

Limites à atuação do Juizado Especial Cível em matéria de saúde suplementar (autogestão)

1 – Introdução

Para justa compreensão do tema proposto à abordagem importante revela-se o tracejamento de algumas considerações preliminares, sem o que a confusão reinante não se dissipará. A falta de um melhor esclarecimento tem ensejado postulações e decisões judiciais heróicas ou voluntaristas, sem sopesar conseqüências sociais e econômicas, além de freqüentemente ofender princípios basilares da atividade regulada e o equilíbrio atuarial da relação jurídica travada entre operadora de saúde suplementar e consumidores ou usuários.

Assim, em sede introdutória, propõe-se breve digressão, sempre considerado o setor de saúde suplementar, sobre a) serviço público de saúde, b) serviço privado de saúde, c) ideologia e princípios, d) normatização e atores.

1.1 – Serviço público de saúde

1.1.1 – Saúde como serviço e dever do Estado

A temática da saúde suplementar vem historicamente imbricada com iniciativas privadas e jogos do interesse público. Sem considerar os meandros das discussões em torno do conceito de serviço público no Direito Administrativo, podemos colher de José dos Santos Carvalho Filhoⁱ o seguinte conceito:

... toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público,

com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da sociedade.

Pode-se dizer, portanto, que trata-se de serviços prestados diretamente pela Administração Pública, ou por quem dela receba delegação, para atendimento do interesse da coletividade, sob regime jurídico de direito público, onde predomina a subordinação ao interesse da coletividade.

Enquanto direito de todos e dever do Estado, a saúde é tutelada pelos arts. 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988, organizada sob sistema único e submetida aos princípios da descentralização, atendimento integral e participação comunitária (art. 198). Neste campo vigem as regras divergentes do regime concorrencial do setor privado, até mesmo em virtude da universalidade do atendimento.

1.1.2 – Execução direta ou por delegação dos serviços de saúde pública

Os serviços de saúde podem ser prestados diretamente pelo Estado, através de seu quadro de funcionários, ou indiretamente, por interposta pessoa que receba delegação, compondo o sistema único.

Através de rede regionalizada, descentralizada e hierarquizada, o aparelhamento estatal presta serviços de saúde pública à coletividade, independentemente de status jurídico ou político, de posses, sexo, credo ou origem.

Para custeio de tais serviços, o sistema único tem, dentre outras, como fonte o orçamento da seguridade social (art. 195).

1.2 – Serviço privado de saúde

1.2.1 – Direito à saúde e iniciativa privada

Também com dignidade de tratamento constitucional (art.199), porém submetido a uma diversidade de tratamento, normas e princípios, encontra-se o serviço privado de saúde. Sua abrangência não alcança a cobertura universal imposta ao Estado, mas limita-se ao contratado, às normas de direito público emanadas da atividade interventiva do Estado e à normatização por agência reguladora especialmente criada para o setor (Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS).

Já no alvorecer da nova ordem constitucional, assim já se posicionava J. Cretella Júniorⁱⁱ:

No comentário nº 3 deste volume, ao analisar o art. 170, que alude à *Ordem Econômica*, fundada na *livre iniciativa*, mostramos que esta se relaciona de modo estreito com a *liberdade de profissão e trabalho*, bem como com a *liberdade de associação*, ressaltando que *livre iniciativa* é a possibilidade de agir, neste ou naquele sentido, sem coação do Poder Público, dentro, é claro, dos limites da *lei* e da *ordem pública*.

No campo da *assistência à saúde*, ao lado do *serviço público* existe o *serviço privado*, como sempre existiu, no Brasil, porque do contrário a estatização, nesse setor, nada mais seria do que a socialização da medicina e dos serviços sanitários, o que iria chocar-se com o *princípio da liberdade de profissão e trabalho*, que a própria Constituição proclama. Se o art. 199 dissesse “a assistência à saúde é vedada à iniciativa privada”, teríamos regra jurídica inconstitucional dentro do texto da mesma Carta Política, antinomia jurídica inconcebível.

Com propriedade, já não sob o prisma constitucional tão somente, mas numa análise de evolução política, discorre Telma Maria Gonçalves Menicucciⁱⁱⁱ:

... No campo da saúde, a nova Carta trouxe importantes inovações ao consagrar o direito à saúde e ao definir princípios e diretrizes para orientar a política setorial, os quais, formalmente, alteraram significativamente o padrão anterior, particularmente ao garantir o acesso universal, igualitário e gratuito às ações e aos serviços de saúde. Ao romper com o caráter meritocrático da assistência à saúde, originariamente no Brasil vinculada à inserção no mercado de trabalho, e ao incorporá-la à idéia de cidadania, a política de saúde definida na Constituição pode ser considerada, de fato, como uma ruptura com os princípios que deram sustentação às políticas que tinham caracterizado a trajetória brasileira até então. E mesmo que a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), que traduziu institucionalmente a reformulação do setor, tenha significado a consolidação de um processo gradativo de expansão da cobertura pública, a ampliação de seu escopo com a universalização formal é bastante significativa em termos de um reordenamento ideológico e institucional.

Entretanto, a criação desse sistema nacional de saúde inclusivo não logrou incorporar todos os cidadãos à assistência pública, uma vez que um expressivo contingente deles já vinha sendo absorvido por formas privadas de assistência à saúde, em um processo que foi mais intenso exatamente durante a formação e redefinição da política de saúde nos anos que antecederam a promulgação da Constituição. A própria atuação governamental, expressa em decisões e políticas do período pós-constitucional, iria expressar essa dualidade, uma vez que ainda no início da década de 90, concomitantemente aos esforços de viabilização da política recém-definida na Constituição, foi introduzido

na agenda pública o tema da regulamentação governamental dos planos privados de saúde, que se concretizaria no final da década. O debate no Congresso Nacional e na sociedade em geral em torno da regulamentação e do controle governamental da assistência privada contribuiu para tornar transparente a relevância que ela já tinha assumido no Brasil como alternativa ao sistema público.

Intuitivamente é fácil perceber a divergência de regulamentação e princípios entre serviços de saúde pública e serviços de saúde privada. Embora o serviço privado tenha importância histórica sem a qual a administração pública não conseguiria sequer perseguir suas metas constitucionalmente estabelecidas, não pode ser confundido com o serviço público e nem submetido ao princípio da cobertura universal.

1.3 – Ideologia e princípios

As prestações a cargo do Estado e do setor privado diferenciam-se principiológica e ideologicamente. Especificamente o setor privado submete-se a regulação concorrencial em mercado crescentemente valorizado pela insuficiência do setor público em dar resposta às pretensões sempre atualizadas de incorporação tecnológica nas intervenções médicas, assim como em satisfazer um público carente que não tem condições de assumir atividades e hábitos preventivos das mais diversas patologias. Essa debilidade do sistema oficial em atender os reclamos da cobertura universal de saúde mobiliza um contingente cada vez maior no rumo do setor privado, seja na contratação direta como por intermédio das atividades das entidades representativas de classe (acordos e convenções coletivas de trabalho, constituição de autogestões etc).

A atuação do setor privado, ao mesmo tempo que supre de meios quem não deseja submeter-se à aparente precariedade do atendimento oficial, obedece princípios estabelecidos na disciplina constitucional da

ordem econômica e a normatização reguladora, seja veiculada em leis como emanadas de agência especialmente criada. Isto revela uma atuação dual, algo esquizofrênica, por parte do Estado, conforme esteja a prestar serviços ou a exercer atividade regulatória e fiscalizatória. Essa aparência esquizóide da atuação estatal não poderia ficar erma de influência no público e no aparelhamento judiciário, destinado a dirimir pretensões resistidas.

Frutos de inadequada percepção de setores diferenciados, confundindo-os como se houvesse entre eles certa identidade, pretensões e decisões judiciais respectivas prodigalizam uma cornucópia de quebras de princípios e sacrifícios atuariais, num sem cessar de violações contratuais, que justificam plenamente nova transcrição do percuciente magistério de Menicucci^{iv}:

Aparentemente, esses dois processos – a implantação do sistema de saúde público e universal e o estabelecimento de uma política regulatória da assistência privada – ocorreram de forma independente, envolvendo, em grande parte, atores privados e agências governamentais distintas. **Isso significa que essa regulação não se deu no sentido de definir a inserção de mecanismos de mercado na estrutura da assistência de responsabilidade estatal e de caráter universal, mas de consolidar o funcionamento do sistema privado de forma independente do sistema público.** Uma vez que a regulação do setor privado não ocorreu no sentido de definir sua articulação com o setor público ou de determinar espaços e regras de atuação, o resultado da política de saúde no final da década – e apenas dez anos após as mudanças constitucionais – tornou evidente a existência de duas formas radicalmente distintas, não apenas de acesso, financiamento e produção das ações e dos serviços de saúde, mas também de atuação governamental. **Por um lado, a atuação estatal se dá no**

sentido de garantir o acesso universal às ações e aos serviços de saúde como elemento que integra a noção de direito à saúde. Por outro lado, a política de saúde passa, formalmente, a incorporar a assistência privada ao escopo da intervenção governamental na forma de regulação do mercado privado de assistência, com vistas a desenvolver esse mercado, garantindo os direitos do consumidor. Ao fazer isso, a própria política consagra e legitima o caráter dual da assistência. Nessa perspectiva, **a ação governamental orienta-se por duas lógicas distintas: a lógica da assistência como um direito de cidadania, que traz implícitas as idéias de universalidade e igualdade; e a lógica da assistência como um bem oferecido e adquirido em um mercado que, por sua vez, remete à diferenciação por segmentos e produtos, definida com base no poder de compra ou em condições privilegiadas de acesso ao consumo de serviços de saúde.** (destaques meus)

Uma certa vocação ou inclinação à doutrina e à ideologia do Estado de Bem Estar preside a intenção constitucional de cobertura universal posta sobre os ombros do setor público. É assim que o art. 196 impõe e vincula o Estado a assumir ações e políticas de saúde na perspectiva do bem estar e da justiça social^v.

Entretanto, consagrando a Constituição Federal de 1988 o sistema capitalista, reservando à iniciativa privada atuação no setor de saúde sob regulação e fiscalização pública, um diverso olhar deve se afirmar na leitura da saúde suplementar. Os princípios da livre iniciativa, livre exercício de atividade econômica, propriedade privada e livre concorrência, próprios do capitalismo, temperados pelos princípios socializantes da valorização do trabalho humano, existência digna, justiça social, função social da propriedade privada e defesa do consumidor, dentre outros, informam a

atividade empresarial e estendem sua influência sobre a prestação organizada de serviços de saúde suplementar.

1.4 – Normatização e atores

No centro das discussões atuais está o poder normativo das agências reguladoras, freqüentemente acusadas de desprestigiar a atividade legislativa e de criar “déficit democrático” no direito regulatório.

Uma interpretação restritiva do inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988 pode levar ao entendimento de reserva legal estrita, com desconhecimento da legitimação constitucional da normatização levada a cabo pelas agências reguladoras, e muito particularmente a ANS. Um tal entendimento já não é comportado pelo estado atual do desenvolvimento da teoria constitucional, à luz da nova ordem econômica e social. A propósito, mais uma vez vem a talhe o magistério de Tojal^{vi}:

Não se trata, por conseguinte, de negar o reconhecimento do que se denominou aqui de perda da centralidade política da produção normativa, enfim, da perda pelo Poder Legislativo do monopólio da produção normativa. Nessa toada, **é de se reconhecer que a norma do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, em virtude da qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, há de ser tomada como uma garantia constitucional de ninguém estar obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da ação normativa do Estado.** Nessa medida, salta a toda evidência que o que garante a legitimidade do comando normativo não é a retórica da legalidade formal, mas sim a materialidade desse mesmo comando normativo. **Pretender o contrário, isto é, que a lei, como tal formalmente considerada, seja tomada como a única fonte primária legítima de direitos e**

obrigações, importa em desprestigiar o próprio texto constitucional, pelo que ele tem de mais caro, vale dizer, a condução do Estado no sentido da edificação de uma nova ordem econômica e social, legítima por seus próprios fundamentos e finalidades.

O controle dessa atividade regulatória estatal passa a exigir, então, uma reformulação dos limites do controle jurisdicional da atividade estatal. Diante da magnitude destes “atos regulatórios” originários do chamado poder normativo, é imprescindível que se reavaliem os limites da função jurisdicional de controle da atividade normativa ... (destaques meus)

Uma vez respeitados os princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988 (legalidade, igualdade, moralidade, publicidade e eficiência) assim como os princípios postos no *caput* do art. 2º da Lei 9.784/99 (finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, interesse público), a normatização emanada da ANS há de ser respeitada, ficando a salvo da pecha de inconstitucionalidade, o que tornará os atos em tal regulação fundados igualmente aptos à produção válida de efeitos no mundo das relações jurídicas travadas entre operadoras de saúde suplementar e consumidores/usuários.

Como atores do setor, as operadoras de saúde suplementar ficam adstritas à regulação e fiscalização da ANS, devendo suas condutas e decisões ser submetidas ao crivo judiciário tendo em consideração sobredita normatização. Enquanto não extrapolado o poder regulamentar por parte da agência governamental, sua estrita observância não deve acarretar sanções à operadora de saúde suplementar; decisão judicial, mesmo lastreada em legislação consumerista ou civil, que afronte o poder regulatório estará, indiretamente, decidindo pela ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo, o que exige específica fundamentação nesse autêntico controle difuso. Derrogar o direito regulatório no caso concreto, provocando o

Judiciário com postulações que subvertem a implementação do princípio da democracia direta em consultas públicas realizadas pela ANS previamente à edição de seus atos normativos, em nada contribui para a harmonização do sistema, com eliminação de contradições e reforçamento de sua coerência interna^{vii}.

2 – Jurisdicionalização da saúde

Postas as necessárias noções introdutórias, torna-se ingressar na temática da jurisdicionalização da saúde, algo que vem acontecendo sem atenção à harmonização e coerência da disciplina específica do setor, como se tudo pudesse ser resumido, de forma simplista, a relações jurídicas de fornecimento e consumo, como se as operadoras de saúde suplementar tivessem todas as mesmas características e não houvesse pressupostos de atuação. Assim é que, por efeito ilusório das conveniências e arranjos de interesses pode-se verificar, em cada época, a existência de verdades que soam como mentiras e mentiras que angariam acatamento de verdades irrefutáveis^{viii}.

Pressionado inicialmente pela notória insuficiência do atendimento do serviço oficial, larga faixa da população procura o setor de saúde suplementar como tábua de salvação, evitando filas, demoras e um crônico déficit tecnológico. Mas a busca dá-se frequentemente conjugada com o anseio da cobertura universal prometida pela Constituição Federal de 1988, art. 196, fundindo, como se possível fosse, orçamento da seguridade social com previsão atuarial, desconhecendo subordinação das operadoras a listagem de procedimentos estabelecida em ato normativo emanado de agência governamental.

2.1 – Privatização da saúde e judicialização

A privatização da saúde, tema tão em voga nas discussões pertinentes a coberturas por parte das operadoras de saúde suplementar, não aconteceu linearmente em todo o mundo e nem mesmo na América Latina.

Cada país, a partir de decisões políticas fundamentais, adotou, ou não, um modelo próprio. Assim, o Brasil optou pela concomitância de dois sistemas: um que atende a todos, independentemente da condição de trabalhador empregado ou não, e outro regulado e fiscalizado pelo poder público, com prestação onerosa a quem dele deseje utilizar-se. Algo um tanto esquizofrênico resultou, o Estado prestando, direta ou indiretamente, serviços de saúde, ao mesmo tempo em que normatiza e fiscaliza a prestação de serviços privados de saúde previamente contratados. Essa esquizofrenia caracterizada pela dupla trajetória do Estado, dificultando a identificação e o entendimento próprio e necessário ao setor de saúde suplementar, reflete-se nas pretensões deduzidas e nas decisões judiciais, que aplica princípios do SUS à saúde suplementar.

A respeito da força do setor privado e das equivocadas idéias que circulam a respeito da privatização da saúde e conseqüente fortalecimento do setor privado, vale aqui, mais uma vez, trazer à colação o magistério de Menicucci^{ix}:

... o fortalecimento do setor privado no Brasil em detrimento da assistência pública não decorre de uma tendência atual de privatização na saúde, independentemente do significado que esse termo possa assumir. O crescimento do setor privado no Brasil – traduzido seja na prestação de serviços por unidades privadas, seja na existência de formas privadas de financiamento, gestão e acesso a serviços de saúde – é anterior ao movimento de valorização do mercado, fruto das reformas econômicas dos anos 90 no país, e, portanto, não pode ser visto como uma simples resposta às pressões e mudanças geradas na conjuntura nacional e internacional. O desenvolvimento recente da política de saúde encontra seus fundamentos no próprio formato institucional da prestação da assistência à saúde no Brasil, caracterizada, desde sua constituição, por formas híbridas,

com justaposição ou articulação de mecanismos privados e públicos, quando foram feitas escolhas por formas privadas.

2.2 – Judicialização da saúde: alguns casos do Juizado Especial Cível

2.2.1 – Argumentos e equívocos

Ainda que considerando rápida consulta a julgados das Turmas Recursais instaladas em Belo Horizonte, alguns argumentos são comumente encontrados, freqüentemente faltos de coerência com o conjunto normativo regente do setor de saúde suplementar, desconsiderando mesmo os critérios hermenêuticos mais atuais, tudo indicando sinceros propósitos em meio a inadequada compreensão do regime jurídico e das implicações sociais e econômicas das postulações formuladas e das decisões exaradas. É comum o subsídio de acórdãos do TJMG como reforço argumentativo, ainda que padecendo dos mesmos vícios de entendimento. Alguns argumentos serão postos a teste, identificando acórdãos do TJMG que trilharam mesma senda argumentativa e serviram (ou podem ter servido) de norte orientador.

A) Reconhecimento de dano moral ao consumidor/usuário por negativa de cobertura

No processo nº 1.0384.03.022734-0/001(1), tendo por relator o Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes, com acórdão publicado em 29 de agosto de 2008, tendo por apelante COPASS (autogestão de saúde suplementar dos funcionários da COPASA), reconheceu-se: 1) haver relação de consumo; 2) aplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal de 1988 à operadoras de saúde suplementar; 3) com expressa equiparação de responsabilidade do ente privado à do ente público; 4) ser devida cobertura universal, independente do contratado e do constante do direito regulatório, sob invocação da boa-fé objetiva; 5) haver ilícito na negativa de cobertura universal, ensejando compensação por dano moral em favor do usuário.

Do corpo do acórdão extrai-se:

A natureza assistencial de uma das partes, por manter um plano de saúde de autogestão, modalidade também contemplada na Lei nº 9.656/98, não descaracteriza a relação de consumo existente entre os envolvidos na relação contratual: primeiro, porque a gestora do plano de saúde se enquadra no conceito de fornecedora de determinado produto; segundo, porque a beneficiária do plano de assistência à saúde, tal qual ocorre com a associada, titular da relação contratual, é uma autêntica consumidora, realidade jurídica que viabiliza a aplicação das normas do CDC ao desate da contenda.

E mais:

Também é possível dizer que o tema merece um enfoque constitucional.

Determina o art. 196 da Constituição Federal:

"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 a sua promoção, proteção e recuperação".

Por sua vez, dispõe o art. 199, também da CR/88: "A assistência à saúde é livre à iniciativa privada".

Da norma supra transcrita, emerge a conclusão de que à iniciativa privada é facultado ingressar na atividade voltada à assistência à saúde.

Se assim o faz, como no caso da apelante principal, deve bem assumir o seu papel, equiparando-se ao Estado na responsabilidade pela sua prestação, em conformidade, aliás, com os princípios constitucionais de justiça social e de relevância dos serviços de saúde.

Não se pode admitir, portanto, que a instituição privada feche os olhos em relação às balizas constitucionais que envolvem o tema, pois, se é certo que o contrato faz lei entre as partes, muito mais certo é que a Constituição da República constitui a maior das leis do nosso país.

Na hipótese dos autos, a ré nem mesmo negou haver a necessidade da internação e conseqüente tratamento, de forma a impedir a evolução da doença.

Registre-se que a autora é beneficiária do plano de saúde há vários anos, cujos pagamentos são efetuados mensalmente pela associada sua filha, não se podendo admitir que, no momento em que sua vida corre sérios riscos, lhe seja recusada a cobertura do tratamento.

Portanto, flagrante o abuso perpetrado pela apelante.

E mesmo que houvesse avença, em tese, a desautorizar o pedido, deveria ser tida por incompatível com a boa-fé objetiva - grande pilar do Direito moderno - pois frustraria a expectativa do contratante acerca da efetiva contraprestação do serviço, cabendo ao julgador aferir a validade de tal avença em face da lei, bem como se ela está acorde com a equidade do respectivo contrato.

Certo é que o fato de a ré ter deixado, de modo abusivo e infundado, a beneficiária do plano, uma senhora de idade avançada, portadora de grave doença, em iminente risco de agravamento do seu quadro clínico ante a progressão da doença, sem o devido tratamento, configura conduta deplorável e antijurídica, que conduz à obrigação de indenizar pelo dano moral sofrido.

...

Reconhecida a ilegalidade da não cobertura do tratamento médico, resta configurado o ilícito e a responsabilidade indenizatória.

Posto sob enfoque neutro e registrado na primeira parte do presente trabalho, o raciocínio proposto pelo eminente relator do acórdão, sobretudo voluntarioso e esforçado, não resiste, embora faça escola na primeira instância da Justiça Estadual e do Juizado Especial Cível. Assim é que: 1) uma operadora de autogestão, tendo por associado o próprio usuário ou seu dependente, não se encaixa no conceito de fornecedor adotado pelo CDC, revelando-se equivocada a classificação da relação jurídica como consumerista; 2) o art. 196 da Constituição Federal de 1988 dirige-se ao Estado, sendo reservada à iniciativa privada, às operadoras de saúde suplementar, a disciplina da ordem econômica, art. 170; 3) submetidas a disciplinas diversas, previstas em pontos distintos do mesmo texto constitucional, equivocada revela-se a equiparação de responsabilidade do ente privado à do ente público; 4) a cobertura universal é dever constitucionalmente imposto ao Estado, não ao setor privado, cujo direito regulatório estabelece os lindes próprios; 5) o princípio da boa-fé objetiva, aplicável às operadoras de saúde suplementar em geral, tem como parâmetro o direito regulatório, com a cobertura restrita nele disciplinada; 6) se a operadora cumpre integralmente a disciplina própria do direito regulatório a ela imposto, absolutamente equivocada apresenta-se a afirmativa de ilícito na negativa de cobertura universal, contaminando do mesmo vício a condenação ao pagamento de compensação por dano moral em favor do usuário, posto que da licitude não decorre sanção como consequência.

B) Derrogação do direito regulatório

No processo nº 1.0183.06.105763-8/001(1), tendo por relator o Desembargador Elias Camilo, com acórdão publicado em 24 de novembro de 2006, afirmou-se:

Tratando-se a assistência médica contratada de relação de consumo, com aplicação do Código de Defesa do Consumidor, devem as cláusulas do pacto ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor,

considerando-se abusivas aquelas que negam cobertura ao procedimento pleiteado, sob o argumento de que referido procedimento não consta do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar elaborado de acordo com lei atinente à matéria.

Embora a agravante tenha sido cooperativa médica, o raciocínio constante do corpo do acórdão não distingue as diversas modalidades de operadoras de saúde suplementar, dirigindo-se indistintamente a todas, e exerce influência sobre o juízo singular da Justiça Estadual como sobre o Juizado Especial Cível.

Novamente, não resiste o raciocínio adotado no respeitável acórdão quando submetido ao crivo neutro do quanto exposto na primeira parte do presente trabalho. Negar o direito regulatório emanado de agência criada com o específico fim de balizar e fiscalizar o setor de saúde suplementar é descartar a nova ordem econômica e social prescrita no texto constitucional vigente. O disposto no art. 5, II da Constituição Federal de 1988 merece releitura para melhor entendimento como impositividade da ordem normativa emanada do Estado, ampliando a observância da lei em sentido estrito para alcançar a regulação emanada de órgão estatal próprio, nos limites de suas atribuições.

Raciocinar da forma proposta pelo eminente relator implica em retrocesso político institucional, na medida em que submeteria o Poder Legislativo a regular estritamente toda e qualquer atividade, sem os avanços das agências reguladoras; a cada novidade corresponderia a necessidade de nova lei em sentido estrito. Num setor que diuturnamente incorpora novas tecnologias, aguardar o processo legislativo para disciplinar cada novidade surgida implicaria em impor à população o fardo do atraso. Note-se que o direito regulatório, normalmente precedido de consultas públicas legitimadoras, impõe às operadoras observância ágil às novas tecnologias (veja-se Resolução Normativa 167) e eventual vácuo proporcionado pela derrogação do direito regulatório frustraria o atendimento num sem número

de casos por falta de impositividade da nova tecnologia reconhecida pela classe médica.

C) Revisão de cobertura, quebra do equilíbrio atuarial

No processo nº 1.0024.06.275997-2/001(1), tendo por relator o Desembargador Alberto Henrique, com acórdão publicado em 27 de outubro de 2008, afirmou-se:

Na interpretação dos contratos, deve-se ter sempre em mente a intenção de ambas as partes, sem abandonar a equidade e a utilidade social, afastando-se eventuais excessos contratuais. Consideram-se abusivas cláusulas contidas em contrato de plano de saúde que negam cobertura ao procedimento pleiteado pelo autor, sob o argumento de que o referido procedimento não consta do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar, elaborado de acordo com lei atinente à matéria, porque aquele rol não é taxativo.

Mais adiante, do corpo do acórdão ainda extrai-se:

Assim, à luz dos textos constitucionais ora invocados, denota-se que a saúde, inobstante constitua um dever primacial do Estado, não é um monopólio deste, configurando-se uma atividade aberta à iniciativa privada, valendo ainda anotar que a mesma não se caracteriza como uma mercadoria qualquer, e nem pode ser confundida com outras atividades econômicas, à vista de configurar-se um meio fundamental de se garantir o direito impostergável à vida e à dignidade humanas, do que ressume que o particular, prestando os serviços médicos e de saúde, possui os mesmos deveres do Estado,

consistentes no fornecimento de assistência médica integral para os aderentes dos respectivos serviços.

Partindo dessa conformação constitucional, o fato de a assistência à saúde afigurar-se livre à iniciativa privada não garante aos particulares a prerrogativa de se desobrigarem de dar ao conveniado assistência integral, à vista de não se constituir como absoluta a liberdade econômica.

Mais uma vez a confusão instaura-se entre deveres do Estado e atividades regidas pela nova ordem econômica e social, como se as operadoras de saúde suplementar tivessem fonte de custeio no orçamento da seguridade social e não tivessem receita vinculada a cálculo atuarial, em que considerada a cobertura determinada pelo direito regulatório, com os aditivos proporcionados pelo contrato. O fato de não ser taxativo o rol de procedimentos fixado pela ANS não implica em possibilidade de ampliação da cobertura sem revisão da contrapartida devida pelo consumidor/usuário.

A repercussão da decisão judicial ampliativa da cobertura, em autêntica revisão contratual, sem considerar o impacto atuarial correspondente deságua em duas possibilidades: se a operadora absorve o impacto, diminui sua possibilidade de continuação no setor, o que não é de se acreditar que aconteça; se a operadora não absorve o impacto, onera o consumidor/usuário, o que pode conduzi-lo ao inadimplemento e conseqüentemente à exclusão. A decisão de índole voluntariosa e protetiva acabaria por se tornar algoz do economicamente débil, reconduzindo-o ao atendimento do SUS.

D) Tratamento experimental

No processo nº 1.0145.07.415726-7/001(1), tendo por relator o Desembargador Fábio Maia Viani, com acórdão publicado em 18 de dezembro de 2007, ementou-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - EXCLUSÃO DE COBERTURA - TRATAMENTO EXPERIMENTAL - ÔNUS DA PROVA - INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR - CARÁTER SATISFATIVO. - Cabe à operadora do plano de saúde comprovar que o tratamento prescrito no relatório elaborado por profissional médico especializado é experimental.- Interpreta-se de forma restritiva a cláusula que exclui da cobertura tratamentos e cirurgias experimentais. - É lícita a cobertura de tratamentos experimentais pelos planos de saúde, desde que exista acordo prévio entre as partes e o responsável pela aplicação do procedimento experimental. - A discussão sobre "caráter satisfativo" refere-se às medidas cautelares, tendo em vista sua dependência em relação ao processo principal, não tendo qualquer relevância no caso da antecipação dos efeitos da tutela.

Na mesma linha argumentativa, no processo nº 1.0024.07.393151-1/001(1), tendo por relator o Desembargador Saldanha da Fonseca, com acórdão publicado em 11 de agosto de 2007, ementou-se:

EMENTA: DIREITO CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA - PLANO DE SAÚDE - BOMBA DE INFUSÃO DE MORFINA - COBERTURA QUE SE IMPÕE - PEDIDO PROCEDENTE. - Não se tolera, porque eivada de nulidade, a prevalência de cláusula contratual excludente de cobertura dita pautada em tratamento experimental quando, por limitar direitos indispensáveis à garantia de vida e bem-estar do usuário de plano de saúde, revela-se contrária à finalidade básica do contrato.

Do corpo deste segundo acórdão extrai-se:

O usuário do plano de saúde espera dele valer-se de forma eficaz e satisfatória, não se tolerando a frustração ilícita deste intento, mormente quando sopesada à luz da boa-fé objetiva e da função social que devem orientar os pactos.

A meu ver, a contraprestação incumbida à ré foi por ela irregularmente negada. O tratamento perseguido foi indicado em relatório circunstanciado emitido por profissional técnico (f. 81), revelando-se como alternativa indispensável para a preservação do estado de saúde da usuária do plano, aqui apelada.

A restrição de cobertura contratualmente estabelecida (cláusula 9.1, item b, de f. 144v) não pode prevalecer, sobretudo quando considerada a relevância do bem jurídico em discussão - direito à vida e à dignidade humana -, cuja proteção deve prestigiar todas as técnicas médicas para tanto prescritas, mesmo que novas, de suposta feição experimental e ainda não relacionadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

Os acórdãos sob comento, em que pese a inegável autoridade dos eminentes relatores, impõem às operadoras a cobertura de tratamentos excluídos expressamente, seja pelos contratos firmados como pelo Código de Ética Médica e pelo rol de procedimentos da ANS. O fundamento das decisões está na invocação de cobertura universal com escopo de alcançar a dignidade da vida humana.

Por evidente que a contratação de um plano de saúde tem por finalidade assegurar qualidade e dignidade de vida. Entretanto, os meios de viabilização dessa finalidade sofrem limitações, tanto éticas quanto técnicas, de modo a permitir dimensionamento dos riscos e fixação de custos à

cobertura, sem risco de demanda por danos materiais ou morais causados pelo emprego de técnicas não consagradas. As decisões sob comento, impondo tratamentos experimentais ou não-éticos, ampliam riscos e custos, mas implicam exclusão de responsabilidade, em todas as órbitas, por danos materiais ou morais decorrentes do tratamento determinado judicialmente; não poderia a operadora responder por conseqüências de atos cuja prática não foi voluntária.

2.2.2 – Discussões que não se travam

O acervo jurisprudencial disponível não menciona questões relevantes à temática da saúde suplementar que merecem maior cuidado e atenção. Com o propósito de que não fiquem no oblívio, pontuaremos algumas dessas questões relevantes, motivadoras das discussões que não se travam.

A) Correção diagnóstica e terapêutica indicada

Normalmente não se vislumbra na jurisprudência específica a discussão relativa a correção diagnóstica e terapêutica indicada. Na relação jurídica processual passa quase despercebido um personagem que não sofre conseqüências de sua participação: o médico. Efetivamente, todas as postulações relativas a saúde suplementar têm por suporte um documento médico que, após considerar resultados de exames, apresenta um diagnóstico e propõe um determinado tratamento, recomendando atos cirúrgicos, utilização de próteses e órteses (notadamente de origem estrangeira) e emprego de medicamentos (nem sempre disponíveis no mercado nacional).

Os temas relativos a correção diagnóstica e terapêutica, por demandarem conhecimentos científicos próprios da medicina, escapam à competência dos Juizados Especiais Cíveis, visto que a discussão que se estabeleça determinará necessariamente a realização de perícia. Sem elementos para corroborar ou negar a qualidade do documento médico que lastreia a pretensão, o Juiz tem somente a opção de acatar cegamente o que

lhe é apresentado para aquilatar o cabimento de uma eventual antecipação de tutela. Mas mesmo após intimadas a cumprir ordem judicial para realização de certo e determinado procedimento, previsto ou não no contrato e/ou no direito regulatório, as operadoras de saúde suplementar limitam-se a agravar (se ajuizada a demanda perante o juízo singular da Justiça Estadual) discutindo questões de direito, mas sem colocar em pauta a questão médica subjacente.

Aparentemente, os advogados das operadoras de saúde suplementar não imaginam ou não são orientados a buscar opinião médica dos auditores da empresa para enriquecimento do debate judicial.

B) Valor da causa na discussão de cláusula contratual

Outra discussão que não se trava, mas que é de específica importância no Juizado Especial Cível, é relativa ao valor da causa em demandas que discutem validade de cláusulas excludentes de determinadas coberturas, ou mesmo a constitucionalidade do direito regulatório excludente de determinadas coberturas.

Normalmente atribui-se valor de alçada a este tipo de demanda sob argumento de não ter conteúdo econômico imediato, sendo assim de valor inestimável. Entretanto, se a discussão é travada para fins de viabilizar um certo e determinado procedimento, o conteúdo econômico será o valor do procedimento a ser viabilizado, frequentemente superior ao limite de quarenta salários mínimos prevalecente para a competência do Juizado Especial Cível. Vale dizer, uma discussão do valor da causa assim travada poderia deslocar a competência para juízo singular da Justiça Estadual, onde é possível o manejo de agravo de instrumento contra decisão concessiva de antecipação de tutela ou de obrigação de fazer.

C) Incompatibilidade da saúde suplementar com o Juizado Especial Cível, na perspectiva da causa complexa, dependente de perícia

Os enunciados prevaletentes no XXIV Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE, realizado de 12 a 14 de novembro de 2008 – Florianópolis – SC, especialmente os de nº 12 e 54, devem ser objeto de estrita consideração, estando assim redigidos:

Enunciado 12 - A perícia informal é admissível na hipótese do art. 35 da Lei 9.099/1995.

Enunciado 54 - A menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material.

Em matéria de saúde, inadmissível a denominada perícia informal, vez que sempre dependente de conhecimentos científicos e demonstrações técnicas incompatíveis com a informalidade que preside a atuação do Juizado Especial Cível. Deve-se considerar como inaplicável ao setor de saúde complementar o Enunciado 12 FONAJE.

Por igual, sendo o setor de saúde complementar regido por direito regulatório próprio, que não se exaure em leis federais em sentido estrito, mas que engloba atos normativos diversos, deve-se considerar a existência de causa complexa em face do direito material toda vez que o debate judicial travar-se em torno da sua existência, teor e vigência (o art. 337 CPC foi redigido quando ainda não se cogitava neste país da criação de agências reguladoras e muito menos da existência de direito regulatório, sendo recomendável acrescentá-lo ao rol do dispositivo que determina à parte fazer prova de teor e vigência). O Enunciado 54 FONAJE há de ser recebido com reservas pelo setor de saúde complementar, posto que não somente o objeto da prova é apto a definir a causa de maior complexidade.

D) Ressarcimento ao SUS

Já se encontra devidamente regulamentado o art. 32 da Lei 9.656/98 (Resolução Normativa 185, de 30 de dezembro de 2008), que trata

do ressarcimento ao SUS, pelas operadoras de saúde suplementar, dos atendimentos feitos aos consumidores/usuários de planos de saúde, nos limites das respectivas coberturas. Assim, eventual falta de atendimento pela operadora de saúde suplementar não acarretará ao SUS ou ao consumidor/usuário qualquer prejuízo; se devido o atendimento, ressarcidos serão os cofres públicos.

Há que se considerar, ainda, que o atendimento de consumidor/usuário por procedimento que extrapole o contrato ou o direito regulatório não confere à operadora de saúde suplementar direito de ressarcimento contra o SUS, a quem cabe constitucionalmente o cumprimento da promessa de cobertura universal (art. 196).

De tal sorte, diante de casos de recusa de atendimento que não representem flagrante ofensa ao contrato e ao direito regulatório, cabível será a realização do procedimento pelo SUS, em proteção à vida e à dignidade da pessoa, reservando-se a discussão da cobertura contratada para embate entre a autarquia federal e a operadora de saúde suplementar.

3 – Observações finais

No espaço breve desta palestra, algumas observações vêm a talhe, como pontos de reflexão sobre a realidade que se vive e a que se deseja. Assim é que no eterno conflito entre liberdade de escolha, justiça e segurança jurídica algumas opções políticas fundamentais devem nortear a conduta do Estado e dos seus cidadãos, conscientes de que a coerência de atuação com princípios eleitos impede o jogo de conveniências pontuais e o forjamento de expectativas de futuro aquinhoamento de pretensão própria. Vale dizer, a coerência com princípios eleitos conduz ao afastamento de determinadas pretensões, ainda que convenientes a quem tem a responsabilidade de decidir.

A gradual superação de fases no desenvolvimento da sociedade sepulta expectativas de retorno a um passado de facilidades. Os decisores de

cada momento não podem cumprir seu mister sob reserva de privilégios para situações concretas que possam afeta-los futuramente.

O Poder Judiciário, enquanto externo ao setor de saúde suplementar, tem a atribuição de julgar, mas, indaga-se: tem o Judiciário efetivo conhecimento do setor?, suas decisões são compatíveis com os princípios regentes da atividade?, tem consciência dos efeitos sociais e econômicos de decisões divorciadas do direito regulatório?, tem se revelado apto a distinguir o dever estatal de cobertura universal (art. 196 da Constituição Federal de 1988) da obrigação contratada com a saúde suplementar?

Vivemos um momento de incipiente compreensão das regras próprias do setor e de certo heroísmo judicial, tudo ensejando decisões que ferem a equação econômico-financeira da operadora de saúde suplementar. Sem se dar conta, o Poder Judiciário, atendendo demandas com decisões voluntaristas, de forte conteúdo ideológico, está por se colocar na encruzilhada do dilema de Robespierre: tentando moralizar a falta de adequada atenção à saúde da população pelo Estado, joga aos ombros da iniciativa privada fardo superior ao que se comprometeu, não enxergando que a repetição das decisões heróicas, proferidas em sede de conflitos individuais, não provocará reação estatal de atenção integral à saúde e ainda poderá encarecer de tal modo a saúde suplementar que a inviabilizará para quem se pretende proteger (são as conseqüências imorais da decisão pretensamente moralizadora).

ⁱ Manual de Direito Administrativo, 3ª edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 217.

ⁱⁱ Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 8, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4.357.

ⁱⁱⁱ Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: atores, processos e trajetória, 2007, Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, p. 15/16.

^{iv} Id. Ibid. p. 16.

^v TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: direito sanitário, *in* Direito Sanitário e Saúde Pública, Márcio Iorio Aranha (organizador), Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 28.

^{vi} Id. *Ibid.* p.34.

^{vii} DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário, *in* Direito Sanitário e Saúde Pública, Márcio Iorio Aranha (organizador), Brasília: Ministério da Saúde, 2003, pp. 59/60.

^{viii} FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso, São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 34/35, discorre interessantemente sobre algo que nos parece hoje tão natural, mas que no século XIX ofendia os postulados do pensamento oficial; trata-se do discurso de Mendel sobre o traço hereditário como objeto biológico e que em sua época foi renegado. Assim também parecem certas postulações e decisões judiciais, firmando verdades irrefutáveis sobre o alicerce movediço do déficit de visão holística do setor de saúde suplementar e do desconhecimento do direito sanitário.

^{ix} Op. cit., p. 45/46.