

A Saúde Suplementar e sua Interação com o Direito

Elisa Pino da Luz Paes¹

Cuida-se de trabalho de encerramento do Curso de Aperfeiçoamento credenciado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM -, “Direito em Saúde Suplementar”, realizado na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ entre os dias 15 de julho de 2011 a 5 de agosto do mesmo ano.

Durante as palestras, os expoentes, com formações de naturezas diversas, analisaram as principais características do sistema de saúde suplementar vigente no país e a interação com o Direito e com o Poder Judiciário: princípios básicos e aspectos mais importantes dos contratos de Planos de Saúde; reajustes das contraprestações em decorrência da mudança de faixa etária; papel institucional da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); contratos e Direito do Consumidor.

Foram tecidos comentários sobre o sistema público de saúde e o sistema privado, durante os quais foram trazidos a lume diversos aspectos que integram o subconsciente dos agentes de Direito, mas que, por vezes, precisam ser verbalizados para que sejam efetivamente considerados, quando da abordagem jurídica das demandas envolvendo pessoas naturais e pretensões resistidas, de modo que sejam prolatadas decisões coerentes com a complexidade do tema.

O Curso teve como pedra de toque o conceito de saúde e a sua interação com o Direito, sob o pressuposto de que o conceito de saúde é oriundo da ciência médica, mas possui várias acepções e não encerra concepção imutável: ao revés, evoluiu ao longo do tempo.

Diversos conceitos já foram apresentados para definir saúde. Inicial-

¹Juíza de Direito do Juizado Especial Cível - Barra do Pirai.

mente, saúde era definida como conceito naturalístico, que significava, tão somente, ausência de doença². Posteriormente, Leon Kass definiu saúde como o bom funcionamento do organismo como um todo, de acordo com suas excelências específicas³. Não satisfeito com os conceitos já apresentados, em 2001, Lennart Nordenfelt propôs saúde como um estado físico e mental, em que é possível alcançar todas as metas vitais, dadas as circunstâncias⁴. Já a Organização Mundial da Saúde entende por saúde o estado dinâmico de completo bem estar físico, mental, espiritual e social, e não, simplesmente, ausência de doença ou enfermidade⁵.

Dada a complexidade do tema, é forçoso concluir que a saúde é multidisciplinar, sendo direta e imediatamente afetada por determinantes gerais: biologia humana, estilo de vida, ambiente e assistência médica.

Esse último determinante foi amplamente debatido no Curso em comento, em que se propôs a discutir aspectos jurídicos dos chamados planos e seguros de saúde.

De um lado, é certo que a Constituição da República instituiu o Estado de Bem-Estar Social, positivando várias normas para que o Estado interceda diretamente na vida dos cidadãos, de modo a melhorá-la em vários aspectos, promovendo a dignidade da pessoa humana como uma de suas finalidades.

De outro ângulo, experimentamos diariamente a realidade de nação em desenvolvimento, em que os direitos sociais positivados no texto fundamental ainda não “saíram do papel”, não foram implementados nem minimamente próximos do conceito ideal: os índices sociais do Brasil são precários, existem mais excluídos do que o aceitável, há injusta distribuição de renda, a corrupção e a ineficiência assolam as mais variadas escalas

2 Christopher Boorse, *in* <http://pt.wikipedia.org/wiki/Sa%C3%BAde>, consultado em 12 de agosto de 2011.

3 *Ibidem*.

4 *Ibidem*.

5 http://www.almamix.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=118:oms-saude-2010&catid=21:saude&Itemid=97, consultado em 12 de agosto de 2011.

públicas, a violência social se faz presente em todos os extratos sociais, inexistindo a formação do cidadão.

Por consequência, a efetivação dos direitos sociais – como a saúde – se judicializa, ao invés de se converterem em políticas públicas. E isso tudo ocorre mesmo tendo a Constituição definido a promoção da saúde como dever de todos os entes federativos.

Não raro, as normas são interpretadas como programáticas, servindo de baliza e inspiração para as decisões políticas a serem tomadas pelos poderes do Estado, nem sempre com o potencial de implantação imediata.

O texto constitucional elevou a saúde ao *status* de direito fundamental social desde a redação originária do art. 6º, posteriormente ampliada com as Emendas Constitucionais de n. 26/2000 e 64/2010. Note-se que o constituinte originário dedicou uma seção inteira do título “Da Ordem Social” ao tema (a partir do art. 196), reconhecendo que “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”.

E, para alcançar a pretensão de promoção, proteção e recuperação da saúde, instituiu um sistema único, com rede descentralizada, regionalizada e hierarquizada, com participação da comunidade na tomada de decisões, e com atendimento integral (assim compreendido como direito de todos e dever do Estado atender a todas as necessidades de saúde, em seu conceito mais abrangente).

Diante desse cenário, por demais complexo, reconheça-se, a Carta de 1988 admite que a saúde seja prestada pelo Estado e demais agentes privados, sem os quais, dada a realidade nacional, a consecução do estado dinâmico de completo bem-estar físico, mental, espiritual e social, jamais seria alcançado.

A Saúde Suplementar, então, tem o exercício franqueado à livre iniciativa, mas supervisionado pelo Poder Público, que criou agência reguladora para tal finalidade – a Agência Nacional de Saúde Suplementar, que possui vinculação, sem subordinação, com o Ministério a que o tema diz

respeito, *in casu*, o da Saúde. Ostenta autonomia técnica e se presta a regular a atividade de assistência médica; vale dizer, exerce regulação imparcial, regendo todos os segmentos envolvidos nas relações de saúde suplementar: o paciente, o operador do plano e do seguro saúde, o prestador do serviço médico, os fornecedores de materiais para os procedimentos médicos, sejam próteses, órteses ou medicamentos *lato sensu*. Não se presta a defender ou a tutelar os interesses de qualquer um dos envolvidos.

Registre-se que a saúde suplementar no Brasil compreende operadores de duas naturezas: planos de saúde e seguros saúde, que desempenham atividades médicas e de odontologia. Estatísticas apresentadas no painel, cuja fonte foi atribuída à agência reguladora, dão conta de que há quarenta e seis milhões de usuários, seja em planos de saúde médica, seja em planos odontológicos ou em ambos, sendo prestados um bilhão de atendimentos por ano (como, por exemplo, consultas médicas, internações, exames, tratamentos de várias sortes e naturezas, ambulatoriais ou não).

Diante desses dados, é de se questionar: deve a lei ser tão genérica e abstrata, alheia às peculiaridades de cada grupo social e aos direitos e garantias individuais? E mais: deve o Poder Judiciário analisar as demandas postas com foco exclusivo no caso concreto, sem preocupações com o restante da sociedade e com os impactos da decisão nas relações sociais?

Os questionamentos têm lugar porque, em última análise, as demandas por saúde são integrais e universais: cada indivíduo pretende a satisfação de todas suas necessidades de promoção, restabelecimento e proteção de sua saúde (física, emocional, psicológica e social). De outra banda, os operadores de saúde suplementar dispõem de recursos finitos e limitados.

A evolução tecnológica é capaz, virtualmente, de estender a sobrevivência de qualquer paciente que disponha de recursos para tanto. Daí o questionamento: a que custo? Há vantagens reais na aplicação de todos esses recursos dedicada apenas a um indivíduo? No caso, não haveria detrimento dos demais integrantes do plano de saúde?

Aparentemente, sim: se houver uso desmedido dos recursos comuns. Em verdade, como os planos de saúde nada mais são que seguros cuja fonte

de capital é o mutualismo dos segurados, tal caso, a princípio, importaria ônus excessivo ao grupo. Ocorre que, verdadeiramente, não: nos contratos de plano de saúde, o risco existe apenas para o segurado. A operadora do plano desempenha atividade empresarial, de forma profissional, logo, o risco do segurado encerra sua atividade fim, e a ocorrência de sinistro – na hipótese, a doença e a necessidade de determinado tratamento – não deve comprometer a higidez e a saúde financeira do operador, por se tratar de risco do negócio a ser aferido pelos atuários designados para a fixação do preço do serviço.

Entretanto, é de se ter em mente que o operador do plano de saúde, ao desempenhar sua atividade-fim, gerir os recursos oriundos do mutualismo, deve fazê-lo com zelo e profissionalismo, de modo a afastar possíveis fraudes em detrimento do corpo de mutualistas que concorrem para custear as despesas necessárias de alguns dos segurados.

Neste momento é que, geralmente, surgem os impasses: por vezes, o operador do plano “não autoriza” determinado procedimento. Essa recusa é que, em regra, é deduzida em juízo e compõe a carteira judicial do setor que, curiosamente, é pouco judicializado. Foi apontado pelo palestrante Dr. Carlos Ernesto Henningsen que há cerca de seis demandas judiciais para cada um mil clientes, sendo que a maioria das discussões não é propriamente acerca de atendimentos – recusa ou precariedade -, mas sobre reembolsos, valor de mensalidades, reajustes por alteração da faixa etária, isto é, questões meramente patrimoniais.

Em razão disso, surgem as polêmicas: o ato médico é incontestável?

É de se ter em mente que a Medicina não é ciência exata. Uma mesma patologia apresenta sintomas diferenciados em cada paciente que, dadas as peculiaridades do corpo humano, responde diferentemente a cada tratamento. Então: a quem cabe a decisão final sobre o tratamento mais adequado ao problema de saúde apresentado por aquela pessoa? A toda evidência, cada indivíduo pretende, para si e para os entes queridos, longevidade com qualidade de vida. Em razão da existência de diferentes protocolos de tratamentos para idênticas doenças, e ante a necessidade de se afastar prática de eventual fraude, é facultado ao operador do plano de

saúde suscitar divergência médica.

A divergência médica, assim compreendida como debate técnico sobre a pertinência e adequação da prescrição médica, é admitida pelo Conselho Federal de Medicina, justamente porque a literatura médica encontra vários tratamentos para uma doença e várias doenças que se tratam de idêntica maneira.

Assim, o assunto foi disciplinado por meio da Resolução de n. 1.614/2001, de sorte que, havendo divergência, as partes devem ser assessoradas por auditor médico que terá amplo acesso a todas as fontes de informação sobre o caso e exarará seu parecer imparcial ao interesse das partes em debate.

Ocorre que, dadas as peculiaridades do assunto, e tendo em conta que é o médico do paciente o profissional de confiança deste e, possuindo a terapia por ele prescrita amparo na técnica médica para a situação em apreço, a jurisprudência procura prestigiar a opinião do profissional. Nesse sentido, trago à colação enunciado de súmula oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Nº. 211 “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.”

Nº. 210 “Para o deferimento da antecipação da tutela contra seguro saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito, de sua necessidade.”

Pessoalmente, esta magistrada já teve oportunidade de decidir causa em que se discutia a correção e/ou adequação do procedimento prescrito para o paciente, discussão alegada como fator determinante para que o plano de saúde recusasse o tratamento prescrito, e sua realização objeto de demanda judicial.

Naqueles autos, de n. 2008.006.006943-5, tive de enfrentar a *quaestio* e acompanhei a tese segundo a qual cabe ao profissional escolhido pelo paciente a prescrição do tratamento que entendia mais adequado à solução do problema de saúde da parte autora da demanda, mesmo porque aquele profissional acompanhava o caso há algum tempo e dispunha de melhores condições para avaliar a adequação do tratamento:

(...) “O ponto nodal da lide repousa sobre a regularidade da recusa da ré em custear o exame.

Com efeito, o profissional habilitado a prescrever o exame mais adequado ao paciente é o médico.

Em que pese não haver provas robustas da prescrição do exame, ela se extrai do documento de fl. 22, que é a nota fiscal pelo custeio dele.

Não se pode presumir que o autor ou a esposa dele tenham ido a um catálogo escolher aquele dado exame para realizarem sem prévia orientação médica.

Tampouco se poderia se admitir a ilação de que teriam pago R\$ 3.600,00 por exame desnecessário à adequada análise do caso clínico, assim considerado pelo médico que estava a acompanhar o caso. (...)”

No mesmo sentido de prestígio ao profissional eleito pelo consumidor, sem que o plano de saúde tivesse demonstrado qualquer irregularidade na prescrição, julguei demanda tombada sob o n. 305-15.2010.8.19.0006 nos seguintes termos:

(...) “Note-se que os documentos juntados pela própria ré indicam que os requerimentos cirúrgicos foram formulados em formulários da ré, não havendo qualquer indício de que tenha havido qualquer discrepância acerca da congruência do tratamento com a patologia apresentada ou acerca da ausência de vinculação do médico com a ré. (...)” ◆