

O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR E AS TUTELAS DE URGÊNCIA

Cláudia Galiberne Ferreira

Advogada

Sócia do escritório Amauri Ferreira Advogados

Especialista em Processo Civil pelo CESUSC/ICEEJ

1. O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

“O Direito era simples porque a sociedade também o era.”¹

1.1 A SAÚDE NO BRASIL: SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO

Hoje, muito se fala a respeito dos chamados direitos sociais², entre eles o direito à saúde, o qual, de acordo com Sarlet³, integraria a assim denominada *segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais*. Sarlet⁴, aliás, é categórico ao afirmar que *a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares.*

Em nosso ordenamento jurídico, tal reconhecimento é expresso e veio por meio da Constituição de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, seguindo os passos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e diversas

¹ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*, p. 35.

² Oliveira [2009, p.2] relembra que *os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, a saber, os direitos civis e políticos assegurados no plano constitucional; os da segunda geração dizem respeito aos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como aos direitos coletivos. A terceira geração compreende os direitos da fraternidade, ultrapassando os limites dos direitos individuais ou mesmo coletivos, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.*

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, p. 7.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, p. 3.

Constituições de outros países, que consagrou a saúde como direito fundamental da pessoa humana, sendo a primeira constituição brasileira que formalmente declarou a saúde como direito humano fundamental a ser preservado⁵. Por meio da previsão contida nos artigos 6º e 196 a 200 da Carta Magna, a proteção à saúde passou então a gozar de *status* constitucional⁶. No plano fático, porém, sua constitucionalização, com a consagração do direito à saúde como direito fundamental da pessoa humana, devendo seu acesso ser universal e igualitário, fez surgir inúmeras controvérsias acerca da atribuição de responsabilidades por sua efetivação.

Canotilho⁷ refere que *<Law is politics>*, *<Law is economics>*... *Poder-se-ia dizer também que os direitos fundamentais – pelo menos a categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais -, não são verdadeiros direitos mas, apenas, política ou economia. A consagração acoplada de “direitos sociais” e de “políticas públicas” sociais - como acontece na Constituição Portuguesa e na Constituição brasileira – pode originar sérias dificuldades no plano normativo-concretizador. Consoante o mesmo autor⁸, as normas constitucionais consagradoras desses direitos são normas programáticas que, em rigor, não deveriam estar no texto constitucional, pois as suas concretizações dependem das políticas públicas dos órgãos políticos legitimados para desenvolvê-las.*

Bottesini; Machado⁹, por sua vez, em forte crítica ao texto constitucional, asseveram:

Daí a conclusão de que “A saúde é direito de todos e dever do Estado” não passa de mais um enunciado de princípio ou de norma programática para ser implementada se e quando for possível. Nem para deleite de

⁵ De acordo com Trettel [2010, p. 55], a primeira Constituição a tratar da saúde como direito fundamental foi a Constituição da República Italiana, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948.

⁶ E como assevera Schwartz [2004, p. 136-7], com o reconhecimento normativo, doutrinário e jurisprudencial de que a saúde é direito fundamental do homem, tem-se que as normas constitucionais referentes à saúde são normas de aplicabilidade imediata e de eficácia plena, caráter este reconhecido pelo órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro – o Supremo Tribunal Federal (STF), a quem cabe a guarda precípua da Constituição.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 130.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 260.

⁹ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos de saúde: comentada artigo por artigo*, p. 331.

constitucionalistas a norma tem servido, pois há um silêncio em torno desse “direito de todos” e desse “dever do Estado”, quebrado aqui e ali quando se trata de sustentar interpretações grandiosas em teses de láurea ou em congressos a respeito dos temas mais caros aos formuladores das políticas de saúde do que aos executores das medidas indispensáveis à concretização do direito assegurado pelo texto constitucional.

A confirmação de que o “direito de todos e dever do Estado” não passa de um programa ideal está no “código da saúde” que é a Lei 8.080, de 19.09.1990, cujo artigo faz como integrantes da saúde, “entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais” e acrescenta, de forma quase surrealista, que os “níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País”. O parágrafo único desse artigo 3º do “código da saúde” informa que as ações de saúde se destinam “a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social” o que já se sabe inatingível porque somando tudo, é provável que a resultante seja mais da metade de todas as funções do Estado.

De acordo com Sarlet¹⁰,

talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com este ponto, a uma referência genérica. Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito à saúde encontra-

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, p. 12.

se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõem os artigos 196 a 200 da nossa Constituição. Quem vai definir o que é direito à saúde, quem vai, neste sentido, concretizar esse direito é o legislador Federal, Estadual e/ou Municipal, dependendo da competência legislativa prevista na própria Constituição. Da mesma forma, será o Poder Judiciário (ao menos, assim o sustentamos), quando acionado, quem irá interpretar as normas da Constituição e as normas infraconstitucionais que a concretizarem.

E prossegue Sarlet¹¹ afirmando que *também o direito à saúde não pode, portanto, continuar sendo reconduzido exclusiva e irrefletidamente à condição de direito público subjetivo, já que manifesta sua atuação também na esfera das relações entre particulares, ainda que se possa admitir que a assim denominada “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais, em suma, não possa ser tratada de modo similar à vinculação do poder público.*

Como consequências dessa inatingibilidade do texto constitucional no plano fático, é de se destacar a visível deterioração dos serviços de saúde prestados pelo Estado, levando à “migração” forçada de grande parte da população aos planos e seguros de saúde privados, e o acirramento da discussão acerca das atribuições legais dos sistemas público e privado no atendimento ao direito à saúde. Tal “desacerto”, ao cabo, leva à enxurrada de litígios hoje em curso perante o Poder Judiciário, envolvendo ambos os sistemas e questionando suas atribuições, com enorme desperdício de forças e poucas soluções efetivas para o problema de fundo: a saúde.

Antes, porém, de adentrarmos no exame de tais questões, analisaremos a composição do sistema de saúde brasileiro, com especial atenção para o sistema de saúde suplementar, foco principal deste estudo.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, p. 6.

1.2 O SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO: O SISTEMA PÚBLICO E O SISTEMA PRIVADO

A Carta Maior, em que pese definir a saúde como um dever do Estado e um direito do cidadão, não monopolizou a prestação dos serviços a ela relacionados, dispondo em seu artigo 199 que *“a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”*.

No Brasil, pondera Fux¹², *convivemos, assim, com um sistema de assistência à saúde alternativo; vale dizer: público ou privado, consoante a escolha do cidadão e obedecidos os requisitos de acesso a cada um deles*. E no entender de Ribeiro, *apud* Gregori¹³, *no Brasil o sistema de saúde se caracteriza por seu hibridismo, sendo marcante a interação entre os serviços públicos e a oferta privada na conformação da prestação dos serviços de assistência à saúde*.

O sistema de saúde no Brasil é formado hoje, portanto, pelos sistemas público e privado.

Sistema Público: o SUS – Sistema Único de Saúde e o Setor Privado Complementar

A saúde pública é conceituada por Gregori¹⁴ *como um serviço público, no qual a prestação de serviço de saúde é prestada diretamente pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, aos seus administrados*.

O sistema público, denominado também de “subsistema público”¹⁵, é composto pelo Sistema Único de Saúde - SUS e seus conveniados, estes últimos, por sua vez, denominados de “setor privado complementar”¹⁶, já que literalmente complementam, mediante contrato ou convênio e remuneração estabelecida pelo Poder Público, os serviços prestados pelo SUS. Revelam os dados *do Ministério*

¹² FUX, Luiz. *Tutelas de urgência e plano de saúde*, p. 24.

¹³ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, p. 32.

¹⁴ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor* p. 26.

¹⁵ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, p. 32-3.

¹⁶ Como exemplo, laboratórios de análises clínicas particulares que prestam serviços ao SUS.

da Saúde¹⁷ que o SUS atende 90% da população brasileira, sendo que 28,6% da população é usuária exclusiva, 61,5% a utiliza com algum outro sistema de atenção e apenas 8,7% da população não utiliza o SUS¹⁸.

Sistema Privado: o Setor Privado Suplementar

Já o sistema privado, denominado também de “subsistema privado”¹⁹, ou “setor privado suplementar”, é formado por aqueles que não possuem nenhuma vinculação com o SUS e que prestam serviços de saúde à população por meio de planos e seguros privados de saúde.

A Lei nº 9.656, de 3.6.1998 é o marco regulatório do setor de saúde suplementar no Brasil²⁰. Até a sua edição, o setor, carente de legislação específica, valia-se tão somente da legislação aplicável ao sistema nacional de seguros privados (Dec.-Lei nº 73, de 21.11.1966) e, quando de sua edição, também do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990).

A saúde suplementar no Brasil é composta:

a) pela medicina de grupo e pelas cooperativas médicas (Unimed), com estrutura própria e conveniados, por meio de planos de saúde, que em conjunto reúnem 71,6% dos usuários dos planos de assistência à saúde²¹;

b) seguradoras especializadas em saúde, sem estrutura médico-assistencial, por meio de seguros de saúde, na forma de reembolso de despesas;

¹⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Saúde. *SUS – 15 anos de implantação: desafios e propostas para a sua consolidação*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Série B, Políticas de Saúde, Textos Básicos de Saúde, p.4.

¹⁸ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, p. 27.

¹⁹ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, p. 32-3.

²⁰ Apesar das inúmeras críticas, a Lei nº 9.656/1998 representou um marco na regulação da saúde suplementar. Introduziu inúmeras regras de proteção aos contratantes, tais como definição de cobertura e exclusões, inclusão de transplantes e transtornos psiquiátricos, proibição de limitação de procedimentos, consultas, tempo de internação e UTI, estabeleceu prazos máximos de carência, proibição de impedimento de ingresso em razão de idade ou estado de saúde, estabeleceu regras para os reajustes de mensalidade e aumentos em razão da faixa etária, entre outras determinações.

²¹ TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e do STF*, p. 45.

c) a modalidade que costumeiramente se chama de sistema de autogestão, organizado por empresas públicas e/ou privadas, com atendimento exclusivo aos seus quadros funcionais;

d) a de filantropia, entidades sem fins lucrativos, reconhecidas como filantrópicas e que operam planos privados;

e) por fim, a administradora, na qual empresas apenas administram planos financiados por outras empresas, exercendo, como empresa terceirizada, a gestão operacional, sem os riscos decorrentes de tal operação.

Esse setor, o da saúde suplementar, de acordo com Almeida²², seria responsável por mais de um milhão de procedimentos médicos em cada dia útil, atendendo a milhões de beneficiários em todo o País que buscam e, somente através do setor, alcançam uma medicina de qualidade. As informações contidas na página eletrônica da ANS²³ noticiam que hoje seriam atendidos por meio da saúde suplementar algo em torno de 58,5 milhões de usuários, sendo que desse montante 44,7 milhões seriam usuários de planos de assistência médica, e 13,8 milhões de planos exclusivamente odontológicos. Considerando-se a população atual de nosso País, de aproximadamente 192 milhões de habitantes²⁴, o mercado de saúde suplementar atenderia em torno de 30% da população brasileira.

É importante fazer menção aqui às empresas conhecidas como de “encaminhamento médico”²⁵, revestidas sob a forma de filantrópicas e que vêm crescendo de maneira significativa entre as classes menos favorecidas. Tais empresas encaminham os pacientes a médicos particulares²⁶ cujo valor das consultas é módico. O paciente não escolhe o profissional, muitas vezes sequer tem conhecimento de quem se trata até o momento da consulta agendada. Não há mensalidades, anuidades, ou quaisquer outras taxas. Não são regulamentadas

²² ALMEIDA, Arlindo de. *A solução para o problema da saúde é mista e solidária*, p.8.

²³ ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Informação sobre saúde suplementar. Dados Gerais. Disponível em: <www.ans.gov.br>. Acesso em: 12 de janeiro de 2011.

²⁴ ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Informação sobre saúde suplementar. Perfil do Setor. Disponível em: <www.ans.gov.br>. Acesso em: 12 de janeiro de 2011.

²⁵ CARAZZAI, E.H. R\$ 35,00 para escapar do SUS. *A Gazeta do Povo*, Curitiba, domingo, 19 de out. 2008. Caderno de Economia, p.1-4.

²⁶ Mediante o simples pagamento de uma taxa.

pela ANS e não contam com o respaldo do CFM. Os maiores usuários de tais serviços são aqueles menos favorecidos, que não podem pagar os elevados preços dos planos de saúde regulares (valor esse justificado pelas operadoras como única forma de atender às coberturas cada vez mais abrangentes) e os veem como uma alternativa ao SUS.

A ANS – Agência Nacional de Saúde

Com vistas a normatizar o setor de saúde, há muito deficiente de controle e regulação, criou-se no final de 1999 (pela MP nº 1.928, de 25.11.1999, reeditada, e depois com a promulgação da Lei nº 9.961, de 28.1.2000) a ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, com o objetivo de regular, normatizar, controlar e fiscalizar a qualidade dos serviços prestados pelos componentes do sistema de saúde suplementar, em específico as operadoras de planos de assistência à saúde.

A ANS, assim como as demais agências reguladoras – em que pese, no caso específico da saúde, não ter ocorrido a privatização de entidades estatais e a interferência estatal na atividade ter se dado apenas com a edição da Lei nº 9.656/98 –, deve executar as políticas do Estado de orientação e planejamento da economia com vistas à eficiência e equilíbrio do mercado. De acordo com Barroca, *apud* Bottesini; Machado²⁷, *a ANS tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país. Compete à ANS propor políticas e diretrizes para a regulação do setor de saúde suplementar, inclusive zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar (Doutor João Luís Barroca, Diretor de Normas e Habilitação e Produtos da ANS, Conferência de 03.11.2002, IV Congresso Internacional de Gestão em Saúde, Foz do Iguaçu).*

²⁷ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos de saúde: comentada* artigo por artigo, p. 314.

É dever da ANS, também, divulgar amplamente suas determinações, em especial aquelas que atinjam diretamente aos consumidores de planos e seguros-saúde. É o dever de informação, em razão de sua qualidade de órgão público e da previsão legal inserta no Código de Defesa do Consumidor. Esse dever de informação, no entender de Bottesini; Machado²⁸, vem sendo descumprido: *Verifica-se que a ANS e o CONSU vêm legislando extraordinariamente, quase sem controle, a não ser pelas próprias operadoras e seguradoras, às quais se dirige a maior parte dos regulamentos baixados por meio de Resoluções. Os usuários dos planos e seguros privados de assistência à saúde não são alertados para as normas regulamentares, a não ser alguns poucos itens divulgados na imprensa, de modo que se trata de leis dadas a conhecer a restrito universo de interessados, enquanto o grosso dos usuários não tem acesso a esse sistema regulamentar, o que impossibilita uma fiscalização a retalho da atuação das operadoras de planos e seguros.*

Registre-se que, apesar do seu poder regulamentar, a ANS não possui competência para a conciliação ou reparação do dano individual. A pretensão individual deve ser buscada, portanto, nos PROCONS ou no Poder Judiciário²⁹.

Da legislação aplicável

O sistema público de saúde é normatizado essencialmente pelas Leis nº 8.080, de 19.9.1990 (Lei Orgânica da Saúde) e nº 8.142, de 28.12.1990, e pelas NOB (Normas Operacionais Básicas) nºs 91, 93 e 96, emanadas do Ministério da Saúde.

O sistema privado, por sua vez, é normatizado pela Lei nº 9.656/98 e suas sucessivas alterações (resultando na MP 2.177-44/01), complementada pelas

²⁸ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos de saúde: comentada artigo por artigo*, p. 309.

²⁹ Há divergências, mas o entendimento majoritário é no sentido de que a ANS não faz parte do SNDC (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor). A RN nº226 (motivada pela Consulta Pública nº 32, promovida pela ANS), de 5 de agosto de 2010, acabou por instituir o procedimento de Notificação de Investigação Preliminar – NIP, visando a solução de conflitos entre usuários e planos privados de assistência à saúde, no que concerne à negativa de cobertura, diretamente pela ANS.

Leis nº 10.185/01 (seguros privados), nº 10.223/01 (cirurgia plástica reconstrutiva de mama), Lei nº 9.961/00 (criação da ANS) e Lei nº 10.850/04 (incentivo à adaptação de contratos anteriores à Lei nº 9.656/98). Isso sem mencionar a incidência supletiva da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), da Lei nº 10.741/93 (Estatuto do Idoso), da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) e da Resolução nº 1931/09 (Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina).

O setor de saúde suplementar submete-se ainda às Resoluções do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU³⁰, assim como às resoluções, instruções e súmulas normativas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Deve-se mencionar que há, inclusive, os que defendem a referência à aplicação supletiva do CDC à Lei nº 9.656/98³¹ como falha de técnica legislativa, uma vez que aquele, tendo em vista sua raiz constitucional e natureza principiológica, haveria sim de nortear a aplicação da referida lei³². Nesse sentido, o entendimento de Marques, *apud* Gregori³³, é de que *há cumulação de leis, 'diálogo das fontes' e não 'subsidiariedade'. Subsidiariedade significa ordem de aplicação, aplica-se inicialmente uma lei e só após se aplicará a outra. Aqui há complementação, de ambas regulando ao mesmo tempo o mesmo caso, em diálogo, pois não são antinômicas as leis, ao contrário, ambas seguem os princípios similares.*

³⁰ Bottesini; Machado [2005, p. 308-9] definem o CONSU – Conselho de Saúde Suplementar como *o órgão de formulação das políticas de saúde, de supervisão, de assessoria e de consulta, integrado à estrutura regimental do Ministério da Saúde, como afirma o próprio texto, direcionando as ações a cargo da Agência Nacional de Saúde e sobrepondo-se a esta. E prosseguem afirmando que ao Consu cabe estabelecer as diretrizes gerais sobre os assuntos versados no inciso IV e nos demais. Mas é à ANS que toca fixar as normas, legislar, em última razão, sobre as matérias que tenham sido objeto do direcionamento do Consu* [2005, p. 309-10]. O Consu é composto na forma do art. 35-B da Lei 9.656/98.

³¹ Artigo 35-G da Lei 9.656/98.

³² De acordo com Trettel [2010, p.98], *o Superior Tribunal de Justiça entende que o contrato de plano de saúde é contrato de trato sucessivo, caracterizado pela prestação continuada no tempo, sendo o Código de Defesa do Consumidor aplicável aos fatos que ocorrerem após a sua entrada em vigor.*

³³ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, p. 160.

Frise-se que o seguro-saúde, antes regulado pelo Dec.-Lei nº 73/66 e fiscalizado pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP³⁴, hoje, para efeito da Lei nº 9.656/98, passou a ser enquadrado como plano privado de assistência à saúde. Como consequência de tal enquadramento, as sociedades seguradoras passaram a figurar entre aquelas operadoras de planos de assistência à saúde, portanto agora subordinadas e fiscalizadas pela ANS. Os demais tipos de seguro continuam a ser fiscalizados pela SUSEP.

1.3 NOÇÕES FUNDAMENTAIS

Antes de adentrarmos na análise doutrinária acerca das tutelas de urgência e posterior exame das decisões do TJSC e STJ a respeito do tema, para melhor compreensão da legislação específica e de alguns aspectos a serem abordados no decorrer deste estudo faz-se necessária a apresentação das seguintes informações.

Plano de Saúde e Seguro-Saúde

É importante destacar, em primeiro plano, a distinção existente entre plano de saúde e seguro-saúde. No entender de Bottesini; Machado³⁵, *a distinção entre plano de saúde e seguro-saúde precisa ser buscada na comparação entre os dispositivos desta Lei 9.656/1998 com os arts. 129 a 135 do Dec.-lei 73, de 21.11.1966, os quais instituem o “seguro-saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar”. No art. 130 está a afirmação de que o seguro-saúde consiste “(...) no pagamento em dinheiro, efetuado pela sociedade seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante, da assistência médico-hospitalar ao segurado”.*

³⁴ A Superintendência de Seguros Privados - SUSEP é autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda e responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro.

³⁵ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos de saúde: comentada artigo por artigo*, p. 52.

De acordo com Schaefer³⁶, no caso de seguro-saúde, as despesas realizadas com atendimento à saúde conforme a cobertura contratualmente prevista pertencem ao segurado e não a quem prestou o serviço, pois, em regra, inexistente vínculo contratual entre o prestador e a seguradora. No entanto, na prática, assemelham-se muito aos planos de saúde, diferenciando-se em uma **linha tênue** pelo instrumento contratual e sistema de funcionamento.

A mesma autora define planos de saúde como aqueles que se caracterizam pela prestação do serviço de assistência médico-hospitalar mediante uma contraprestação pecuniária, com atendimento em rede própria ou conveniada/credenciada, facultando-se a possibilidade de oferecer reembolso em determinadas circunstâncias de atendimento. As despesas cobertas por planos de saúde são devidas ao prestador dos serviços e não ao usuário, pois com aquele também existe um vínculo contratual³⁷.

Usuário, beneficiário, segurado, consumidor ou titular

Os doutrinadores divergem quanto à utilização dos diversos termos – usuário, beneficiário, segurado ou consumidor – para se referirem àqueles que utilizam a saúde suplementar, seja na forma de planos de saúde ou de seguro-saúde. A própria Lei nº 9.656/98 emprega os termos beneficiário, consumidor e titular.

No presente estudo, utilizaremos a expressão “usuário” para aqueles detentores de planos ou de seguro-saúde.

Operadoras e suas modalidades

As operadoras de planos de assistência à saúde estão classificadas nas seguintes modalidades: medicina ou odontologia de grupo, seguradora,

³⁶ SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade dos planos e seguros de saúde*, p. 52.

³⁷ SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade dos planos e seguros de saúde*. p. 51.

cooperativa médica ou odontológica, filantropia, autogestão e administradora³⁸. Aquelas atuantes na modalidade de medicina ou odontologia de grupo, seguidas das cooperativas médicas, representam a maior parte do mercado³⁹.

Ressalta-se que as cooperativas médicas e odontológicas que operam planos privados de assistência à saúde devem atender aos requisitos insertos na Lei nº 5.764, de 16.12.1971, entre eles a organização societária sem fins lucrativos. Quanto às seguradoras, observa-se que a elas é vedada a manutenção de estabelecimentos clínico-hospitalares e corpo médico próprios para atendimento aos seus segurados, revestindo-se obrigatoriamente do formato de sociedades anônimas.

Rede própria, credenciada e referenciada

Há outra importante distinção a ser feita, que diz com os conceitos de “rede própria”, “rede credenciada” e “rede referenciada”. De acordo com Gregori⁴⁰, *entende-se por rede própria quando a operadora possui clínicas, hospitais ou médicos. Rede credenciada é o conjunto de estabelecimentos e profissionais de saúde autorizados pela operadora para atender seus usuários. Já rede referenciada é o conjunto de estabelecimentos e profissionais de saúde recomendados pelas operadoras aos seus usuários, sendo esta terminologia típica das seguradoras, mas atualmente sem diferença efetiva da rede credenciada.*

³⁸ Trettel [2010, p. 99] sobreleva: o STJ considera que as associações e autogestões que atuam na área de planos de saúde prestam serviços de saúde mediante remuneração, enquadrando-se na definição de fornecedor. Independentemente da forma jurídica adotada pela operadora de plano de saúde, está caracterizada a relação de consumo, com a conseqüente aplicação do Código de Defesa do Consumidor. “Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração” (RESP 519.310/SP, julgamento em 20/4/04, Ministra relatora Nancy Andrighi).

³⁹ ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Informação sobre saúde suplementar. Perfil do Setor. Disponível em: <www.ans.gov.br>. Acesso em: 5 de abril de 2010.

⁴⁰ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, p. 148–9.

Contratos de seguro ou planos de saúde: conceitos, tipos de contratos, planos e suas principais características

Os contratos de seguro ou de planos de saúde ou medicina pré-paga podem ser conceituados como *“a transferência onerosa e contratual de riscos futuros à saúde do consumidor e de seus dependentes, mediante a paga de um prêmio, que dá origem ao pagamento direto ou reembolso dos gastos e serviços médico-hospitalares”*⁴¹. São também conceituados pela doutrina como contratos cativos de longa duração ou contratos relacionais de consumo, de adesão e de massa. Alguns doutrinadores os conceituam, ainda, para fins de responsabilidade civil, como contratos coligados: *(...) são ajustes interdependentes, reciprocamente relacionados, os quais, mesmo acaso vinculando, individualmente, partes diversas, integram uma operação econômica única, voltam-se à prossecução de um objetivo comum. Há na coligação ou rede contratual, uma finalidade econômica comum das partes, o que torna os ajustes, mesmo não subscritos, todos, pelas mesmas pessoas, subordinados entre si*⁴².

O contrato de seguro-saúde ou plano de saúde vigora por tempo indeterminado e é de execução continuada, dependente da ocorrência de eventos futuros e incertos (doença). Trata-se de obrigação de resultado, qual seja, a prestação de assistência médico-hospitalar ou reembolso dos gastos com saúde contratualmente pactuados.

Quanto à forma de contratação, podem ser divididos em:

- a) Individual.
- b) Familiar.

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Planos privados de assistência à saúde*. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor, p. 134.

⁴² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Terceirização nos serviços prestados na área da saúde*, p. 52.

- c) Coletivo⁴³, sendo este, por sua vez, dividido em empresarial, em virtude de vínculo empregatício/associativo ou sindical, com adesão automática, com ou sem dependentes; ou de adesão, onde o funcionário, associado ou sindicalizado, adere de forma opcional, com ou sem dependentes. Ambos os formatos podem vigorar com ou sem patrocinador⁴⁴.

Temos ainda os “contratos antigos”, aqueles firmados até 31.12.1998, ou seja, anteriores à vigência da Lei nº 9.656/98⁴⁵; os “contratos novos”, aqueles firmados a partir de 2.1.1999; e ainda os “contratos adaptados”, aqueles assinados anteriormente à edição da Lei nº 9.656/98, que foram adaptados às novas regras, na data de sua renovação, ou a qualquer tempo, a critério do consumidor, porém observada a data-limite de 2.12.1999.

Os contratos de assistência à saúde são, inegavelmente, orientados pela boa-fé objetiva, prevista nos artigos 113 e 422 do Código Civil, denominada por Loureiro⁴⁶ como a *boa-fé princípio*, em que pese a regra contida no artigo 11 da Lei nº 9.656/98 tratar da boa-fé subjetiva. Nos contratos de assistência à saúde são permitidas cláusulas limitativas, desde que não abusivas⁴⁷ ou ilegais, ainda tendo em vista que “*nenhum dispositivo de lei ou contratual pode impedir, limitar ou criar obstáculo para o atendimento de urgência*”⁴⁸.

⁴³ Os contratos coletivos representam hoje a maioria dos contratos firmados, de indisfarçável preferência pelas operadoras, tendo em vista a não interferência da ANS quanto a reajustes de mensalidade e sinistralidade, assim como pela possibilidade de rescisão unilateral. A esse respeito ver também as informações contidas no site < www.ans.gov.br >.

⁴⁴ Ou seja, com patrocinador, quando a mensalidade é paga total ou parcialmente pela pessoa jurídica contratante, ou sem patrocinador, quando a mensalidade é paga integralmente pelo usuário.

⁴⁵ O art. 35-E, que estabelece regras para a adaptação dos contratos celebrados antes da vigência da Lei nº 9.656/98, teve seus dispositivos suspensos pela ADIn 1931/1998 STF, ainda pendente de julgamento. A esse respeito ver também acórdão no RESP 1106789, o qual possui como relatora a Ministra Nancy Andrighi.

⁴⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Planos e seguros de saúde*, p. 310.

⁴⁷ A esse respeito vide os artigos 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 16 da Lei nº 9.656/98.

⁴⁸ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos de saúde: comentada artigo por artigo*, p. 124.

Cabe referir que nos casos de planos de assistência à saúde, em situações de urgência ou emergência⁴⁹, quando não for possível a utilização dos serviços referenciados ou credenciados, o usuário terá direito ao reembolso das despesas efetuadas, o qual observará, como limites, os preços praticados pelo plano e a cobertura objeto do contrato. Nos contratos de seguro-saúde, tendo em vista sua natureza, tal reembolso é a prática habitual. No atendimento de urgência devem ser observados, com especial atenção, os preceitos contidos no Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina - CFM e no artigo 156 do Código Civil.

Os planos privados de assistência à saúde podem ser oferecidos nas seguintes modalidades⁵⁰:

a) plano referência: plano básico ou mínimo, na forma do art. 10 da Lei nº 9.656/98, a ser obrigatoriamente⁵¹ oferecido àqueles que contrataram com as operadoras a partir de 2.1.1999. Na verdade, a forma mais completa e abrangente prevista em lei;

b) plano ambulatorial: não há previsão de cobertura de internação, apenas consultas e procedimentos realizados em nível de consultório ou ambulatório;

c) plano hospitalar: com ou sem atendimento obstétrico;

d) plano odontológico.

⁴⁹ Os parágrafos primeiro e segundo do artigo 1º da Resolução nº 1.451/95, do Conselho Federal de Medicina - CFM, conceituam “urgência” como *a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata* e “emergência” como *a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo portanto, tratamento médico imediato*. Bottesini; Machado [2005, p. 493], ao analisarem as diferenças entre os conceitos de urgência e emergência, advertem que *tanto a urgência como a emergência são situações que implicam em risco imediato de vida ou lesões irreparáveis em uma pessoa. A diferença é que a urgência decorre de acidentes pessoais ou complicações da gestação e a emergência é consequência das demais situações clínicas ou cirúrgicas*.

⁵⁰ Ver, a respeito, o artigo 12 da Lei nº 9.656/98.

⁵¹ Na forma do § 3º do artigo 10 da Lei nº 9.656/98, *excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos*.

Os planos de assistência à saúde e seguro-saúde, quanto ao sistema de contratação, podem ainda ser classificados em:

a) aberto: neste o contratante escolhe livremente os serviços e seus prestadores, operando mediante o reembolso de despesas;

b) fechado: o médico da operadora atende aos usuários e, depois, procede ao encaminhamento a serviços e prestadores;

c) alternativo: aqui, a operadora restringe a prestação do serviço a prestadores cooperados ou credenciados.

A despeito do tipo de contrato firmado ou tipo de plano escolhido, nos contratos e regulamentos dos planos de assistência à saúde ou seguros-saúde devem obrigatoriamente constar cláusulas que explicitem: *condições de admissão; início da vigência; períodos de carência para consultas; internações, procedimentos e exames; faixas etárias e os respectivos percentuais de reajuste; condições da perda da qualidade de beneficiário ou segurado; eventos cobertos e excluídos; modalidades do plano ou seguro; franquias, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor, contratualmente previsto nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; bônus, os descontos ou os agravamentos das mensalidades; área geográfica de abrangência do plano ou seguro de saúde; critérios de reajuste e revisão das mensalidades; número do certificado de registro da operadora, emitido pela ANS*⁵².

Responsabilidade civil das operadoras

No que diz respeito à responsabilização civil das operadoras de planos de assistência à saúde há grande divergência, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, a ensejar estudo próprio⁵³. De acordo com Loureiro⁵⁴, *perante os consumidores a responsabilidade civil é contratual e pode ser bipartida em duas situações jurídicas*

⁵² BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos de saúde: comentada artigo por artigo*, p. 481-2.

⁵³ Vide artigo 35-G da Lei nº 9.656/98.

⁵⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Planos de saúde e seguros de saúde*, p. 329–30.

distintas e com diversidade relevante de efeitos jurídicos: (a) inadimplemento da operadora na disponibilização dos serviços e produtos; (b) inadimplemento dos médicos, próprios, credenciados ou referenciados, na prestação de serviços ao consumidor.

Na primeira hipótese (a), haveria responsabilidade objetiva e, assim, obrigação de indenizar, independentemente de culpa, podendo o inadimplemento gerar danos materiais e também morais. A responsabilidade das operadoras dos planos de assistência à saúde, assim como dos sócios e ocupantes de cargos e funções⁵⁵, seria solidária e objetiva⁵⁶, independentemente de sua natureza jurídica, pois na qualidade de fornecedoras respondem, mesmo que sem culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores decorrentes da má prestação dos serviços ou pela informação deficiente a respeito dos mesmos.

Já na segunda hipótese (b), a responsabilidade da operadora é também solidária. Antes, porém, haverá de ser apurada, necessariamente, a culpa do profissional de saúde que teria dado causa ao dano⁵⁷. Apurada a culpa do profissional, forma-se a cadeia de responsabilidades, com a obrigação imediata da operadora⁵⁸ de indenizar. Do mesmo modo, inexistente sua culpa, não há que se falar em responsabilização da operadora. Não se cogita aqui da apuração de *culpa in eligendo* ou *in vigilando*, diante da previsão legal de extensão do nexo de causalidade.

Também, no caso das cooperativas médicas, como por exemplo a Unimed, há nítida tendência dos tribunais em estender o liame de causalidade entre o ato médico danoso e a cooperativa sem a necessidade de comprovação da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Vem sendo abrandada, também, a autonomia de suas unidades regionais, a serem tratadas como partes de um mesmo sistema. Citando

⁵⁵ A esse respeito vide artigos 26 e 35-I da Lei nº 9.656/98.

⁵⁶ Bottesini; Machado [2005, p. 349] afirmam que *é possível concluir que os bens pessoais deles responderão, também, por indenizações dos danos decorrentes de erros médicos e da má prestação dos serviços por credenciados e referidos, quando o patrimônio dos culpados diretos não puder suportar a obrigação de indenizar eventualmente imposta a eles.*

⁵⁷ A responsabilidade do profissional de saúde é subjetiva (com a possibilidade de inversão do ônus da prova), na forma do artigo 14 do CDC. A esse respeito, ver decisão proferida no AgRg nos EDcl no Ag 854005/MT – Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 2006/0282797-9, do STJ, o qual possui como relator o Ministro Sidnei Beneti.

⁵⁸ E também da unidade hospitalar.

novamente Loureiro⁵⁹: *Em resumo, a responsabilidade objetiva das operadoras de planos de saúde não se aplica aos casos de erro médico. Melhor dizendo, prova-se a culpa do médico (ou inverte-se o ônus da prova) e sua responsabilidade contamina a operadora, qualquer que seja a relação jurídica entre ambos – empregado, credenciado ou referenciado*⁶⁰. *Somente no caso de seguro-saúde, em que o próprio segurado tem direito à livre escolha do médico, mediante reembolso das despesas, é que não ocorrerá a extensão da responsabilidade civil.*

Caracterizada a relação de consumo entre plano de saúde e fornecedor, paciente e consumidor, médico e hospital, o prazo prescricional é de cinco anos, na forma do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, não se aplicando ao caso a regra do artigo 206, § 3º, inc. V, do Código Civil⁶¹. E o prazo de prescrição começa a fluir, decidiu com indiscutível acerto o Superior Tribunal de Justiça⁶², a partir do momento em que a vítima constata, em caso de lesão, a inviabilidade de reverter o efeito lesivo, pois “antes de conhecer esta circunstância, o autor não tinha interesse em ação fundada na irreversibilidade”⁶³.

De qualquer forma, é certo hoje que a responsabilidade das operadoras de planos de saúde é regida por normas de caráter público, portanto inderrogáveis pela vontade das partes, e caminha no sentido da responsabilização solidária das operadoras pelos serviços prestados por seus prepostos, credenciados ou referenciados⁶⁴, isto é, seja qual for o vínculo jurídico que ligue os médicos e demais profissionais de saúde às operadoras.

Refere-se, por importante, que a própria Lei nº 9.656/98, por meio de seu artigo 35-G, determina a aplicação subsidiária das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor⁶⁵, não havendo nenhum outro dispositivo específico a

⁵⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Planos e seguros de saúde*, p. 336.

⁶⁰ TJSP, Ap. Cív.165.929-4, Barueri, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Francisco Casconi, j. 28-9-2005, v.u.

⁶¹ Ver a esse respeito, ainda, os artigos 200 e 206, § 1º, II, do Código Civil.

⁶² Ver, a esse respeito, decisão proferida no AgRg no REsp 931896/ES – Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0046821-6, o qual possui como relator o Ministro Humberto Martins.

⁶³ ZULIANI, Ênio Santarelli. *Tutelas e prescrição*, p. 385.

⁶⁴ Vide artigos 927, 931, inc. III, e 932 do CC.

⁶⁵ De acordo com a recente Súmula 469, do STJ, “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

regular a natureza da responsabilidade contratual perante os consumidores, nem mesmo a extracontratual perante terceiros⁶⁶. Afirma Loureiro⁶⁷:

A natureza dos diversos contratos, embora todos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei n. 9.656/98, gera efeitos jurídicos diversos quanto à extensão da cobertura, modo de prestação do serviço e, sobretudo, quanto à responsabilidade civil. Isso porque as operadoras de planos de saúde são responsáveis solidárias pelos danos causados pelos serviços de saúde prestados por prepostos e credenciados. Já as seguradoras, a princípio, não respondem solidariamente pelos danos decorrentes do serviço de saúde, porque eles são prestados por profissionais ou pessoas jurídicas livremente escolhidas pelos beneficiários. Entretanto, se a seguradora desvirtua o princípio da livre escolha pelos segurados dos prestadores de serviços de assistência à saúde, impondo-lhes a escolha dentre uma relação de prestadores previamente elaborada, submete-se ao mesmo regime das operadoras de planos.

Disso se extrai, entre outras conclusões, que as cláusulas exonerativas de responsabilidade das operadoras, no que condiz com a reparação dos danos oriundos da prestação dos serviços, ainda hoje insertas em alguns contratos, são nulas de pleno direito e consideradas, portanto, não escritas, sendo variáveis, entretanto, os efeitos jurídicos decorrentes do ato lícito danoso de acordo com a natureza do contrato firmado.

Ressalte-se que, no caso de seguro-saúde – mediante o simples reembolso de despesas –, não há, em princípio, a responsabilização solidária das seguradoras por erro médico, a qual poderá vir a configurar-se quando do uso de listas referenciais e/ou comprovada dificuldade de reembolso de despesas a desvirtuar o teor do contrato.

⁶⁶ As normas do CDC, por serem de ordem pública e interesse social, podem ser apreciadas *ex officio* e permitem a *reformatio in pejus*. Como exceção, a Súmula 381 do STJ.

⁶⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Planos e seguros de saúde*, p. 295-6.

2. TUTELAS DE URGÊNCIA E O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

2.1 TUTELAS DE URGÊNCIA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Código de Processo Civil de 1973 vem sofrendo inúmeras alterações nos últimos anos; na verdade, profundas modificações, destacando-se aquelas referentes às tutelas de urgência⁶⁸.

A Lei nº 8.952/94, seguida da Lei nº 10.444/2002, regula nos artigos 273, 461⁶⁹ e 461-A o novo instituto da tutela antecipada⁷⁰. Como requisitos do novo instituto, além das condições da ação, devem ser atendidos aqueles constantes do artigo 273 do CPC, quais sejam, a existência de prova inequívoca, verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda, abuso de direito de defesa e/ou manifesto intuito protelatório do réu. Aliás, as exigências do artigo 273 do CPC e sua diferenciação com aquelas pertinentes às cautelares foram uma das inúmeras questões que emergiram com o surgimento de referido instituto, em especial no tocante a seus limites e requisitos.

Por um momento, alguns autores chegaram a defender, inclusive, o desaparecimento da tutela cautelar. Porém, na lição de Pereira⁷¹, *não houve, no entanto, o desaparecimento do processo cautelar, mas sim um grande esvaziamento. O que passou a ocorrer é que a tutela antecipada e a tutela cautelar tiveram marcados seus campos próprios de incidência. Conforme o caso, pode ser reclamável uma espécie ou outra. Seus requisitos (ainda que parcialmente coincidentes) são próprios e seus efeitos significativamente diversos. Por isso se fala rotineiramente de uma “tutela de urgência”, que inclui essas duas modalidades (tutela cautelar e tutela satisfativa antecipada), sem olvidar as peculiaridades de cada espécie, mas que formam entre si um sistema.*

⁶⁸ Até o encerramento deste estudo, o projeto do novo Código de Processo Civil encontrava-se ainda em tramitação junto ao Congresso Nacional. O projeto prevê a criação de um novo tipo de tutela, denominada “tutela de evidência”.

⁶⁹ Sobre tutela inibitória ver obra de Luiz Guilherme Marinoni intitulada Tutela Inibitória (Individual e Coletiva).

⁷⁰ Entre as subespécies da tutela antecipada, são conceituadas pela doutrina aquelas denominadas como inibitória, de remoção de ilícito, preventiva executiva, do adimplemento e indenizatória.

⁷¹ PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de direito processual civil*, p. 559-60.

Quanto aos requisitos, digamos, “básicos” de cada instituto, observa Pereira⁷² que *na tutela antecipada e no processo cautelar se exige que o autor comprove, ainda que sumariamente, seu direito. Quer dizer, impõe-se que demonstre ser um provável titular. Só que na antecipação se reclama uma “prova inequívoca”, nas cautelares, suficiente o “fumus boni juris” (que é bem menos). Na tutela, outrossim, requer-se uma perspectiva de dano de maior destaque do que o “periculum in mora” do processo cautelar.*

Ambos os institutos passaram a compor o que a doutrina convencionou chamar de tutelas de urgência, compreendendo a tutela cautelar e a tutela satisfativa antecipada, a qual *nada mais é do que o adiantamento temporal dos efeitos executivos e mandamentais da futura decisão de mérito definitiva* ⁷³.

Fux⁷⁴ conceitua o instituto da tutela antecipada como *uma providência juris-satisfativa (...), porquanto o juiz não define provisoriamente os direitos em confronto senão os conhece apenas para o fim de satisfazê-lo de imediato em prol daquele que se apresenta como digno de proteção incontinenti. Observa-se, assim, que a atividade jurisdicional não se realiza no campo da “normação jurídica mas da “realização prática” tornando tangível o resultado da apreciação provisória do melhor direito”.*(...) *Esta ótica que distingue “definição” de “realização”, afasta o veto erigido pelos sistemas processuais de origem romano-canônica no sentido de não ser lícito ao juiz definir direitos com força de coisa julgada calcado apenas em “cognição sumária”.*

Em outras palavras, Zavascki⁷⁵ reafirma que *antecipar efeitos da tutela definitiva não é antecipar a sentença, mas sim antecipar os efeitos executivos que a futura sentença poderá produzir no plano social.* Carneiro⁷⁶, porém, adverte que *o juiz não pode antecipar efeitos mais amplos do que os que poderão decorrer da futura sentença (“ultra petita”) (...), nem efeitos de outra natureza (“extra petita”); poderá, no entanto, antecipar apenas “parcialmente” os efeitos esperados, se a*

⁷² PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de direito processual civil*, p. 585-6.

⁷³ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada*, p.71.

⁷⁴ FUX, Luiz. *Tutelas de urgência e plano de saúde*, p. 53-4.

⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, p. 51.

⁷⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela*, p. 39.

antecipação apenas parcial for suficiente para evitar o dano e adequadamente redistribuir os ônus do tempo no processo.

Por conseguinte, enquanto a tutela cautelar guarda em si um caráter temporário, devendo perdurar apenas pelo tempo em que existir a situação de perigo que lhe deu causa, a tutela antecipada é tipicamente provisória, podendo entretanto vir a se tornar definitiva ao conceder, mediante cognição sumária, exatamente o que é almejado pelo autor com o processo principal. Zavascki⁷⁷, ao analisar as diferenças entre os dois institutos, ensina: *Ora, a medida cautelar (a) consiste sempre numa providência diversa da que constitui o objeto da tutela definitiva e (b) dura apenas enquanto persistir o estado de perigo em face do qual serve de garantia, não sendo, por conseguinte, nem substituída, nem sucedida por outra (garantia) de igual conteúdo. Já a medida antecipatória (a) tem conteúdo semelhante ao que decorre da tutela definitiva, de tal modo que (b) a sentença de procedência virá para substituí-la, transformando em definitivo o que até então era provisório.*

Tem-se por certo que, com o novo sistema, encerrou-se o uso indiscriminado e distorcido das ações cautelares inominadas, consubstanciadas no poder geral de cautela do juiz, previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil. Marinoni⁷⁸ assim afirma: *Não é mais admissível – após a reforma do Código – que alguém pretenda propor ação (de cognição) sumária “satisfativa” com base no art. 798. O art. 273 do Código de Processo Civil estabeleceu de forma clara que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Agora é possível, portanto, que a tutela sumária satisfativa seja requerida no curso do processo de conhecimento.*

Entretanto, diante do limite muito tênue existente, por mais das vezes, entre uma providência acautelatória e uma antecipatória – e a fim de evitar maiores prejuízos às partes envolvidas, que necessitam de uma tutela de urgência e se veem às voltas com acirradas discussões doutrinárias –, o legislador introduziu o §

⁷⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, p. 54.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, p. 144.

7º no artigo 273 do CPC, criando o que seria uma espécie de fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, desde que, por evidente, preenchidos os requisitos desta última. No entender de Bueno⁷⁹, o *“periculum in mora” da tutela antecipada e da tutela cautelar correspondem e se equivalem reciprocamente, em todos os seus aspectos. Do ponto de vista técnico, no entanto, a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” é mais “intensa”, mais “profunda”, do que o “fumus boni juris”, quando menos pela necessidade de seu substrato probatório, documental ou não, coisa bem diversa. Daí vem o argumento, comum, de que, se é verdade que não existem dificuldades práticas na admissão da tutela antecipada pela cautelar porque os pressupostos de admissibilidade da tutela antecipada são mais rígidos do que os da tutela cautelar, a recíproca não pode ser verdadeira. É que, para a proteção “cautelar”, é suficiente que haja mera “aparência do bom direito”, ou, como se costuma denominar no dia-a-dia forense, o “fumus boni juris”.*

Na verdade, a questão acerca das tutelas de urgência permanece ainda tormentosa, dadas as inúmeras especificidades da matéria. Questões como a fungibilidade, acima retratada, momento da concessão⁸⁰, revogação, modificação, efetivação, entre outras, permanecem em discussão na doutrina e jurisprudência pátrias. Aqui, cabe salientar que mesmo o caráter das medidas liminares sustenta posições conflitantes, como bem assevera Medeiros⁸¹: (...) pois *muito embora as liminares possam ter natureza cautelar – e nas mais das vezes efetivamente a têm – não se deve confundi-las com as medidas cautelares. Com efeito, a liminar pode apresentar natureza cautelar, como ocorre, por exemplo, nas ações cautelares, na ação civil pública e no mandado de segurança, mas não é da sua essência a natureza cautelar, tanto que existem provimentos liminares sem esta característica, como, v.g., ocorre nas ações possessórias.*

Pois bem, feitas essas considerações, passaremos a abordar o instituto das tutelas de urgência, sejam elas de caráter acautelatório ou antecipatório, e sua

⁷⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 149-50.

⁸⁰ A respeito da concessão de tutela antecipada na sentença, ver a obra de Luciana Gontijo Carreira Alvim intitulada *Tutela Antecipada na Sentença*. E a respeito da concessão após a sentença, adverte Zuliani, *apud* Tavares [TAVARES, 2007, p. 360], que *o juiz deve aplicar as medidas necessárias para efetivação da tutela específica ou para obtenção de resultado prático equivalente ao adimplemento, de ofício e até depois de proferida a sentença.*

⁸¹ MEDEIROS, Luiz César. *O formalismo processual e a instrumentalidade*, p. 156.

aplicação prática nas ações em que se discuta o direito à saúde, sob o enfoque específico dos componentes do sistema de saúde suplementar e dos planos e seguros por eles geridos.

2.2. TUTELAS DE URGÊNCIA E O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR: ASPECTOS PROCESSUAIS – POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Das tutelas de urgência em face do Estado

O estudo das tutelas de urgência requeridas em desfavor do Estado (leia-se aqui União, Estados, Distrito Federal e Municípios⁸²) não se constitui no objeto principal deste estudo, todavia não há como deixarmos de analisar, mesmo que perfunctoriamente, alguns importantes aspectos relacionados ao tema.

Em primeiro lugar, vale suplantar a discussão outrora existente a respeito do cabimento da ação civil pública e, em especial, a possibilidade de sua utilização para a defesa do interesse de apenas um indivíduo. A ação civil pública, regulada originalmente pela Lei nº 7.347/85 e enriquecida por instrumentos processuais posteriores, tais como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e as inúmeras alterações introduzidas no Código de Processo Civil, constitui-se em instrumento de extrema valia para a defesa dos interesses transindividuais que busca tutelar. E mesmo considerando-se como objeto da ação civil pública a tutela dos interesses transindividuais difusos, coletivos e individuais homogêneos, os Tribunais Pátrios vêm admitindo o manejo desta ação constitucional para a defesa de interesses individuais indisponíveis heterogêneos.

Portanto, a tese de que os direitos fundamentais, em especial aqueles chamados sociais, seriam coletivos, o que afastaria a possibilidade de interposição de demandas individuais, vem sendo rechaçada há muito pela melhor doutrina,

⁸² A responsabilidade das pessoas federativas é solidária, cabendo ao cidadão a escolha daquele ente a ser acionado e, no entender de Slaibi [Slaibi, 2003, p.22], não *prosperando quaisquer arguições, pelo Estado e pelo Município, de ilegitimidade passiva “ad causam” ou mesmo os pedidos de chamamento ao processo dos demais entes federados. Nessa linha já vêm decidindo os Tribunais brasileiros, inclusive em razão do caráter de urgência que norteia as ações em face do Poder Público, pleiteando remédios e tratamentos essenciais aos hipossuficientes.*

estando portanto solidificado o entendimento no que diz com a possibilidade de interposição, pelo Ministério Público, de ação civil pública visando à proteção do direito à saúde, mesmo que destinada à defesa de apenas um cidadão⁸³. Tal posicionamento tem como fundamentos o art. 127 da Constituição Federal e o papel a ser desenvolvido pelo Ministério Público como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais, estes últimos, frise-se, desde que indisponíveis ao seu titular. Como exemplo, a atuação do Ministério Público na defesa de interesses indisponíveis e heterogêneos de crianças, adolescentes e idosos⁸⁴.

A esse respeito vale transcrever julgado oriundo do TRF da 3ª Região⁸⁵ que ilustra com propriedade a matéria e espanca os questionamentos acerca da possibilidade de interferência do Poder Judiciário no que condiz com a proteção à saúde, sem ferimento ao princípio constitucional da separação de poderes:

“Ação civil pública – Legitimidade passiva: interpretação conforme a Constituição – “Hard case” (caso difíceis) – Conflituosidade entre princípios – Utilização de metódica concretização constitucional – Caráter “prima facie” dos princípios – Modelo síntese de ponderação de princípios. 1. Ação civil pública para defesa da saúde da criança, enferma de doença rara ‘puberdade precoce verdadeira’, cujo tratamento medicamentoso é de elevado preço, não pode ser interrompido e a família da menor não reúne condições econômicas para custeá-lo. 2. As normas processuais – tais como as que definem a legitimidade passiva – devem ser entendidas em harmonia com o direito material, sobretudo a Constituição. “In casu”, ao tempo em que ajuizada a demanda, urgia-se de um lado a necessidade imediata de ações concretas do Estado

⁸³ “O Ministério Público tem legitimidade ativa para desencadear ação civil pública com a finalidade de resguardar o direito à vida e à saúde, mesmo que afeto a uma ou mais pessoas identificadas.” Agravo de Instrumento nº 2007.020430-0, de Garuva, relator Des. Rui Fortes, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 8/9/2008.

⁸⁴ Ver também artigo 129 da Constituição Federal.

⁸⁵ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos de saúde: comentada artigo por artigo*, p. 287-9.

para a proteção da saúde e da vida de uma criança de um ano e dez meses, sendo que do outro lado nos deparávamos com um momento ainda inicial de implantação dessa rede de serviços de saúde, onde a distribuição de competências, ações e principalmente a estruturação econômica do SUS não se apresentavam adequadamente definidas, fatos esses que tornavam justificável a dúvida de quem deveria figurar no polo passivo da ação (União ou INSS). Nesse quadro, razoável o endereçamento da ação em face do INSS (autarquia especializada em seguridade social). 3. No caso concreto, é possível que criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na Lei Maior, ainda que nenhuma regra infraconstitucional vigente apresente solução para o caso. Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como “hard case” (caso difícil), não se deve utilizar argumento de natureza política, mas apenas argumentos de princípio. 4. O pedido de fornecimento do medicamento à menor (direito a prestações estatais “stricto sensu” – direitos sociais fundamentais) traduz-se, “in casu”, no conflito de princípio: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes. 5. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será um resultado intermediário em direção à norma decisão (resultado final da concretização) (J.J. Gomes Canotilho e F. Muller). 6. Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e à criança prevaleçam em face dos princípios democráticos e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto. Apelo provido”⁸⁶.

⁸⁶ Apelação Cível nº 261.220, de São Paulo, julgado em 19.6.2001, TRF 3ª Região.

Aliás, na esteira da possibilidade de interferência do Poder Judiciário, cabe dissipar quaisquer dúvidas sobre a possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

A publicação da Lei nº 9.494/97⁸⁷, com especial atenção para seu artigo 1º, que restringiu a concessão de medidas liminares e tutelas antecipadas contra atos do Poder Público, provocou enorme polêmica e causou acirradas discussões no tocante à constitucionalidade das limitações daí derivadas. Contudo, o debate surgido quando da edição de referida lei logo se viu vencido pela decisão liminar deferida pelo STF na Ação Direta de Constitucionalidade 04, a qual declara ser esta lei compatível com a Constituição Federal (decisão com efeito *erga omnes*). De acordo com Pereira⁸⁸, porém, *tal diploma apenas impede a antecipação em específicas situações ali previstas – nas demais há implícito reconhecimento da sua admissibilidade. Por isso, o STF sumulou que “A decisão não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária” (Súmula 279)*. Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - TUTELA ANTECIPADA - FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. Presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada, se mostra adequado e legal o provimento judicial que determina o fornecimento de numerário relativo à indenização de caráter alimentar ou a implantação de benefício previdenciário, mesmo quando a parte ré for pessoa jurídica de direito público. A medida não viola o disposto no art. 475, I, do Código de Processo Civil, pois se trata de decisão provisória que simplesmente antecipa os efeitos da prestação jurisdicional⁸⁹.

O próprio STJ, quando em jogo valores fundamentais, vem abrandando o rigorismo da norma⁹⁰. E *“mesmo a regra jurídica clara e aparentemente unívoca*

⁸⁷ Resultado da MPv nº 1.570-5, de 1997, disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.

⁸⁸ PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de direito processual civil*, p. 584.

⁸⁹ Agravo de Instrumento nº 2005.016456-7, de Joaçaba, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 4/10/2005, relator Desembargador Luiz César Medeiros, TJSC.

⁹⁰ Ver, a respeito o julgamento proferido em 10/11/2009, no REsp 934138 / MT, RECURSO ESPECIAL 2007/0058975-7, como relator o Ministro LUIZ FUX, T1 - PRIMEIRA TURMA, STJ.

pode ser transformada em certa medida, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por valorações e idéias do próprio juiz” ⁹¹. Portanto, é cabível o deferimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, apesar de constitucionais as restrições mencionadas, devendo o magistrado, ao analisar o pedido pela concessão de tutela liminar, relativizá-las tendo em vista o caso concreto, sopesando os valores envolvidos e o resultado prático a ser alcançado⁹².

Outra questão bastante polêmica, porém ainda não dirimida, diz respeito ao chamamento ao processo da União Federal naquelas demandas propostas contra o Estado, no caso o Estado de Santa Catarina e/ou Municípios. A maior parte dos julgados do TJSC determina a remessa dos autos para a Justiça Federal quando do chamamento ao processo da União, com fundamento nas súmulas 150⁹³ do STJ e 23⁹⁴ do TJSC.

É nesse sentido o acórdão da lavra do eminente Desembargador João Henrique Blasi no Agravo de Instrumento nº 2009.021922-8, julgado em 9/3/2010⁹⁵. Entretanto, há posicionamento igualmente recente, por parte de alguns julgadores da mesma Corte de Justiça, afirmando ser incabível o chamamento ao processo de pessoa com foro privilegiado, haja vista a impossibilidade de deslocamento da jurisdição, mesmo diante do preconizado pela referida súmula 23.

⁹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 6.

⁹² E é nesse aspecto, como veremos adiante, que residem as maiores divergências, pois há os que defendam a supremacia absoluta do direito à saúde, o que não permitiria qualquer imposição de limites às necessidades dos curatelados, e os que, em contrapartida, defendem a tese de que o Estado não pode ser demasiadamente onerado, sob pena de prejuízo a toda uma coletividade. A esse respeito, vale mencionar a tese sustentada por Slaibi [Slaibi, 2003, p. 19]: Assim, dúvida não há quanto à natureza “rebus sic stantibus” da obrigação (dever) do Poder Público. Duas razões podem ser destacadas: (a) a Constituição Federal consagrou em seus arts. 6º, caput, e 196 a saúde como direito fundamental e dever do Estado tutelá-la, e não apenas o dever de fornecer medicamentos – não pode assim, o julgador, sob pena de vulneração à Lei Maior, restringir o conteúdo da norma constitucional; (b) impossível limitar as necessidades e o avanço da Ciência Médica pela cega obediência à lista de remédios que serve, exclusivamente, para indicar os repasses da União para o Estado e para o Município, salvo permanecendo o mesmo estado das coisas.

⁹³ Súmula 150: Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

⁹⁴ Súmula 23: Nas ações aforadas em desfavor do Estado e/ou Municípios para obtenção de medicamento, afigura-se plausível o pedido de chamamento ao processo da União Federal pelos coobrigados, o que torna, de rigor, a remessa do feito à Justiça Federal, órgão jurisdicional competente para apreciação do incidente processual.

⁹⁵ Ver, também, Agravo (§1º art. 557 do CPC) nº 2010.009788-4, Câmara Civil Especial, julgado em 22/7/2010, relator Desembargador Paulo Roberto Sartorato, TJSC.

Na mesma senda, acórdão da lavra do eminente Desembargador Jaime Ramos, na Apelação Civil nº 2009.019901-2, de Seara, julgada em 28/8/2009, consigna que **o chamamento de terceiro ao processo, em face da solidariedade da obrigação (CPC, art. 77, III), pressupõe a continuidade da tramitação do feito perante o mesmo órgão jurisdicional competente, não se podendo incluir pessoa que, pelo privilégio de foro, faça deslocar a jurisdição. Assim, proposta a ação contra o Estado de Santa Catarina, perante a Justiça Estadual, não cabe o chamamento da União ao processo, ante a impossibilidade de deslocamento da jurisdição.** [sem grifo no original]

Tais divergências vêm causando enormes transtornos aos jurisdicionados e hão de ensejar em breve, por certo, processo de uniformização de jurisprudência ou revisão de súmula junto ao TJSC, dirimindo a discrepância entre os julgados.

Por fim, cumpre ressaltar que a maioria dos julgados proferidos pelo TJSC⁹⁶ em face do Estado (aqui leia-se Estado de Santa Catarina e também Municípios), quando se trata do acesso à saúde, preconiza a concessão da tutela antecipada antes mesmo da ouvida da parte contrária, desde que haja prova capaz de firmar o convencimento do magistrado sobre a verossimilhança das alegações e da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, decorrente da demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva. Exemplo disso é o acórdão proferido na Apelação Civil n. 2009.070500-4, de Mondaí, julgada em 16/3/2010, figurando como relator o eminente Desembargador Jaime Ramos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL - REQUISITOS DO ART. 273, DO CPC DEMONSTRADOS - IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA MEDIDA - DIREITO À SAÚDE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - PREVALÊNCIA SOBRE O DIREITO PATRIMONIAL DO ESTADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE

⁹⁶ É entendimento pacificado junto ao Grupo de Câmaras de Direito Público do TJSC que o Mandado de Segurança não é meio processual adequado para o pleito concernente ao fornecimento de medicamentos. Ver Mandado de Segurança nº 2004.030308-7, julgado em 2/12/2008, como relator o Desembargador Cid Goulart.

DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA - POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO DADA A URGÊNCIA (ART. 24 DA LEI N. 8.666/93) - MULTA DIÁRIA - VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL.

É cabível a concessão tutela antecipada contra a Fazenda Pública para fornecimento de medicamento ao paciente necessitado, não se podendo falar em ofensa ao disposto na Lei n. 8.437/92, quando pende contra essas normas um direito fundamental de todo ser humano, como a vida. Havendo prova inequívoca capaz de convencer este Órgão julgador da verossimilhança das alegações e fundado o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, do CPC) decorrente da demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva, mostra-se escorreita a antecipação de tutela obrigando o Estado a fornecer o tratamento de que necessita o agravado para manutenção de sua saúde.

Demonstrada a efetiva necessidade de medicamentos específicos, cumpre ao ente público fornecê-lo, ainda que não esteja padronizado para a moléstia do paciente. "Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida" (Min. Celso de Melo).

A tutela pode ser antecipada antes da ouvida da parte contrária e da instrução probatória, quando se verificar a urgência da medida, já que no caso se trata de pleito para o fornecimento de medicamento pelo ente público ao paciente, sem o qual o beneficiário encontrará dificuldades de sobrevivência ou manutenção da saúde. Assim, não há ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa a que se refere o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, haja vista que eles continuam assegurados, mas postergados para momento oportuno, qual seja, a resposta do réu.

A falta de dotação orçamentária específica não pode servir de obstáculo à aquisição e ao fornecimento de medicamento ao doente necessitado, sobretudo quando a vida é o bem maior a ser protegido pelo Estado, genericamente falando. [sem grifo no original]

Nos termos do artigo 24 da Lei Federal n. 8.666/93, em caso de comprovada urgência, é possível a dispensa de processo de licitação para a aquisição, pelo Poder Público, de medicamento necessário à manutenção da saúde de pessoa carente de recursos para adquiri-lo.

O valor da multa aplicada na decisão judicial para o caso de não cumprimento do fornecimento de medicamentos deve ser fixada de maneira a que "o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixado pelo juiz" (Nelson Nery Júnior), sem todavia servir como instrumento de enriquecimento desarrazoado da parte contrária.

Todavia, por tratar-se de ente público, constata-se um maior cuidado no que diz respeito à verificação de tais requisitos, havendo em inúmeros julgados ressalvas⁹⁷ tais como a de que a concessão de tutela antecipada (*liminar*) para fornecimento de remédio deve ser condicionada à demonstração, pela paciente, da permanência da necessidade e da adequação do fármaco, durante todo o curso da ação, podendo o Juiz determinar a realização de perícias ou exigir a apresentação periódica de atestados médicos circunstanciados e atualizados⁹⁸.

Alguns julgados são ainda mais restritivos, deixando de conceder a tutela pretendida sem o aferimento preciso da necessidade do tratamento ou medicamento pleiteado, que haverá ainda de estar em consonância com os recursos disponíveis pelo Estado. Nesse sentido⁹⁹:

⁹⁷ Em que pese o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não ter sido objeto desta pesquisa, a esse respeito ver acórdão proferido pelo Desembargador Jair Pontes de Almeida (TJRJ 200500211020, RESP 200613401317, REXT 200613502889).

⁹⁸ Agravo de Instrumento n° 2009.052802-4, de Turvo, julgado em 16/3/2010, Quarta Câmara de Direito Público, relator Desembargador Jaime Ramos, TJSC.

⁹⁹ Ver, também, Agravo de Instrumento n° 2009.036986-0, de Gaspar, julgado em 8/1/2010, Quarta Câmara de Direito Público, relator Desembargador Jânio Machado, TJSC e Agravo de

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação COMINATÓRIA. Fornecimento de Medicamentos. Obrigação imposta ao Estado em sede de ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PACIENTE PORTADORA DE CÂNCER DE PULMÃO. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. DISPONIBILIZAÇÃO GRATUITA E ABRANGENTE A TODA A POPULAÇÃO DE TRATAMENTO POR INTERMÉDIO DOS CENTROS DE ASSISTÊNCIA EM ALTA COMPLEXIDADE EM ONCOLOGIA - CACON. Reivindicação individual que não pode sobrepor-se ao interesse da coletividade. EXIBIÇÃO DE SIMPLES RECEITUÁRIO MÉDICO SEM A DESCRIÇÃO DA REAL NECESSIDADE DO USO DOS MEDICAMENTOS, BEM AINDA INFORMAÇÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE SUA SUBSTITUIÇÃO POR OUTROS SIMILARES. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA A MANUTENÇÃO DA MEDIDA. Decisão reformada. Recurso provido.

1. "Há que se atender, na promoção do direito à saúde, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem assim possibilitar o acesso universal e igualitário. A decisão proferida pelo Poder Judiciário no sentido de obrigar o Estado a cobrir gastos com o exercício do direito individual à saúde requer um acurado juízo de ponderação calcado em análise casuística.

Não se discute a legitimidade do direito do cidadão em requerer o custeio, pelo Estado de um fármaco que lhe traga uma maior qualidade de vida em avançada idade. Todavia, é notória a falência dos serviços de saúde de nosso país e a lamentável e injustificada negativa de acesso da população carente de recursos à medicação mais básica para cura das mazelas mais cotidianas. É fato que o Estado deve responder as demandas por medicamentos e garantir o exercício dos fundamentais direitos à saúde e à vida. Os tratamentos de alto custo, não obstante, devem ser fornecidos em razão de premente necessidade, à míngua de

outras alternativas terapêuticas oferecidas pelo Poder Público." (Agravo de instrumento n. 2007.042122-9, de Santa Rosa do Sul, relator o desembargador José Volpato de Souza, j. em 17.7.2008).

2. A antecipação dos efeitos da tutela pretendida é resultado da demonstração da presença dos requisitos bem especificados no artigo 273 do Código de Processo Civil, sem o que se deve aguardar o desfecho normal de todo e qualquer procedimento judicial. A juntada de simples receita médica, nela constando apenas a prescrição dos medicamentos, sem qualquer informação da necessidade de seu uso ou da impossibilidade de atendimento gratuito pelo Sistema Único de Saúde - SUS, inviabiliza o atendimento da providência que é, sim, de natureza excepcional¹⁰⁰.

ASSISTÊNCIA À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO AJUIZADA EM FACE DO ESTADO. CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO. REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL PARA APRECIÇÃO DO PEDIDO. AGRAVO CONTRA A DECISÃO QUE CONCEDEU A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. COMPETÊNCIA DO TJSC PARA JULGAR O RECURSO. SÚMULA N. 55 DO STJ. PRECEDENTES.

Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de jurisdição federal. (Súmula n. 55 do STJ). LINFOMA NÃO HODGKIN DIFUSO DE GRANDES CÉLULAS B CD 20. MABTHERA (RITUXIMABE). PROVA SUFICIENTE DA NECESSIDADE PARA CONCESSÃO ANTECIPADA DA TUTELA JURISDICIONAL. EFICÁCIA DO MEDICAMENTO QUE DEVERÁ SER DEMONSTRADA DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

¹⁰⁰ Agravo de Instrumento n° 2009.037026-5, de Gaspar, julgado em 2/12/2009, Quarta Câmara de Direito Público, relator Desembargador Jânio Machado, TJSC.

A assistência à saúde prevista no art. 196 da Constituição Federal, e repetida na legislação infraconstitucional, não implica no dever de custeio, pelo Estado, de todo e qualquer serviço de saúde.

O acesso universal e igualitário deve se dar em relação àqueles procedimentos, remédios e tratamentos eleitos pelo Poder Público como indispensáveis, escolhas estas realizadas tendo em vista os problemas de saúde que a população enfrenta e os recursos disponíveis.

Tratando-se de pedido que não consta dos procedimentos padronizados, a análise deve se dar caso a caso, com profunda perquirição acerca dos fatos, da moléstia, da oferta de tratamentos alternativos e de sua (in)eficácia, da capacidade econômica do doente e de sua família - a necessidade, no sentido amplo do termo, deve estar comprovada.

PRAZO DE 72 HORAS PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO. INTERVALO EXÍGUO. TEMPO DECORRIDO ATÉ AQUI, TODAVIA, QUE SUPERA EM MUITO AQUELE ESTIPULADO.

MULTA PELO DESCUMPRIMENTO FIXADA EM R\$ 2.000,00 AO DIA. TEMA QUE PODE SER REAVALIADO POSTERIORMENTE, QUANDO DO JULGAMENTO DA CAUSA, DA APELAÇÃO E ATÉ MESMO NO MOMENTO DA EXECUÇÃO, OPORTUNIDADE EM QUE ESTARÃO DISPONÍVEIS TODOS OS ELEMENTOS PARA AVALIAR SE A SANÇÃO FOI ADEQUADA, BAIXA OU EXCESSIVA. RECURSO DESPROVIDO¹⁰¹.

Na mesma linha estão as decisões judiciais, cada vez mais frequentes, entendendo pela imprescindibilidade da realização de perícias para a verificação

¹⁰¹ Agravo de Instrumento nº2009.075951-9, de Xanxerê, julgado em 15/6/2010, Primeira Câmara de Direito Público, relator Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, TJSC. Ver, também, Reexame Necessário nº 2009.040045-8, da Capital, julgado em 24/9/2009, Primeira Câmara de Direito Público, relator Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, TJSC.

do caráter insubstituível da medicação, prótese ou órtese indicada, sob pena de configuração de cerceamento de defesa. A esse respeito¹⁰²:

PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. INDICAÇÃO, PELO RÉU, DA EXISTÊNCIA DE FÁRMACOS SUBSTITUTIVOS. JULGAMENTO ANTECIPADO. DESCABIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. SENTENÇA ANULADA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA. RECURSO PROVIDO¹⁰³.

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CONDENATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - OCORRÊNCIA - ANULAÇÃO DA SENTENÇA, SEM PREJUÍZO DA LIMINAR CONCEDIDA - OPORTUNIZANDO A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA - REMESSA PREJUDICADA - RECURSO DO ESTADO PROVIDO.

"Muito embora o artigo 196 da Magna Carta estabeleça que a saúde é direito de todos e dever do Estado, não pode o Poder Público, na hipótese de dispor de remédio similar, ser obrigado a fornecer o medicamento requerido pelo cidadão, salvo se comprovada a sua ineficácia.

"Cuida-se de construção jurisprudencial do Sodalício Catarinense, esposada à larga pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, que,

¹⁰² Ver, também, ainda Agravo de Instrumento nº 2009.020601-8, julgado em 6/11/2009, de Balneário Piçarras, Primeira Câmara de Direito Público, relator Desembargador Newton Trisotto, TJSC.

¹⁰³ Apelação Cível nº 2008.037205-3, de Curitiba, julgado em 13/7/2010, Segunda Câmara de Direito Público, relator Desembargador Newton Janke, TJSC.

reiteradamente, vem julgando extintos os mandados de segurança impetrados com o propósito de obter medicamento, diante da impossibilidade de se proceder à dilação probatória. 'Nesse passo, é mister a comprovação de que o medicamento fornecido pelo Estado seja inoperante para a requerente.

'Em consequência, se o paciente não demonstrou, de plano, tal fato e, ainda, se há requerimento expresso pela produção da prova pericial, justamente com o intuito de esclarecer a quaestio, é de rigor o reconhecimento do cerceamento de defesa. Daí por que inafastável a anulação do processo a partir da sentença, inclusive, com a manutenção da decisão concessiva da tutela antecipada"¹⁰⁴.

ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDICAMENTOS. LOSEC (OMEPRAZOL), FLUOXETINA, VALIUM (DIAZEPAM), IRUXOL POMADA (CLORANFENICOL+COLAGENASE), BETNOVATE POMADA (VALERATO DE BETAMETASONA), TRYPTANOL (CLORIDRATO DE AMITRIPTILINA), VENALOT (CUMARINA+TROXERRUTINA), DOLANTINA (CLORIDRATO DE PETIDINA) E CAPOTEN (CAPTOPRIL). BENEFICIADA PORTADORA DE INSUFICIÊNCIA VENOSA CRÔNICA. NECESSIDADE E UTILIDADE DOS REMÉDIOS NÃO DEMONSTRADAS. INDISPENSABILIDADE DA PROVA PERICIAL. ANULAÇÃO DO PROCESSO EM REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO PREJUDICADO¹⁰⁵.

Aqui cabe referir que o Plenário do STF, conforme matéria constante da página eletrônica daquele Tribunal datada de 17 de março de 2010¹⁰⁶, acabou por

¹⁰⁴ Apelação Cível nº 2007.000225-6, julgado em 15/3/2007, relator Desembargador Vanderlei Romer, TJSC.

¹⁰⁵ Apelação Cível nº 2008.030083-2, de Urussanga, Primeira Câmara de Direito Público, julgada em 24/9/2009, relator Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, TJSC.

¹⁰⁶ STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Página Principal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 de março de 2010.

indeferir inúmeros recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões que determinaram o custeio pelo SUS de medicamentos ou tratamentos de alto custo. Destaca-se da matéria veiculada: *Apesar de julgar favoravelmente aos pacientes que precisam de medicamentos e tratamentos de alto custo, o ministro Gilmar Mendes foi cauteloso para que cada caso seja avaliado sob critérios de necessidade. Ele disse que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.*

Feitas essas breves considerações, passaremos à análise das tutelas de urgência em face dos componentes do sistema de saúde suplementar e suas nuances.

Das tutelas de urgência em face dos componentes do sistema de saúde suplementar

A doutrina pátria aponta entre os principais problemas relacionados à prestação dos serviços pelos componentes do setor privado de saúde suplementar os abaixo listados:

- cláusulas de exclusão de atendimento de moléstias e tratamentos (tais como aquelas referentes a medicamentos, “home care”, órteses e próteses¹⁰⁷, “hospital cash”, AIDS, urgência e emergência, tratamentos experimentais e estéticos, obesidade mórbida, inseminação artificial, medicamentos e

¹⁰⁷ De acordo com Bottesini; Machado [Bottesini; Machado, 2005, p. 489], a prótese substitui de forma artificial uma parte do corpo danificada por doença ou acidente (por exemplo, pinos metálicos, válvulas cardíacas etc.). Já a órtese auxilia o desempenho de um órgão do corpo (marca-passo, entre outros).

materiais importados, transplantes, tratamentos reconstrutivos, hemoterápicos);

- cláusulas que excluem atendimento a lesões preexistentes ou fixam períodos de carência (aqui também os casos de negativa de acesso aos planos de saúde a deficientes físicos, mentais, idosos e portadores de doenças preexistentes¹⁰⁸);
- cláusulas que limitam o tempo de internação¹⁰⁹;
- exigência de caução (vide Resolução Normativa 44, de 24/7/2003);
- aplicação da Lei n° 9.656/98 aos contratos preexistentes¹¹⁰;
- cláusulas relacionadas aos aumentos dos preços, inclusive pela variação da faixa etária = onerosidade excessiva, pois o que as torna potestativas e abusivas é a falta de critérios objetivos e aferíveis pelo segurado (vide artigo 15 da Lei n° 9.656/98; artigo 15, § 3º, Estatuto do Idoso – Lei n° 10.741/03¹¹¹; Resolução Normativa da ANS 63/03; Resolução CONSU n° 6/1998);
- aplicação da boa-fé objetiva aos contratos¹¹²;

¹⁰⁸ No entender de Bottesini; Machado [Bottesini; Machado, 2005, p. 142], o legislador utilizou a terminologia adequada para designar os indivíduos que padecem de algum “déficit” ou de alguma inadaptação que impeça a convivência e o desenvolvimento social. A expressão “portador de deficiência” é bastante ampla, abrangendo aquelas físicas, as deficiências mentais em sua variada graduação, até mesmo os problemas com os indivíduos superdotados ou hiperativos, que a rigor não têm um “déficit”, mas um “plus”. Também compreende aqueles que se defrontam com deficiências para locomoção, dificuldades com a dicção e com a audição. Até mesmo aqueles que têm algum vício que signifique uma deficiência para a vida podem ser enquadrados como deficientes, como alguém que sofra de dependência química medicamentosa, por exemplo.

¹⁰⁹ A Súmula 302 do STJ preceitua que “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

¹¹⁰ A esse respeito vide acórdão no RESP 1106789, tendo como relatora Ministra Nancy Andriahi.

¹¹¹ A Ministra Nancy Andriahi, no julgamento do RESP 989380/RN, defende que o *interesse social* que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo.

¹¹² Schaefer [Schaefer, 2008, p. 74] faz a distinção entre o que seriam a boa-fé objetiva e a subjetiva: O conceito de boa-fé pode ser analisado segundo dois aspectos: a) subjetivo: é a vontade ou intenção dos contratantes de não causar prejuízos um ao outro; leva-se em conta o “respeito à palavra dada”. É regra de conduta cujo conceito é meramente de natureza ética. b) objetivo: é regra de conduta a ser observada pelas partes, expressamente prevista pelo art. 4º, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor. É o que dos contratantes razoavelmente se espera em todas as fases contratuais. Deixa de ser conceito puramente ético, para ser considerado conceito jurídico e econômico que limita as práticas abusivas. Ferreira da Silva, apud Sarlet [Sarlet, 2006,

- cláusulas que regulam a rescisão unilateral (em especial no que se refere a contratos coletivos) ou resolução do contrato por inadimplemento substancial, denominada pela doutrina como uma das facetas da boa-fé objetiva = exercício desequilibrado de direitos, ou ainda, perda da qualidade de usuário em virtude de demissão ou aposentadoria do trabalhador;
- cláusulas que regulam o credenciamento de médicos e hospitais conveniados (vide artigo 17 da Lei nº 9.656/98);
- autolesão - transtornos psiquiátricos¹¹³ (vide artigos 10 e 12 da Lei nº 9.656/98; Resolução CONSU nº 11/98; Súmula nº 51 STJ);

Tais problemas vêm motivando um sem-número de ações judiciais, nas quais, invariavelmente, são pleiteadas tutelas de urgência, em suas mais diversas espécies.

Fux¹¹⁴ divide a casuística acima referida em grupos práticos:

A) Tutela Antecipada para tratamento urgente sob o fundamento de uma interpretação de cláusula contratual benéfica ao segurado, posto que vínculo de adesão, conforme preceito do Código de Defesa do Consumido.

B) Tutela antecipada em ação de obrigação de fazer visando o cumprimento do plano de saúde com fulcro no artigo 461 do CPC.

p. 136] leciona que genérica e introdutoriamente, a boa-fé pode ser entendida como o agir correto, leal e confiável conforme os padrões culturais de uma dada época e local. Essa noção inicial sofre uma primeira especialização ao dividir-se a boa-fé em subjetiva e objetiva, conforme seja ela utilizada como elemento de um suporte fático ou como norma jurídica diretamente aplicável. A esse respeito ver acórdão no RESP 418572/SP, tendo como relator o Ministro Luis Felipe Salomão.

¹¹³ A Lei nº 9.656/98 garante, também, a cobertura para dependência química, conforme a segmentação do plano.

¹¹⁴ FUX, Luiz. *Tutelas de urgência e plano de saúde*, p. 39-42.

C) *Tutela antecipada considerando a cláusula limitativa de prazo de internação como ineficaz quando um período maior é solicitado pelo médico, porque interpretação geradora de onerosidade excessiva.*

D) *Tutela antecipada considerando ineficaz a cláusula limitativa de doença porquanto os riscos constituem ônus da seguradora.*

E) *Tutela antecipada concessiva diante da dúvida sobre a natureza da doença, prevalecendo a boa-fé nas mútuas informações, sem prejuízo da não comprovação da insolvabilidade do beneficiário e em consequência, da irreversibilidade do provimento.*

F) *Tutela antecipada conferida com dispensa de caução, reconhecendo a deficiência do serviço público.*

Quanto às tutelas de urgência nas demandas envolvendo saúde, Zuliani¹¹⁵ sustenta que os arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor são as referências legislativas para que as técnicas processuais possam servir às pretensões juridicamente reivindicáveis e para que as obrigações, tanto dos particulares como as que são devidas pelo Poder Público, possam ser exigidas por meio de tutelas variadas, com ou sem uso de medidas coercitivas. Na verdade, os juízes, pelos dispositivos citados, estão armados com superpoderes para protegerem, prevenirem e recuperarem direitos materiais violados ou ameaçados de lesão. Não se permite ignorar a lição de Podetti no sentido de que a aplicação do direito processual objetiva resolver a constituição do processo e “a maneira que os juízes devem proceder para aplicar “ao caso” a norma ou as normas materiais correspondentes”(…)(tradução nossa).

E prossegue¹¹⁶: As obrigações decorrentes de planos e seguros de saúde não são consideradas personalíssimas, salvo extraordinárias situações em que se justificam escolhas individuais de médicos especialistas. O ilustre Eduardo Talamini resumiu as obrigações da Lei 9.656/98 e conclui que, excetuada a modalidade de

¹¹⁵ ZULIANI, Ênio Santarelli. *Tutelas e prescrição*, p. 346.

¹¹⁶ ZULIANI, Ênio Santarelli. *Tutelas e prescrição*, p. 358.

custeio das providências médicas e hospitalares e que constitui obrigação monetária (pagar a terceiros), todas as demais estão subordinadas ao comando do art. 461 do Código de Processo [Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 136]. O objetivo do contrato é garantir a saúde da pessoa e esse deverá ser o resultado específico a ser obtido, de forma voluntária ou por determinação judicial.

O mesmo autor¹¹⁷, ao defender a aplicação das diversas subespécies de tutela nas demandas envolvendo a prestação de serviços relacionados à saúde, dá exemplos de sua utilização, tais como:

- na tutela inibitória: para impedir os resultados práticos de cláusulas abusivas, citando como exemplos a rescisão unilateral de contrato empresarial, com a aplicação do art. 13, parágrafo único, da Lei nº 9.956/98, e o desligamento após demissão ou aposentadoria, com a aplicação do art. 30 da Lei nº 9.656/98;
- na tutela de remoção do ilícito: não se importa com o dano, mas exige a ilicitude da conduta, devendo ser feita prova da antijuridicidade do fato ou da conduta que pretende obstar ou remover, como por exemplo propaganda enganosa ou abusiva (art. 37, §§ 1º e 2º, e art. 84 do CDC c/c art. 3º da Lei 9.656/98), produção de medicamentos nocivos ou venda sem licença, interdição de hospitais sem condições de funcionamento, eliminação pelas operadoras de profissionais de saúde sem a devida qualificação;
- na tutela preventiva executiva: defende o uso de medidas coercitivas diretas, tais como o uso de oficiais de justiça e reforço policial a fim de impedir a remoção de usuário internado e sob ameaça de descontinuidade dos serviços/cobertura;

¹¹⁷ ZULIANI, Ênio Santarelli. *Tutelas e prescrição*, p. 345-84.

- na tutela do adimplemento na forma específica: *Esse conceder o desfrute útil por via oblíqua é a grande virtude da tutela específica do adimplemento*¹¹⁸, defendendo a obtenção do resultado final do contrato, ou seja, a manutenção da saúde, como na concessão de tutela para que o usuário tenha acesso a tratamento experimental e para a colocação de próteses mesmo não previstas contratualmente;
- na tutela indenizatória: para situações emergenciais inadiáveis, tais como a cirurgia plástica reparadora decorrente de necrose resultante de procedimento médico, ou a pensão mensal provisória para manutenção de gestante que sofreu anóxia cerebral no parto.

Quanto à tutela inibitória, Maranhão¹¹⁹, defensor de posições severas em relação às operadoras de planos e seguros saúde, sustenta sua utilização de maneira bem ampla, em ambas as modalidades, individual e coletiva, citando, entre inúmeros outros exemplos, os casos de recusa na oferta de planos e sua contratação (por exemplo, a idosos e portadores de deficiência); infringência ao dever de renovação automática do contrato; arbitramento provisório do valor das mensalidades; violação ao dever de informação pelos laboratórios a respeito de medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos; e mesmo para aqueles casos envolvendo fornecimento de bens e serviços. E afirma¹²⁰: *Alguém poderia refutar o cabimento de tutela inibitória nesses casos, em vista de que o art. 84 do CDC refere-se exclusivamente aos deveres ou às obrigações de fazer e de não fazer. Contudo, tal entendimento não teria – como não tem – qualquer procedência [Eduardo Talamini, “Tutela relativa aos deveres”, cit., p. 134-136]. Duas são as razões: i) justamente por serem instrumentais a um dever de fazer (prestar assistência à saúde), cabível a tutela específica prevista no art. 84 do CDC; ii) mesmo para os casos de deveres não instrumentais, isto é, para deveres típicos de*

¹¹⁸ ZULIANI, Ênio Santarelli. *Tutelas e prescrição*, p. 360.

¹¹⁹ Ver obra de Clayton Maranhão [Maranhão, 2003] intitulada *Tutela jurisdicional do direito à saúde: arts. 83 e 84, CDC*.

¹²⁰ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde: arts. 83 e 84, CDC*, p. 243-4.

entrega da coisa, o fundamento legal para cabimento de tutela inibitória da entrega de coisa está no art. 83 do CDC.

Para os casos em que a tutela inibitória não se afigure como a mais adequada, Maranhão defende, por sua vez, a utilização da tutela de remoção do ilícito, em ambas as modalidades, individual e coletiva (*também chamada de reintegratória*), *conjugada com a técnica executiva “lato sensu”, assistida por técnicas de sub-rogação*¹²¹, assim como a tutela preventiva executiva¹²², a tutela do adimplemento na forma específica¹²³ e, por fim, a tutela ressarcitória¹²⁴.

Como visto, a doutrina pátria defende a utilização de uma vasta gama de tutelas, no que se refere às demandas envolvendo a saúde, a serem aplicadas de forma conjugada ou não, dando assim amplos poderes aos magistrados para a obtenção do fim almejado com a tutela pretendida. Da análise dos julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, feita por amostragem, depreende-se que a maior parte dos acórdãos faz referência a feitos envolvendo a concessão de tutelas antecipadas, nas mais diversas modalidades.

Quanto à possibilidade de interposição de medidas cautelares, em especial no tocante a fornecimento de medicamentos ou realização de procedimentos¹²⁵, o entendimento majoritário é no sentido de que *para pleitear o fornecimento de medicamento não é adequada a ação cautelar e sim a ação de procedimento ordinário, com pedido de antecipação da tutela jurisdicional, se*

¹²¹ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde*: arts. 83 e 84, CDC, p. 258.

¹²² *Note-se que tal forma de tutela visa prevenir a prática ou repetição de um ilícito futuro, apenas ameaçado, prescindindo-se da vontade do fornecedor. A forma de tutela que atua pressionando a vontade do fornecedor é a inibitória e a forma de tutela que remove o ilícito pressupõe-no já em ato* [Maranhão, 2003, p. 266].

¹²³ *Basicamente, podem-se imaginar três situações em que é cabível a tutela do adimplemento na forma específica: i) a tutela preventiva da ameaça do adimplemento; ii) a tutela do adimplemento em razão do princípio da vinculação negocial; e iii) a tutela do adimplemento imperfeito da obrigação contratual* [Maranhão, 2003, p.268].

¹²⁴ *Podem-se imaginar quatro situações diferenciadas: i) dano causado pelo fato do serviço; ii) dano causado pelo fato do produto; iii) dano a direitos individuais homogêneos com técnica mandamental; iv) dever legal das operadoras de ressarcirem na forma específica mutilações decorrentes de tratamento de câncer, sem qualquer nexo com o fato do serviço. As técnicas mandamental e executiva “lato sensu” prestam-se à conjugação com a tutela ressarcitória na forma específica* [Luiz Guilherme Marinoni, “Tutela Específica”, *cit.*, p.166-171] [Maranhão,2003, p. 300-301].

¹²⁵ No STJ a imensa maioria dos julgados faz menção a tutelas antecipadas versando sobre o assunto.

houver urgência. Todavia, proposta a ação cautelar preparatória, ainda que inadequada, deve-se aceitá-la como viável, excepcionalmente, ante os princípios da instrumentalidade, da utilidade do processo e da economia processual, especialmente em caso de urgência no fornecimento do medicamento a pessoa hipossuficiente e gravemente enferma desde que presentes o “fumus boni juris” e o “periculum in mora”, mormente quando a medida vem seguida do oportuno ajuizamento da ação principal¹²⁶.

No STJ, no que se refere ao direito à saúde, somente há medidas cautelares visando a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial¹²⁷. No tocante ao Poder Público, inclusive, é pacífica a vedação de concessão de liminar em medida cautelar, com cunho satisfativo, diante da mera instrumentalidade do processo cautelar frente ao processo principal. Frise-se que os ministros são unânimes ao afirmar que o mérito relacionado às razões da concessão da referida tutela pelo juízo *a quo* não é passível de revisão, em sede de especial, sob pena de reexame de matéria fática, circunstância vedada pela Súmula nº 7 daquela Corte.

Quanto à possibilidade do manejo da tutela cautelar, Bottesini; Machado¹²⁸ trazem à colação acórdão do TJSP, que merece ser referido: *A tutela cautelar é adequada para manter a sobrevivência de contrato de prestação de serviços médicos, enquanto se discute a legalidade da cláusula de rescisão motivada e que foi aplicada após 4 meses de execução do contrato, em nítido prejuízo dos consumidores de boa-fé objetiva (arts. 18 da Lei 9.656/1998 e 4º., III, e 51, IV, da Lei 8.078/1990). Provimento” (TJSP – 3ª. Câm. Dir. Privado – AC 192.451-4/0 – Jundiaí – rel. Ênio Zuliani – j. 07.08.2001).*

¹²⁶ Apelação Cível nº 2008.039164-4, de Tubarão, Quarta Câmara de Direito Público, julgado em 24/9/2008, relator Desembargador Jaime Ramos, TJSC.

¹²⁷ Utilização admitida em caráter extraordinário, pois, *consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não se admite medida cautelar tendente a atribuir efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra decisão de inadmissão de recurso especial, salvo a título excepcional, quando se revelar teratológica a decisão recorrida e houver fundado receio de grave lesão a direito.*(AgRg na MC 16021/SP – Agravo Regimental na Medida Cautelar 2009/0181618-3).

¹²⁸ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos de saúde: comentada artigo por artigo*, p. 171.

Em ambas as Cortes, TJSC e STJ, denota-se que a imensa maioria das demandas propostas por usuários contra empresas componentes do sistema suplementar de saúde, com requerimentos pela concessão de tutelas de urgência, tem como principais fundamentos o pagamento ou reembolso de valores ou a prestação de um atendimento ou serviço, diante da negativa por parte da operadora ou da interpretação diversa do contrato firmado.

Como apropriadamente assevera Fux¹²⁹, *a prática judiciária vivencia com mais constância demandas de iniciativa do segurado pleiteando o “cumprimento do contrato” segundo sua ótica, com a postulação de tutela antecipada que imponha à seguradora a obrigação de pagar ou reembolsar os riscos que entende “assumidos” ou “depreendidos” do contrato.*

Os julgados, por conseguinte, em sua esmagadora maioria, são pela concessão das tutelas de urgência pretendidas, com base nos princípios estampados no Código de Defesa do Consumidor, visando a garantia do tratamento da saúde, pois *o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e, por conta disso, eventual dúvida na interpretação de cláusula contratual resolve-se a favor do beneficiário*¹³⁰.

Trettel¹³¹ critica tal postura, asseverando que, *da análise das decisões judiciais levantadas extraiu-se que os Tribunais Superiores no Brasil contribuem para a consolidação do viés contratual das relações entre usuários e operadoras de planos de saúde. Tais demandas não são enfrentadas, em sua maioria, sob o viés dos direitos fundamentais, sendo poucas as vezes em que Ministros ao menos citaram o direito à saúde.*

A relativização do *pacta sunt servanda* é tema recorrente, não havendo divergência quanto à possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário das cláusulas contratuais estabelecidas entre usuários e operadoras. Nesse sentido:

¹²⁹ FUX, Luiz. *Tutelas de urgência e plano de saúde*, p. 38.

¹³⁰ TJSC - Ap. Cív. n. 2006.037940-8, de Concórdia, julgado em 19/4/2007, relator Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, TJSC.

¹³¹ TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e do STF*, p. 77.

APELAÇÃO CÍVEL - ação declaratória de direito cumulada com constitutiva de obrigação de fazer, com consignação em pagamento e com condenatória À indenização por danos morais para MANUTENÇÃO DE CONTRATO DE SEGURO DE VIDA firmado pela autora há mais de 20 anos - RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA Do contrato - RECUSA por desinteresse da seguradora - AUSÊNCIA DE MOTIVOS JUSTIFICADORES - MANUTENÇÃO DA AVENÇA NOS TERMOS CONTRATADOS - TEORIA DOS CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO - antecipação dos efeitos da sentença e honorários advocatícios mantidos - DECISUM CONFIRMADO - apelo DESPROVIDO.

"Apresenta-se abusivo o cancelamento do seguro de vida feito de forma unilateral e desprovido de motivação pela seguradora, principalmente quando em abstração das provas esmiuçadas dos autos dão conta que a vontade está baseada unicamente na modificação do plano para pior, o que faz caracterizar violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva, e ao disposto no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor" (Ap. Cív. n. 2007.063471-6, de Itajaí, Des. Fernando Carioni, j. 10-30-2008).

Deixando a seguradora de colacionar elementos plausíveis para justificar a rescisão unilateral, a antecipação dos efeitos da sentença deve ser mantida para que a segurada receba desde logo o amparo da tutela jurisdicional resultante do confronto exauriente entre os elementos do contexto fático e as normas jurídicas que resguardam o consumidor.

A permissão de resilir o contrato a qualquer momento daria ensejo para as seguradoras - parte mais forte - reiterarem a iniciativa de simplesmente manifestar sua recusa quando o segurado atingisse uma idade de maior incidência de fragilidades, desamparando-o das coberturas que se dedicou a manter por vários anos ininterruptamente.

O simples fato de as seguradoras estarem sob o manto das orientações expedidas por um órgão fiscalizador não retira do Judiciário a

*possibilidade de examinar as cláusulas contratuais inseridas em suas avenças, pois o critério para identificação da potestatividade de suas cláusulas contratuais é subjetivo*¹³².

Observa-se que a extrema cautela presente na verificação dos requisitos atinentes à concessão das tutelas de urgência, assim como as ressalvas constatadas quando da análise das tutelas concedidas contra o Estado não se verificam em face dos componentes do Sistema de Saúde Suplementar. A esse respeito¹³³:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C TUTELA ANTECIPADA. LESÃO DE BANKART OSSEAE LABRUM. NECESSIDADE DE CIRURGIA COM COLOCAÇÃO DE ÂNCORAS IOL, PARAFUSO DE 3,5 MM, COM DOIS FIOS IMPORTADOS. PLANO DE SAÚDE. LIBERAÇÃO DO PROCEDIMENTO COM ÂNCORAS DE OUTRA MARCA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEFERIMENTO DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO. DECLARAÇÃO MÉDICA JUSTIFICANDO A NECESSIDADE DO MATERIAL. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES COMPROVADAS. DIREITO À SAÚDE. REFORMA DO INTERLOCUTÓRIO. AGRAVO PROVIDO*¹³⁴.

Da mesma forma, o posicionamento defendido por alguns julgadores acerca da necessidade de se manter viável o sistema público, encontrado em acórdãos do TJSC e STJ, é praticamente inexistente no que diz respeito ao sistema

¹³² Apelação Cível nº2009.015834-6, de Joinville, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em 25/5/2009, relator Desembargador Mazoni Ferreira, TJSC.

¹³³ Ver, também, Apelação Cível nº2008.036368-3, da Capital, Primeira Câmara de Direito Civil, julgado em 10/6/2010, relator Desembargador Edson Ubaldo, TJSC.

¹³⁴ Agravo de Instrumento nº2009.072725-1, da Capital, Primeira Câmara de Direito Civil, relator Desembargador Edson Ubaldo, TJSC.

suplementar. Julgados como o abaixo citado¹³⁵ são excepcionais e não ilustram o pensamento majoritário e atual das Cortes de Justiça mencionadas:

CIVIL. SEGURIDADE PRIVADA. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO. CLÁUSULAS RESTRITIVAS. INEXISTÊNCIA, À ÉPOCA, DE NORMAS LEGAIS IMPEDITIVAS DE LIMITAÇÕES EM INTERNAÇÃO HOSPITALAR. VALIDADE. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

Constitui dever do Estado proporcionar amplo e eficaz atendimento à população na área da saúde, nos termos e na forma estabelecida na legislação em vigor, custeada por intermédio de impostos e contribuições fiscais. [sem grifos no original]

*De outra parte, a seguridade privada, proporcionada mediante participação voluntária em planos de saúde oferecidos pela rede particular, há que se conformar às regras do contrato, **porquanto tais serviços são resultado de uma contraprestação financeira necessária ao equilíbrio econômico da avença, viabilizadora da própria higidez e continuidade da assistência em comento.*** [sem grifos no original]

*Destarte, salvo as hipóteses expressamente vedadas em lei ou regulamentos baixados para o setor, à época da contratação inexistentes a respeito, válidas são as limitações impostas nos contratos aos limites de internação, **se a opção espontânea do contratante se fez por plano de menor custeio, em comparação com outros, da mesma ou de outras entidades, mais abrangentes.*** [sem grifos no original]

Recurso especial conhecido pela divergência e provido. [sem grifos no original]

¹³⁵ A esse respeito sobreleva anotar ainda o voto vencido do Ministro Massami Uyeda no RESP 889406, que faz também menção ao voto proferido pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior no RESP 242.550. Ver também voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior no RESP 222339/PB.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

*Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior*¹³⁶.

2.3 ANÁLISE DAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL PESQUISADAS

Do estudo conjunto dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais extraem-se informações relevantes e, ao mesmo tempo, alarmantes. O sistema privado suplementar está sobrecarregado e é tomado de surpresa por resoluções emanadas pela Agência Nacional de Saúde e também por portarias da Secretaria de Direito Econômico¹³⁷. Tais órgãos a todo instante introduzem mudanças no setor, transformando cláusulas legais em abusivas quando de sua estipulação, sem a possibilidade de revisão da equação atuarial do contrato, mesmo que o prejuízo venha a ser devidamente comprovado pela operadora¹³⁸. Citem-se, como exemplo,

¹³⁶ REsp 24550/SP, Recurso Especial 1999/0115693-9, Quarta Turma, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator para acórdão Ministro Aldir Passarinho Júnior, julgado em 2/3/2000, STJ.

¹³⁷ As portarias da Secretaria de Direito Econômico alteram a todo instante o “rol” de cláusulas contratuais abusivas, de aplicação também aos contratos relacionados à saúde. A esse respeito vale transcrever o posicionamento de Bottesini; Machado [2005, p.341]: *É preciso atenção para a “volatilidade” decorrente da autorização legal posta no art. 51 do CDC, e das minuciosas disposições do Dec. 2.181, de 20.3.1997, que institui o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, o SNDC. Estes diplomas legais atribuem poder de legislar à Secretaria de Direito Econômico, que por meio de Portarias tem modificado o chamado “elenco de cláusulas abusivas” nos contratos de fornecimento de produtos e serviços, de que trata o art. 51 do CDC.*

¹³⁸ Trettel, em sua obra *Planos de Saúde na visão do STJ e do STF*, defende posição divergente, afirmando que a ANS estaria omitindo-se de regular devidamente o setor e agindo de maneira muito branda em relação às operadoras, sem cumprir com os objetivos que estariam preconizados em lei.

as mudanças introduzidas nas coberturas e seus limites. A resolução da ANS (Resolução Normativa nº 211), de 12/01/2010, ampliou de novo, e consideravelmente, o rol de procedimentos previstos para a cobertura mínima obrigatória, com vigência a partir de 7 de junho de 2010.

No entanto, não passou despercebida a declaração prestada, à época, pelo próprio presidente em exercício da ANS, Alfredo Luiz de Almeida Cardoso, de que a elevação da cobertura mínima não implicaria em reajustes de mensalidades aos usuários, até porque o reajuste anunciado em maio pela ANS não incluía ainda tais procedimentos¹³⁹. Assim, as operadoras passaram a arcar com as despesas decorrentes desses novos procedimentos, sem a possibilidade de repasse aos usuários, com o conseqüente risco de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Vejamos, também, a questão do reembolso das despesas efetuadas junto ao SUS por aqueles usuários de planos de saúde¹⁴⁰. O artigo 32 da Lei nº 9.656/98 determina que *serão ressarcidos pelas operadoras, dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.*

Ora, como assevera Toro, *apud Bottesini; Machado*¹⁴¹, *sempre que um consumidor utiliza a saúde pública, a operadora de plano de saúde deve repassar o valor estabelecido pela tabela da Tunep*¹⁴², *que é superior ao valor pago pelo Estado ao SUS. Considero esse ressarcimento inconstitucional porque, quando um cidadão utiliza o SUS, o faz como usuário da seguridade social do Estado. As fontes*

¹³⁹ PLANOS incluirão mais serviços. Notícias do Dia, Grande Florianópolis, 13 de jan. 2010, p. 18.

¹⁴⁰ O não reembolso pela operadora pode levar à sua inscrição no CADIN. A esse respeito vide decisão do AgRg no REsp 1126060 / RJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0041221-8.

¹⁴¹ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos de saúde: comentada artigo por artigo*, p. 286.

¹⁴² A respeito da Tunep (Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos) ver Resolução – RDC (Resolução da Diretoria Colegiada da ANS) nº 17, de 30 de março de 2000 e Resolução Normativa – RN nº 217, de 13 de maio de 2010. Disponíveis em: <www.ans.gov.br>. Acesso em: 31 de julho de 2010.

de custeio do sistema são os descontos do INSS pagos pelos cidadãos e empresas, além dos concursos de prognósticos (loterias), que também financiam a Seguridade Social.

Portanto, fere-se diuturnamente a equação atuarial e econômico-financeira das apólices e contratos, sem aviso e sem reajuste compatível com os novos ônus criados¹⁴³. A esse respeito, vale transcrever o posicionamento de Bottesini; Machado¹⁴⁴:

A competência legiferante deferida à Secretaria de Direito Econômico não respeita o dogma constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito. Mesmo que a estipulação seja posta em um contrato de fornecimento antes da existência de Portaria que a declare abusiva, a declaração posterior incide no contrato, desobrigando o consumidor. Em alguns casos essa rapidez legislativa pode resultar proteção ao consumidor. Em outros, distribuem insegurança jurídica que impede o avanço dos negócios no mercado de planos de saúde.

(...)

A anterioridade da declaração da abusividade seria quase incompatível com a defesa do consumidor, visto que os fatos antecedem a regulamentação legal, que vem a reboque deles, e visto que a criatividade empresarial é a mola propulsora do progresso e do desenvolvimento econômico, fundado na liberdade de iniciativa e na livre concorrência.

¹⁴³ Até porque, conforme lembram Bottesini; Machado [Bottesini; Machado, 2005, p.378], o aumento e a modificação de coberturas não podem ser impostos ao usuário do plano ou segurado para a obtenção de um aumento no valor da mensalidade ou do prêmio, porque é obrigatória a manutenção do plano ou da apólice como foi contratada, como dispõe o artigo 35 da lei 9.656/1998. Se já houve o reajuste para enfrentar as coberturas ditas pela Lei 9.656/1998, a elevação do valor da mensalidade não pode ter fundamento senão na alteração das faixas etárias, obedecidas as normas trazidas pela Lei 10.741, de 01.10.2003, que criou o Estatuto do Idoso.

¹⁴⁴ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos de saúde: comentada artigo por artigo*, p. 341.

Não esqueçamos que *as empresas privadas não podem ser vistas como instituições complementares da ação estatal na saúde, e não estão posicionadas ao lado do Estado, nem obrigadas a substituir e suprir a inoperância do Poder Público no desempenho do Dever constitucional*¹⁴⁵. No mesmo sentido é o posicionamento de Fux¹⁴⁶:

A solução para tão desafiante questão impõe-nos rememorar as cláusulas constitucionais, no afã de concluir que a atividade privada que subsidia a pública deve ser recompensada quando lhe fizer às vezes, tanto mais que o sistema público jurídico federal veda o enriquecimento sem causa e a intervenção estatal no patrimônio alheio sem prévia e justa indenização. Ora, se a entidade particular presta o serviço em “razão da urgência e da impossibilidade de o Estado fazê-lo, assim constatado pelo juiz mediante assessoramento de perito médico antes de decidir sobre a antecipação de tutela,” inegável que cabe ao direito ao reembolso pelo que despende como sucedâneo estatal, pleiteável em ação autônoma ou na própria relação processual em que a entidade privada é instada a substituir a administração pública. Nesta última hipótese, acionada a entidade, cumpre-lhe regredir contra o Estado através da “denúnciação da lide”.

(...)

Ora, se entidade privada é obrigada a prover imediatamente, internando e adimplindo as exigências da entidade hospitalar por vezes sequer conveniada, é inegável, também, o seu direito de obter a antecipação regressiva daquilo que despende. Esta assertiva desafiaria o questionamento constante da possibilidade de prover-se com antecipação contra a Fazenda Pública [Marinoni, um dos maiores

¹⁴⁵ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos de saúde: comentada artigo por artigo*, p. 278.

¹⁴⁶ FUX, Luiz. *Tutelas de urgência e plano de saúde*, p. 63-7.

tratadistas do tema conclui pela possibilidade jurídica desta antecipação, ponto de vista com o qual damos a nossa inteira adesão. In, ob, cit, pág. 210], matéria que tem sido debatida e protegida por leis privilegiantes da Fazenda e que na essência proíbem, apenas, a irreversibilidade da definição judicial e não dos efeitos práticos do provimento.

Reforça a idéia da antecipação regressiva imediata um aspecto que não pode ser olvidado, qual seja, o de que a entidade necessita de fundos para prover em favor de tantos quantos se socorrem de seus serviços. Assim, por via reflexa, a entidade há de receber o mesmo tratamento urgente que os seus beneficiários recolhem do judiciário. Desta forma propicia-se às entidades privadas desincumbir-se do seu dever de atender a tantos consumidores.

Aqui vale referir que a Constituição Federal, em seu artigo 199, abriu expressamente o mercado de saúde à iniciativa privada. Ela também exalta a livre iniciativa como um dos pilares de nossa ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal), vedando o enriquecimento sem causa e a intervenção estatal no patrimônio privado sem causa legítima, prévia e justa indenização. De acordo com Bottesini; Machado¹⁴⁷:

Ao denominar de produto o plano privado, o legislador reforçou o caráter empresarial da atividade, dando às empresas do ramo um caráter de industriais produtores daquele bem da vida, indispensável em qualquer sociedade razoavelmente organizada. O direito à vida, pedra fundamental da organização de todas as nações hoje conhecidas, faz indispensável um sistema de tratamento das doenças e de preservação da higidez dos cidadãos intimamente ligados à própria organização social e política da nação. A garantia de acesso a esses benefícios, a continuidade da prestação deles, a proteção legal dos usuários fazem parte do Poder-Dever governamental, seja mediante a criação de

¹⁴⁷ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos de saúde: comentada artigo por artigo*, p. 50-1.

estímulos à iniciativa empresarial, seja por meio da prestação oficial dos serviços.

A instituição dos planos e seguros de assistência médica e hospitalar, de custeio privado, tem a finalidade de completar a segurança do acesso à assistência que é Dever do Estado.

Um serviço de qualidade, visando a preservação da vida e o respeito à legislação vigente, por certo há de ser prestado pelas empresas do setor, que devem ser fiscalizadas e penalizadas severamente no caso de abusos. Mas o empresário diligente não pode ser punido por visar, também, a obtenção de lucro empresarial, essencial à manutenção da atividade. Aqui há de ser feita distinção acerca das cooperativas médicas que, mesmo não objetivando lucro, buscam um resultado econômico do qual depende a própria viabilidade do negócio e sem o qual ele se torna desinteressante, quando não inviável economicamente.

Neste passo, Loureiro¹⁴⁸ afirma que, *embora devam as operadoras calcular os riscos e efetuar seus cálculos atuariais com os olhos voltados para o Código de Defesa do Consumidor e a jurisprudência dominante dos tribunais, não há como deixar de reconhecer que determinadas decisões ou interpretações escapam das previsões pretéritas e podem colocar em risco a saúde financeira dos fornecedores e o equilíbrio contratual.* E consoante o mesmo autor¹⁴⁹:

A delicada situação financeira de inúmeras operadoras de planos de saúde, seguida de intervenções, liquidações ou aquisições de carteiras de clientes, ferem em última análise a própria confiança e expectativa dos consumidores, razão maior de contratar seguros privados de assistência à saúde. O problema deixa de ser da operadora e passa a atingir toda a sociedade.

¹⁴⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Planos e seguros de saúde*, p. 337.

¹⁴⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Planos e seguros de saúde*, p. 338.

A tendência da responsabilidade civil contemporânea é a da “substituição da responsabilidade individual pelos seguros privados e sociais, com a criação de fundos coletivos de reparação, a serem financiados pelos criadores dos riscos” [DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.13, p.40].

Assim como na seara das operações do mercado de capitais criou-se fundo de reparação de investidores lesados, até determinada quantia, razoável também a criação compulsória de fundo para recomposição de indenizações por riscos excepcionais não cobertos pelos contratos e nem previstos em lei, ou para cobertura de decisões judiciais que visam atender direitos existenciais dos consumidores, mas de algum modo levam à quebra do cálculo atuarial dos fornecedores.

Deve-se sublinhar, noutro vértice, a posição adotada pelo Estado, que se utiliza de todos os meios processuais existentes e imagináveis a fim de retardar e/ou eximir-se do dever de prestar a assistência devida, com base precipuamente nas assertivas de prejuízo de todos em detrimento do direito de apenas um e da insuficiência de recursos. Os ensinamentos de Appio¹⁵⁰ refletem a linha de defesa preferida pelos entes públicos:

Existe, portanto, um conflito direto entre o direito à vida de um cidadão, o qual busca através do Poder Judiciário, a sua sobrevivência, e o direito à vida de outros cidadãos, os quais dependem do orçamento público para sobreviver. A decisão acerca das prioridades a serem conferidas pelo Estado nesta área é essencialmente uma decisão política e moral, que refoge do âmbito do controle judicial, motivo pelo qual as ações individuais em face do Estado não podem implicar a substituição da atividade administrativa. No caso concreto, o administrador público não

¹⁵⁰ APIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*, p. 184-8.

estará afrontando qualquer texto de lei, muito ao contrário, terá observado seu comando.

(...)

Este dever genérico do Estado – e o correlato direito à vida por parte do cidadão – está condicionado pela capacidade orçamentária do Estado, rendendo ensejo às chamadas “decisões trágicas” do legislador e do administrador. A proteção do direito à vida não pode ser compreendida como um dever do Estado de prover todas as necessidades básicas da universalidade dos cidadãos, pois as ações do governo dependem de decisões políticas dos governos eleitos a partir dos recursos existentes. Estes terão de optar pelos mecanismos que melhor atendam estas necessidades da população, buscando ampliar, de forma gradativa, o direito que se pretende universal [...]. Qualquer medida judicial que venha a impor uma obrigação específica, vinculada a um caso concreto – como, por exemplo, a aquisição de um medicamento de alto custo pelo sistema público de saúde – implicará a redestinação de verbas alocadas de acordo com os critérios do administrador [...]. A vida de um poderá representar a supressão da vida de muitos, porque o custo dos direitos sociais é suportado pelo orçamento já aprovado pelo Congresso[...]. Não se trata de negar acesso ao cidadão a um serviço social já existente, quando então a sindicância judicial seria reservada a um exame de mera legalidade, mas sim, de outorgar um benefício individual não previsto numa política social coletiva. A sentença judicial prolatada numa ação civil pública vinculada a um caso individual não terá a natureza normativa, na medida em que não atenderá aos casos futuros.

Segue no mesmo sentido a posição de Vieira¹⁵¹:

¹⁵¹ VIEIRA, Fabiola Supino. *Ações Judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS*, p. 365-9.

Analisando as demandas judiciais por este ângulo, verifica-se que o que está em jogo é a reivindicação do fornecimento de medicamentos que não atendem aos critérios estabelecidos pelo Poder Público. Este por sua vez, é norteado pelo dever de preservar o interesse coletivo e de balizar as escolhas pelos princípios de universalidade e equidade, consideradas as restrições orçamentárias. Observada a limitação da escassez de recursos, cabe ao Poder Executivo a definição da prioridade do gasto, de acordo com a capacidade financeira do Estado e as necessidades de saúde da população. Os critérios técnicos precisam ser observados para garantir maior efetividade à política de saúde e maior eficiência do gasto. Cabe ao controle social averiguar a observação aos princípios do SUS e se as escolhas estão maximizando o resultado em termos de acesso às ações e serviços de saúde e melhora das condições de saúde da população.

[...]

É preciso reconhecer que a sociedade não pode abdicar da via do Poder Judiciário para garantia de seus direitos. Entretanto, faz-se necessário apontar os paradoxos que envolvem as ações judiciais que demandam do Poder Público a aquisição de medicamentos. O Judiciário determina o fornecimento de medicamentos incluídos nas políticas, muitas vezes negados aos usuários por conta de sua indisponibilidade nas unidades de saúde do SUS, constituindo-se assim em demandas pertinentes. Entretanto, este mesmo Judiciário também determina o fornecimento de produtos farmacêuticos não incluídos nessas políticas, as quais estabelecem a oferta de outros medicamentos ou abordagens terapêuticas.

Isso revela que o critério "existência de política pública" no geral não é observado pelo Judiciário quando de sua tomada de decisão sobre o deferimento ou não da ação judicial; e, mais uma vez, explicita que o entendimento sobre o direito à saúde se confunde com a oferta de qualquer medicamento do mercado, sem observar as questões técnicas e todo o aparato desenvolvido pelo Poder Público para tratamento dos

doentes. Por isso, é mais do que urgente que o Judiciário reconheça que não há meios para garantia do direito à saúde tal qual previsto na Constituição Federal, que não sejam os das políticas.

Tais assertivas restam esvaziadas diante da flagrante má gestão dos recursos públicos no Brasil¹⁵². Para Mello Tavares¹⁵³,

essas considerações são tanto mais oportunas quanto é certo que se conhece, por público e notório, o triste quadro da saúde pública no país, seus dramas e tragédias estampados na imprensa diária, como um estigma permanente do descaso e do desprezo a que se vê deste modo relegada a parcela mais numerosa e mais sofrida da população nacional, ao passo em que se perde, no imenso ralo do desperdício das despesas públicas, grande parte dos recursos a tal fim direcionados. Até mesmo os que acertadamente se destinam ao imenso sumidouro da assistência social e da saúde pública, de que constitui emblemático exemplo a famigerada CPMF, de tão nobilitantes propósitos e de tão lastimáveis frustrações. A fonte de custeio e as questões orçamentárias, estas muitas vezes arguidas para justificar a propositada ou descurada ausência de previsão, não podem ou não devem obstaculizar o implemento da política pública que tenha por superior objetivo o cumprimento da norma constitucional, à luz da legislação comum disciplinadora da matéria, de acordo com o seu verdadeiro espírito e nos limites de seu verdadeiro alcance.

¹⁵² Enzweiler, em sua obra *Dimensões do Sistema Eleitoral – O Distrital misto no Brasil* [Enzweiler, 2008], defende uma reforma ampla no sistema eleitoral, com um sistema que efetivamente represente a vontade do eleitor e permita uma maior fiscalização social sobre o exercício do mandato, a influir diretamente na gestão das políticas públicas.

¹⁵³ MELLO TAVARES, Cláudio de. *Direito à vida*, p. 124.

De acordo com Amaral; Melo¹⁵⁴, *é preciso conquistar o orçamento, torná-lo, de fato e de direito, o que ele deveria ser: o momento máximo da cidadania, em que as escolhas públicas são feitas e controladas. A experiência brasileira, contudo, é anti-orçamentária, não apenas pela hipertrofia do Executivo, mas pela própria desconfiança quanto ao orçamento. Nossa realidade é de progressiva vinculação de recursos para os mais variados fins. Certa vez li numa justificativa de proposta de mudança constitucional do então deputado Gustavo Krause que a vinculação de receitas era como que uma confissão antecipada da incapacidade política de dar ao orçamento as finalidades públicas que ele deveria ter.*

Já Enzweiler¹⁵⁵, ao analisar a tributação imposta pelo Estado e sua destinação, critica a postura que vem sendo adotada pelos governantes em geral, que sobrepõem os interesses políticos àqueles basilares das funções estatais. *Isto é, para obtenção de determinado fim econômico imediato ignoram-se princípios fundamentais, inclusive insculpidos na Constituição Federal, transformando o Direito em mero instrumento de políticas de ocasião, ao sabor do governante ali instalado. E prossegue afirmando que*

em virtude da ausência de planejamento e coordenação entre as esferas de poder, por vezes governadas por indivíduos pertencentes a correntes ideológicas divergentes, tem-se verificado uma superposição de competências [...] em algumas áreas, fazendo com que o Estado arrecade e gaste de forma inadequada. O dessaranjo nas contas públicas é ainda mais sentido quando o governo, para sobreviver politicamente [...], curva-se às pressões do dia e admite ou tolera a existência de “válvulas de escape à tributação” (Samuelson, 1966:225), permitindo que grandes rendas, sem qualquer justificativa, deixem de ser tributadas, o que precipita a erosão de sua base e contribui para a decomposição, em última instância, do tecido social¹⁵⁶.

¹⁵⁴ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?*, p. 108.

¹⁵⁵ ENZWEILER, Romano José. *Os desafios de tributar na era da globalização*, p. 113.

¹⁵⁶ ENZWEILER, Romano José. *Os desafios de tributar na era da globalização*, p. 113-14.

Tal desarranjo nas contas públicas está levando ao sucateamento de áreas sensíveis e essenciais, como a saúde e a educação. A ausência de políticas públicas consistentes e o baixo investimento em ambos os setores denotam a crescente falta de compromisso dos governantes, que alocam recursos públicos em áreas que lhes tragam maior visibilidade política. Um exemplo gritante desse desvio de finalidade é a destinação nos orçamentos públicos de valores cada vez mais expressivos para a denominada propaganda institucional¹⁵⁷, esta na verdade voltada essencialmente para a divulgação de obras vultosas e autopromocionais dos governantes, não para esclarecimento da população acerca de temas relevantes.

Diante dessa realidade, como já dito, os argumentos do Estado, em especial no que se refere à ausência de recursos, perdem força e sentido. Asseveram Sarlet; Figueiredo¹⁵⁸:

Importa, portanto, que se tenha em sempre em mente que quem “governa” – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.

[...]

Além disso, o eventual impacto da reserva do possível certamente poderá ser, se não completamente neutralizado, pelo menos minimizado, mediante o controle (também jurisdicional!) das decisões políticas acerca da alocação de recursos, inclusive no que diz com a transparência das decisões e a viabilização do controle social sobre a

¹⁵⁷ Ver artigo 37, § 1º, da Constituição Federal.

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. p. 35.

aplicação dos recursos alocados no âmbito do processo político [...]. Uma vez que a possibilidade de satisfação dos direitos reconhecidos pela Constituição (e também na esfera da legislação infraconstitucional) guarda vinculação com escolhas estratégicas sobre a qual a melhor forma de aplicar os recursos públicos, tal como recordam Holmes e Sunstein, há, de fato, boas razões de ordem democrática a indicarem que as decisões sobre quais direitos efetivar (assim como sobre em que medida se deve fazê-lo!) devam ser feitas do modo mais aberto possível e com garantia dos níveis mais efetivos de informação da população, destinatária por excelência das razões e justificativas que devem sustentar as decisões tanto dos agentes políticos em geral quanto dos juízes [...]. De outra parte, não se deve olvidar que uma série de garantias constitucionais, como é o caso da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) viabilizam o acesso ao judiciário, sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a direito, sem que se possa excluir qualquer direito e, em princípio, qualquer tipo de ameaça de lesão ou lesão, ainda que veiculada por meio de “políticas públicas”, seja decorrente da falta destas.

Nesse contexto conflituoso, de um total estado de incertezas acerca dos direitos e deveres de ambos os setores, público e privado, surgem questionamentos sobre se, relativamente à supremacia do direito à saúde e à garantia de acesso ilimitado, não estariam sendo desconsiderados outros princípios, também de extrema valia e importância.

Pondere-se que a supremacia do direito à saúde, mesmo se tratando do bem da vida, não pode desconsiderar por completo a existência de outros princípios a serem também observados, preservados e ponderados. De acordo com Moraes¹⁵⁹, *vivemos no que já foi denominado de uma era de incertezas, o que inevitavelmente transparece no âmbito do Direito [...]. Isto não significa, contudo, abandonar a*

¹⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Perspectivas a partir do direito civil – constitucional*, p. 40.

aspiração por segurança jurídica e resignar-se àquilo que a todo custo se buscava evitar: o arbítrio. Apenas implica compreendê-la (a segurança) de outro modo.

Barroso¹⁶⁰ considera que *em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema “tudo ou nada”, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.*

*E, assim, não basta que a lei trate de forma desigual pessoas em situações desiguais e igualmente pessoas em situações iguais. É necessário que esse tratamento seja razoável, proporcional e justificado*¹⁶¹. Nesse diapasão temos a lição de Sarlet; Figueiredo¹⁶²:

Além disso, nunca é demais recordar que a proporcionalidade haverá de incidir na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência [...], além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isto significa, em apertada síntese, que os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância [...] (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, p. 12.

¹⁶¹ HERTEL, Daniel Roberto. *Reflexos do princípio da isonomia no direito processual*, p. 5.

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, p. 33-4.

no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade no que diz com relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar, minimamente eficiente de realização e de garantia do direito.

Na esteira da lição de Fux¹⁶³,

*cabe lembrar as lições de tantos quantos se dedicaram a analisar a tarefa de aplicação da lei, ao advertirem que: “na interpretação das leis [é] imperioso preocupar-se com o resultado provável da interpretação para não gerá-los incompatível com o bem geral, mas antes convergentes à ideia vitoriosa do povo em cujo seio vigem as disposições interpretadas (AUBRY ET RAU – Vol. I, pág. 194). O Digesto no seu livro 1, título 1, 3 enunciava a seguinte regra de hermenêutica: “a exegese tem que resultar em consequência prática acorde com a realidade e o direito” (Apud CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 20 edição*). O insuperável RAYMOND SALVAT no seu *Tratado de Derecho Civil Argentino Parte General, 1917, n. 107* leciona: “A interpretação deve conduzir a um melhor resultado para a coletividade.”*

A nosso ver, porém, a interpretação da lei adotada pela maioria dos julgadores, ao menos no que diz respeito aos posicionamentos do TJSC e do STJ e de doutrinadores, não privilegia a assertiva de Salvat acima referida por Fux. Até mesmo a propalada função social do contrato vem sendo deformada, com uma leitura equivocada do instituto.

¹⁶³ FUX, Luiz. *Tutelas de urgência e plano de saúde*, p. 69.

Ferreira da Silva¹⁶⁴, ao conceituar a função social do contrato e estabelecer seu mecanismo de atuação, manifesta o entendimento de que o *contrato cumprirá sua função social na medida em que permita a manutenção das trocas econômicas. Como instrumento de circulação de riquezas, ele estará atendendo às razões de seu reconhecimento jurídico na medida em que estiver mantendo esta circulação. E prossegue*¹⁶⁵:

Para isto, é importante que as trocas sejam justas e úteis, pois se não o forem, os contratantes, certamente, deixarão de cumprir os contratos firmados, e isto resultará em uma quebra da finalidade da liberdade contratual. Com isso entendo que o contrato cumpre sua função (razão pela qual foi acolhido no ordenamento jurídico) sempre que permitir a realização e a manutenção das convenções livremente estabelecidas. Estas, porém, só serão mantidas enquanto as partes (e ambas as partes, pois trata-se de um negócio jurídico bilateral) retirem vantagens em condições paritárias, ou seja, enquanto houver uma equação de utilidade e justiça nas relações contratuais.

Está deformado, também, o conceito da boa-fé objetiva e da limitação da autonomia privada nos contratos. Marques, *apud* Schaefer¹⁶⁶, afirma:

Boa-fé significa uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, seus direitos, respeitando os fins do contrato, agindo com lealdade, sem abuso da posição contratual, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, com cuidado com a pessoa e o patrimônio do parceiro contratual, cooperando para atingir o bom fim das

¹⁶⁴ FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*, p. 157.

¹⁶⁵ FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*, p. 157.

¹⁶⁶ SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde*, p. 75.

obrigações, isto é, o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses legítimos de ambos os parceiros. Trata-se de uma boa-fé objetiva, um paradigma de conduta leal, e não apenas da boa-fé subjetiva, conhecida regra de conduta subjetiva do art. 1444 do CCB. Boa-fé objetiva é um standard de comportamento leal, com base na confiança, despertando na outra parte co-contratante, respeitando suas expectativas legítimas e contribuindo para a segurança das relações negociais.

Ao analisar a importância do instituto da autonomia privada, Silva¹⁶⁷ leciona:

Muito embora sustentarem alguns que autonomia privada é restrita à atividade negocial, funciona ela, mais abrangentemente, como o ar que respira todo o direito privado. Se ainda há sentido em se falar, pelo menos do ponto de vista didático, em um campo chamado de “direito privado”, esse sentido se relaciona à possibilidade atribuída aos privados de autodefinirem, com força normativa, os seus destinos. Isso se estende, por conseguinte, a todos os ramos do direito civil, do direito de família ao direito obrigacional. Neste último ramo a incidência desse princípio é apenas maior, senão mais nítida. [...]

O que se busca demonstrar é que a autonomia privada, lastreada naquilo que sustenta todo o ordenamento, a Constituição Federal, não é mais ou menos importante que os demais princípios, assim como que tem uma função e uma racionalidade que justificam e explicam, pelo mesmo ordenamento, as competências normativas privadas. O fundamento da autonomia, portanto, não impõe os limites. Impõe, isto sim, um perfil. Molda as feições daquilo que vai nascer, mas não retira as potências do já nascido.

¹⁶⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*, p. 123 - 126.

Evidencie-se que não se está a desconsiderar a ideia do relativismo contratual, ou seja, da necessária relativização do *pacta sunt servanda*, ou sequer se defende aqui a total liberdade contratual, ainda mais em se tratando de tema tão sensível como a saúde, até porque, pela prática usual, os contratos firmados entre as operadoras e os usuários são padronizados, não dando margem a alterações substanciais. Critica-se, porém, uma interpretação que desconsidere a importância contextual de tais princípios e privilegie tão somente o direito do usuário em obter a prestação que almeja, no mais das vezes sequer contratada¹⁶⁸, com base na premissa maior de que tais princípios encontram limitação incontestada na garantia do acesso à saúde. Citamos novamente a lição de Ferreira da Silva¹⁶⁹:

Ora, aceitando-se a ideia de que o contrato é um elo da cadeia econômica e que transcende, desta forma, os interesses exclusivos dos contratantes (ainda que primariamente seja construído a partir e para estas vontades), acaba-se por ter de admitir que a função social faz com que se tenha que pensar em uma minoração da ideia de relativismo.

Esta minoração, por seu turno, traduz a ideia de cooperação. Na medida em que função social é manutenção de trocas justas e úteis, impõe-se aos contratantes que tratem de colaborar para manter a justiça e a utilidade, sob pena de não se obter qualquer resultado mais satisfatório.

E não se pode olvidar que *aferir, com critério e prudência, a existência ou não do desequilíbrio, nem sempre é missão singela. Cada vez mais se busca a jurisdição para extirpar incertezas dos negócios, remover abusos e inibir a prática*

¹⁶⁸ E Bottesini; Machado [2005, p. 160] transcrevem interessante ementa do TJSP a respeito dos limites contratuais: “Plano de saúde – Cláusulas – Limitação de direitos – Validade daquelas que têm respaldo no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Federal 9.656/98 – Embargos rejeitados. Voto Vencido. Ementa: O Código de Defesa do Consumidor, a Lei Federal 9.656/98 (art. 16, VI) e o Código Civil permitem as cláusulas que limitam os direitos do consumidor, apenas exigindo que sejam redigidas com destaque, para possibilitar sua compreensão” (TJSP – 1ª. Câmara. Privado – EI 30.592-4, rel. Laerte Nordi – m.v. – j. 2.5.2000).

¹⁶⁹ FERREIRA DA SILVA, A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social, p. 158.

*de determinados atos. A perspectiva de revisão não pode representar, contudo, uma insegurança para os pactos válidos. Se as relações jurídicas já são originariamente equilibradas, não há porque submetê-las a uma intervenção jurisdicional revisora, que em muitas oportunidades poderá contaminar algo estável e justo*¹⁷⁰.

Nesta contextura de embate de princípios e interpretações colidentes, resta hialino que o Estado vem promovendo o esvaziamento de suas funções, mesmo que essenciais, como no caso da saúde. De acordo com Trettel¹⁷¹, *o que temos, então, é uma Constituição Social em um país que cada vez mais se afasta do modelo de Estado Social; a consagração na Constituição de direitos que necessitam de um Estado ativo para serem concretizados “versus” um Estado que pretende cada vez mais se afastar da prestação de serviços públicos, deixando isso a cargo da iniciativa privada.*

Esse esvaziamento acaba por contar com o respaldo do próprio Poder Judiciário que, na busca da promoção da Justiça, garantindo o acesso da população a um direito fundamental, no caso a saúde, tem determinado, mesmo que involuntariamente, a transferência desproporcional de responsabilidades estatais para os particulares.

*E a questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável (Aaron & Schwartz, 1984, p. 81, trad. livre). Além da questão financeira, há recursos não financeiros, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades*¹⁷².

Aqui a crítica de Fux¹⁷³ há se ser trazida à colação:

¹⁷⁰ Apelação Cível nº 2008.062554-5, de Itajaí, Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 21/1/2010, relator Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, TJSC.

¹⁷¹ TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e do STF*, p. 32.

¹⁷² AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?*, p. 98.

¹⁷³ FUX, Luiz. *Tutelas de urgência e plano de saúde*, p. 60-1.

Dessume-se que as soluções práticas, no afã de prestar uma justiça imediata e caridosa, têm decidido em total desapego ao alvitre das forças das palavras do contrato de seguro e da necessária boa-fé que o antecedem.

É que subjaz sem resposta a indagação: Qual é o direito evidente da parte que pretende a internação para doença não coberta, em entidade não conveniada ou fora do prazo de carência estabelecida, havendo entidade pública própria ao atendimento esperado?

A resposta impõe-se pela negação, máxime se não olvidarmos as restrições aos riscos aleatórios assumidos no contrato de seguro saúde e à percepção de que a saúde é um dever do Estado que dispõe de hospitais e de tratamentos tal como o pleiteado pelo cidadão, que tem ao seu alcance, repita-se as duas vias: a pública e a particular.

Assim, a ampliação das obrigações do segurador a pretexto de interpretar-se o contrato de forma mais favorável ao beneficiário, manifestando “indiferença” pelas cláusulas limitativas, implica em exacerbar-lhe as obrigações criando direito duvidoso em confronto com a letra do negócio jurídico, o que inegavelmente resulta em desobediência à regra que condiciona a concessão da antecipação da tutela à demonstração prima facie do denominado “direito evidente”. Poder-se-ia sustentar que ressalta inequívoco o “estado de periclitção” da vida e da saúde que não admitem verticais e delongadas indagações, suscitando a pronta atuação judicial. Neste aspecto, à luz da lógica do razoável [A lógica do razoável impõe o balanceamento dos interesses em jogo com o sacrifício de um interesse improvável em favor do provável interesse protegido pela ordem jurídica. Assim In Karl Larenz, Metodologia da Ciência do Direito, Lisboa, Fundação Gulbekian, 1989], impõe-se aos julgadores, à míngua de conhecimentos técnicos, assessorarem-se de informações imediatas de peritos, no afã de observar a gravidade da doença e “se no caso concreto há possibilidade

de desincumbência do dever pelo próprio Estado”, obrigado maior por força da promessa constitucional. Isto porque, repassar o dever para o particular, mercê de desautorizado pela Carta Magna em função da necessária convivência harmônica entre e a atividade estatal e a iniciativa livre e privada, rompem os princípios que norteiam o contrato de seguro e desequilibra a igualdade entre os contratantes posto desfalcar a economia das entidades em favor de um em detrimento de inúmeros outros beneficiários que pagam e cumprem religiosamente as suas limitações.

É notório que o uso promíscuo do sistema de saúde privada o inviabiliza, nada justificando que um beneficiário podendo ser atendido pelo próprio Estado, extrapole o seu plano, prejudicando uma coletividade inteira de pessoas que também necessitam desse instrumento coadjuvante da prestação de serviço à saúde.

[...]

Sob esse enfoque é forçoso concluir que estatuída a responsabilidade pública quanto à saúde, a atividade subsidiária particular não é sucedâneo da ineficiência estatal, não podendo atribuir-se às entidades privadas deveres além do contrato, sob pena de gerar-se insustentável insegurança jurídica.

O rompimento do contrato e, em última análise da própria ratio essendi constitucional, somente deve ser engendrado nas situações limites, em que não haja outra solução para salvar a vida humana senão recorrer-se ao subsídio particular.

Chegamos a tal ponto que se procura corrigir a ausência do Estado na saúde com a penalização do setor privado, que nessa qualidade não pode sequer fixar valores iniciais de seus contratos, de acordo com a qualidade do serviço que pretende ofertar, sob pena de ser acusado de estar a promover a exclusão social.

Um dos que defendem tal posicionamento é Lima Lopes, *apud* Maranhão¹⁷⁴, ao asseverar que *o aumento da taxa de exclusão social diante de cláusulas abusivas de fixação inicial e reajuste das mensalidades dos planos privados de saúde transporta esses pseudocidadãos para o Sistema Único de Saúde, de sua vez precário e indigno em muitos aspectos da prestação dos serviços de assistência médico-hospitalar [...]. E afirma respeitável doutrina, neste mesmo contexto, que a necessária garantia da efetividade do mínimo existencial, ainda mais no que diz com a saúde, também passa pela consideração dos princípios da precaução e prevenção, especialmente no que diz com a observância de critérios científicos e garantias de segurança e eficácia do tratamento, não só (até mesmo pelo fato de o critério mais importante ser o da mais eficaz proteção à saúde), mas também em virtude da racionalização e otimização dos recursos públicos*¹⁷⁵.

É óbvio que o Estado merece um tratamento jurídico distinto, mas isso não pode significar aquiescência com uma conduta equivocada na condução das políticas públicas, em especial no que se refere à prestação de serviços relacionados a direitos fundamentais, sua razão precípua. Assim, *faz-se necessária a tomada de um caminho incondicional para a efetivação imediata dos direitos sociais, já emcampados solidamente pela Constituição Brasileira de 1.988, não mais sendo suficiente para sustentar a não concretização de tais direitos fundamentais a bandeira da escassez dos recursos públicos*¹⁷⁶.

E não se deve olvidar o número expressivo de pessoas hoje atendidas pelo sistema de saúde suplementar, as quais são integrantes da mesma coletividade referida em inúmeros julgados favoráveis aos entes públicos, haja vista que nos dias atuais não somente os mais “abastados” buscam abrigo nos planos e seguros saúde, justamente pela sentida deficiência na prestação dos serviços elementares devidos pelo Estado. Ora, o Estado não pode eximir-se do seu dever constitucional sob assertivas que, no mais das vezes, decorrem da falta de vontade política.

¹⁷⁴ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde*: arts. 83 e 84, CDC, p. 230.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*: algumas aproximações, p. 48.

¹⁷⁶ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O Sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais*, p. 35.

Nesse contexto, a tese defendida por alguns julgadores, em face dos entes públicos – de que as escolhas feitas, no que se refere ao tema saúde, devem atender aos princípios da universalidade e equidade, considerando-se as restrições orçamentárias e preservando assim o interesse coletivo –, em nosso sentir poderia ser transportada às entidades privadas, no caso os componentes do sistema de saúde suplementar, tendo em vista o caráter de essencialidade do serviço que prestam e o bem maior objeto de tal prestação, a saúde. Saliente-se que não se trata aqui de preservar apenas o lucro, mas sim de viabilizar uma atividade legal e hoje essencial, assim como trazer estabilidade ao mercado e credibilidade às instituições.

Se as entidades privadas de prestação de serviços de saúde continuarem a ser tratadas com a beligerância da atualidade, pode-se estar a promover seu sucateamento e falência. Como consequência, a coletividade por elas atendida irá se somar àquela que haveria de ser servida pelo SUS, sob condições cada vez mais precárias. Reconhece Trettel¹⁷⁷ que, *se os planos deixassem de existir ou entrassem em colapso, o ingresso repentino de um quinto da população no sistema público poderia ter efeitos consideravelmente danosos*. Esse seria o “efeito perverso”¹⁷⁸ a ser experimentado pela sociedade em geral.

Fique bem claro que não se está aqui a defender a mercantilização da saúde ou a desconsideração que se trata de direito fundamental a ser preservado e garantido por todos os envolvidos na sua prestação. Apenas quer se chamar a atenção para o fato de que na garantia de acesso à saúde e na prestação dos serviços a ela relacionados estão envolvidos custos elevados, que terão de ser suportados por alguém. Portanto, não será através da transferência irrestrita de responsabilidades pelo Estado aos entes privados, assim como a regulação

¹⁷⁷ TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e do STF*, p. 16.

¹⁷⁸ *Entende-se por efeitos perversos, também chamados de efeitos de composição, o fenômeno que é produzido de forma não antecipada, ou não prevista pelos atores envolvidos em uma determinada ação. Segundo Boudon (1979;1984), pode-se afirmar, sem exagero, que os fenômenos gerados por efeitos perversos são onipresentes na vida social e representam uma das causas fundamentais dos desequilíbrios sociais e da mudança social.* [PEREIRA, Carlos. *A Política Pública como Caixa de Pandora: Observação de Interesses, Processo Decisório e Efeitos Perversos na Reforma Sanitária Brasileira*. 1985-1989].

excessiva do setor privado, que se encontrará a solução ao grave problema enfrentado pela saúde em nosso País.

Nesse contexto de desmandos e indefinições do Estado na área da saúde, e de interpretações doutrinárias severas em desfavor dos entes privados, cabe ao Poder Judiciário um papel fundamental, o de promover uma interpretação justa e equilibrada da legislação pertinente à matéria. A despeito da relevância pública do tema, não se pode exigir dos entes privados que oportunizem o mesmo acesso universal à saúde a ser garantido pelo Estado.

Urge lembrar que o magistrado, mesmo diante do dever de aplicar a lei atendendo aos seus fins sociais e assim adotando uma postura humanitária e ética, deve sopesar os interesses envolvidos sem sentimentalismos e ideias preconcebidas. O limiar entre a aplicação da Justiça ao caso concreto e a chamada jurisprudência sentimental¹⁷⁹ é muito tênue! Aos julgadores cabe atuar com diligência na busca da verdade real acerca dos fatos colacionados ao processo – para tal contando com o apoio técnico de profissionais qualificados (cabe aos Tribunais Pátrios adotar medidas no sentido de melhor subsidiar seus magistrados¹⁸⁰) – investigando a robustez das provas dos autos e a comprovação científica do alegado¹⁸¹.

Consoante Abreu¹⁸², o juiz moderno há de compreender que deve ter participação efetiva no processo. Deve suplantar o mito da neutralidade concebido pelo direito liberal e assumir um papel crítico e orgânico, que a sociedade está a lhe exigir, na perspectiva da democracia. Num compromisso realmente democrático, deve, enfim, ter uma postura ativa, fundada na isonomia substancial, incumbindo-lhe zelar por um processo justo.

¹⁷⁹ Jurisprudência Sentimental: escola exegética, do “bom juiz Magnaud”, assim denominada pela interpretação meramente caridosa da lei.

¹⁸⁰ A esse respeito, a recente Recomendação de nº 31 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ recomenda aos Tribunais Pátrios que adotem, até dezembro de 2010, medidas efetivas no sentido de subsidiar seus magistrados, com informações e assessoramento técnico qualificado, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. [CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 28 de abril de 2010.]

¹⁸¹ A respeito dos poderes instrutórios do juiz, ver obra *Poderes do juiz no processo civil*, da autoria de Nelson Juliano Schaefer Martins [Martins, 2004].

¹⁸² ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*, p. 255.

E como bem comenta Oliveira¹⁸³, a questão revela-se particularmente sensível porquanto dessa forma atribui-se ao órgão judicial, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (liberdade negativa). Por isso mesmo, em tal normatividade de caráter essencialmente principal encontra-se contida autêntica outorga de competência para a livre investigação jurisdicional do direito. A particularidade aqui, em relação a outros tipos de regra jurídica, é que a competência para a descoberta mesma do direito no caso concreto vincula-se com os princípios de maneira ampla e indeterminada. A constatação mostra-se deveras relevante, na medida em que, sendo facultado expressamente na Constituição o exercício de um direito produzido pelos juízes, legitima-se a atividade do Poder Judiciário perante a sociedade como um todo, mesmo diante da resistência de interesses contrariados.

Aos legisladores, por sua vez, cabe definir com isenção os encargos competentes a cada sistema, público ou privado, tendo em vista não somente uma visão idealista, inalcançável e impraticável, mas uma que privilegie os interesses do cidadão numa acepção mais ampla, priorizando a segurança individual e a estabilidade sociais.

Ao Executivo compete agir com responsabilidade no controle das políticas públicas, gerindo com mais retidão, coerência e eficiência as contas públicas para cumprir ao final seu efetivo dever constitucional. Nas palavras do eminente Ministro Celso de Mello¹⁸⁴, o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta

¹⁸³ Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 3.

¹⁸⁴ Recurso Extraordinário nº 267.612-RS, decisão publicada no DJU de 23.8.2000, extraída de SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, p.15.

Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

De acordo com Gregori¹⁸⁵, para que haja um sistema de saúde eficaz, cabe ao Estado definir políticas adequadas, principalmente no tocante ao direcionamento do orçamento estatal para a área respectiva, pois se deve fortalecer o sistema público, e também permitir que a regulação do setor privado permita corrigir as falhas de mercado, garantindo a qualidade na prestação dos serviços à sociedade.

Somente a conjugação desses fatores é que poderá trazer uma melhora efetiva na prestação dos serviços de saúde, sejam eles públicos ou privados, representando um ganho de qualidade em prol dos cidadãos. Com efeito, na esteira da lição de Sarlet¹⁸⁶, apenas com a superação do tradicional jogo do “empurra-empurra” que se estabeleceu em nosso País (entre Estado e iniciativa privada, entre União e Estados, entre estes e os Municípios, entre Executivo e Legislativo, entre estes e o Judiciário, etc.) é que se poderá chegar a uma solução satisfatória e que venha a resgatar a dignidade da pessoa humana para todos os brasileiros, notadamente no que diz com a efetiva possibilidade de usufruir das condições mínimas para uma existência digna.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁸⁵ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, p. 34-35.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, p. 16.

O tema do presente estudo é árduo e comportaria uma análise mais aprofundada.

O sistema de saúde brasileiro, composto por inúmeras entidades públicas e privadas, afigura-se extremamente complexo, com formas diversas de interação, normatização e regulação, todas porém com o fim precípua de atendimento ao direito fundamental à saúde. Tal complexidade, aliada à ausência de uma maior definição de competências entre os sistemas público e suplementar, tem gerado inúmeras divergências e levado às portas do Poder Judiciário incontáveis demandas versando sobre o acesso à saúde, sendo recorrentes os pedidos pela concessão de tutelas de urgência, nas suas mais diversas modalidades. Da análise, por amostragem, dos julgados proferidos nos últimos anos pelo TJSC e pelo STJ, verificou-se que, quando tais tutelas são requeridas em face de ente público, há uma maior cautela no aferimento dos requisitos essenciais à sua concessão.

No que diz respeito aos entes privados, o posicionamento dos julgadores de ambas as cortes pesquisadas vem se firmando no sentido de uma mitigação crescente do princípio do *pacta sunt servanda* e do alargamento de sua responsabilidade. Neste ínterim, acusa-se o Poder Público de, com base na teoria de redução do Estado, estar buscando a transferência de suas obrigações – mesmo aquelas essenciais – à responsabilidade de terceiros.

O Estado, ao não atender ao compromisso básico com o direito à saúde, seja por questões políticas, seja, principalmente, por imperativos de ordem econômica (com o elevado aumento tecnológico na área de saúde a implicar em elevação dos gastos; crescimento demográfico desigual; pobreza; aumento da expectativa de vida da população, entre outros fatores), estaria a impingir ao setor privado a responsabilidade por suprir as inúmeras deficiências de seu sistema de saúde. Estaria assim evidente a tentativa do Estado de promover a transferência irrestrita de responsabilidade aos entes privados, surpreendidos a todo o momento por novas imposições e restrições e sendo tratados com um rigorismo exacerbado pelos julgadores.

Nessa contextura, o Poder Judiciário assume papel primordial não só no controle jurisdicional das políticas públicas, como também na interpretação justa e equilibrada da legislação pertinente à matéria. Atribuir-se uma proteção jurídica diferenciada ao Estado não pode ser confundido com um conceder ilimitado em face dos entes privados, sob pena de ser distribuída uma justiça meramente caridosa.

Não obstante as imprecisões legais e as dificuldades de implementação de uma política social com a finalidade de garantir a todos o seu acesso, é fato incontroverso que a saúde, como direito humano fundamental, merece uma proteção jurídica diferenciada tanto do ponto de vista socioeconômico quanto jurídico-constitucional, cuja responsabilidade há de ser assumida de forma solidária por todos os envolvidos, definindo-se, entretanto, com maior precisão as responsabilidades de cada setor.

4. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS E PESQUISADAS

ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.280.

ALMEIDA, Arlindo. *A solução para o problema da saúde é mista e solidária*. Estudos Avançados – Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 13, n. 35, jan. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 4 de outubro de 2008.

ALVIM, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Tutela antecipada na sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 174 p.

AMARAL, Gustavo; Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org); TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 87-109.

ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Informação sobre saúde suplementar. Dados Gerais. Disponível em: <www.ans.gov.br>. Acesso em: 5 de abril de 2010.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. 288 p.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/>>. Acesso em: 5 de outubro de 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 576 p.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 280 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. 273 p.

CARAZZAI, E.H. R\$ 35,00 para escapar do SUS. A Gazeta do Povo, Curitiba, domingo, 19 de out. 2008. Caderno de Economia, p. 1-4.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 240 p.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 28 de abril de 2010.

ENZWEILER, Romano José. *Dimensões do sistema eleitoral: o Distrital misto no Brasil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. 105 p.

_____. *Os desafios na era da globalização*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. 134 p.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. 195 p.

FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O novo código civil e a constituição*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 147-170.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Ed., 2006. 526 p.

FUX, Luiz. *Tutela de urgência e plano de saúde*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000. 314 p.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Terceirização nos serviços prestados na área da saúde*. In: TAVARES, Regina Beatriz Tavares da Silva (Org). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33-56.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 208 p.

HERTEL, Daniel Roberto. *Reflexos do princípio da isonomia no direito processual*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7112>>. Acesso em: 15/10/2008.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Planos e seguros de saúde*. In: TAVARES, Regina Beatriz Tavares da Silva (Org). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 291-342.

MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde: arts. 83 e 84, CDC*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol.7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 320 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 318 p.

_____. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 540 p.

MARQUES, Cláudia Lima. *Planos privados de assistência à saúde: desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor*. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 31, jul.set./ 1999.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Editora Dialética, 2004. 223 p.

MEDEIROS, Luiz César. *O formalismo processual e a instrumentalidade*. 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. 215 p.

MELLO TAVARES, Cláudio de. *Direito à vida*. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano III, n. 5, maio 2008. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2008. p. 123-127.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *SUS – 15 anos de implantação: desafios e propostas para a sua consolidação*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Série B, Políticas de Saúde, Textos Básicos de Saúde. Disponível em: < <http://bvsmms.saude.gov.br> >. Acesso em: 5 de abril de 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Perspectivas a partir do direito civil – constitucional*. In. TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil – Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 29-41.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 4/5/2009.

PEREIRA, Carlos. *A política pública como caixa de pandora: organização de interesses, processo decisório e efeitos perversos na reforma sanitária brasileira. 1985 – 1989*. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 39, n.3, 1996. Disponível em: <www.scielo.com.br>. Acesso em: 11 de março de 2010.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de direito processual civil: roteiros de aula – processo de conhecimento*. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. 933 p.

PLANOS incluirão mais serviços. Notícias do Dia, Grande Florianópolis, 13 de jan. 2010. Caderno Brasil, p. 18.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* – Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, n. 11, set. 2007. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/>>. Acesso em: 4 de outubro de 2008.

_____. (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. 429 p.

_____. (Org). *O novo código civil e a constituição*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. 320 p.

_____.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In. _____. (Org); TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 11-53.

_____. (Org); TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 389 p.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde*. 1ª ed. (ano 2003), 5. reimp. (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008. 143 p.

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 199 p.

SERRANO, Mônica. *O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. 143 p.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo código civil*. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O novo código civil e a constituição*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 119 – 146.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. *Direito fundamental à saúde – tutela de urgência*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 4 de maio de 2009.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Página Principal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 de março de 2010.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Saúde Pública: bibliografia, legislação e jurisprudência temáticas*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 de maio de 2010.

TAVARES, Regina Beatriz Tavares da Silva (Org). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007. 395 p.

TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e do STF*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. 128 p.

VAZ, Paulo Afonso Vaz. *Manual da tutela antecipada*. In. PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de direito processual civil: roteiros de aula – processo de conhecimento*. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 560.

VIEIRA, Fabiola Supino. *Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS*. In. Revista de Saúde Pública (online), v. 42, n. 2, 2008. p. 365-369. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 29/3/2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 297 p.

ZULIANI, Ênio Santarelli. *Tutelas e prescrição*. In. TAVARES, Regina Beatriz Tavares da Silva (Org). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 343-388.