

JUDICIALIZAÇÃO EM SAÚDE: O IMPACTO DAS LIMINARES JUDICIAIS NAS OPERADORAS DE SAÚDE E SEU IMPACTO EMPRESARIAL

Adriana Gomes Martins Reña ¹
Rita Bonelli ²

RESUMO

O presente trabalho possui como objeto a abordagem ao impacto decorrente das liminares judiciais em relação às seguradoras de planos de saúde cuja cobertura é ambulatorial e de internação hospitalar a promoverem e custearem procedimentos e internação de seus beneficiários, mesmo sendo considerados como exclusão contratual pela ANS – Agência Nacional de Saúde, que é a fiscalizadora dos planos de saúde. Aborda-se a responsabilidade civil das Operadoras de Planos de Saúde. A existência de previsão contratual expressa nesse sentido, mas em contrapartida, o aumento das demandas judiciais à procura de liminares compelindo essas Operadoras a promoverem a internação de beneficiários, bem como o custeio de todo o seu tratamento quando verificado iminente risco à vida e à saúde, direitos esses constitucionalmente protegidos, ou até mesmo quando não há risco e sim a exclusão contratual sabida na adesão do plano. Ainda, observa-se o papel da ANS como órgão regulador e fiscalizador das Operadoras atuantes no país e o impacto social e econômico das decisões judiciais que obrigam as Operadoras a custearem essas internações e procedimentos.

Palavras-chave: Plano de Saúde. Cobertura ambulatorial e hospitalar. Direito a vida. Negativa de Cobertura. Liminares Judiciais. Impacto atuarial operadoras de saúde.

1 INTRODUÇÃO

A Saúde Suplementar veio para complementar ou, como o nome já diz, suplementar a saúde do país, após o crescimento econômico na década de 1960, com o crescimento do trabalho formal, nesse momento as empresas passaram a oferecer planos de saúde para os funcionários. Essa saúde suplementar é regulada pelo Poder Público, representado através da

¹ Especializanda em Direito Médico pela Universidade Católica do Salvador.

² Orientadora: Graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador (1992), graduação em Comunicação com Habilitação em Jornalismo pela Universidade Federal da Bahia (1994) e mestrado em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia (1999). Doutoranda em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador, professora da graduação da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), da pós-graduação em Direito da UCSAL e da Fundação Faculdade de Direito. E coordena TCC e Pesquisa no Curso de Graduação em Direito da UCSAL e a Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Médico da UCSAL. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito das Famílias, Direito das Sucessões, Direito do Consumidor e Direito Médico. É palestrante, conferencista e autora de artigos jurídicos.

Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que é uma autarquia que regula e fiscaliza esses planos de saúde.

As operadoras de saúde compreendem seguradoras especializadas em saúde, medicinas de grupo, cooperativas, instituições filantrópicas e autogestões. Os Planos de Saúde são classificados de acordo com o tipo de cobertura assistencial em: Plano Ambulatorial; Plano Hospitalar; Plano Hospitalar com Obstetrícia e Plano Odontológico, segundo definição da ANS, que é responsável por regular as operadoras de saúde no que tange a saúde suplementar.

O conjunto de direitos do segurado como tratamentos diagnósticos, serviços, tratamentos médicos, hospitalares e/ou odontológicos é entendido como de cobertura assistencial de acordo com a contratação do plano de saúde, podendo ser contratado (individual ou coletivo), fazendo-se necessário constar no contrato de forma esclarecedora a cobertura assistencial que se oferece, podendo sê-la integral por plano de referência ou integral por segmento (ambulatorial, hospitalar, hospitalar com obstetrícia ou odontológico).

O plano ambulatorial engloba os atendimentos realizados em consultório (consultas) ou ambulatório (procedimentos ambulatoriais), que são considerados como pequenos procedimentos, definidos e listados no rol de procedimentos, inclusive exames. Ressalta-se que o plano com cobertura ambulatorial não cobre internação hospitalar e o usuário contrata apenas com essa finalidade.

A ANS estabelece o rol de procedimentos que ficam excluídos de cobertura dos planos ambulatoriais que são a internação hospitalar, necessitando de apoio hospitalar por mais de 12 horas ou de serviços como: Unidade de Terapia Intensiva – U.T.I, procedimentos diagnósticos e terapêuticos em hemodinâmica.

A lista dos procedimentos, exames e tratamentos com cobertura mínima obrigatória pelos planos de saúde está previsto no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, que é quem regula a saúde suplementar. Essa cobertura mínima obrigatória é válida para planos de saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e é revista a cada dois anos.

O rol, quando passa pelo processo de revisão, conta com a constituição de um grupo técnico composto por representantes de entidades de defesa do consumidor, de operadoras de planos de saúde, de profissionais de saúde que atuam nos planos de saúde e de técnicos da ANS. O grupo se reúne para construir uma proposta que, posteriormente, é submetida à avaliação da sociedade, por meio de consulta pública, com participação aberta a todos os interessados, por meio da página da ANS na internet.

O presente artigo tem como foco principal as divergências envolvendo a cobertura contratual do plano e a cobertura obrigatória fazendo com que as liminares judiciais tenham impacto nas operadoras de planos de saúde, bem como os tipos de tratamentos mal indicados ou sem indicação para cobertura pelo plano de saúde. Observam-se, também, algumas informações acerca do funcionamento dos Planos de Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar e seu papel, do impacto das decisões judiciais para as operadoras de saúde.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

A ideia de defesa do patrimônio sempre esteve inserida na sociedade, desde a antiguidade, por sua preservação, para que não viesse a ocorrer nenhum prejuízo, ou seja, pela reparação de um prejuízo já causado. Durante todos os tempos, o dano foi combatido por quem foi lesado na situação. A sociedade está sempre em busca de um direito mais justo e eficaz, o que infelizmente nem sempre ocorre.

A responsabilidade civil encontra seu alicerce maior, sentimento de justiça, na ânsia de obrigar o causador do dano a repará-lo, haja vista com a prática do ato ilícito, esse acaba de gerar um desequilíbrio na relação jurídico-econômica existente entre o causador do dano e o lesado. Assim, necessita-se reestabelecer o equilíbrio, fazendo com que o patrimônio da pessoa lesada volte ao seu *status quo ante da violação* (princípio da *Restitutio in Integrum*).

A violação a um dever jurídico preexistente caracteriza o chamado ilícito civil, segundo Sergio Cavaliere Filho (2008), ao definir responsabilidade, elaborando interessante distinção entre obrigação e responsabilidade, afirmando que a obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico, sucessivo consequente a violação do primeiro. Como exemplo Cavaliere explica, ainda, que se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação, ou seja, se deixar de prestar os serviços, violará o direito jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

A recomposição de danos decorrentes da violação de um dever jurídico originário é o que fundamenta a teoria da responsabilidade civil, adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, qual seja a teoria dualista, criada por Alois Brinz e citada pela doutrina de Sergio Cavaliere Filho (2008). Essa teoria Dualista criada por Alois Brinz divide a relação obrigacional em dois momentos distintos: o primeiro – *Should* – Consiste na obrigação de realizar uma prestação, a depender de uma ação ou omissão do devedor da obrigação; o segundo – *Hafung*

– consiste na faculdade de o credor atacar ou não o patrimônio do devedor, pelos prejuízos causados em decorrência do descumprimento de uma obrigação originária.

Por uma liminar ser um remédio e o mérito ser discutido a posteriori, é preciso que o judiciário e seus julgadores estejam bem amparados nas definições e decisões de que, realmente, aqueles que entram com o pedido de tutela de urgência estejam com seus direitos à beira de serem violados e que a obrigação esteja fundamentada.

Para Carlos Roberto Gonçalves(2011), a teoria clássica da responsabilidade civil conta com a assistência de três pressupostos: o dano, a culpa do ofensor e a relação de causalidade entre o fato culposos e o mesmo dano. O vínculo jurídico prévio entre a vítima e o ofensor; o inadimplemento; o dano e a relação de causalidade existente entre ele e o inadimplemento são pressupostos da responsabilidade civil contratual.

O dano é a consequência necessária da inexecução da obrigação, porque na ocorrência de qualquer causa superveniente, imputável a terceiro, a própria vítima, ou proveniente de causas naturais, o nexo causal restará interrompido, e, portanto, não se poderá falar em responsabilidade.

Como pressupostos de responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana) têm-se a conduta do ofensor, o nexo causal e o dano. Ambas podem ser subjetivas – no que depende da demonstração de culpa do agente para que haja o dever de indenizar, e objetiva-se que apenas demonstrar a existência do fato e o nexo causal por si só já fazem surgir a reparação. Muitas vezes, a responsabilidade civil subjetiva acaba dificultando e inviabilizando a reparação dos danos causados porque a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta ilícita do agente e o dano causado é prova árdua a vítima, ficando a mesma desamparada.

No Código Civil Brasileiro, no artigo 927, diz (citação na íntegra):

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Logo, o Código Civil adotou como regra a responsabilidade civil objetiva, ou seja, independe da demonstração de culpa do agente para haver o dever de indenizar o ofensor conforme artigo supracitado. A teoria da culpa, extraída do artigo 186 do CC/2002, advém do pressuposto objetivo da responsabilidade civil subjetiva e tem como centro de sua preocupação o ato ilícito e o agente causador do dano; ela está intimamente ligada ao elemento volitivo do agente, e preconiza que aquele, o qual causou o dano, deva ser punido

devidamente, conforme artigo a seguir, na íntegra: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O direito brasileiro manteve-se fiel a teoria subjetiva com base na demonstração da culpa, consagrada no art. 186 do código civil, tanto no código civil de 1916, como no código civil de 2002. Também restaram adotados, princípios da responsabilidade objetiva da culpa presumida consagrados nos artigos 936, 937 e 938, como também a responsabilidade independente da culpa, onde subsiste o dever de reparar independente da sua existência, como se extrai do art. 927, parágrafo único, acima citado, artigo 933 e artigo 1299 do Código Civil Brasileiro que ratifica a teoria.

3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em novembro de 2010, firmou o entendimento através da súmula n° 469, *litteris*: “Súmula 469 do STJ”: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.” Logo, o Código de Defesa do Consumidor é aplicado aos contratos de planos de saúde regulamentados pela Lei n° 9656, de 03 de junho de 1998.

Existe um óbice pertencente a esse entendimento, no sentido de que admitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, mesmo àqueles antes firmados da promulgação do CDC, seria admitir a retroação da lei. Contudo o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o contrato de plano de saúde é firmado num determinado momento identificável no tempo, mas é de sua própria natureza o estabelecimento de um trato sucessivo entre as partes, por um prazo sem definição de tempo, assim definindo a aplicação do CDC a todos os contratos independentes da data da assinatura.

Assim, existe uma relação de consumo, na qual é possível detectar consumidores, pessoas físicas ou jurídicas destinatárias finais do serviço de plano de saúde, nos moldes do artigo 2° do CDC, e do fornecedor, pessoa jurídica de direito privado, prestador de serviços na área de saúde suplementar, conforme estabelece o art. 3° do CDC, motivo que se torna incontestável a aplicabilidade do CDC.

Esse entendimento já se encontra pacificado no Superior Tribunal de Justiça, inclusive com a aplicação imediata dessa norma nos contratos vigentes, os chamados de trato sucessivo

ou de execução continuada, havendo de um lado a continuidade do pagamento das mensalidades e, do outro lado, a disponibilidade e os serviços de assistência à saúde.

4 A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS) COMO REGULAMENTADORA DAS OPERADORAS DE SAÚDE

Iniciado no começo dos anos 90 e que perdurou durante toda a década, abrangeu inúmeras atividades que antes eram executadas pelo Estado, assim foi o processo de desestatização. Fez-se necessária, com o desenvolvimento desse processo, a criação de órgãos que realizassem a fiscalização das atividades e serviços antes desempenhados pelo Estado por força constitucional, que foram sendo transferidos ao setor privado.

Assim surgiram as Agências Reguladoras, para possibilitar que o Estado possa atuar como regulador dos mercados por seu intermédio. Na organização do Estado, “a responsabilidade do Estado em relação aos mercados passa a ser o de supervisor e fiel da balança, em busca de melhor equilíbrio na relação de seus agentes” (PEREIRA, 1996, p. 53). O surgimento das Agências Reguladoras no ordenamento pátrio tem amparo constitucional.

Para Leila Cuéllar (2011, p. 81), as Agências Reguladoras são “pessoas jurídicas de direito público, com estrutura formal autárquica e competência para regulamentar contratar, fiscalizar, apurar sanções e atender aos reclamos dos usuários consumidores de determinado serviço público ou atividade econômica”. Dessa forma, as Agências Reguladoras são autarquias de natureza especial no Brasil, dotadas de independência decisória e autonomia financeira, administrativa e gerencial, criadas por lei com o objetivo de regulamentar e fiscalizar a prestação de certos bens e serviços considerados de relevância pública.

Sob esse enfoque, afirma Maria Stella Gregori (2005, p. 111):

A função essencial das Agências, objetivamente é a de executar as políticas do Estado de orientação e planejamento da economia, com vistas à eficiência do mercado, corrigindo, ou ao menos atenuando, suas falhas, por meio de intervenção direta nas decisões dos setores econômicos, tais como formação de preços, competição, entrada e saída do mercado, garantias de operação etc.(GREGORI, 2005, p.111)

Regulamentadora e fiscalizadora das atividades que garantissem a manutenção e a qualidade dos serviços médicos e odontológicos prestados pelo setor privado, em 28/01/2000, com o advento da Lei 9.961, foi criada a ANS, autarquia sob regime de natureza especial, vinculada ao Ministério da Saúde e subordinada às diretrizes fixadas pelo Conselho de Saúde Suplementar (CONSU). Dentre suas atribuições precípua, a referida autarquia defende o interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais,

inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

A ANS possui competência para regulamentar tanto a Lei 9.656/98, quanto a Lei 9.961/2000, pela qual foi criada. Cabe a esse órgão regulado ultrapassar os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico vigente, ou seja, a ANS não pode inovar na ordem jurídica. Também não possui competência para conciliar, já que o seu foco primordial, além de regulamentar, é fiscalizar o setor.

5 AS DECISÕES JUDICIAIS PARA CUMPRIMENTO DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E SEU IMPACTO EMPRESARIAL

A saúde é um direito de todos e dever do Estado, conforme versa nossa Carta Maior, e essa garantia de acesso por ele promovido, se daria através do Sistema Único de Saúde – SUS, rede regionalizada e hierarquizada cujas diretrizes encontram-se fixadas no art. 198 da Constituição Federal, conforme observado a seguir:

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. (BRASIL,1988)

Facultou também a livre iniciativa privada a prestação de assistência à saúde, como medida complementar a atuação do Sistema Único de Saúde – SUS. Os serviços de assistência à saúde de competência do SUS abrangem toda a área médica, ambulatorial, hospitalar, odontológica e, ainda, os serviços auxiliares de apoio a diagnóstico e tratamento.

Maria Stella Gregori (2011) define a saúde como um direito social básico, fundada nos princípios da universalidade de acesso, integralidade da assistência, igualdade de assistência, equidade, e amplamente protegida pela ordem constitucional. As demandas no Judiciário, envolvendo questões ligadas à saúde, a cada dia crescem mais. Dessa forma, torna-se cada vez mais óbvio que a obrigação do Estado, em garantir o direito à saúde, estaria subordinada ao Princípio do Mínimo Existencial.

A professora Ana Paula de Barcellos (2002): “Compete ao Judiciário, portanto, determinar o fornecimento do mínimo existencial independentemente de qualquer coisa, como decorrência das normas constitucionais sobre a dignidade humana e sobre a saúde.” (BARCELLOS, 2002, p. 274)

Acrescenta a mesma autora, ainda, que:

A determinação do mínimo existencial, diz respeito às prestações de saúde disponíveis e não as condições melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá no paciente (Ibidem, p. 274).

O grande problema de hoje é que ocorre, diante de uma fragilidade da atuação estatal e das dificuldades econômicas que assolam a grande maioria da população, a exigência das chamadas operadoras de planos de saúde, isto é, de uma atuação que vai além da atividade que originalmente delas se esperava. Essas novas exigências ora são trazidas pela legislação, ora são trazidas pelas decisões judiciais que, muitas vezes, fogem ao contrato e a razão também.

Dentre as posturas recorrentes, adotadas pelo Poder Judiciário, está o fato de ignorar a natureza da atividade exercida pelas operadoras de saúde, para determinar a realização de um serviço médico, bem como o reconhecimento da nulidade de cláusulas contratuais, acarretando assim um aumento nas hipóteses de cobertura, o que tende ao infinito. Portanto, ocorre o aumento da expectativa de pagamentos das operadoras, onerando o custo previsto.

Tudo isso leva a uma mudança, na qual a operadora acabará tendo um grave problema de caixa, o que poderá incorrer na quebra da operadora (falência) ou prejuízo ao atendimento e cobertura exercidos por ela. Pois a operadora dificilmente terá como reaver os gastos despendidos para custear procedimentos não previstos em seus contratos, conforme aduz Henrique Freire (2009, p. 24), “o benefício concedido a um consumidor individual sempre irá refletir nos demais consumidores, na empresa e na sociedade”.

As concessões de medidas liminares, de tutela de urgência e mandados de segurança para fornecimento de tratamentos de saúde tornam-se cada vez mais comuns nos meios jurídicos, fazendo assim com que seja aumentada a previsão orçamentária por parte das operadoras de saúde.

Diversas ações são ajuizadas diariamente, baseadas na solidariedade entre os entes federativos, tentando fazer valer um direito que, para muitos, encontra-se perfeitamente claro que não existe, pois não foi enfatizado no contrato do plano, mas que na prática é atingido por via de medidas liminares ou mandados de segurança, mesmo estando claro que faz parte de uma exclusão contratual. As ações buscam as ordens judiciais determinando o fornecimento de tratamentos diversos, cirurgias urgentes, internações, e até mesmo ordens para SPA, com acompanhantes, entre outros.

O maior número de ações é ajuizado contra os entes da União, Estados e Municípios (de residência dos autores) com pedidos de antecipação de tutela, pois para essa ação deverá ser apresentado ao juiz o fundamento de que o dano poderá ser irreversível ao paciente, baseando-se no artigo 300 do novo Código de Processo Civil (*litteris*):

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015).

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. (Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015).

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificção prévia (Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015).

Em tese, é a melhor opção do que o Mandado de Segurança que deverá ser apontado o órgão ou pessoa infratora do direito e a prova do direito líquido e certo (requisitos básicos para o Mandado de Segurança). Pode ser perfeitamente realizado, mas reduziria consideravelmente a possibilidade de êxito do determinado pedido. No caso, a ação seria ajuizada somente contra o órgão ou sujeito infrator e não contra todos os entes federativos, o que aumenta, e muito, a possibilidade de insucesso do pedido (SANTOS, 2011).

As ações judiciais concessoras de tratamento diferenciado fundam-se em leis constitucionais e em dispositivos infraconstitucionais, tendo como efeito o descumprimento de tais ordens judiciais, embasadas pelo Código Penal, Código de Processo Civil, pela doutrina e jurisprudência. Logo, muitas vezes, as operadoras de saúde ficam amarradas a uma “imposição” fazendo-se cumprir o que foi determinado na liminar de forma injusta ou de má fé, tendo como consequência que diversos julgados são favoráveis à possibilidade de se punir os órgãos ou seus responsáveis que não cumprirem os mandados judiciais com multas diárias e até mesmo com prisões em último caso (Op. Cit.).

As multas são fixadas aos órgãos responsáveis ou polo passivo da ação, com base no artigo 77 e ss do CPC, por entender que qualquer ato negativo ao cumprimento da ordem judicial trata-se de ato atentatório à dignidade da justiça:

Art. 77 - São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015).

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação. (Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015).

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por

cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta. (Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015).

Maria Stella Gregori (2011) ao tratar sobre o tema pondera:

Não se admitem falhas ou omissões nas informações prestadas pelo fornecedor, devendo elas ser apresentadas de forma que facilite a sua compreensão. Nessa mesma diretriz, a má informação é condenada pelo CDC, quando coíbe a publicidade enganosa ou abusiva e as chamadas práticas comerciais condenáveis – as dispostas no art. 39 CDC e nas Portarias 7/2003 e 49/2009 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – bem como aliado ao princípio da vulnerabilidade do consumidor, vincula a oferta ao contrato e garante a interpretação de cláusula contratual mais favorável ao consumidor. (GREGORI, 2011, p. 29)

O entendimento de alguns Ministros do Supremo Tribunal de Justiça é que em relação às concessões de liminares não se trata de dar ao indivíduo um cheque em branco que, desprezando as escolhas administrativas, lhe permite ter acesso a todo e qualquer tratamento e/ou medicamento, em detrimento do planejamento e organização, inicialmente, estabelecidos. Extrapolar os itens eleitos pelo administrador para compor a assistência à saúde, somente deverá ser permitido diante das peculiaridades do caso concreto a exigir determinada prestação fora das anteriormente selecionadas. Isso pode ocorrer, por exemplo, diante da raridade da doença em questão, das características do avanço de determinada doença, ou ainda, das especificidades de um problema de saúde em um determinado indivíduo.

Destarte, com as políticas públicas de saúde que não abrangem todos os tipos de tratamento e que se tornam cada vez mais omissas aos casos mais urgentes, muitas vezes, o cidadão não vê outra saída a não ser a via judicial. Não apenas os usuários do Sistema Único de Saúde estão fadados a tal sorte; mesmo um usuário de Planos de Saúde pode deparar-se com a necessidade de utilização de um tratamento de alto custo e não ter qualquer possibilidade financeira de adquiri-lo. Assim, acionando a justiça, bem como, muitas vezes, foi contratado um plano de saúde, o usuário sabe que não tem direito a tal tipo de material, ou está em carência e, partindo disso, aciona a justiça para viabilizar a realização de tal tratamento, internação ou material.

Dessa maneira, a cada ano, os valores financeiros gastos pelas operadoras de saúde por força de determinações judiciais que reconhecem a urgência dos casos de saúde e, principalmente, os direitos garantidos constitucionalmente, vêm aumentando de forma considerável e impactando nos seus resultados.

O direito contratual regido pelo Código Civil Brasileiro consagra a liberdade de contratar (Princípio da Autonomia da Vontade), observados os princípios da probidade, boa-

fé (art. 422 CC/02), supremacia da ordem pública e da função social dos contratos, atento aos atuais clamores sociais, no sentido de coibir eventuais abusos que configurem desvantagem para uma das partes em detrimento da outra. O problema é que o abuso está muito grande, hoje em dia, contra as operadoras de saúde, onde o usuário, muitas vezes, é beneficiado independentemente de ser culpa da operadora ou não.

O impacto das liminares judiciais para as operadoras de saúde, das ações judiciais contestando os índices autorizados pela ANS é em cerca de milhões, aumenta a cada mês. Os processos que mais causam impacto nas operadoras de saúde referem-se a:

- a) manutenção do plano individual;
- b) cobertura (negativa de autorização prévia);
- c) reabertura de segurados empresa cancelados;
- d) Congelamento de prêmios
- e) demitidos/aposentados;
- f) reembolso; outros.

Muitas vezes, a pessoa esquece de pagar o plano de saúde, ou paga um mês e pula o outro, assim, gerando o cancelamento do plano após 60 dias, conforme contrato e especificações em boleto de cobrança e aciona a operadora de saúde com liminar judicial para fazer a manutenção do plano. Outro caso comum e recorrente de colocação de liminar judicial, é quando é recusado qualquer procedimento, seja por não ter cobertura contratual ou por falta de indicação médica para fazer um procedimento, que não esteja contemplado no rol da ANS, inconformado, o beneficiário aciona a operadora de saúde na justiça, através de solicitação de liminar judicial, quando, muitas vezes, sabia que não tinha direito a fazer ou, então, é induzido a fazer por uma via ainda não regulamentada no rol da ANS.

Consoante, as liminares judiciais podem-se ver, também, absurdos como no caso de liminares judiciais com direito a SPA com acompanhantes, que foram deferidas e as operadoras tiveram a obrigação de cumprir. Ou seja, daí tem-se um abuso de poder por parte do judiciário, no qual não se teve o mínimo de cautela ao deferir tal liminar, desmoralizando o mercado e as relações, pois fez com que precedentes fossem abertos em relação as liminares.

Por conseguinte, a operadora poderá ter um grave problema de caixa, o que pode incorrer na quebra da operadora (falência) ou prejuízo ao atendimento e cobertura exercidos por ela, porque a operadora dificilmente terá como reaver os gastos despendidos para custear procedimentos não previstos em seus contratos (FREIRE, 2009).

Tem-se bastante discussões, conflitos e divergências de entendimento acerca do tema das liminares judiciais, mas é bom constar que existe uma legislação que resguarda o direito à saúde e, por consequência, à vida, e que a despeito de eventuais percalços a serem enfrentados, sempre haverá prevalência do humano, quando estiverem sob ponderação direitos outros, igualmente relevantes, mas que dificilmente suplantarão o direito à dignidade da pessoa humana.

Logo, a judicialização da saúde é um tema recorrente, importante e que provavelmente sempre existirá. Somente o judiciário é quem pode decidir sobre quais direitos poderão ser sopesados: o direito à saúde (e à vida) ou os parâmetros orçamentários, sejam eles da União, Estados ou Municípios.

6 CONCLUSÃO

Finda-se o presente estudo com a certeza de que algo deve ser feito imediatamente, pois até mesmo as ações judiciais tornam-se insuficientes para o atendimento de forma rápida ao cidadão que necessita de atendimentos e procedimentos especiais. As garantias constitucionais devem ser ratificadas pelo Estado e o direito social à saúde, que é uma forma direta de cuidar do bem maior que é a vida, deve ser efetivamente disponibilizado à população.

Entre as Operadoras de Plano de Saúde e seus beneficiários, é estabelecida uma relação considerada de consumo, incidindo, portanto, sobre elas as normas estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Em razão da peculiaridade do referido contrato, é de extrema relevância que seja observada a regra esculpida no artigo 54, parágrafo 3º do CDC, pelo qual “Os contratos de adesão serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”. Logo se faz necessário que esse contrato de adesão seja bastante explorado e explicado para que não restem dúvidas acerca das coberturas que tem direito, o que não faz parte do contrato, por que determinado material foi negado uso, procedimentos sem indicação.

A cada ano, os valores financeiros gastos pelas operadoras de saúde, por força de determinações judiciais que reconhecem a urgência dos casos de saúde e, principalmente, os direitos garantidos constitucionalmente, vêm aumentando de forma considerável e fazendo com que os planos de saúde não suportem mais tantos gastos e muitas vezes dando reajustes altos para os usuários que não suportam e saem do plano, muitas vezes, até falindo os planos e

fazendo com que esses usuários se remetam ao Sistema Único de Saúde, tal qual é quem mais recebe liminares judiciais para coberturas ampliadas de tratamentos ou medicamentos de alto custo.

O ideal seria um ajuste e amplo estudo por parte do judiciário, juntamente com as operadoras de saúde, em que se chegasse a um bom senso em relação às coberturas contratuais, aos contratos de planos de saúde, para que houvesse uma diminuição e previsão melhor de gastos. Haja vista que, no final de tudo, é o próprio usuário que terá reajustes decorrentes de seu próprio uso, ou mau uso, do plano de saúde do qual faz parte.

Dessa forma, é preciso um trabalho educacional para que se possa conscientizar os usuários de plano de saúde da importância de saber usar o seguro saúde, pois algumas pessoas ainda tem a mentalidade, no caso dos planos individuais, de que pagam o plano e não usam, daí acaba por usar desnecessariamente, sem saber que o aumento da sinistralidade do plano será reajustado entre os próprios usuários e que aumentará seus gastos em relação a necessidade de manter o seguro. Conforme informações contidas no "Relatório de Financiamento de Sistemas de Saúde: O Caminho para Cobertura Universal", da Organização Mundial de Saúde (OMS), as quais indicam que entre 20% e 40% dos investimentos em saúde em todo o mundo são desperdiçados.

A atuação do judiciário na efetivação do direito à saúde traz à tona, como estudo, a comprovação da ineficácia das políticas públicas para atender os direitos constitucionalmente protegidos, preocupações de cunho técnico e econômico. Concomitantemente, os juízes responsáveis pelos casos relacionados à saúde devem ter o mínimo de apoio técnico possível. Seja por meio de comitês técnicos de apoio, formados por médicos especialistas, farmacêuticos entre outros profissionais, ou até mesmo por opiniões individuais de especialistas que devem estudar as evidências e provas carreadas ao processo e apresentarem seus pareceres. O que poderá auxiliar ao juiz à julgar com maior certeza e convicção e de que está tomando a melhor decisão.

Com o aumento dessas ações judiciais, deve-se tomar o cuidado para que não se banalize o acesso ao judiciário sob o risco de haver, por exemplo, ações judiciais que serão utilizadas para desrespeitar as filas de transplantes sem critérios de riscos iminentes ou para receberem medicamentos e tratamentos de alto custo sem a real necessidade demonstrada. Novas posturas no judiciário, para dificultar as decisões favoráveis aos pedidos feitos nessas ações, podem ocorrer como forma justamente de impedir que tal banalização possa acontecer.

Pensa-se futuramente, talvez, em critérios distributivos para os recursos à saúde. Critérios esses que permitiriam a disponibilização de valores variáveis de acordo com as

necessidades de cada cidadão. Essa seria uma forma de atender, com maior agilidade, a quem do contrário teria somente o judiciário como forma de apoio. É necessário, também, que os contratos sejam revistos e de fato regulamentados, faz-se necessário maior empenho em relação ao cumprimento dos contratos e maior entendimento do papel da agencia reguladora quando inclui procedimentos no seu rol ou exclui a operadora de pagamento de determinados itens.

REFERÊNCIAS

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Medicamentos. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME**. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/essencial.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

DE BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CUÉLLAR, L. **As Agências Reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GREGORI, M. S. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2002-2005**. 2002. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=14917. Acesso em: 02 fev. 2018.

PEREIRA, B. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**. 4. ed. São Paulo: 1996. p. 53.

SANTOS, F. J. dos. A atuação do Judiciário na efetivação do direito à saúde e a reserva do possível: colisão com direitos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2809, 11 mar. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18627>. Acesso em 10 abr. 2018.