

Direito em Saúde Suplementar

Cezar Augusto Rodrigues Costa¹

O seminário “DIREITO EM SAÚDE SUPLEMENTAR” tratou de tema de intenso relevo por envolver o direito à saúde, que, nos termos dos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, é destinado a todos, além de ser dever do Estado, posto que inserido no princípio da dignidade, fundamento republicano que se encontra no artigo 1º, III, da Carta Política. Entretanto, desses mesmos dispositivos constitucionais se extrai ser livre a iniciativa privada nessa matéria, todavia, em caráter complementar, e que, na prática, é realizada através das operadoras de plano de assistência à saúde.

A definição de operadora de plano de assistência à saúde, por sua vez, se encontra na norma infraconstitucional - Lei 9.656/1998 -, que a tem de modo bastante complexo, entendendo-a como a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de prestação continuada de serviços, ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Embora de caráter complementar, trata-se de atividade regulada pelo Estado, que o faz, especialmente, através da **Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS**, instituição criada pela Lei 9.961, de 28 de janeiro

¹ Juiz de Direito na 2ª Turma Recursal Crinimal.

de 2000, sob o regime de autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde e cuja missão é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo, desse modo, para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Entre suas competências, destacam-se: *(i)* a proposição de políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - CONSU para a regulação do setor de saúde suplementar; *(ii)* o estabelecimento de parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros, oferecidos pelas operadoras; *(iii)* o estabelecimento de normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde; *(iv)* a normatização dos conceitos de doença e lesão preexistentes; *(v)* a definição, para fins de aplicação da Lei 9.656, de 1998, da segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades; *(vi)* a decisão sobre o estabelecimento de subsegmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei 9.656, de 1998; *(vii)* a autorização de 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; *(viii)* a expedição de normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões; *(ix)* a fiscalização das atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelo pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento e *(x)* a articulação com os órgãos de defesa do consumidor, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, por sua vez, através da RDC nº 39 de 2000, classificou as operadoras nas seguintes modalidades: *(i)* administradora: empresas que administram exclusivamente planos de assistência à saúde, financiados pelo contratante e que não possuem risco decorrente da operação desses planos, nem possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou

odontológicos; *(ii)* cooperativa médica: sociedade de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei 5.764/1971 (Lei geral do cooperativismo), que operam planos privados de assistência à saúde; *(iii)* cooperativa odontológica: sociedade de pessoas, sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei 5.764/1971 (Lei geral do cooperativismo), que operam exclusivamente planos odontológicos; *(iv)* autogestão: entidades que operam serviços de assistência à saúde, ou empresas que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos, responsabilizam-se pelo plano privado de assistência à saúde de seus empregados ativos, aposentados, pensionistas e ex-empregados e respectivos grupos familiares, ou ainda a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados; *(v)* filantropia: entidades sem fins lucrativos, que operam planos privados de assistência à saúde e tenham obtido certificado de entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e declaração de utilidade pública federal, estadual ou municipal junto aos órgãos competentes; *(vi)* medicina de grupo: empresas ou entidades que operam planos privados de assistência à saúde, excetuando aquelas classificadas nas modalidades anteriores; e *(vii)* odontologia de grupo: empresas ou entidades que operam exclusivamente planos odontológicos, excetuando-se aquelas classificadas nas modalidades anteriores.

Posteriormente, em 2001, a Lei 10.185 exigiu que as seguradoras atuantes no segmento do seguro saúde se transformassem em seguradoras especializadas, equiparando-as às operadoras e subordinando-as a uma nova estrutura de regulação e fiscalização vinculada ao Ministério da Saúde, juntamente com as outras modalidades de operadoras de planos de saúde privados.

Toda essa arquitetura organizacional de prestação de serviço de saúde, controle e fiscalização do mesmo, todavia, não tem conseguido pacificar a relação entre usuários dos planos, administradoras e médicos, aí incluídas as clínicas e hospitais. A esse respeito, basta realizar simples pesquisa no site do Tribunal e se constatará o expressivo número de ações individuais e coletivas em curso no Judiciário envolvendo esse

tema, como se destacará adiante.

A tônica das palestras foi o exame da saúde suplementar com enfoque especial para as operadoras de planos de saúde, que insistiram na questão do mutualismo para justificar uma série de condutas que acabam por tornar mais caro e muitas vezes inacessível esse modelo de oferta de serviços médicos, especialmente para aqueles cuja faixa etária é superior aos 49 (quarenta e nove) anos. A exceção a essa visão ficou por conta do último dia do seminário, quando participaram a representante da Agência Nacional de Saúde, Dr^a Maria Stella Gregori, e a Professora Angélica Lúcia Carlini.

A palestra da Professora Angélica Lúcia Carlini, no entanto, além de clara e elucidativa, colocou a questão em bons termos, quando, logo no início, ao estabelecer o cenário legislativo que trata do tema e que foi, de certo modo, descrito nos primeiros parágrafos deste relatório, incluiu nesse arcabouço não só o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mas, também, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha e outras leis especiais.

A referida professora contextualizou a questão da saúde, não só no projeto político que decorre da Constituição Federal, como, ainda, no projeto econômico iniciado em 1994, com a reforma do Estado - neoliberal, como se passou a denominar. Desse modo, vislumbrou a professora uma contradição que envolve o bem-estar social, de um lado, e o neoliberalismo globalizado, de outro.

Sobre o primeiro, sustentou que o bem-estar social não foi implantado, diante do expressivo número de excluídos dos serviços elementares, dos baixos índices sociais, da injusta distribuição de renda e da violência social em todos os níveis, o que tem levado, via de regra, à judicialização dessas demandas, cujo objeto é a efetivação dos direitos sociais, o que acaba por acomodar necessária e mais eficiente participação política e social dos cidadãos em busca da consolidação dos direitos básicos.

A professora reforçou a ideia de prevalência dos princípios sobre o direito positivo e do papel do Judiciário como guardião das promessas contidas na Constituição Federal, o que se coaduna com trabalho do De-

sembargador e Professor Jessé Torres Pereira Júnior², no sentido de que recusar o exame e o julgamento dessas questões não significaria manter o Judiciário afastado das controvérsias da política e da administração, mas recusar-se a cumprir a missão institucional que lhe destina a Constituição. Isso porque a CR cria obrigações cujo descumprimento gera responsabilidades, e incumbe ao judiciário, provocado pelos interessados, o conhecimento e julgamento dessas ações, definindo a extensão de seus efeitos e consequências na ordem jurídica, a cada caso concreto.

Lembrou o professor que, por ora, ainda é o Judiciário o escoadouro, embora não exclusivo, da grande massa de demandas da população, apontando que, em 2010, esses segmentos estiveram distribuídos no TJRJ, englobadas as quase 100 comarcas do Estado, da seguinte forma: 28% de demandas cíveis (relações obrigacionais entre particulares); 23% de demandas fazendárias.

Realçou que o tema “saúde”, excluídas as ações que pretendem reparação de danos decorrentes de erro médico, desdobra-se em dois daqueles segmentos de ações judiciais: 28% de demandas cíveis e 16% de demandas fazendárias; ou seja, se está a examinar tema inserido no âmbito de 44% dos segmentos de conflitos que ocupam os órgãos judicantes do TJRJ a cada ano; ou seja, tema de grande frequência no dia a dia da Justiça de Estado emblemático como o do Rio de Janeiro (Lopes, 2010).

O professor transformou aqueles percentuais em números absolutos, indicando que, em 2010, ingressaram nos órgãos judiciais 1.218.984 novos processos, num acervo global de cerca de oito milhões de processos em tramitação. Desses 1.218.984 novos processos, 11.872 constituíram demandas fazendárias dirigidas ao Estado e municípios, postulando a prestação de atendimento pelo SUS, ou seja, 0,9% do total dos processos novos distribuídos no exercício e 10.697 veicularam demandas cíveis dirigidas a empresas administradoras de planos de saúde privados, ou seja, 0,8% do total de processos novos distribuídos no exercício.

2 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *O formato jurídico da Gestão da Saúde Pública: a Opção da Ministério Público nº 520/10 por Modelo Empresarial, sob a Perspectiva Jurisprudencial.*

Demonstrou, ainda, que, no ranking dos temas geradores de conflitos mais assiduamente submetidos ao TJRJ, o da alegada recusa de atendimento à saúde, seja pelo SUS, ou por planos privados de saúde, ocupa a 5ª colocação, atrás apenas dos temas relacionados a litígios entre: (1ª) usuários e concessionárias de serviços públicos; (2ª) clientes e bancos e suas subsidiárias de cartões de crédito; (3ª) beneficiários e empresas de seguros; e (4ª) consumidores e empresas de varejo comercial.

Nesse ponto, seja na análise da jurisprudência ou dos enunciados³ existentes sobre o tema, a resposta do Judiciário tem considerado que a legítima expectativa de equilíbrio e o lucro dessas empresas não podem sobrepor-se às garantias que a Constituição e as leis prometem aos cidadãos. São valores que demandam que as empresas façam adequada previsão dos custos da cobertura que contratam com sua clientela. Frise-se que a jurisprudência dos tribunais, em especial deste Estado, tem levado em conta, na interpretação normativa, o contexto socioeconômico do sujeito de direito destinatário do direito à saúde.

Ademais, ainda que num plano eminentemente positivista, sem considerar qualquer outro contexto senão aquele decorrente da norma infraconstitucional, cumpre frisar que o Código Civil, fonte fundamental na interpretação dos contratos, norteia-se de maneira muito clara e especial pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, de modo que, se estamos diante de contrato de seguro, a despeito da ideia de mutualismo que parece justificar uma visão não social do contrato, não há como interpretá-lo senão entendendo o papel de cada uma das partes envolvidas no contra-

3 São enunciados da jurisprudência predominante do TJRJ, atinentes a demandas dirigidas a empresas operadoras de planos/seguros de saúde:

“22. Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive *home care*, por parte do seguro-saúde somente obtidos mediante decisão judicial”.

“23. Para o deferimento da antecipação da tutela contra seguro-saúde, com vista a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito, de sua necessidade”.

“24. Havendo divergência entre o seguro-saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização”.

to de prestação de serviços de saúde.

Nesse último aspecto foi muito feliz a Professora Angélica Lúcia Carlini, quando realçou que o artigo 421 do Código Civil estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, o que relativiza o conceito privatista para privilegiar o interesse social, que, segundo a referida professora, de forma lapidar, estabelece um equilíbrio entre as partes, que acaba por substituir o conceito de igualdade.

Na sua palestra, foi trazida lição do Professor Orlando Gomes, anterior à própria edição do Código Civil em vigor, que se mostra atual e deve ser sempre lembrada quando da interpretação da regras contratuais, no sentido de que:

“ao princípio da boa-fé empresta-se ainda um outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocos. Indo mais adiante, aventa-se a ideia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato”.

Conclui-se o relatório com a certeza de que o tema longe está de ser pacificado, especialmente porque impregnado por considerável interesse econômico; contudo, a posição jurisprudencial dominante, além de enfrentar com qualidade o tema, preocupa-se de modo mais veemente com o princípio da dignidade que, como realçado, informa a República, que, em matéria de saúde pública, não pode ser jamais desprezado. ◆