILIDADE DO CDC. DEVER DE COBERTURA VERIFICADO QUANTO AOS TRATAMENTOS PRESCRITOS PELOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE ASSISTENTES. COPARTICIPAÇÃO EM PERCENTUAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE HÁ PREVISÃO DE COBRANÇA DE COPARTICIPAÇÃO EM PERCENTUAL NO CONTRATO A QUE ESTÁ VINCULADO O AUTOR. MANTIDO O VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. É de ser afastada a preliminar contrarrecursal de não conhecimento do recurso da parte autora por ofensa ao princípio da dialeticidade, pois ao se analisar tal recurso não resta evidenciada a falta de ataque à sentença, restando atendido o disposto no artigo 1.010 do Código de Processo Civil. Acolhida, no entanto, a prefacial contrarrecursal de inovação no recurso do autor no que concerne à alegação de abusividade da cláusula contratual em que prevista a cobrança de coparticipação, devendo, pois, o recurso ser conhecido apenas em parte. Quanto à preliminar recursal suscitada pela parte ré de ilegitimidade ativa no que concerne à psicoterapia, sob a ótica da teoria da asserção, com a verificação em abstrato das condições da ação, tendo em conta que tal tratamento se apresenta como precipuamente destinado ao autor, tem-se que deve ser rejeitada. Ademais, afasta-se a prefacial recursal de inépcia da inicial suscitada pela parte ré, uma vez que, da leitura da exordial, não se vislumbra, quanto ao pedido de cobertura de acompanhante terapêutico e de tratamento com profissional especializado em apraxia oral, afronta alguma aos artigos 319, 322 ou 324 do Código de Processo Civil. No que concerne à preliminar contrarrecursal suscitada pela parte autora, no sentido de que ser vinculada a plano de saúde que não prevê cobrança de coparticipação, tem-se que se confunde com o mérito recursal e com ele será analisada. No mérito, incide o Código de Defesa do Consumidor nos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão, consoante disposição do artigo 3º, § 2º, bem como pelo que dispõe a Súmula nº 608 do Superior Tribunal de Justiça e o artigo 35 da Lei nº 9.656/1998. As coberturas de procedimentos médicos por planos de saúde se sujeitam a um rol mínimo editado pela ANS, o qual não pode prever as hipóteses do art. 10 da Lei nº 9.656/98 e não pode excluir ou mitigar as hipóteses do art. 12 da mesma Lei. Não obstante, evidentemente que os contratos firmados podem alargar o espectro mínimo de cobertura, inclusive cobrindo as hipóteses do citado art. 10. No ponto, cumpre salientar que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde publicado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar é tão somente referência básica de coberturas obrigatórias nos planos privados de assistência à saúde. Ressalte-se, outrossim, que é facultado aos planos de saúde estabelecerem para quais patologias irão oferecer cobertura; no entanto, não podem limitar o tratamento, pois este cabe somente ao médico assistente do paciente segurado, conhecedor das peculiaridades de seu quadro clínico. Precedentes do e. STJ e desta c. Câmara Cível. Assim, no que tange aos tratamentos expressamente indicados pelos profissionais da saúde assistentes, os quais não estão listados dentre as hipóteses de exclusão do artigo 10 da Lei nº 9.656/98, não há falar em ausência do dever de cobertura ou necessidade de limitação do número de consultas. Por outro lado, tocante ao tratamento especializado em apraxia oral realizado em Belo Horizonte/MG, à psicomotricidade relacional aquática e à psicoterapia domiciliar, não se verifica o dever de cobertura, porquanto sequer existente prescrição médica que, expressamente, indique a sua necessidade. No que tange à cobrança de coparticipação, por outro lado, em que pese a delineada inovação recursal quanto à alegação de abusividade da aludida cláusula, não há comprovação de que o plano de saúde do demandante a preveja, consideradas as inconsistências dos documentos acostados aos autos em contraposição à tese vertida pela demandada. No que concerne aos honorários sucumbenciais, cuidando-se de ação de obrigação de fazer em que postula a parte autora a cobertura de tratamentos, inexistindo cunho propriamente condenatório ou proveito econômico imediato, a fixação da verba honorária deve se dar como previsto no § 8º do artigo 85 do CPC, do modo como estabelecido em sentença. Precedentes desta c. Câmara Cível.

Descabe, outrossim, o pedido de majoração da verba honorária fixada em favor dos procuradores da parte autora, eis que a cifra fixada pelo Juízo de Origem observa satisfatoriamente o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (§ 2º do art. 85 do CPC). De outro lado, diante do deslinde dado ao feito e da sucumbência recursal da parte ré, impõe-se a redistribuição do ônus da sucumbência os honorários sucumbenciais devidos em favor dos procuradores da parte autora devem ser majorados com fulcro no artigo 85, § 11, do CPC. APELAÇÃO DA PARTE RÉ DESPROVIDA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA, NA PARTE CONHECIDA.

(TJ-RS - AC: 70081688921 RS, Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva, Data de Julgamento: 28/10/2020, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 05/11/2020)

Novamente é ressaltado que os planos de saúde podem escolher para quais tipos de doença existirá cobertura, entretanto, não tem discricionariedade para decidir o tratamento que será aplicado. No recurso analisado, houve o reconhecimento da cobertura de alguns procedimentos e a exclusão de outros, tais quais *psicomotricidade relacional aquática e à psicoterapia domiciliar*, para o qual além de não haver cobertura não havia igualmente a prescrição médica. Ademais há a desconsideração da coparticipação nos serviços, visto que não havia clareza nos documentos apresentados nos autos, e o consumidor/segurado não pode ser lesionado por esse motivo.

Com as jurisprudências apresentadas é possível perceber que a saúde suplementar possui falhas, apesar do senso comum acreditar na perfeição do funcionamento da saúde privada. Os convênios de saúde são empresas que acima do bem estar social, visam obviamente o lucro, e desta forma certos abusos são cometidos para evitar prejuízos ou gastos vultuosos ao plano de saúde. É imprescindível ficar atento aos direitos que o contrato com o plano de saúde oferece e conhecer o mínimo de saúde suplementar para se assegurar que tudo o que foi contratado será oferecido quando houver necessidade.

5. CONCLUSÃO

O tema proposto nesta pesquisa esbarra em muitas questões importantes que vão muito além da saúde. A dignidade, a vida e até de certa forma a liberdade são prerrogativas para o bem estar do indivíduo.

O Brasil é um país que proporciona intensa desigualdade em vários campos, e com a saúde não seria diferente. Há dois tipos de saúde em território brasileiro: a saúde pública com enormes déficits de insumos e morosidade fatal no atendimento e há a saúde privada ou suplementar, que apesar de oferecer mais agilidade e prometer mais qualidade nos serviços, é controlada por empresas que visam muito o próprio lucro.

Tanto a saúde pública quanto a privada demandam intensamente o Poder Judiciário e isso não irá se reverter, exceto se algumas medidas preventivas fossem tomadas.

No que diz respeito ao SUS, *mister* frisar que sua criação e manutenção representa uma conquista social indescritível; o SUS é o único sistema de saúde universal inteiramente gratuito em um país com mais de 100 milhões de habitantes. Países com maior poder econômico e maior população como os Estados Unidos não possuem esse bem social que o Estado brasileiro proporciona à seu povo. Em que pese a notável conquista, o SUS sofre de intensas crises pela falta de cuidado na gestão e falta de investimento monetário. O que acaba por favorecer articulações políticas para sucatear ou até mesmo propor o fim desse sistema de saúde. Com a falta de investimento e faltando toda a sorte de medicamentos, as pessoas em situação de hipossuficiência veem-se obrigadas a recorrer ao Poder Judiciário para não sucumbir. E assim a Justiça fica em uma situação difícil: observa o direito do requerente e prejudica o orçamento curto destinado ao SUS, com a ciência de que faltará para outro usuário? Ou nega o pedido do requerente o deixando sem o procedimento ou medicamento necessário? Conforme observamos, para tentar cumprir um mínimo ideal de justiça, os magistrados juntaram alguns requisitos para formular a decisão nestes casos. Entretanto, por mais que hajam muitas sentenças favoráveis aos requerentes da saúde no judiciário, esta situação somente poderá ser resolvida com um investimento substancial no SUS.

Contudo, se essa medida for tomada pelo Poder Executivo (de investir massivamente no SUS) tal fato levaria todo o setor de planos de saúde à falência, visto que a saúde *suplementar* existe apenas pois o setor público não atende a população de forma plena. Desta feita, se pode elocubrar que há interesse econômico na ineficiência do SUS, pois se eficiente fosse erradicaria a saúde suplementar do País.

Enquanto os requerentes usuários do SUS demandam o Poder Judiciário para alegando o direito a vida e à saúde, os usuários da saúde suplementar invocam além disso o Código de Defesa do Consumidor. Os planos de saúde por vezes aproveitam-se dos poucos conhecimentos de seus usuários sobre a área da saúde para *lucrar*.

Com a função de coibir comportamentos raposinos, a ANS regulamenta o funcionamento dos planos de saúde, e conforme verificou-se pelos julgados, os magistrados tendem a levar em consideração as necessidades do segurado, visto que além deste ter o direito à vida e à saúde, ainda possui todas as prerrogativas de consumidor e parte hipossuficiente da relação.

Para resolver a demanda que ingressa com ações contra a saúde suplementar é necessária a criação de medidas de controle ainda mais rígidas e penalidades mais severas para o descumprimento das regras fixadas pela ANS. A criação de um mecanismo eficiente de denúncia contra os planos de saúde de forma administrativa, para que haja a resolução mais rápida dos conflitos pode ser uma solução viável para a problemática.

Por fim, curioso comparar as duas formas do oferecimento da saúde. Apesar das razões diferentes, a judicialização da saúde por negativas absurdas tanto do setor público quanto do privado apenas crescerá se não houver investimento de um lado e lealdade aos segurados de outro.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MACHADO, Rafael. *Antes do SUS*. Portal Drauzio Varella - 2017. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/saude-publica/antes-do-sus/#:~:text=Como%20era%20a%20sa%C3%BAde%20p%C3%BAblica,e%20Previd%C3%A2ncia%20Social%2C%20o%20Inamps.&text=O%20Inamps%20dividia%20os%20gastos,o%20governo%20e%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o>>
Acessado em: 23.10.2020.

CARVALHO, Gilson. *A saúde pública no Brasil*. Estudos Avaliativos. vol.27. no.78. São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-40142013000200002>>
Acessado em: 21.10.2020.

SILVA, Michelle Emanuella de Assis. *Direito à Saúde: Evolução histórica, aplicação*

estatal e aplicação da teoria de Karl Popper. Revista Digital: Constituição e Garantia de Direitos. vol 9. no 2 . São Paulo, 2016.

Disponível em:

< <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12251> >

Acessado em: 22.10.2020.

CONSELHO Regional de Medicina. *A percepção dos brasileiros sobre a saúde e o SUS*. Disponível em:

<http://www.crmes.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21208:a-percepcao-dos-brasileiros-sobre-a-saude-e-o-sus&catid=3:noticias&Itemid=462>

Acessado em: 26.10.2020.

FOLHA de São Paulo. Reportagem por Thaís Pauluze. *Defasado, sistema público de saúde gasta só R\$ 1.272 ao ano por pessoa, diz conselho*. Publicado em 13.11.2018.

Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/11/defasado-sistema-publico-de-saude-gasta-so-r-1272-ao-ano-por-pessoa-diz-conselho.shtml>>.

Acessado em: 12.10.2020.

CONSTITUIÇÃO Federal. Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16.10.2020.

LEI 8088/90. Brasil, 1990. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8088consol.htm > Acesso em: 03.10.2020.

REIS, Carlos Octávio Ocké; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. *O mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do Estado*. Revista Economia Contemporânea. vol.10. no.1. Rio de Janeiro, 2006.

Disponível em: < <https://doi.org/10.1590/S1415-98482006000100007> >

Acessado em: 21.10.2020.

ALMEIDA, Renata Martinez de. *O que se entende por autarquia especial?*. Publicado por Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2010. Disponível em:

<

Acesso em: 09.10.2020.

PORTAL G1. *ANS retira a UNIMED Paulistana do mercado de planos de saúde*. Publicado em 01.02.2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/02/ans-retira-unimed-paulistana-do-mercado-de-planos-de-saude.html>>. Acesso em: 03.10.2020.

RELAÇÃO Nacional de Medicamentos Essenciais. Pulicado em 2020. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_medicamentos_rename_2020.pdf
Acesso em: 14.10.2020.

MARQUES, Aline; ROCHA, Carlos; ASENSI, Felipe; MONNERAT, Diego Machado. *Judicialização da Saúde e medicalização: uma análise das orientações do Conselho Nacional de Justiça*. Estudos Avaliativos. vol.33. no.95. São Paulo, 2019. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142019000100217> Acessado em: 05.10.2020.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/o-que-o-seu-plano-de-saude-deve-cobrir>> Acesso em: 07.10.2020.

FALA Universidades. *Como o povo brasileiro enxerga o SUS*. Publicado em 24.06.2019. Disponível em: <https://falauniversidades.com.br/sus-sistema-unico-de-saude/>
Acesso em 29.09.2020.

TJ-RS - AC: 70081688921 RS, Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva, Data de Julgamento: 28/10/2020, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 05/11/2020

TJ-RS - AC: 70072653777 RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga Data de Julgamento: 30/03/2017, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: 07/04/2017

TJ-DF 07025616520208070007 DF 0702561-65.2020.8.07.0007, Relator: ALFEU MACHADO Data de Julgamento: 21/10/2020, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 03/11/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

TRF-4 - AC: 50146696920114047200 SC 5014669-69.2011.4.04.7200, Relator: CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Data de Julgamento: 27/11/2012, QUARTA TURMA.

TJ-PE - APL: 5071609 PE, Relator: Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, Data de Julgamento: 27/09/2018, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/10/2018.

TJ-RS - Recurso Cível: 71009496522 RS, Relator: Daniel Henrique Dummer, Data de Julgamento: 30/10/2020, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Data de Publicação: 04/11/2020