

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

INGRID MORAIS DE SOUSA

**A MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS SOBRE O ROL DE PROCEDIMENTOS DE
COBERTURA EM PLANOS DE SAÚDE**

**São Paulo
2021**

INGRID MORAIS DE SOUSA

**A MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS SOBRE O ROL DE PROCEDIMENTOS DE
COBERTURA EM PLANOS DE SAÚDE**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: A Justiça e o paradigma da eficiência

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Bercovici

**São Paulo
2021**

Sousa, Ingrid Morais de.

A mediação nos conflitos sobre o rol de procedimentos de cobertura em planos de saúde. / Ingrid Morais de Sousa. 2021. 108 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2021.

Orientador (a): Prof. Dr. Gilberto Bercovici.

1. Mediação. 2. Regulação. 3. Saúde suplementar.

I. Bercovici, Gilberto. II. Título.

CDU 34

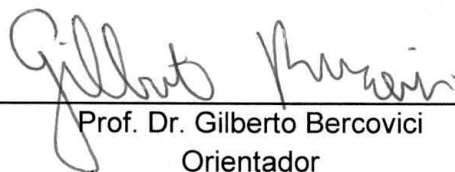
Ingrid Moraes de Sousa

**A Mediação Nos Conflitos Sobre O Rol De
Procedimentos De Cobertura Em Planos De
Saúde**

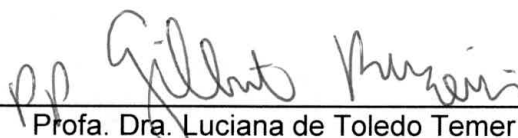
Dissertação apresentada ao
Programa **Pós-Graduação
Stricto Sensu Em Direito Da**
Universidade Nove de Julho
como parte das exigências
para a obtenção do título de
Mestre em Direito

São Paulo, 08 de março de 2021.

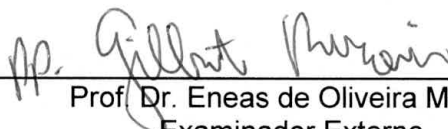
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Gilberto Bercovici
Orientador
UNINOVE



Profa. Dra. Luciana de Toledo Temer Lulia
Examinadora Interna
UNINOVE



Prof. Dr. Eneas de Oliveira Matos
Examinador Externo
USP

Dedico este trabalho aos meus pais e à minha filha, em especial, pela dedicação e apoio em todos os momentos difíceis.

AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE, pela oportunidade de realização de trabalhos em minha área de pesquisa.

Ao Professor Orientador Dr. Gilberto Bercovici, que contribuiu com sua atenção e conhecimento para o desenvolvimento deste trabalho, bem como ao Professor MSc. Francisco Benedito Fernandes, que sempre me incentivou a participar deste Programa, servindo de grande apoio nesta jornada.

Meus agradecimentos também vão para o Professor MSc. Luiz Fernando Picorelli, atuante na área, e que me auxiliou compartilhando seu conhecimento e experiência no assunto.

“Precisamos olhar o conflito como oportunidade de mudança e de melhoria nos relacionamentos, aprimorar nossos recursos de comunicação e ter disposição para encontrar os pontos em comum nas divergências.”

Maria Tereza Maldonado

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem como escopo o estudo de um dos métodos extrajudiciais para resolução de conflitos, a mediação, e buscará demonstrar sua eficácia e eficiência para resolver os conflitos de uma sociedade moderna e atual que não pode, e nem deve esperar pela morosidade do Poder Judiciário, que não tem conseguido atender a todos num tempo mínimo esperado devido a quantidade de processos. Com direcionamento à resolução de conflitos ao que diz respeito aos planos de saúde e o rol de procedimentos que negam cobertura ao paciente, onde o consumidor, parte hipossuficiente da relação, necessita de acesso à justiça, direito protegido pela Constituição Federal, uma vez que, em sua maioria, não possuem condições financeiras de arcar com os honorários de um advogado, nem com custas processuais necessárias para esse tipo de demanda judicial. A necessidade de diálogo institucional entre os envolvidos se mostra essencial para que se chegue a uma solução justa para todos. Para tanto, imprescindível a abordagem da responsabilidade regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar sua aplicabilidade e fiscalização. Busca-se, ainda, sem a pretensão de esgotar a matéria, demonstrar a relevância da mediação no Brasil, instituto que vem ganhando cada vez mais destaque mundial.

Palavras-chave: Mediação; Regulação; Saúde Suplementar.

ABSTRACT

The purpose of this Master's Dissertation is to study one of the extrajudicial methods for conflict resolution, Mediation, which will seek to demonstrate its effectiveness, efficiency in resolving the conflicts of a modern and current society, which cannot and should not wait for slowness of our judiciary, which has not been able to serve everyone in the minimum expected time, due to the number of cases. We will focus on conflict resolution with regard to Health Plans and the list of procedures that deny coverage to the patient, where the Consumer, a low-sufficient part of the relationship, needs access to justice, a right protected by the Federal Constitution, since in most of them do not have the financial means to afford the fees of a lawyer, nor as the legal costs that they need for this type of legal claim. The need for institutional dialogue between those involved is essential in order to arrive at a fair solution for all. Therefore, it is essential, which is the responsibility of the ANS Regulatory Agency, the National Supplementary Health Agency, its applicability and inspection. We still seek, without the intention of exhausting the matter, to demonstrate the relevance of Mediation in our country, an institute that is gaining more and more worldwide prominence.

Keywords: Mediation; Regulation; Supplementary Health.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|---|----|
| Figura 1 - Um modelo popular de mediação para Juan Pablo Lederach | 26 |
| Figura 2 – Fluxo da NIP | 85 |
| Figura 3 – Fluxo assistencial e não assistencial..... | 86 |
| Figura 4 – Auto de infração - lavratura imediata..... | 87 |

LISTA DE GRÁFICOS

| | |
|---|----|
| Gráfico 1 – Casos novos por assuntos relacionados à saúde (2012-2017) | 66 |
|---|----|

LISTA DE TABELAS

| | |
|---|----|
| Tabela 1 - Média de tempo de apuração, decisão, juízo e decisão de 2ª instância-2011 a 2015 | 91 |
| Tabela 2 - Decisão de homologação com desconto de 80% (15.02.2016 a 30.06.2016) | 91 |
| Tabela 3 - Multas aplicadas e total arrecadado -2010 a Junho/2016 | 92 |
| Tabela 4 - Índice de resolutividade das demandas de consumidores registradas nos canais de atendimento da ANS em 2020- até o mês de outubro | 93 |

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|--------|---|
| ANAHP | Associação Nacional de Hospitais Privados |
| ANEEL | Agência Nacional de Energia Elétrica |
| ANATEL | Agência Nacional de Telecomunicações |
| ANP | Agência Nacional do Petróleo |
| ANS | Agência Nacional de Saúde Suplementar |
| BACEN | Banco Central |
| CADE | Conselho Administrativo de Defesa Econômica |
| CASSI | Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil |
| CID | Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionais com a Saúde |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CNJ | Conselho Nacional de Justiça |
| DIEDES | Diretoria de Desenvolvimento Setorial |
| DIFIS | Diretoria de Fiscalização |
| DIGES | Diretoria e Gestão |
| DIOPE | Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras |
| DIPRO | Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos |
| DPJ | Departamento de Pesquisas Judiciárias |
| EC | Emenda Constitucional |
| EUA | Estados Unidos da América |
| IHI | <i>Institute for Healthcare Improvement</i> |
| INSPER | Instituto de Ensino e pesquisa |
| PPACA | Lei de Proteção e Cuidado Acessível ao Paciente, do inglês <i>Patient Protection and Affordable Care Act</i> |
| MBE | Medicina Baseada em Evidência |
| MIT | <i>Massachusetts Institute of Technology</i> |
| NIP | Notificação de Investigação Preliminar |
| NatJus | Núcleo de Apoio Técnico Judiciário |
| NURAF | Núcleos Regionais de Atendimento e Fiscalização |
| OMS | Organização Mundial de Saúde |
| PROCON | Programas de Proteção e Defesa do Consumidor |

| | |
|-----|--------------------------------|
| RVE | Reparação voluntária e eficaz |
| RN | Resolução Normativa |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STA | Suspensão de Tutela Antecipada |
| SUS | Sistema Único de Saúde |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 15 |
| 1 CONSIDERAÇÕES SOBRE CONFLITOS E MEDIAÇÃO | 17 |
| 1.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES DE CONFLITOS..... | 20 |
| 1.2 CONCEITO DE MEDIAÇÃO | 25 |
| 2 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, CONSTITUIÇÃO, DELEGAÇÃO E ESTRUTURA DA ANS..... | 29 |
| 2.1 ROL DE PROCEDIMENTOS E NOÇÕES..... | 34 |
| 2.2 RESPONSABILIDADES DO PLANO E DA AGÊNCIA REGULADORA ANS..... | 38 |
| 3 REGULAÇÃO NOÇÕES E CONSIDERAÇÕES | 42 |
| 3.1 O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA | 45 |
| 3.2 A ATUAÇÃO DA AGÊNCIA REGULADORA EM PLANOS DE SAÚDE..... | 52 |
| 3.3 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS | 55 |
| 3.4 DA NECESSIDADE DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS ENVOLVIDOS | 60 |
| 4 DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE | 65 |
| 4.1 OS REFLEXOS NO JUDICIÁRIO QUANTO À AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO POR PARTE DA ANS | 68 |
| 4.2 DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE CÂMARAS ESPECIAIS PARA O TEMA 71 | 71 |
| 4.3 CONSIDERAÇÕES DO CNJ SOBRE POSSÍVEIS SOLUÇÕES À JUDICIALIZAÇÃO DO TEMA..... | 74 |
| 4.4 A SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES RELACIONADAS À COBERTURA DE PROCEDIMENTOS EM PLANO DE SAÚDE | 79 |
| 5 MEDIAÇÃO NOS PLANOS DE SAÚDE E O PAPEL CONTROLADOR DA ANS | 82 |
| 5.1 A RESOLUÇÃO NORMATIVA (RN) 388 DE 2015 E SEUS IMPACTOS NOS ÚLTIMOS 05 ANOS | 84 |

| | |
|---|------------|
| 5.1.1 Resultados divulgados sobre a implementação da RN 388 | 89 |
| 5.2 DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E DA UTILIZAÇÃO DAS FERRAMENTAS DISPONÍVEIS | 94 |
| 5.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DA MEDIAÇÃO CONTRA A JUDICIALIZAÇÃO..... | 95 |
| CONCLUSÃO | 101 |
| REFERÊNCIAS | 103 |

INTRODUÇÃO

A presente dissertação estudará um dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, a mediação, regulada pela Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Será abordado, inicialmente, o conceito de conflitos, bem como suas formas de resolução extrajudicial.

Analisar-se-á a questão dos contratos de plano de saúde, no que diz respeito à negação de cobertura para alguns procedimentos, muitas das vezes essenciais, ao consumidor ora paciente. Será demonstrada a responsabilidade da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a necessidade de uma boa governança corporativa a fim de prestar um serviço eficaz, atendendo a todos os requisitos necessários, os quais implicam na falta de informação ao consumidor no ato da compra do plano.

A necessidade de regulação para o instituto de mediação em contratos de plano de saúde será amplamente demonstrada, bem como a importância de impor sua fiscalização de modo que seja efetivamente utilizado tal instituto com o fim de evitar a judicialização do conflito.

Será citada a importância da Resolução Normativa (RN) 388 e seus impactos nos últimos anos. Trata-se de um projeto denominado inicialmente como Núcleo de Investigação Preliminar (NIP), o qual a ANS utilizou como meio de solução de conflitos. O resultado será analisado, com apontamento de sugestões de aprimoramento para que seja efetivamente regulamentado e utilizado de forma eficaz.

Nesse sentido, sugere-se a regulação desse instituto, de modo que seja aplicado de maneira a trazer a segurança jurídica tão almejada pelo cidadão, bem como, ser efetivamente respeitado e utilizado por todos.

A metodologia adotada baseou-se no método dedutivo, envolvendo o Direito Administrativo e Constitucional, levando-se em consideração o Direito Processual Civil e as Alterações da Lei aqui estudadas, em razão da particularidade do tema do Conceito de Justiça, bem como de um dos meios alternativos de resolução de conflitos, a mediação, cujo foco se baseia em divulgar o instituto da mediação como maior acesso com eficiência à justiça comparando ao Poder Judiciário e este particular.

O estudo se deu por meio de análise estabelecendo as premissas e a aplicação daqueles meios de resolução de conflitos em relação ao princípio da eficiência e seu

impacto nos processos judiciais, tudo de forma a acompanhar a linha de pesquisa 1 - Justiça e o Paradigma da Eficiência do Mestrado em Direito da UNINOVE.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE CONFLITOS E MEDIAÇÃO

O conflito pode ser entendido como uma oportunidade para reflexão sobre a relação estabelecida entre as partes, bem como sobre a solução daquela controvérsia. Para Vasconcelos (2012, p. 19), o conflito relacionado à demanda se trata de algo decorrente de “interesses, expectativas e de valores contrariados”.

Ainda definindo conflito, cita-se o entendimento de Luchiari (2013, p. 5), que conflito se trata de um choque de posições divergentes, condutas diferentes, sendo um resultado normal das diferenças humanas e da insatisfação de suas necessidades.

Já nas palavras de Vezzulla (2001, p. 22), conflito é uma “situação de concorrência em que as partes estão conscientes da incompatibilidade de possíveis posições futuras, isto é, uma deseja ocupar posição incompatível com o desejo da outra”. É possível analisar essas possibilidades sob diversos aspectos, tais como o físico, econômico, de informação e de ordem emocional.

O conflito em si não pode ser considerado algo negativo, uma vez que, de acordo as considerações apontadas pelos autores, se trata de uma alteração que rompe o equilíbrio natural. Porém, é notório que numa relação entre os indivíduos há de existir, pois é impossível haver consenso nas relações o tempo todo, visto que cada pessoa tem sua forma de pensar, suas próprias experiências e crenças que as definem, que as tornam diferentes e portadoras de opiniões formadas e diversas. Essa consciência de conflito como fenômeno inerente à condição humana é extremamente importante (VASCONCELOS, 2012, p. 19).

Isso quer dizer que, segundo Vasconcelos (2012, p. 19), “o desentendimento pode ser benéfico, ou seja, algo que propicia a evolução”. É possível perceber que o conflito está ligado à noção de poder, uma evolução pessoal, quando o indivíduo, no caso a pessoa física ou jurídica, se impõe em relação ao outro com sua opinião divergente.

Em qualquer relação que envolva duas ou mais pessoas, portanto, existe a incompatibilidade, mesmo que momentânea. Na visão de Luchiari (2012, p. 7), “a organização do ser humano em sociedade pressupõe a existência de divergências, das quais advêm o direito”.

Chega-se, pois, neste ponto, a necessidade de resolver as desavenças por meio da jurisdição estatal, a interação do indivíduo com o Poder Judiciário em busca de uma solução para sua controvérsia.

Há necessidade da tão almejada solução justa, de modo que ambas as partes consigam cumprir o ali determinado, porém, sabe-se que a intervenção estatal não é o único meio de solução de litígios, este compromisso do Estado brasileiro com a solução das divergências está no Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, que “afirma expressamente o compromisso do Estado brasileiro com a solução pacificadora das controvérsias na ordem interna e internacional” (LUCHIARI, 2012, p. 67).

Historicamente falando, a primeira Constituição do Império, outorgada em 25 de março de 1824, após a independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, já incentivava de forma expressa a solução dos litígios por meios que não fossem mediante a tutela do Estado e que resultassem em decisão proferida por um juiz togado.

Cita-se, ainda, o Código Comercial de 1850, que estabelecia a obrigatoriedade da prévia conciliação no caso de demanda, estabelecendo normas em relação a ambas as situações, conforme disposto no artigo 23 do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, segundo o qual as causas comerciais começaram a passar obrigatoriamente pela conciliação prévia, sendo as partes convocadas pelo juiz para tentativa de composição amigável.¹

Com a Proclamação da República, em 1889, introduziu-se o controle de constitucionalidade no país. Decorridos dois anos, em 24 de fevereiro surgiu a primeira Constituição Republicana brasileira, com notável influência da doutrina constitucional norte-americana, outorgando ao Supremo Tribunal Federal a guarda da constituição e da ordem federativa.

Adiante, com a Revolução de 1930, tal Constituição fora derogada, e o Decreto n. 19.398 de 11 de novembro de 1930 confiou as funções legislativas e executivas ao governo provisório. O Decreto de 03 de fevereiro de 1931 reduziu o número de ministros do Supremo Tribunal Federal para onze ministros, e em seguida, o Decreto

¹ Art. 23. Nenhuma causa comercial será proposta em Juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes. Excetuam-se: § 1º As causas procedentes de papeis de credito comerciais, que se acharem endossados (art. 23 do Título único Código). § 2º As causas em que as partes não podem transigir (cit. art. 23), como os curadores fiscais dos falidos durante o processo da declaração da quebra (art. 838 Código), os administradores dos negociantes falidos (art. 856 Código), ou falecidos (arts. 309 e 310 Código), os procuradores públicos, tutores, curadores e testamenteiros. § 3º Os atos de declaração da quebra (cit. art. 23). § 4º As causas arbitrais, as de simples ofício do Juiz, as execuções, compreendidas as preferencias e embargos de terceiro; e em geral só é necessária a conciliação para a ação principal, e não para as preparatórias ou incidentes (Tit, 7º Código).

de 18 de fevereiro de 1931 aposentou compulsoriamente seis ministros da Corte Suprema brasileira.

Já a Constituição de 1934 estabeleceu os fundamentos de uma nova ordem democrática constituindo o Supremo Tribunal Federal com onze ministros, sendo certo que a decisão da Suprema Corte que declarava a inconstitucionalidade de uma lei na via do controle incidental não era dotada de eficácia *erga omnes*. Nessa premissa, a Constituição de 1934, em seu art. 90, IV, outorgou ao Senado Federal a possibilidade de suspender a aplicação de lei que afrontasse a Lei Fundamental, com base no princípio da segurança jurídica.

A Constituição de 1937 foi marcada pelo autoritarismo caracterizado por uma superconcentração de poder nas mãos do chefe do Poder Executivo, que não permitia a atuação de um controle de constitucionalidade dotado de liberdade e independência, como naturalmente deveria ser.

Na Constituição de 1946 o sistema de controle de constitucionalidade continuou sendo o difuso, mantendo-se assim os mesmos preceitos trazidos pela Carta Magna de 1937.

A emenda Constitucional 16/65, a qual alargou a Competência Originária do STF, determinou que o Supremo Tribunal poderia processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

Destaca-se, ainda, que com a Constituição de 1967 e Emenda Constitucional (EC) 1/69 foram mantidos, com mínimas alterações redacionais, os dispositivos constitucionais encontrados na Constituição de 1946 com a alteração da Emenda Constitucional nº 16/65, referentes ao controle de constitucionalidade. Ressalta-se que a Emenda n.º 1 de 1969 determinou a criação do controle de constitucionalidade estadual, a qual se prestava à finalidade da intervenção no âmbito dos municípios.

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, chamada também de “Constituição Cidadã”, de 05 de outubro de 1988, o Estado brasileiro fora disciplinado e o regime democrático consolidado no país pelo reconhecimento amplo dos Direitos Fundamentais (LUCHIARI, 2012, p. 67).

Diante disso, passa a ter aspecto relevante a pacificação social, que pode ser conceituada como imposição da sociedade para se promover a paz social, ou seja, a resolução das controvérsias, dos conflitos em geral e passa a incorporar, de forma

clara e determinada nos dias atuais, onde a jurisdição busca primordialmente a resolução por instrumentos alternativos, porém, integrados ao sistema processual.

Afinal, o cidadão sente a necessidade de ter acesso à justiça para resolver seu conflito, portanto, é notório que incorporando esses instrumentos alternativos de solução de conflito no ordenamento jurídico é possível deixar o cidadão com a segurança jurídica que procura quando se espera do Judiciário uma solução para aquela controvérsia.

Neste caso, o acesso à justiça deve ser entendido em sentido amplo, pois se tem o acesso a uma ordem jurídica e não mais a meios equivalentes jurisdicionais (LUCHIARI, 2012, p. 2).

Existem diferentes instrumentos alternativos para solução de conflitos além da Jurisdição. Outro decorrente da heterocomposição é conhecido como arbitragem. Já a negociação, mediação e a conciliação são decorrentes da autocomposição. Em comum, possuem o objetivo de não se judicializar o conflito e evitar que se ajuíze uma demanda para discutir a controvérsia.

1.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES DE CONFLITOS

Inicialmente serão tratados os conflitos chamados “individuais”, com destaque para Vasconcelos (2012, p. 20-22) que ensina que é por conta da convivência social que surgem os conflitos entre os homens, diante de suas contradições. Os conflitos individuais podem se relacionar à valores, às vezes relacionam-se à religião, moral; os conflitos de interesses estão relacionados às contradições, reivindicando bens e direitos; os conflitos estruturais, encontram-se ligados às diferenças políticas e econômicas das partes; e por fim, os conflitos de informação, sobre a questão de informações distorcidas e/ou incompletas.

O conflito que discute valores, tais como crenças e sentimentos, é chamado de interpessoal, haja vista que se relaciona às opiniões individuais.

Entre os diversos métodos para solução de conflitos, a mediação é um dos utilizados pelo sistema judiciário, assim como a arbitragem e a conciliação, resultantes das diversas dificuldades da burocracia judicial estatal de vários países.

A característica da negociação está ligada ao método alternativo de solução de conflitos, sendo um dos mais marcantes nas relações entre as pessoas, isso porque, utilizando-se deste instrumento, as partes conseguem resolver seus problemas, sejam

de ordem afetiva, pessoal ou profissional, por meio do diálogo, sem a necessidade de um terceiro para intermediar, conseguindo chegar a uma solução que agrade ambas as partes.

Tais métodos alternativos auxiliam as partes na solução de seus conflitos, ressaltando que não substituem os métodos tradicionais com a utilização do sistema judicial. O foco dos instrumentos alternativos é facilitar, dar opções diversas às partes para chegarem a uma solução sem a necessidade de se interpor uma demanda judicial.

Passa-se então a estudar um pouco sobre os conflitos “coletivos”, que nada mais são do que as controvérsias de direito ou interesses entre diversos indivíduos, grupos ou até o Estado, destacando-se alguns aspectos importantes.

A mediação tem se mostrado útil em diversas situações, bem como em diferentes etapas de um conflito, mesmo sendo este conflito individual ou coletivo, familiar, empresarial, trabalhista ou profissional, diante da sua facilidade de adaptação a processos públicos ou privados, tantos nacionais como internacionais.

Calmon cita os autores Morull e Kirpatrick, uma vez que estes indicam a aplicação do método nas seguintes situações: que seja utilizado antes de se levar ao sistema judicial, e assim, já atua como prevenção de desenvolvimento de conflitos mais complexos, bem como auxilia na economia de tempo e custos, protegendo as relações das partes. São diversos os benefícios proporcionados pela utilização do método mediador em conflitos ditos como domésticos ou contratos de extensa duração, bem como em sociedade de negócios, este auxilia para acelerar o processo (CALMON, 2015, p. 119).

Outro destaque está na questão familiar, na qual conflitos são comuns atualmente e a justiça é frequentemente procurada para resolvê-los, inclusive casos que se mostram de baixa complexidade. Nesse sentido, é necessário citar o entendimento de Calmon:

A mediação familiar consiste em uma intervenção orientada a assistir na reorganização da relação familiar, em seguida ou em prevenção ao divórcio; nas questões de partilha de bens, nas questões alimentares e, sobretudo, nas desavenças quotidianas, para evitar violência doméstica. A mediação opera nos conflitos cíveis e penais, esses últimos com vistas, também, à prevenção. As finalidades principais da mediação familiar são: oferecer um contexto estruturado, no qual o mediador possa apoiar os familiares na gestão do conflito, com a vantagem da capacidade de negociar o acordo; facilitar a procura de soluções mais apropriadas à especificidade da sua situação e dos seus problemas por todos aqueles aspectos que se relacionam

a relação afetiva. Objetiva, assim, a continuação das pacíficas relações conjugais e paternas para a manutenção da estabilidade e de significativos relacionamentos conjugais e paternas, entre outros (CALMON, 2015, p.119,120).

Ainda em relação aos conflitos coletivos, importante dizer sobre sua aplicação nas áreas social e escolar. Explica Calmon (2015, p. 122) que a mediação na área social, que também é chamada de mediação comunitária, refere-se à uma “intervenção para a gestão dos conflitos derivados das relações de vizinhança bem como de relacionamento entre indivíduos, com o intuito de melhorar a convivência entre os moradores.”

Touzard e Sabine trouxeram em suas obras uma análise sociológica do conflito, porém, por não ser intenção desse trabalho fazer uma comparação das posições estrangeiras, seguir-se-á demonstrando como funciona a mediação no Brasil e a importância de utilizá-la para evitar a judicialização do tema.

Nos conflitos em ambiente escolar, a mediação traz a conscientização dos jovens em relação à relevância das regras de convivência, mediante o reconhecimento da possibilidade de existirem outras razões diferentes. O autor explica, ainda, que tal sistema tem como objetivo ofertar um relacionamento construtivo e responsável de gestão de conflitos, de modo que se permita conseguir, mediante o diálogo, situações de forma cooperativa e não violentas. Conclui que a mediação no âmbito escolar se realiza com sucesso há muitos anos em diversos países, tais como França, Estados Unidos da América (EUA), Espanha, Austrália, Noruega e Argentina (CALMON, 2015, p. 123).

Assim, como a mediação familiar é de suma importância para se manter a convivência saudável entre os indivíduos, o mesmo se aplica no setor empresarial, societário e trabalhista, vez que as empresas em geral necessitam umas das outras, todas com seus papéis pré-definidos, uma como fornecedora, outra consumidora, outras prestadoras de serviços, financeiras, entre outros. Para que tais relações permaneçam continuamente sem atritos, os chamados conflitos, a mediação serve como principal aliada, porém, nesse caso, o mediador precisa ser habilitado para intermediar a negociação, ter competência na problemática dos envolvidos, pois estará lidando com representantes das empresas envolvidas naquele conflito.

Tratando-se de conflitos empresariais, sociais e escolares, Sampaio e Braga Neto (2007, p. 106-112) entendem que:

A intervenção de um terceiro facilitador do diálogo e da negociação cooperativa entre duas ou mais pessoas jurídicas parte da premissa da gestão e da administração da controvérsia pelo pressuposto óbvio de que “o passado já passou”. Busca-se com isso evitar a perda de tempo em discussões estéreis, em que muitos falam e quase ninguém se escuta, durante horas improdutivas. A mediação deve levar os envolvidos a pensar que o presente e o futuro dependem deles e a eles cabe construir uma relação mais madura, ou ainda que eles poderão encerrá-la de modo mais pacífico. O profissional da mediação traz a positivação do conflito demonstrando o que foi gerado pela estrutura relacional existente entre eles, partindo da conscientização de que o futuro está em suas próprias mãos. Na era da globalização, as mudanças na ordem social, política, econômica e cultural têm demonstrado ser cada vez mais profundas e aceleradas. Os ilusórios, os preconceitos e paradigmas sociais existentes há dois anos são substituídos por outros, e assim sucessivamente. Essa situação acaba por oferecer transformação permanente da comunidade e da forma de sociabilidade dos indivíduos pertencentes a uma população de uma cidade, região ou comunidade. Esse convívio gera numerosas inter-relações e acaba por se constituir em fonte inesgotável de conflitos que demandam a busca por respostas urgentes para que a convivência seja baseada no respeito e no reconhecimento mútuo de diferenças. A mediação social ou comunitária promove essa busca e contribui para a criação de espaços de diálogo em que as pessoas transmitem suas diferenças e constroem de maneira participativa, dinâmica e pacífica seus respectivos lugares na sociedade.

Cita-se, ainda, alguns conceitos internacionais, para enriquecimento do estudo, uma vez que o estudo comparativo não é o foco deste trabalho.

Pois bem, o autor Christopher W. Moore, em sua obra *El proceso de mediación*, de tradução castelhana, pontua que “todas as sociedades, as comunidades, as organizações e as relações internacionais enfrentam conflitos em diferentes oportunidades, no processo de interação cotidiana” (MOORE, 1997, p. 11)².

Enfim, é possível notar que em todos os setores a mediação é bem-vinda. Em cada um deles, sua particularidade atua de uma forma, mas o objetivo em geral é único: preservar as relações de maneira confortável, viável, de modo que as partes fiquem satisfeitas e consigam por meio do diálogo chegar a um consenso que atenda a todos de forma positiva e aceitável.

Afinal, como menciona Moore, o conflito se manifesta em todas as relações humanas e em todas as sociedades. Para o autor, é prática comum entre todos, conforme segue:

O conflito parece se manifestar em todas as relações humanas e em todas as sociedades. Desde o início da história escrita, temos a prova da existência de disputas entre filhos, cônjuges, pais e filhos, vizinhos, grupos étnicos e

² Na tradução castelhana: “Todas las sociedades, las comunidades, las organizaciones y las relaciones internacionales afrontan conflictos en diferentes oportunidades, y en el proceso de la interacción cotidiana.”

raciais, colegas de trabalho, superiores e subordinados, organizações, comunidades, cidadãos e governo, nações (MOORE, 1997, p.25)³.

Será visto no decorrer deste trabalho a importância da aplicação desse instituto, a mediação nos conflitos relacionados ao rol de coberturas dos planos de saúde, sendo de suma importância diante da urgência em se obter a resolução, já que lida-se com a saúde, que precisa de cuidados imediatos, bem como diante da dificuldade em conseguir uma decisão que não acarrete a ofensa do direito de nenhuma das partes.

Diante de todo o estudo até aqui exposto, Vasconcelos (2012, p. 177) ensina que:

[há pessoas que] promovem a mediação comunitária de modo pacifista, tendo por objetivo a idealizada harmonia social, grupal e interpessoal, [sendo certo que] em nível planetário tais pessoas imaginam uma mundialização capaz de eliminar a violência e estabelecer a paz perpétua.

Contudo, no entendimento do autor, esse idealismo tem como atuação a contribuição do plano inverso ao que se espera pela mediação.

Muñoz compartilha do pensamento de Moore, pois entende que o conflito existe desde o início da história humana, sendo a cultura que nos diferencia do restante dos animais:

Poderíamos dizer que somos conflituosos desde o início de nossa história como humanos. A cultura, que nos diferencia dos demais animais, é desde o início um instrumento que busca definir vínculos, mediar, estabelecer relações com os outros animais e a natureza e, sobretudo, conosco (MUÑOZ, 2004, p.147)⁴.

Consequentemente, podemos definir a espécie humana como "conflitiva" na medida em que tais oposições estão sempre presentes em todas as sociedades e atividades humanas, em todas as suas atividades e, além disso, sua presença pode ser projetada para todo o tempo e espaço humano, Visto

³ Na tradução castelhana: “Al parecer, el conflicto se manifiesta en todas las relaciones humanas y en todas las sociedades. Desde el comienzo de la historia escrita, tenemos pruebas de la existencia de disputas entre niños, cónyuges, padres e hijos, vecinos, grupos étnicos y raciales, compañeros de trabajo, superiores y subordinados, organizaciones, comunidades, ciudadanos y gobierno, naciones.”

⁴ Na tradução castelhana: “Podríamos decir que somos conflictivos desde el inicio de nuestra historia como humanos. La cultura, que nos diferencia del resto de los animales, es desde el principio un instrumento que intenta definir los vínculos, mediar, establecer relaciones con el resto de los animales y la naturaleza y, sobre todo, con nosotros mismos.”

que a "cultura" nos tornou humanos, ela nos ajudou a avançar no domínio da natureza (MUÑOZ, 2004, p.152)⁵.

Com isso, entende-se que o mediador deve ser preparado para gerir o conflito, que possa demonstrar que a saída deve ser boa para ambas as partes, não sendo, portanto, uma espécie de pequeno juiz leigo, mas sim um contribuinte, para que haja efetivamente um diálogo naquele conflito e se possa diante disso chegar a uma saída satisfatória para os envolvidos.

Passa-se agora a adentrar nas formas de resolução de conflitos existentes no ordenamento pátrio, citando os tipos, porém, aprofundando no método aqui estudado, a mediação.

1.2 CONCEITO DE MEDIAÇÃO

A mediação é um meio de resolução de conflitos, no qual um terceiro facilitador auxilia as partes em litígio. Busca o diálogo, de modo a investigar os fatores e interesses reais dos litigantes. Auxilia as partes a criarem e escolherem opções até que possam chegar a um acordo.

Tem como objeto a busca do diálogo entre as partes, de modo a facilitar a comunicação e entendimento entre estas, incentivando a negociação, tornando de forma mais clara possível a posição de ambos e ocasionando, por fim, a formalização do acordo pelas partes, por liberalidade.

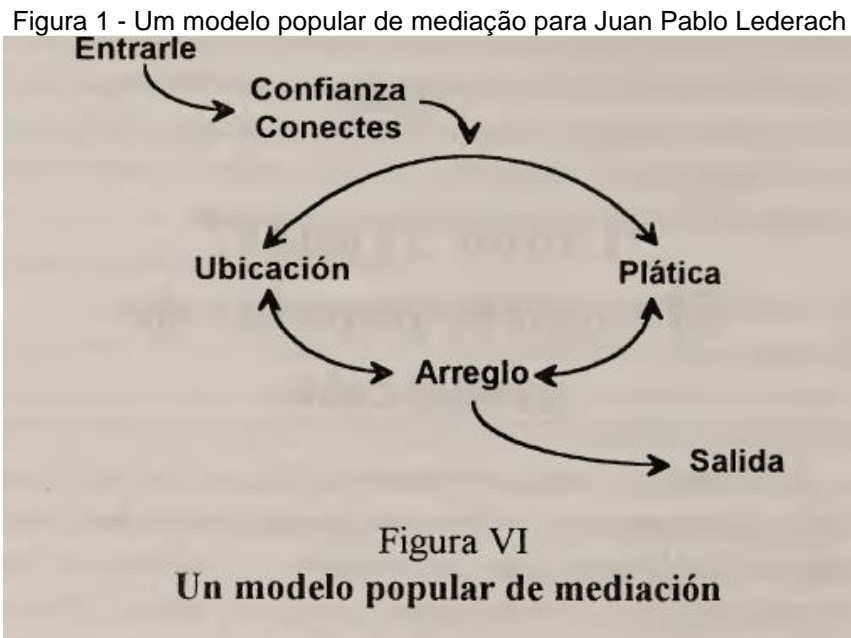
Há de se considerar a posição doutrinária no sentido de entender que:

A inclusão de um terceiro imparcial na negociação, dá-se o nome de mediação, que é, pois, um mecanismo para a obtenção da auto composição caracterizada pela participação de um terceiro imparcial que auxilia, facilita e incentiva os envolvidos à realização de um acordo. A mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado (CALMON, 2007, p. 110).

⁵ Na tradução castelhana: “En consecuencia, la especie humana podemos definirla como «conflictiva» en la medida en que tales contraposiciones están siempre presentes en todas las sociedades y actividades humanas, en todas sus actividades, es más, cabe proyectar su presencia a todo el tiempo y espacio humano, desde que la «cultura» nos hizo humanos, nos ayudó a avanzar en el dominio de la naturaliza”.

Em resumo, pode-se dizer que a mediação é um processo cooperativo, de maneira que são levadas em consideração as dificuldades e emoções das partes para se comunicar, e com isso, acaba-se por ter a necessidade de um interventor, uma pessoa neutra que possa balancear as vontades de ambas as partes, levando-as a chegar a um comum acordo, deixando a disputa entre estas leve e mais fácil de se chegar a uma resolução considerada boa para as mesmas.

Para Juan Pablo Lederach, um modelo popular de mediação se resume em: todos falarem a mesma língua por meio da confiança e combinação, para se chegar a uma saída, conforme ilustrado na Figura 1 a seguir.



Fonte: Lederach (1996)

A mediação tem características diferentes da negociação e conciliação. Na negociação, por exemplo, não há participação de um terceiro, ou seja, as pessoas envolvidas, por si só, buscam uma solução para seus conflitos, o que é chamado de autocomposição.

Tanto a mediação quanto a conciliação podem ocorrer extrajudicialmente ou judicialmente, quando já existente o processo judicial, sendo que, neste último caso, o mediador e o conciliador são auxiliares da justiça. Importante destacar tal qualificação, pois a eles devem ser aplicadas regras relativas a esse tipo de sujeito processual, inclusive em relação ao impedimento e à suspeição (arts.148, II, 170 e 173, II, CPC).

É possível identificar tal diferenciação nos §§ 2º e 3º do art. 165do CPC que dispõe:

O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada qualquer utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções que gerem benefícios mútuos.

Em ambos os casos veda-se a utilização de terceiro, de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Para Moore, a mediação é um processo voluntário, de modo que os participantes devem estar dispostos a aceitar a ajuda de um terceiro:

A mediação é um processo voluntário em que os participantes devem estar dispostos a aceitar a ajuda de um terço. Em geral, a mediação começa quando as partes não acreditam mais que podem resolver a disputa por conta própria e quando o único recurso parece envolver a ajuda de uma terceira parte imparcial (MOORE, 1997, p. 32)⁶.

Assim como Moore, existem outros autores renomados que contribuem com o assunto da resolução de conflitos e mediação, tais como Alzate e Littlejohn, porém como o direito comparado não é objeto deste trabalho, cita-se a título de conhecimento apenas.

A mediação e a conciliação podem ocorrer perante câmaras públicas institucionais, vinculadas a determinado tribunal, ou em ambiente privado, em câmaras privadas ou com viés mais informal, em escritórios de advocacia, por exemplo. Havendo ainda, a possibilidade de mediação e conciliação em câmaras administrativas vinculadas à Administração Pública (arts. 167,174, e 175, CPC).

Conforme art. 167 do CPC, o mediador e o conciliador podem ser funcionários públicos ou profissionais liberais. Porém, destaca-se este tipo de situação como uma atividade remunerada, até mesmo para que haja um aprimoramento do nível desses

⁶ Na tradução castelhana: “La mediación es un proceso voluntario en cuanto los participantes deben estar dispuestos a aceptar la ayuda de un terço. En general, se inicia la mediación cuando las partes ya no creen que pueden resolver el conflicto por sí mismos, y cuando el único recurso parece implicar la ayuda de un tercero imparcial”.

auxiliares da justiça (art. 169, CPC). Nada impede, entretanto, que a mediação e a conciliação sejam feitas *pro bono*, como trabalho voluntário (art. 168, § 1º, CPC). Os interessados podem escolher, consensualmente, o mediador e a câmara privada para a realização da mediação ou conciliação (art. 168, CPC). A escolha pode recair em um profissional que não esteja cadastrado perante o tribunal (art. 168, § 1º, CPC). Neste caso, é preciso providenciar este cadastro (art. 167, caput). O cadastro é importante, pois os mediadores devem passar por um curso de capacitação, cujo programa é definido pelo mesmo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em conjunto com o Ministério da Justiça, além de submeterem a reciclagem periódicas (art. 167, §1º, CPC; art. 12, Resolução n. 125/2010 do CNJ) (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 276).

2 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, CONSTITUIÇÃO, DELEGAÇÃO E ESTRUTURA DA ANS

Destaca-se, inicialmente, o conceito do órgão regulador que é a Agência Nacional de Saúde Suplementar, sobre o qual Leonardo Vizeu Figueiredo (2006, p. 147) afirma se tratar de autarquia criada sob regime especial, ou seja, trata-se de pessoa jurídica de direito público integrante da Administração Indireta. A finalidade da ANS é promover a defesa e a higidez do mercado de saúde suplementar, se tratando de relevante interesse coletivo para a Nação, pois, aproximadamente 40 milhões de cidadãos utilizam a suplementação dos serviços de saúde prestada pela iniciativa privada, como alternativa ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Tem-se, portanto, a necessidade de fiscalização por parte da ANS, de supervisionar o sistema de gestão de riscos e de controles internos, por exemplo, com o objetivo comum de proteger o direito dos beneficiários para que estes possam gozar da assistência à saúde com qualidade e adequada sempre que precisarem, podendo, ainda, garantir a sustentabilidade econômica nessa operação.

O consumidor/paciente é a parte principal, para o qual as operadoras de saúde devem assegurar o acesso, ofertar o melhor atendimento, ainda mais por se tratar de cuidar de um bem tão valioso, a “vida”.

Informa-se neste capítulo como se constitui a ANS, expondo alguns detalhes de seu funcionamento, estrutura e delegação, que podem ser colhidos no site do próprio órgão regulador.

A origem do trabalho da ANS se dá por meio do estudo de mercado, onde esta procura conhecer o ponto de vista dos consumidores de plano de saúde e do setor regulado mediante seus canais de relacionamento.

A ANS inicialmente identifica os temas que precisam de normatização ou regulamentação mais clara, que são de difícil compreensão para os consumidores, gerando insegurança na contratação.

Em segundo plano, passa às Câmaras e Grupos Técnicos os temas, que após decisão de alguns dos diretores ou da Diretoria Colegiada da ANS, são instituídas Câmaras Técnicas. Tais Câmaras são compostas por especialistas no assunto que será tratado, e entidades representativas do setor são convidadas para a discussão de um determinado tema com integrantes da ANS.

Se necessário for, será determinado um estudo técnico ainda mais aprofundado, que pode ser constituído por um Grupo Técnico, sendo que as conclusões desses debates resultam em fundamentos essenciais para elaboração da legislação necessária.

Depois, realiza-se uma “Minuta”, ou seja, uma versão inicial para criação da norma legal, sendo que tal documento é acompanhado da exposição e argumentos que motivaram a Diretoria Colegiada a se pronunciar sobre cada tema, todos bem expostos e justificados.

Outro passo importante é a Consulta Pública, na qual a versão inicial da norma legal, a minuta, é submetida à uma consulta pública pelo sítio da ANS, sendo o texto apresentado à sociedade ficando disponível por um período determinado para receber comentários e sugestões das pessoas interessadas.

Com isso, passam à Consolidação e Resposta, ou seja, observam-se as contribuições que receberam, bem como as avaliam e as respondem, podendo resultar em alterações no texto normativo inicialmente proposto.

A Diretoria Colegiada delibera e aprova a norma, que é assinada pelo diretor-presidente da ANS, e, portanto, validada. Em seguida, é publicada no Diário Oficial da União e no sítio da ANS.

Em resumo, este é o procedimento adotado pela ANS para legislar o setor de Saúde Suplementar, levando sempre em consideração as necessidades atuais dos consumidores, bem como utilizando-se dos métodos seguros consultando especialistas no assunto, além de coletar a opinião dos interessados antes de aprovar qualquer alteração ou criação de nova norma.

Importante, ainda, mencionar como funciona a “Agenda Regulatória” na ANS, que nada mais é do que um instrumento de planejamento que orienta a atuação do órgão regulador estabelecendo assuntos prioritários que serão analisados pela instituição em determinado período.

A necessidade de se ter um cronograma aberto ao público, demonstrando os temas relacionados às discussões que serão apreciadas no setor, tem caráter de transparência e previsibilidade, dando à sociedade a visão da atual situação dos temas e quando serão discutidos, possibilitando o acompanhamento de tais compromissos abertamente.

Os temas levados à discussão pelo órgão regulador são diferenciados e cada um envolve situações distintas que deverão ser tratadas separadamente, isto é, o

problema poderá ser causado diante de falhas de mercado, falhas regulatórias ou até institucionais.

As discussões e análises dos diversos temas levados à resolução da ANS poderão, não somente, serem resolvidos através de criação de novos atos normativos, como podem também resultar em apenas programas indutores, guias, manuais, ou seja, instrumentos não só com base normativa, mas que têm o intuito de esclarecer aos setores envolvidos todas as dúvidas, deixando de forma mais clara as regras pré-existentes.

Foi visto que na agenda regulatória da ANS, entre os anos de 2019 a 2021, encontram-se estabelecidos 16 temas regulatórios agrupados em quatro eixos, vinculados aos objetivos do Mapa Estratégico da ANS, que são: o Equilíbrio da Saúde Suplementar, o Aperfeiçoamento do Ambiente Regulatório, a Articulação Institucional e o Fortalecimento da Governança Institucional.

Torna-se importante, também, identificar os setores internos da ANS, as diretorias e suas responsabilidades, apontadas no estudo de Leonardo Vizeu Figueiredo, que cita a “Diretoria Colegiada”, órgão superior deliberativo e decisório da ANS composto por cinco membros diretores que têm como principais atribuições a atuação, como última instância recursal administrativa, no desenvolvimento do planejamento estratégico e operacional da ANS, com poderes para editar normatização para tal, com atribuições previstas no art.49 do Regimento Interno:

À Diretoria Colegiada incumbe exercer a administração da ANS; desenvolver o planejamento estratégico e operacional da ANS; editar normas sobre matérias de competência da ANS; aprovar o regimento interno e definir a área de atuação, a organização, a competência e a estrutura de cada diretoria, da procuradoria, da corregedoria, da ouvidoria e demais unidades organizacionais, bem como as atribuições de seus dirigentes; cumprir e fazer cumprir as normas relativas à saúde suplementar; divulgar relatórios periódicos sobre suas atividades; julgar, em grau de recurso, as decisões dos diretores, mediante provocação dos interessados; propor ao CONSU e ao Ministro da Saúde as políticas, diretrizes gerais e normas, quando for o caso, do setor de saúde suplementar, destinadas a permitir à ANS o cumprimento de seus objetivos; por delegação, autorizar o afastamento do País de funcionários para desempenho de atividades técnicas e de desenvolvimento profissional; aprovar a cessão, a requisição, a promoção e o afastamento de servidores para participação em eventos de capacitação *lato sensu e stricto sensu*, na forma da legislação em vigor; encaminhar os demonstrativos contábeis da ANS aos órgãos competentes; propor ao Ministro da Saúde as políticas e diretrizes governamentais destinadas a permitir à ANS o cumprimento de seus objetivos; e delegar aos diretores atribuições específicas relativas aos atos de gestão da ANS (FIGUEIREDO, 2006, p.148,149).

Ainda se tem a “Diretoria de Desenvolvimento Setorial” (DIEDES), órgão responsável por representar os interesses do Estado no processo de regulação e que possui competência relacionada nos termos do artigo 23 do Regimento interno.

Estão entre suas funções: coordenar as atividades de integração de informações e ressarcimento ao SUS; adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde; o incentivo à melhoria da qualidade dos serviços de assistência à saúde suplementar; estudar e pesquisar formas de estímulo à competição no setor de planos privados de assistência à saúde; disponibilizar às operadoras setoriais técnicas assistenciais e de gestão econômico-financeira.

Cabe, ainda, à Diretoria de Desenvolvimento Setorial, o desenvolvimento e melhoria da gestão profissional das operadoras, bem como a promoção de capacitação destas, normatizando as atividades de competência da Diretoria, desenvolvimento de pesquisas e estudos de mecanismos institucionais, assim como de sistemas de informação no mercado, tanto nacional como internacional, de modo a se fazer utilizar pela ANS como benfeitoria.

Figueiredo cita, ainda, a “Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras” (DIOPE), órgão de direção responsável por representar os interesses das entidades que operam no mercado de suplementação privada dos serviços de saúde. Suas funções e atribuições estão previstas no art. 26 do Regimento Interno, quais sejam: planejar, coordenar, organizar e controlar as atividades de regulamentação, habilitação, qualificação e acompanhamento das operadoras de planos de assistência à saúde; planejar, coordenar, organizar, controlar e promover os regimes especiais de direção técnica e fiscal e de liquidação extrajudicial de operadoras, certificar as operadoras, conforme o nível de habilitação assistencial e gerencial.

Tem ainda como função o desenvolvimento e manutenção, em conjunto com a DIEDES, de sistemas de informações, compreendendo os dados econômico-financeiros das operadoras de planos de assistência à saúde; autorizar o registro definitivo e o funcionamento das operadoras de planos de saúde; zelar pela liquidez e solvência das operadoras de planos de assistência à saúde; promover visitas técnicas às operadoras de planos de assistência à saúde; proceder ao regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras; e proceder à liquidação extrajudicial das operadoras (FIGUEIREDO, 2006, p. 150,151)

Outro órgão da ANS é a “Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos” (DIPRO), encarregada de representar a segmentação dos prestadores de serviços médicos, isto é, conforme o disposto no art. 29 do Regimento interno deve planejar, coordenar, organizar e controlar as atividades de regulamentação, habilitação, qualificação e acompanhamento dos produtos ou planos privados de assistência à saúde.

Deve, ainda, monitorar preços de produtos, prestadores de serviços e insumos; certificar produtos das operadoras conforme o nível de habilitação assistencial e gerencial; autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde.

Cabe ainda à DIPRO, em conjunto com as áreas específicas da Diretoria de Desenvolvimento Setorial, o desenvolvimento e manutenção dos sistemas de informações compreendendo dados econômico-financeiros e assistenciais dos produtos ofertados e mantidos pelas operadoras setoriais.

Já à “Diretoria de Fiscalização” (DIFIS), como o próprio nome já diz, cabe representar os interesses dos beneficiários dos planos privados de assistência à saúde, consumidores em *ultima ratio*.

Conforme descrito no art.33 do Regime Interno, a esta diretoria compete:

Planejar, coordenar e controlar as atividades de fiscalização do mercado de saúde suplementar; aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656/98 e de sua regulamentação, no que concerne aos aspectos econômico-financeiros das operadoras e aos aspectos assistenciais e preços dos produtos; implementar ações de apoio, instrumentalização e conscientização dos consumidores; aplicar as penalidades resultantes dos processos oriundos de representação, denúncias e autos de infração; desenvolver e manter, em conjunto com as áreas específicas da Diretoria de Desenvolvimento Setorial, sistema de informações compreendendo dados das demandas dos consumidores e das fiscalizações dos produtos oferecidos e mantidos pelas operadoras setoriais; articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11.9.1990 (FIGUEIREDO, 2006, p. 151,152)

E, por último, tem-se a “Diretoria e Gestão” (DIGES), órgão responsável pela logística e infraestrutura da ANS, tendo como intenção principal a garantia e autonomia do ente. Suas funções estão previstas no art. 43 do Regimento Interno, das quais compete a ela: o planejamento, organização, coordenação e supervisão das atividades de orçamento e finanças, material e patrimônio, recursos humanos, comunicação administrativa, documentação e serviços gerais da ANS.

Cabe a esta diretoria, ainda, a normatização das atividades de competência da Diretoria; o planejamento, coordenação e supervisão da execução das atividades, promovendo a articulação com o sistema federal de orçamento, finanças, recursos humanos e serviços gerais dentro da ANS, informando e orientando as unidades da ANS quanto ao cumprimento das normas estabelecidas, bem como promovendo e coordenando a sistematização e a normatização dos procedimentos de arrecadação da Taxa de Saúde Suplementar, das retribuições por serviços de qualquer natureza prestados a terceiros, bem como das doações, legados, subvenções e outros recursos destinados à ANS.

Deve, ainda, elaborar análises econômico-financeiras de taxas e valores relativos a área de atuação da ANS, avaliando o mercado e o impacto da Taxa de Saúde Suplementar nos produtos e serviços, devendo planejar, coordenar, promover e avaliar a execução de convênios e protocolos de cooperação técnica com entidades nacionais de desenvolvimento de recursos humanos e de gestão; acompanhando atividades relacionadas à capacitação e desenvolvimento supletivo de servidores, incentivando o desenvolvimento do setor com elaboração de planos integrados de melhoria de operação e gestão.

A DIGES tem como atribuição, também, a coordenação, promoção e acompanhamento de ações que buscam a modernização dos sistemas administrativos, acompanhando e coordenando a execução de contratos e convênios, orientando as unidades da ANS quanto ao cumprimento das normas estabelecidas. Dar apoio e incentivar os projetos de pesquisa, nacionalmente e internacionalmente, dentro da área da saúde suplementar e avaliar mecanismos de desenvolvimento de recursos humanos, bem como de gestão nos mercados, tanto nacional como internacional de aplicação na ANS são também atribuições.

Nesse capítulo, destaca-se, portanto, apenas as noções a fim de entender como funciona a ANS e seus departamentos, com suas funções.

2.1 ROL DE PROCEDIMENTOS E NOÇÕES

Antes de adentrar no rol de procedimentos, é necessário entender como são chamados os tipos de contratos na área da Saúde Suplementar, pois são diversos.

Não sendo este o foco deste trabalho, apenas alguns conceitos básicos serão passados para adentrar no rol de procedimentos.

Conceituando formalmente os contratos de plano privado de assistência à saúde, pode-se dizer que trata-se de:

Prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor (FIGUEIREDO, 2006, p. 183).

Trata-se, portanto, do pacto celebrado entre a entidade e o beneficiário, sendo que este último se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária e periódica e a entidade se obriga a prestar o atendimento em rede médica específica, arcando com os custos financeiros, porém, nas condições que estejam contratualmente cobertas.

Além do contrato de plano privado de assistência à saúde, tem-se o contrato de seguro-saúde, que difere do primeiro, pois neste o segurado se obriga ao pagamento do valor pecuniário de contratação estipulado na apólice e do valor de franquia, enquanto que a operadora do seguro se obriga ao pagamento do prêmio quando houver a ocorrência de enfermidade contratualmente cobertas.

As formas de contratação existentes em planos podem ser individuais, familiares, coletivos por adesão, coletivos empresariais, dentre outros.

Os contratos têm suas características e onerosidades diversas, sendo distintos entre si, porém, não serão exploradas as adesões, uma vez que o estudo proposto refere-se ao rol de procedimentos constantes nos referidos contratos, que ocasionam os conflitos entre os consumidores/pacientes e as operadoras de planos de saúde.

O rol de procedimentos está ligado ao tipo de cobertura assistencial a que se destinam os contratos entre as partes, sendo previstos antecipadamente, mas, ainda assim, geram discussões.

O conjunto de direitos aos quais o usuário/consumidor tem permissão para utilizar em um plano de saúde ao qual contratou é chamado de cobertura assistencial e compreende: tratamentos, serviços, procedimentos médicos, hospitalares e/ou odontológicos.

Importante destacar que tais procedimentos são essenciais e, portanto, é obrigatório que estejam descritos em contrato de forma clara, para que o usuário tenha ciência de qual o tipo de cobertura lhe está sendo ofertada pelo preço pago.

São dois os tipos de cobertura existentes: a) integral do plano-referência; e b) integral por segmento (ambulatorial, hospitalar, hospitalar com obstetrícia ou odontológico) (FIGUEIREDO, 2006, p. 187).

É possível incluir coberturas diversas, inclusive as que não são obrigatórias, ficando a critério das partes, da operadora prestadora dos serviços e do usuário contratante, por exemplo, a inclusão de procedimentos cirúrgicos estéticos no plano de cobertura.

Passa-se, agora, a distinguir tais planos/coberturas para que facilite a compreensão, mais adiante, do rol de procedimentos, como o plano ambulatorial, que engloba apenas os atendimentos realizados em consultório ou ambulatório, definidos e devidamente listados no rol de procedimentos médicos, inclusive exames.

Para entender melhor o plano com cobertura ambulatorial, é importante listar suas principais características, que estão previstas tanto na lei quanto no rol de procedimentos médicos para esta segmentação:

a) Consultas médicas em número ilimitado, realizadas em ambulatório ou consultório, em todas as especialidades médicas; b) Consultas obstétricas para pré-natal, em número ilimitado; c) Serviços de apoio diagnóstico e tratamentos realizados em ambulatório ou consultório; d) Procedimentos ambulatoriais, estando inclusas as cirurgias ambulatoriais, mesmo quando realizadas em ambulatórios de hospital, desde que não caracterizem, tampouco necessitem de internação; e) Procedimentos ambulatoriais que necessitem de anestesia local, sedação ou bloqueio, quando realizados em ambulatório; f) Procedimentos considerados especiais, como: hemodiálise e diálise peritoneal, quimioterapia ambulatorial, radioterapia (megavoltagem, cobalterapia, cesioterapia, eletroterapia, etc.); g) Hemoterapia ambulatorial; h) Cirurgias oftalmológicas ambulatoriais;

Sendo ainda objetos de exclusão nessa modalidade, os procedimentos: a) Internação hospitalar e procedimentos que, embora não necessitem de internação, precisem de apoio e estrutura hospitalar por período superior a doze horas ou de serviços como recuperação pós-anestésica, UTI, CTI e similares; b) Procedimentos diagnósticos e terapêuticos em hemodinâmica; c) Procedimentos que exijam anestesia, salvo aqueles que podem ser realizados em ambulatório, como anestesia local, sedação ou bloqueio; d) Tratamentos e exames que demandem internação, como quimioterapia intratecal, radiomoldagens, radioimplantes e braquiterapia, nutrição enteral e parental, embolizações e radiologia intervencionista (FIGUEIREDO, 2006, p. 188,189).

Já o plano hospitalar compreende os atendimentos realizados sob regime de internação hospitalar, ou seja, atendimentos em que os pacientes necessitem de acomodações no nosocômio para tratamento.

O plano que entende-se como principal, chamado de plano de referência, instituído pelo art. 10 da Lei nº 9.656/98, trata-se de item obrigatório por todas as operadoras de planos de saúde (§2º, do art. 10), excetuando-se apenas as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos (§3º, do art. 10). O plano referência é o principal e mais completo plano de saúde, pois possui cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionais com a Saúde (CID), da Organização Mundial de Saúde (OMS) (art. 10, *caput*), inclusive cobertura integral nos casos de emergência, urgência e planejamento familiar (art. 35-C).

Sem adentrar nos itens de cobertura desses planos, passa-se a citar apenas quais os tipos, que além do ambulatorial e hospitalar, tem-se ainda o plano hospitalar com obstetrícia, o plano odontológico e o plano referência.

Em sua obra, Figueiredo (2006, p. 192) cita ainda alguns procedimentos médicos que são excluídos, ou seja, não são cobertos pela lei, quais sejam: a) transplante, à exceção de córnea e rim; b) tratamento clínico ou cirúrgico experimental, entendido este como todos os procedimentos cuja eficácia ainda não foi devidamente comprovada pelas autoridades públicas de saúde; c) procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos; d) fornecimento de órteses (peça artificial que objetiva facilitar ou melhorar o funcionamento de órgão ou membro humano), próteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico ou para fins estéticos; e) fornecimento de medicamentos importados, não nacionalizados, isto é, todos aqueles fabricados e embalados no exterior; f) fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; g) inseminação artificial; h) tratamentos ilícitos, antiéticos ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; i) casos de cataclismos, guerras e comoções internas declaradas pelas autoridades competentes.

Pode-se notar que a intenção do legislador responsável pela criação da edição da Lei de Planos de Saúde foi preservar a garantia ao restabelecimento físico-psíquico

do consumidor/beneficiário, por meio de procedimentos e tratamentos que tenham eficácia comprovada pelas autoridades de saúde, nacionais e internacionais.

A competência é privativa da ANS ao que diz respeito à definição de amplitude e alcance sobre as exclusões legais, conforme disposto no artigo 10, parágrafo 1º, da Lei de Planos de Saúde.

A cobertura do plano de saúde deve ser limitada em diversos aspectos, os quais serão citados apenas a título de conhecimento, sem exaurir todos os significados.

Assim, a cobertura pode ser definida quanto à sua abrangência geográfica, definindo a limitação da área, tais como, cobertura apenas municipal, intermunicipal, cobertura estadual, interestadual ou até nacional.

Quanto ao acesso à rede, devem estes restarem claros no contrato, de modo que o beneficiário possa identificar as regras de acesso que este tem às redes credenciadas, servindo para controlar a demanda ou utilização dos serviços assistenciais prestados ao consumidor.

Ainda quanto à data de assinatura, no que tange à diferença entre um plano de saúde novo ou um plano adaptado, que se trata de um produto antigo, porém adaptado às normas da Lei nº 9.656/98. E os planos antigos, que se tratam dos contratos celebrados antes da vigência da Lei nº 9.656/98, sendo adaptados às novas regras, sem serem comercializados, porém válidos aos consumidores que optam por não se adaptarem às novas regras.

Na referida lei, em seu artigo 16, inciso VI, encontra-se disposto a necessidade de constar dispositivos que indiquem clareza, de modo que o consumidor, ora usuários, possam saber efetivamente os procedimentos que tem cobertura ou não.

Porém, cabe aqui ressaltar, que as operadoras de planos de saúde devem seguir o disposto nos artigos 10 e 12 da Lei supracitada, bem como as orientações da OMS, pois não têm total liberdade na definição de quais doenças, nem tampouco, quais tratamentos médicos podem cobrir.

2.2 RESPONSABILIDADES DO PLANO E DA AGÊNCIA REGULADORA ANS

Inicia-se esse capítulo estudando o disposto no artigo 1º, inciso II da Lei nº 9.656/98, *in verbis*: “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil

ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo”.

Observa-se que apesar da lei citada não trazer consigo o conceito de operadora de plano de saúde, traz claramente suas características, como se vê no artigo citado anteriormente.

As operadoras de planos de assistência à saúde são definidas pela Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 27 de outubro de 2000, como “empresas e entidades que operam, no mercado de saúde suplementar, planos de assistência à saúde, conforme disposto na Lei nº 9.656, de 1998”. As atividades que se relacionam com o sentido “operar” são as de administração, comercialização ou disponibilização dos planos.

Pode-se entender, portanto, que as operadoras de planos de saúde, são responsáveis por administrar o fundo comum formado pelos pagamentos das contraprestações periódicas realizadas pelos usuários, para que tais fundos possam ser destinados a cobrir as despesas de assistência médica, hospitalar, entre outras, de todos os beneficiários.

O papel da operadora de plano de saúde é cuidar do equilíbrio no que diz respeito ao valor das mensalidades pagas e os serviços cobertos, de modo que seja possível a manutenção dos serviços e contratos e todos os usuários possam usufruir. Seu papel é intermediário, administrando os valores pagos pelos consumidores/usuários e distribuindo de forma estratégica o fundo, para que consiga, ao final, dar a assistência a todos os contratantes, na forma contratada.

Nesse passo, considerando sua forma de atuação, as operadoras de planos de saúde são classificadas nas seguintes modalidades: administradora de benefícios; cooperativa médica; cooperativa odontológica; autogestão; medicina de grupo; odontologia de grupo; filantropia; e seguradora especializada em saúde.

Ainda nos termos do art. 4º da Resolução nº 08/1998, os agentes econômicos que atuam no mercado de saúde suplementar têm os deveres específicos de:

- a) informar clara e previamente ao consumidor, no material publicitário, no contrato e no livro de rede de serviços, os mecanismos de regulação adotados e todas as condições de cada modalidade;
- b) encaminhar à ANS, quando solicitado, documento técnico demonstrando os mecanismos adotados e os critérios para sua atualização;
- c) quando houver impasse no decorrer do contrato, se solicitado, fornecer ao consumidor laudo detalhado com cópia de toda a documentação relativa às questões de impasse;
- d) garantir ao consumidor o atendimento pelo profissional avaliador para definição dos casos de aplicação das regras de regulação, no prazo máximo

de um dia útil a partir do momento da solicitação ou em prazo inferior quando caracterizar urgência; e) quando houver divergência médica ou odontológica a respeito da autorização prévia, garantir a definição do impasse através da junta constituída pelo profissional solicitante (ou nomeado pelo usuário), por médico da operadora e por um terceiro (escolhido em comum acordo pelos profissionais acima nomeados), cuja remuneração ficará à cargo da operadora; f) quando houver participação do consumidor nas despesas decorrentes da realização de procedimentos, informar previamente à rede credenciada e/ou referenciada em forma de franquia; e g) em caso de internação, quando optar por fator moderador, estabelecer valores prefixados por procedimentos e/ou patologias, que não poderão sofrer indexação, cujos valores devem ser expressos em reais (FIGUEIREDO, 2006, p. 198).

Assim como são proibidas algumas práticas, conforme disposto no art. 2º da Resolução nº CONSU 08/98⁷, as operadoras de planos de saúde não podem impedir ou dificultar o atendimento em situações de urgência, não devem limitar a assistência, não devem diferenciar por faixa etária, grau de parentesco ou outras classificações dentro do mesmo plano; não podem negar autorização para realização de procedimento apenas diante do profissional não pertencer à rede credenciada; não deve ainda criar atores de restrição que dificultem acesso aos serviços; nem limitar em forma de percentual por evento os casos de internação, exceto as definições especificadas em saúde mental; não deve exercer qualquer atividade que infrinja o Código de Ética Médica, bem como, não pode exercer qualquer atividade que caracterize conflito com a Lei em vigor.

⁷ Art. 2º Para adoção de práticas referentes à regulação de demanda da utilização dos serviços de saúde, estão vedados:

- I - qualquer atividade ou prática que infrinja o Código de Ética Médica ou o de Odontologia;
- II - qualquer atividade ou prática que caracterize conflito com as disposições legais em vigor;
- III - limitar a assistência decorrente da adoção de valores máximos ou teto de remuneração, no caso de cobertura a patologias ou eventos assistenciais, excetuando-se as previstas nos contratos com cláusula na modalidade de reembolso;
- IV - estabelecer mecanismos de regulação diferenciados, por usuários, faixas etárias, graus de parentesco ou outras estratificações dentro de um mesmo plano;
- V - utilizar mecanismos de regulação, tais como autorizações prévias, que impeçam ou dificultem o atendimento em situações caracterizadas como de urgência ou emergência;
- VI - negar autorização de procedimento em razão do profissional solicitante não pertencer à rede própria, credenciada, cooperada ou referenciada da operadora;
- VI - negar autorização para realização do procedimento exclusivamente em razão do profissional solicitante não pertencer à rede própria ou credenciada da operadora. (Redação dada pela Resolução CONSU nº 15, de 1999).
- VII - estabelecer co-participação ou franquia que caracterize financiamento integral do procedimento por parte do usuário, ou fator restritor severo ao acesso aos serviços;
- VIII - estabelecer em casos de internação, fator moderador em forma de percentual por evento, com exceção das definições específicas em saúde mental.
- IX - Reembolsar ao consumidor as despesas médicas provenientes do sistema de livre escolha, com valor inferior ao praticado diretamente na rede credenciada ou referenciada. (Incluído dada pela Resolução CONSU nº 15, de 1999).

Já à agência reguladora ANS, foi outorgada a possibilidade de estabelecer e disciplinar mecanismos próprios para o equilíbrio da relação entre operadores e beneficiários desse nicho econômico de relevante interesse coletivo.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar foi criada a partir de setor específico do Ministério da Saúde com função de cumprir a Lei nº 9.656, editada em junho de 1998. Trata-se de uma instância reguladora de um setor da economia sem padrão de funcionamento que teve origem pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2019).

A saúde suplementar passou a conviver com o sistema público, consolidado pelo Sistema Único de Saúde, criado a partir da Constituição Federal de 1988. Com o SUS, a saúde foi legitimada como um direito da cidadania, assumindo status de bem público.

Cabe ressaltar que, em 1944, o Banco do Brasil constituiu sua caixa de aposentadoria e pensão, denominada Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil (CASSI), que é o mais antigo plano de saúde no Brasil ainda em operação. O sistema de saúde brasileiro seguiu a trajetória de outros países latino-americanos (México, Chile, Argentina e Uruguai), desenvolvendo-se a partir da previdência social.

Conforme pesquisa em estudos publicados no site da ANS, o setor brasileiro de planos e seguro de saúde é um dos maiores sistemas privados do mundo.

Conforme o artigo 2 do Decreto nº 3.327, de 05 de Janeiro de 2000, *in verbis*:

ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto à suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Entende-se por promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, exercendo sua função fiscalizadora, organizacional, para que os setores envolvidos estejam em plena harmonia, tanto consumidores, como os prestadores de serviços, todos com o mesmo propósito de proporcionar e desfrutar de uma prestação de serviço à saúde de qualidade.

3 REGULAÇÃO NOÇÕES E CONSIDERAÇÕES

O ato de intervenção indireta é a definição de regulação, que surgiu diante da pressão do Estado sobre a economia, com o intuito de trazê-la à normalidade, ou seja, visando a garantia de um regime de livre concorrência, para que se evite práticas abusivas pelos agentes mais fortes em face dos mais fracos, bem como em detrimento do mercado e, por consequência, de toda a sociedade (FIGUEIREDO, 2006, p. 56).

As primeiras medidas interventivas manifestaram-se por meio de um conjunto de atos legislativos, os quais tinham como intuito restabelecer a livre concorrência. As primeiras ações intervencionistas foram as leis antitruste criadas no final do século XIX, nos Estados Unidos (Sherman Act). A ordem econômica foi positivada com a força de norma constitucional na Carta mexicana de 1917, na Constituição de 1917 e na Constituição alemã de 1919, tratando-se, portanto, de marcos das constituições sócio-intervencionistas (FIGUEIREDO, 2006, p. 56).

O autor cita ainda em sua obra, que nos EUA a regulação via Executivo com intervenção indireta surgiu diante da necessidade de se estudar e normatizar o monopólio natural decorrente das linhas ferroviárias, de modo a coibir práticas abusivas nessa área.

Di Pietro destaca que, nos Estados Unidos, o vocábulo agência tem sentido amplo, ou seja, abrange “qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais” (DI PIETRO, 1999, p. 133), conforme consta expressamente da Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*). Isso quer dizer que, excluídos os três Poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas são constituídas de agências. Logo, nos Estados Unidos, falar em Administração Pública é o mesmo que falar em agências, excluído do conceito o Poder Executivo.

O Estado, como ente regulador da atividade econômica, exerce seu papel por meio da indução (incentivo e planejamento) e da direção (fiscalização e controle) (FIGUEIREDO, 2006, p. 57). Sobre as agências reguladoras, discorre Zimmer Junior:

As agências reguladoras, são pessoas jurídicas de Direito Público, criadas por lei, e de regime jurídico idêntico às autarquias. E, por sua composição, nascem para exercer o poder regulamentar e o poder de polícia administrativa, pois, ao mesmo tempo, produzem atos normativos de caráter infralegal (as resoluções), e, depois fiscalizam o seu cumprimento pelas entidades privadas que têm a delegação para prestar serviço público e

exercer atividade econômica em sentido estrito em regime de colaboração com o Poder Público (ZIMMER JUNIOR, 2009, p. 253).

Segundo conceitua Di Pietro (2014, p. 107), serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Ainda que haja a presença de concorrência entre concessionários e permissionários, cabe ao Estado a atuação na área dos serviços públicos, devendo este, quando não prestar diretamente o serviço, regular tal prestação a fim de atender às necessidades coletivas, sendo instituto diverso à regulação, pois liga-se ao princípio da livre concorrência, por conseguinte, deve ocorrer no domínio econômico.

Em nome do interesse coletivo, o Estado tem que exercer o poder de polícia, abrangendo a regulação, regulamentando as leis, controlando sua aplicação, tanto de forma preventiva como por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações, ou de forma repressiva através de imposição de medidas coercitivas (DI PIETRO, 2014, p. 124).

Para a autora, “Agência reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta” (DI PIETRO, 2014, p. 540).

Importante destacar o entendimento de Juan Carlos Cassagne, que em sua obra informa que a função regulatória tem o intuito de proteção do consumidor contra a ineficiência, o domínio do mercado, a concentração econômica, a concorrência desleal, bem como o aumento de forma arbitrária dos lucros, garantindo a qualidade, continuidade do serviço para os destinatários finais:

O fenômeno da privatização, por envolver a transferência para o setor privado da gestão dos serviços públicos anteriormente prestados por empresas estatais, tem gerado a correspondente necessidade de regulamentar essas atividades de forma a proteger os interesses da comunidade. No domínio do direito administrativo, não é comum o Estado regulamentar as suas próprias entidades e articular controles para proteção dos usuários, e dificilmente pode exigir das suas empresas que os serviços públicos sejam prestados com a máxima eficiência possível (CASSAGNE 1994, p. 150)⁸.

⁸ No original: “El fenómeno de la privatización, al abarcar la transferencia al sector privado de la gestión de los servicios públicos que antes prestaban empresas estatales, ha generado la correlativa necesidad de regular esas actividades para proteger debidamente los intereses de la comunidad. En el campo del Derecho administrativo no

No que diz respeito ao setor privado, foco deste estudo, a regulação além de todas suas funções normativas de fiscalização, controle, também assegura às organizações privadas maior liberdade no planejamento de suas atividades econômicas, para que possam por si só definir seus preços.

Cita-se o conceito trazido pela autora Di Pietro (2014, p. 541) que menciona os dois tipos de agências reguladoras no direito brasileiro:

a) as que exercem, com base em lei, típico poder de polícia, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização, repressão; é o caso por exemplo, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), criada pela Lei nº 9.782, de 26/01/99, da Agência Nacional de Saúde Pública Suplementar (ANS), criada pela Lei nº9.961, de 28/1/00, da Agência Nacional de Águas, criada pela Lei nº9.984, de 17/07/00; b) as que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes etc) ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias, etc).

De acordo com Zimmer Junior (2009, p. 254), as primeiras experiências já com tais características foram a criação do Banco Central (BACEN) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Porém, o autor expõe que a expressão agência reguladora foi atribuída pela primeira vez para a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEL), criada pela Lei 9.478/1997, sendo que posteriormente surgiram a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Lei 9.472/1997, e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), Lei 9.478/1997. As principais características das agências reguladoras são a independência, o poder normativo e a competência para arbitrar conflitos.

Com isso, como observa-se nos capítulos que tratam das funções da ANS, a Agência Reguladora objeto deste estudo, que é a mediação nos conflitos em cobertura de procedimentos em planos de saúde, serão claramente identificadas as funções da agência reguladora, como por exemplo, a fixação de regras para elaboração dos contratos de prestação de serviços, controle do desempenho das atividades, aplicações de sanções, controlando ainda as reclamações dos usuários das operadoras de saúde privada, entre outras funções.

es común que el Estado regule sus propias entidades y articule controles en protección de los usuarios, y es difícil que exija a sus empresas que los servicios públicos sean prestados con la máxima eficiencia posible.”

Di Pietro conceitua detalhando as diferenças entre regulação e regulamentação:

Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange inclusive a regulamentação, que tem um sentido mais estrito (DI PIETRO, 1999, p. 140).

Regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art.84 IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis (DI PIETRO, 199, p. 141).

O conceito de regulação objetivo trazido por Figueiredo (2006, p. 60), identifica como conjunto de atos e medidas estatais que têm por fim garantir a observância dos princípios norteadores da ordem econômica no mercado, bem como a devida e correta prestação de serviços públicos, além do incentivo e fomento para a implementação das políticas públicas respectivas para direcionamento de cada nicho da economia.

E sobre o aspecto subjetivo, o autor conceitua regulação como processo estatal de normatização, de fiscalização, de incentivo, de planejamento e de mediação da atividade econômica dos particulares, conjugando os interesses privados destes com os interesses público e coletivo envolvidos no ciclo do respectivo mercado.

3.1 O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Por não se ter intenção de trabalhar com o direito comparado, neste tópico, será citado somente o funcionamento da Saúde Suplementar nos Estados Unidos, diante de sua semelhança à do Brasil.

A escolha dos EUA para citação no presente trabalho se deu devido a influência e inspiração no modelo norte-americano para os atuantes nesta área e que, inclusive, influenciou também outros países.

No artigo da Associação Nacional de Hospitais Privados (ANAHP), publicado em outubro de 2019, pode-se observar o estudo que faz a comparação entre: o processo de crescimento da população, com o conseqüente envelhecimento desta; a tendência de maior utilização dos serviços de saúde; e o crescente desenvolvimento

tecnológico, com equipamentos e exames mais sofisticados, que acabam encarecendo e muito os custos da saúde (ANAPH, 2019).

No referido artigo, cita-se que o maior desafio é que a evolução dos custos não efetivamente melhore a qualidade dos serviços, e isso está claramente ligado à gestão adequada de informações de saúde, que contribui para melhorar a gestão do sistema em geral, desde a coordenação da jornada de cuidado dos pacientes até a criação de um modelo de contratação, uso e remuneração de planos de saúde e prestadores de serviços em resultados efetivos em saúde.

Citou-se, ainda, o modelo norte-americano, por ser um dos mais emblemáticos e ter inspirado a mobilização de empresas no Brasil. Isto porque, lá existe forte colaboração entre empregadores e o setor da saúde para resolver desafios de qualidade e custos em problemas de saúde que mais afetam a população, haja vista apontamento realizado pela pesquisadora Lindsay Martin, diretora executiva do Institute for Healthcare Improvement (IHI), dos Estados Unidos.

O médico e pesquisador da Universidade da Califórnia Edilberto Amorin, também associado ao Massachusetts Institute of Technology (MIT) e à Universidade de Harvard, apresentou exemplos de como os sistemas de gestão e o uso de análise de grandes volumes de dados vêm ajudando médicos e pacientes nos Estados Unidos.

Isto porque, com mais de 20 anos de experiência em medicina intensivista, Amorim conta como a análise de mais de 60 mil casos de UTI e 300 mil radiografias apoiam as decisões das equipes de terapia intensiva na universidade onde atua. “Nada substitui a análise médica, mas a pesquisa em uma base com um número muito maior de casos e dados analisados pode apoiar uma decisão mais rápida e precisa”, diz o pesquisador (ANAPH, 2019, on-line).

Em comparação com o Brasil, citar-se-á posteriormente no capítulo 04, a Resolução 235/2016, que criou o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS), tratando-se de subsídios aos magistrados, pois contém informações técnicas com o objetivo de auxiliá-los na tomada de decisão, com base em evidência científica, nas demandas que discutem questões sobre direito à saúde, tanto na área pública como privada.

Nota-se que o NATJUS se assemelha ao sistema de gestão com o uso de análise dos imensos volumes de dados que ajudam pacientes e médicos nos Estados

Unidos, porém, aqui no Brasil, a base serve de apoio aos magistrados envolvendo também a área da saúde.

Como se sabe, o sistema político adotado nos EUA é o federalista, o que significa que os estados têm autonomia para criar suas regras e leis próprias. Com isso, são ofertados diversos tipos de coberturas de saúde por cada estado, bem como cada um regulamenta o funcionamento dos prestadores de assistência à saúde suplementar.

Conforme matéria veiculada por Camila Luz (2018) no site Politize, a forma mais comum de se obter um plano de saúde nos EUA é sendo beneficiário do plano da empresa ao qual o consumidor presta seu trabalho, o plano de saúde que as empresas ofertam aos seus funcionários.

Porém, no ano de 2007, 46 milhões de pessoas não possuíam seguro saúde no país, segundo dados apurados do *Census Bureau* divulgados pela BBC (KOTECHA, 2010). Conforme apurações, em 2016 não possuíam convênio médico 28 milhões de cidadãos americanos, tendo ainda dificuldades para arcar com os custos para cuidados médicos os que não tinham condições de ter convênio médico.

Do estudo do direito à saúde comparado, a respeito da saúde suplementar, o Brasil é como os Estados Unidos, pois as seguradoras de ambos os países ofertam diversos planos de diferentes valores e coberturas.

Assim como no Brasil, os planos empresariais são mais acessíveis ao bolso dos funcionários, porém as regras são ditadas pelas empresas onde estes trabalham. Em contrapartida, os planos individuais costumam ser mais caros, mas dão a oportunidade de o usuário escolher orçamento, coberturas, enfim, as regras são negociáveis.

Nos EUA, como no Brasil, os planos ou seguros de saúde, tanto os individuais como empresariais, recebem do usuário uma mensalidade fixa para a devida manutenção do convênio, estando ainda incluso nestes valores desde os atendimentos simples, pois em regra, quanto mais cara for a mensalidade, mais serviços cobertos o paciente usuário terá acesso.

Vale lembrar que ainda é necessário o pagamento de uma franquia, chamada no país de *deductible*, na hora de contratar o plano, entendida como um valor mínimo para que seja atingido e a seguradora possa, a partir deste, iniciar sua cobertura. Exemplificando: se o seguro cuja franquia *deductible* for de US\$3 mil, quer dizer que

a seguradora apenas iniciará a cobertura dos gastos do segurado depois que esse valor inicial for gasto.

Cabe destacar outro benefício que o segurado tem, chamado de *Out of Pocket Maximum*, trata-se de um limite estipulado para que o usuário tire do bolso anualmente, não podendo ser ultrapassado. Pode ser entendido como uma segurança ao usuário, pois se no decorrer de um determinado ano, este necessite, excepcionalmente, de tratamentos que ultrapassem o valor estipulado como máximo que ele pode arcar por ano, a seguradora se compromete a pagar a diferença ao mesmo. Por exemplo: se no *Out of Pocket Maximum* for estabelecido o valor de US\$7 mil e o usuário necessitar de tratamento diferenciado que exceda esse valor anual, a seguradora arca com a diferença.

O sistema de saúde público nos Estados Unidos não contempla toda a população, diante disso, os cidadãos precisam optar pela contratação de um plano de saúde particular a fim de ter atendimento médico.

Com a falta de atendimento aos cidadãos pela saúde pública, sendo necessária a contratação de prestação de serviço de saúde particular, as operadoras estabelecem suas regras e condições próprias podendo ser, muitas vezes, abusivas.

Os EUA, como se observa, adotou o modelo de autorregulação da saúde suplementar, haja vista que esta foi a opção política escolhida para se assegurar o equilíbrio entre oferta e procura, bem como no que diz respeito à qualidade na prestação dos serviços de saúde.

Não houve imposição do Estado em relação aos agentes privados, atuando de forma liberal, confiando na autorregulação do mercado, o que prejudicou muitos consumidores, pois nem todos poderiam adquirir um plano de saúde diante de suas condições financeiras, como descreve Figueiredo:

Tal fato criou grande iniquidade no acesso e na prestação dos serviços de suplementação da saúde, gerando uma forte margem de exclusão de consumidores, notadamente por fatores relacionados à renda e poder aquisitivo. O agravamento de tal quadro nos EUA se deu quando a competição de preços se intensificou sem um conjunto normativo próprio (FIGUEIREDO, 2006, p. 127).

Portanto, o modelo de saúde suplementar norte-americano se mostrou incapaz de garantir a equidade de oferta, o que causou dificuldade de acesso ao sistema de

assistência à saúde privada para muitos cidadãos, os quais acabaram sendo excluídos.

Diante desse impasse, foi criada uma Lei de Proteção e Cuidado Acessível ao Paciente, chamada de *Patient Protection and Affordable Care Act* (PPACA), popularmente conhecida como *Obamacare*, cujo objetivo é ampliar o acesso dos americanos aos convênios médicos, regulamentando parte das práticas das operadoras de planos de saúde, evitando que estas neguem assistência para pessoas com problemas pré-existentes, por exemplo.

A Lei PPACA foi assinada em março de 2010, com a previsão de que todo cidadão deveria ter seguro de saúde até 31 de março de 2014, prevendo ainda que o cidadão que não adquirisse deveria pagar multa de US\$95, inclusa no imposto pago pelos cidadãos anualmente.

Porém, o presidente Donald Trump, em 2017, eliminou a referida multa, que se tornou abusiva, já que em 2016 a taxa havia majorado em US\$500, passando para o valor total de US\$595, o que seria equivalente à 2,5% da renda familiar total do cidadão.

O foco principal do *Obamacare* é a redução dos gastos do governo federal em saúde, pois em 2009, Medicare e Medicaid⁹ custaram US\$676 bilhões, o que equivale a 10,4% do orçamento.

A previsão, no que diz respeito aos gastos, seria a duplicação de custos do Estado até 2020, sendo a solução facilitar o acesso dos cidadãos com menor

⁹ Medicare: é um sistema de seguro social criado em 1966. Bancado pelo governo federal, oferece atendimento médico para americanos de 65 anos ou mais que tenham contribuído com o pagamento de impostos para a saúde durante seus anos de trabalho. O sistema também oferece proteção para pessoas com deficiências ou condições que as impeçam de trabalhar, assim como certas doenças terminais.

O Medicare é dividido em quatro tipos de serviços diferentes. Nem todos os beneficiados têm direito a todas elas: Parte A – Seguro Hospitalar: Abrange internações hospitalares, cuidados em centros de enfermagem especializados, cuidados paliativos e alguns cuidados de saúde em casa.

Parte B – Seguro Médico: Cobre serviços médicos, cuidados ambulatoriais, suprimentos e serviços preventivos.

Parte C – Planos Medicare Advantage: São os planos de saúde do Medicare oferecidos por uma empresa privada para seus funcionários, incluindo os benefícios das partes A e B. Nesse caso, não é o governo que paga pelos serviços.

Parte D – Cobertura de Medicamentos Prescritos: Os planos são oferecidos por empresas privadas e companhias de seguros aprovadas pelo Medicare. Eles cobrem a compra de medicamentos com receita médica.

Medicaid é um programa de saúde voltado para pessoas de qualquer idade que têm recursos financeiros extremamente limitados. Diferente do Medicare, que é financiado pela previdência dos Estados Unidos, o Medicaid é bancado pelo governo federal em conjunto com os estados. Eles reembolsam hospitais e médicos que fornecem tratamento a pessoas que não podem arcar com suas próprias despesas médicas.

O governo federal exige que os estados beneficiem certos grupos de pessoas, como famílias de baixa renda e crianças que recebem renda de segurança suplementar do Estado (LUZ, 2018, on-line).

remuneração aos convênios médicos, ou seja, com mais cidadãos segurados em assistências privadas, estes deixariam de utilizar o sistema público, diminuindo consideravelmente, portanto, o gasto público, pois a previsão era que o estado assumiria uma dívida milionária se essa medida não fosse tomada, se mais cidadãos tivesse que utilizar os hospitais públicos.

O *Obamacare* prevê o tratamento preventivo, espera-se que o usuário com acesso aos planos de saúde privada cuide de sua saúde de maneira preventiva, não apenas procurar o médico quando os sintomas já estiverem graves.

Sabe-se que a prática dos cidadãos dos EUA é evitar de ir ao médico para não gastar, isso, tanto em relação aos que possuem plano de saúde quanto aos que não possuem, pois os que tem plano de saúde, muitas vezes não possuem toda a cobertura adequada às necessidades dos usuários, causando gastos em excesso a estes. O problema é que quando o cidadão procura a medicina, o estado de saúde já está grave, uma vez que não agiu com prevenção justamente para evitar gastos.

O sistema público de saúde dos EUA não atende todos os cidadãos, causando transparente desigualdade, pois quem não tiver condições de arcar com a contratação da saúde privada, acaba por ficar sem atendimento médico.

O cidadão que tem melhores condições de arcar com um plano de saúde mais caro conseqüentemente tem mais acesso, conforto e melhor atendimento em geral, com oferta de cobertura com mais benefícios, como quartos individuais, horários privilegiados de visitas, entre outros. Já o cidadão que tem salário menor, consegue, com esforço, a contratação de seguro saúde sem tantas vantagens, tendo que desembolsar tratamentos que seu plano não cobre por ser mais em conta.

Uma das vontades do ex-presidente Donald Trump era derrubar a lei *Obamacare*, porém, o atual presidente eleito, Joe Biden, é contra, e aponta “consequências de vida ou morte”.

Em uma publicação na revista Exame, Paulo Teixeira Jr. (2020), detalhou que a Suprema Corte sinaliza pela manutenção do *Obamacare*, tendo ouvido em novembro de 2020 argumentações orais de um caso que pode acabar com o *Affordable Care Act*, como é conhecido o programa de saúde implementado pelo ex-presidente Barack Obama.

A ação foi proposta por um grupo de estados governados por políticos do Partido Republicano com o intuito de tentar derrubar o programa de acesso à saúde, uma das principais políticas domésticas de Barack Obama (G1 GLOBO, 2020).

Conforme artigo publicado pelo Portal G1, os juízes ouviram cerca de 2 horas de argumentos por teleconferência devido a uma apelação de uma coalizão de Estados comandados por democratas, incluindo Califórnia e Nova York, e da Câmara dos Deputados de maioria democrata, que tentam preservar o *Obamacare*.

Porém, mesmo que a referida decisão só seja finalizada e publicada em 2021, ao que tudo indica, o *Obamacare* será mantido, assim como constou em reportagem divulgada pela Joven Pan News (2021) com o pronunciamento do atual presidente eleito, sobre a manutenção do *Obamacare*, detalhando ainda que dois dos juízes que estão julgando o caso são conservadores e já indicaram que não vão acabar com o *Obamacare*.

Ressalta-se que, atualmente, mais de 20 milhões de americanos tem acesso a esse plano de saúde, constando ainda nesse montante adultos pobres, jovens de até 26 anos, os quais são beneficiários pelo seguro dos pais e outras pessoas cujas condições médicas preexistentes provocaram a recusa de um plano de saúde comercial.

O presidente Joe Biden, em seu pronunciamento, criticou a Suprema Corte por trazer questionamentos sobre o *Obamacare*, informando ainda que o programa não precisa ser partidário, já que é questão de vida ou morte para os americanos, afirmando também que a saúde não será um fardo para os americanos.

O caso atual pendente de julgamento na Suprema Corte está relacionado a uma decisão do Congresso de 2017, pois naquele ano a maioria republicana anulou uma multa para os cidadãos que não contratassem seguro saúde.

Diferente do Brasil, que possui o Sistema Único de Saúde, nos Estados Unidos não existe um sistema de saúde público gratuito equivalente ao SUS brasileiro, assim, a maioria dos americanos conta com planos de saúde privados, subsidiados por suas empresas.

Como já mencionado nos parágrafos anteriores, os cidadãos de baixa renda nos EUA têm acesso a um seguro pago pelo governo, chamado *Medicaid*, e quem possui mais de 65 anos de idade conta com o programa *Medicare*. Logo, os cidadãos que não se encaixam em nenhuma dessas categorias e que não têm direito a planos de saúde pelo trabalho, estão sujeitos a arcar com suas próprias despesas médicas.

O atual presidente dos EUA, Biden, afirmou que os 75 milhões de votos recebidos por sua chapa foram também votos a favor do *Obamacare*. Segundo ele, a

ação em trâmite é “a mais recente tentativa dos ideólogos de extrema direita de limitar” acesso à saúde.

Conforme divulgado na revista *Exame*, o presidente eleito defende ainda a redução para 60 anos da idade mínima para acesso ao *Medicare* e a ampliação dos subsídios e planos oferecidos dentro da estrutura do *Obamacare*.

Logo, o que se entende da Lei conhecida como *Obamacare* é que esta veio com o objetivo tanto de trazer atendimento privado aos cidadãos de pouca renda quanto para se resguardar de gastos públicos em decorrência da utilização destes usuários do sistema de saúde pública, uma vez que quanto mais pessoas tiverem acesso à saúde privada, menos pessoas terão a necessidade de utilizar a rede pública de saúde, o que diminui consideravelmente os gastos nesse setor ao estado.

3.2 A ATUAÇÃO DA AGÊNCIA REGULADORA EM PLANOS DE SAÚDE

O conceito de Agência Reguladora está ligado a agências estatais independentes, tais agências estatais podem ser executivas ou reguladoras, como explica Figueiredo:

As agências reguladoras são fruto de uma profunda mudança na relação do aparelho estatal com a sociedade, especificamente com a ordem econômica. Na concepção clássica, a intervenção estatal sempre se centrou no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, não havendo, por parte do Estado, maiores preocupações com o equilíbrio de interesses dos diversos entes que compõem e participam da vida econômica de mercados específicos da economia (FIGUEIREDO, 2006, p. 81).

A mudança pela qual o autor se refere está ligada à necessidade do estado em diminuir seus gastos, assim como nos EUA, passando a levar em conta os diversos interesses envolvidos com o intuito de garantir o equilíbrio do interesse público, privado e coletivo.

O que se pode concluir, é que o modelo de autorregulação, ou seja, a intervenção mínima possível do Estado não pode ser interpretada ao ponto de o Estado como responsável por levar o acesso à saúde à população, deixe as agências atuarem por conta própria, afinal, estamos lidando com o direito e acesso à saúde, que mesmo que prestados de forma privada, deve-se levar em consideração os princípios constitucionais que norteiam o tema.

A agência reguladora, mesmo sendo integrante da Administração Pública indireta, deve permanecer neutra às pressões políticas que possam ser praticadas pela corrente que esteja, naquele momento, no poder, pois caso contrário, sem autonomia, o agente regulador teria dificuldades de exercer suas atribuições legais sendo subordinado funcionalmente ao Governo.

São figuras recentes no cenário da Administração Pública brasileira as agências reguladoras que têm como objetivo a intervenção em mercados específicos. Foi no direito anglo-saxão que o órgão regulador se mostrou importante, quando se iniciou o processo de privatização de setores específicos da economia, no caso inglês e americano, com a necessidade de corrigir as falhas de mercados que surgiram do monopólio natural do transporte ferroviário (FIGUEIREDO, 2006, p. 82).

O surgimento das agências reguladoras se deu diante da necessidade do Estado em gerir alguns segmentos estratégicos da economia nacional, tais como petróleo, energia elétrica e telecomunicações, assim como mercados importantes à coletividade, como suplementação dos serviços de saúde, abastecimento de águas, transportes terrestres e aquáticos, pois tais serviços ficavam sob monopólio exclusivo estatal.

Portanto, o foco das agências reguladoras é normatizar os mercados econômicos, e ainda, os setores dos serviços públicos delegados, com o intuito de trazer o equilíbrio entre o Estado, usuários que são os consumidores e delegatários, que são os agentes econômicos, no presente estudo, as operadoras de planos e seguros de saúde.

Destaca-se o ponto importante que é o limite do Estado em regular os planos privados de assistência à saúde, e ainda, os deveres deste diante da iniciativa privada, pois os serviços de saúde são considerados de relevância pública, mesmo sendo estes prestados pelo Estado ou pela livre iniciativa. O direito à saúde é direito social previsto no art. 6º da Constituição Federal, de modo que não podem ser tratados apenas por meio de regras de mercado (PAULO FILHO, 2017).

Portanto, a regulação do segmento da saúde deve respeitar, obrigatoriamente, a Constituição e, ainda, a previsão de, não apenas um princípio, mas diversos, que devem ser ponderados e harmonizados.

A intervenção do Estado no domínio econômico se dá diante da função a ele atribuída constitucionalmente, contudo, tal intervenção deve levar em consideração todos os princípios dispostos na constituição, tanto a livre iniciativa, livre concorrência

como a dignidade da pessoa humana, haja vista que tais princípios não se sobrepõem uns aos outros, devendo todos serem respeitados, como afirma Bercovici (2019, p. 50):

A previsão do valor social da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica constitucional significa que a livre iniciativa não é garantida em termos absolutos, mas como atividade que contribui para o progresso da sociedade. Por mais ampla que seja a concepção de “valor social”, o significado mínimo diz respeito a algo não individualista.

Sabe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana tem muita importância, principalmente por estar ligado ao dever do Estado, no que diz respeito ao dever deste em relação à prestação de serviços de saúde à população (PAULO FILHO, 2017, p. 154).

O dever de prestar o serviço de saúde de forma ampla, gratuita, universal e igualitária é do Estado. Apenas alguns princípios e diretrizes aplicados ao Sistema Único de Saúde, o SUS podem ser estendidos às operadoras de planos privados de assistência à saúde, não podendo ser tratados os serviços de saúde suplementar como se fossem “serviços complementares” de saúde, pois não estão ligados ao dever do Estado em prestar saúde a todos os cidadãos, sendo o serviço suplementar agente que obedece às regras da ANS, através da Lei nº 9.656 de 1998, bem como do contrato firmado entre as partes.

No manual de Leonardo Vizeu Figueiredo (2006, p. 35) encontram-se expostas as condições contratuais da operadora e as garantias desta ao consumidor:

O acesso universal aos serviços de saúde é garantido na rede pública de saúde e também na rede privada credenciada junto ao Poder Público para atendimento pelo Estado. Todavia no mercado de assistência privada à saúde, isto não ocorre. Somente terá direito à prestação privada da assistência à saúde aqueles em condições financeiras de arcar com a contraprestação pecuniária relativa às obrigações contratuais. Por sua vez, o operador de mercado em casos de comprovada e contínua inadimplência, poderá dar soluções de continuidade à relação contratual, rescindindo-a nos termos da lei, com prévia chancela do Poder Público. Contudo, isto não o autoriza a selecionar contratantes que possuem melhor perfil e menor potencial de risco de enfermidades. Isto porque todos em condições financeiras de contratar com a empresa privada de assistência à saúde devem ter garantido o acesso ao contrato, independentemente de sua condição física-psíquica pessoal.

A regulação estatal deve levar em conta as características técnicas peculiares dos fundos mutuais, como são realizadas as operações na área de saúde privada, caso contrário, estará contribuindo ao não aprimoramento do setor, concentrando a

oferta dos serviços, diminuindo as possibilidades de concorrência, o que é ponto negativo para todos os envolvidos.

Tem-se que o contrato de saúde privada não é instrumento de políticas públicas, não devendo, portanto, ser utilizado como forma de suprir a ineficiência estatal, bem como não deve ser tratado como se fosse desprovido de viés econômico. Como ressalta Carlini (2014, p. 131), sempre que essa relevância econômica é subestimada, os impactos se apresentam aos usuários, já que mercados em que a operação é de risco, isso em relação a pouca oferta, acabam por encarecer os planos de saúde, dificultando o acesso aos consumidores, restando claro que toda restrição à concorrência traz consequências negativas.

Cita-se em capítulos anteriores funções detalhadas da ANS, porém, em especial a função e o dever de definir as regras para os planos de saúde, fazendo com que a livre iniciativa e a concorrência permaneçam, claramente, com os apontamentos dos autores aqui estudados, é de suma relevância, pois traz benefício a todos os envolvidos, principalmente para o consumidor, usuário, que poderá escolher um plano de saúde privada de acordo com suas condições financeiras, de forma a suprir a ausência de prestação deste serviço pelo Estado de forma eficaz.

3.3 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras são pessoas jurídicas de Direito Público, exercem poder normativo, são criadas por lei, que prestam serviços públicos e exercem poder de polícia, atuação legitimada por leis e pelo exercício inevitável do poder regulamentar (ZIMMER JUNIOR, 2009, p. 258).

Para o autor, as autarquias são também pessoas de Direito Público, com patrimônio e com receita própria, que realizam atividades típicas da Administração, inclusive aquelas que pressupõem o exercício do poder de polícia. Estas surgem com o fim de qualificar o funcionamento da máquina estatal, a partir da descentralização do seu fazer administrativo e da organização financeira. Assim, as autarquias surgem para que possam prestar serviço público e/ou exercer poder de polícia administrativa. São criadas por lei específica (CF, art.37, XIX) e começam a operar a partir de um decreto, porém, só desaparecerão por intermédio da produção de nova lei (Lei 9.472/1997, arts. 8º e 10).

Seguindo o ensinamento do mesmo autor, todas as autarquias possuem autonomia, porém algumas apresentam um grau ainda maior: são as autarquias em regime especial, como é o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei 9.427-1996 autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério das Minas e Energia; a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) criada pela Lei 9.472, /1997, entidade integrante da Administração Pública Federal Indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações.

Ressalta-se, ainda, as principais características das autarquias, quais sejam: a independência, o poder normativo e a competência para arbitrar conflitos. Portanto, as agências reguladoras, no formato atual, surgem como decorrência do processo de desestatização, isto porque o Estado paulatinamente transfere à iniciativa privada um conjunto de atribuições e, ato contínuo, conforme previsão da própria Constituição Federal, passa a operar na condição de agente normativo e regulador. E, no desempenho do poder regulamentar, produz atos normativos de caráter infralegal, que podem ser considerados atos administrativos de caráter normativo:

Considerando que os regulamentos também não podem ultrapassar os limites das leis, como administrar os vazios de regulação, o que, sem dúvida, é problema que tende sempre para uma intensificação e um agravamento (ZIMMER, 2009, p. 258).

As agências reguladoras são autarquias especiais, de forma que assumem as atribuições próprias do poder concedente, inclusive com poderes normativos, segundo ensina Caio Tácito (1999).

Contudo, embora as agências reguladoras em sua essência tenham função de regular por meio de sua atribuição normativa, não se pode perder de vista a necessidade de se evitar qualquer incompatibilidade com o direito constitucional.

A ANS, por exemplo, apesar do que consta em sua lei criadora (Lei n.9.961/2000, artº1), não detém poder para produzir normatividade autônoma (CF, art.5º, II) e qualquer delegação de competência que se lhe fez (Lei n. 9.961/2000, art. 4º, IV, V, VII, XI, XIV) ou se lhe faça não poderia e nem poderá afrontar a legalidade constitucional e os legítimos mecanismos constitucionais de produção de normatividade (ESMERALDI; LOPES, 2015). Sobre isto, Di Pietro discorre que:

Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo

exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração ad nutum; ao caráter final das suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública (DI PIETRO, 2014, p. 542).

Analisando a função reguladora das agências, a autora manifestou-se no sentido de que suas atribuições limitar-se-iam às estritas funções que o poder concedente exerceria nos casos de concessão, permissão ou autorização de serviços públicos, quais sejam, regulamentar os serviços, realizar atos administrativos tendentes à celebração dos contratos, definir tarifas, sua revisão ou reajuste, fiscalizar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão e ouvir as reclamações dos usuários dos serviços (DI PIETRO, 2014).

O que se entende, portanto, é que a agência reguladora, como a ANS, não tem função legislativa, isto porque não lhe cabe a edição de atos que constituam e signifiquem inovação do ordenamento jurídico, eis que a função de legislar está reservada ao Poder Legislativo e Poder Executivo por meio dos mecanismos constitucionais de produção de leis em sentido formal.

Cabe aqui destacar que as duas únicas agências que possuem previsão constitucional são a ANATEL e a ANP, uma vez que receberam delegação de função a partir do próprio texto constitucional, chamadas de órgão regulador contida nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III. Enquanto que as demais não têm previsão constitucional, conseqüentemente, a delegação de função normativa é feita pela lei instituidora da agência.

Portanto, Di Pietro (2014) conclui que a função normativa que exercem as agências, não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas não podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro, pois trata-se de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, e se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador.

Compartilha os mesmos ensinamentos Lúcia Valle Figueiredo (2000), ao entender que as agências reguladoras brasileiras não podem ter papel normatizador, a exemplo do que acontece com as agências americanas, pois no direito brasileiro

obrigações somente se criam por lei, limitando-se o poder regulamentar, cometido ao Presidente da República, a fixar parâmetros para a execução de leis. Afirma, ainda, a citada professora, que mesmo nos Estados Unidos, depois de o Legislativo outorgar maior liberdade para as agências, tal fato foi percebido como uma possível invasão de competências do Legislativo.

Como leciona Leonardo Vizeu Figueiredo (2006), o ato normativo pode e deve transcender a mera regulamentação da lei, quando for expressamente delegado pelo legislador infraconstitucional a eficácia do conteúdo normativo da lei à edição de ato administrativo infralegal, o qual irá explicitar os limites, alcance e efeitos da norma perante os administrados.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 291), cita em sua obra a lição de Benedito Porto Neto, afirmando que:

[...] é legítima a outorga de competência normativa para a Administração quando a própria lei fixe estes parâmetros de forma clara e concreta. fazendo com que ela exerça essa competência em conformidade com a vontade do legislador (ou da lei). Ou seja, devem estar contidos na própria lei os princípios. os limites da atuação da Agência no exercício da competência normativa e as finalidades que devem, por meio dela, ser alcançadas. Fica superado. então o questionamento constitucional a respeito da possibilidade do exercício de competência normativa pela Agência. em face do princípio da legalidade.

No direito norte-americano, como ensina Di Pietro (2014), as agências reguladoras possuem função quase legislativa, pois a própria lei que institui esses entes já lhes confere poder normativo ou regulador. Assim, as agências reguladoras americanas gozam de certa margem de independência em relação aos três Poderes do Estado:

(a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao poder Judiciário, porque suas normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional, no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pelas agências, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos serviços públicos (DI PIETRO, 2014, p.543).

Portanto, no modelo citado, se admite a delegação de competência normativa às agências, submetidas aos controles, cujos mecanismos principais são a da

necessidade de fixação pelo ato de delegação do padrão a ser observado e o veto legislativo.

Contudo, a adequação do modelo citado ao sistema jurídico brasileiro permite que se justifique a competência normativa das agências reguladoras mediante o instituto da remissão normativa, a qual se verifica quando, em sede de regulamento de execução, a lei formal transfere à Administração Pública - não necessariamente ao Chefe do Poder Executivo - a competência para normatizar elementos complementares à ordenação que traçou, justificada pela natureza técnica de tais detalhes (NOBRE JÚNIOR, 2018).

Outro exemplo do poder normativo da agência reguladora que pode ser citado é quando se trata de criar direitos e obrigações para os administrados, ou seja, projeção de efeitos externos. Para isso, realizam-se audiências públicas como requisito antecedente para alteração de normas administrativas que possam afetar os direitos dos agentes econômicos ou dos consumidores e usuários, como é o caso da ANS, onde está previsto no art. 9º da Resolução Normativa RN nº 242 que dispõe:

Art. 9º Por deliberação da Diretoria Colegiada, o processo decisório da ANS em matérias relevantes para o setor poderá ser precedido de realização de audiência pública para ouvir e colher subsídios da sociedade civil e dos agentes regulados.

Quanto ao controle judicial no Brasil, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, em sua obra *Parcerias na Administração Pública*, não reconhece fundamento para a reserva de uma discricionariedade técnica para as agências, pois mesmo que se verifique a possibilidade de estabelecer normas sobre aspectos técnicos pelos órgãos administrativos em razão de sua especialidade, não se pode excluir tais aspectos do controle judicial. A autora afirma ainda:

[...] na medida em que se reconhece, sem qualquer controvérsia, a possibilidade de o Judiciário examinar matéria de fato, por mais técnica que seja (e o faz, em regra, com a ajuda de peritos), e na medida em que é perfeitamente possível o abuso de poder, o arbítrio, o erro, o dolo, a culpa, no estabelecimento de critérios técnicos, também não se pode deixar de reconhecer que a chamada discricionariedade técnica pode causar lesão ou ameaça de lesão e, portanto, ensejar correção judicial." (DI PIETRO, 1999, p.145).

O que se pode observar no estudo deste capítulo é que quando se discutem questões relativas às agências reguladoras nota-se a existência de algumas

divergências entre os doutrinadores, sendo a mais notável delas, sem dúvida, a existência de um poder normativo das mesmas, bem como quais seriam seus limites.

Porém, pelos autores citados neste estudo, tem-se que a doutrina reconhece a existência de poder normativo das agências reguladoras, devendo-se estar atendo aos limites estabelecidos na lei criadora da agência, ou seja, está-se diante de delegação de competências legislativas.

Também deve-se lembrar a importância das audiências públicas quando da criação e/ou de normas que possam interferir no direito dos envolvidos, quais sejam, no caso da ANS, por exemplo, os consumidores, usuários e operadoras de planos de saúde, afinal, é na audiência pública que serão discutidos os prós e contras da pretendida norma e/ou alteração desta, e em que ponto atingirá as partes.

Por fim, os interessados, envolvidos em determinado órgão regulador, têm o direito de expressar sua opinião, sendo obrigação da Agência Reguladora cuidar para que sejam preservados os interesses comuns dos envolvidos, pautando-se sempre em parâmetros de transparência, especialidade, eficiência e participação.

3.4 DA NECESSIDADE DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS ENVOLVIDOS

Sabe-se que a área da saúde privada no Brasil é, atualmente, regulamentada pela Lei nº 9.656/98, responsável por trazer disciplina específica para os contratos de plano de saúde, os quais contém regras sobre cobertura assistencial, abrangência dos planos, rede credenciada, procedimentos e eventos de cobertura restringível, carências, doenças e lesões preexistentes.

Esta mesma lei tem ainda como objetivo normatizar o controle de ingresso, permanência e saída das operadoras no mercado e a matéria relativa à solvência e liquidez das operadoras. Ainda é função da ANS, conforme previsto na mesma lei, que esta emita Resoluções Normativas, para que possa inibir práticas lesivas aos usuários e, por consequência, promover a estabilidade do setor, de modo que todos estejam satisfeitos, todos os envolvidos, o usuário, as operadoras e prestadores de serviços.

O fato é que mesmo criando as Resoluções Normativas, ainda assim não exclui a incidência de outras normas jurídicas, chamadas de caráter geral, mas em vigor no ordenamento jurídico, uma vez que possuem campos convergentes de aplicação,

levando, portanto, à aplicação de uma pluralidade normativa aos contratos desse setor.

Cabe aqui lembrar, que os contratos de plano de saúde enquadram-se na espécie de contrato civil, afinal, estão dentro do conceito de negócio jurídico entre as partes, previsto no artigo 104 e 421 e seguintes do Código Civil, mesmo se tratando de contratos em que se opera a desigualdade entre os contratantes, o que acaba levando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, e por consequência, à judicialização do tema.

Portanto, os consumidores que são os usuários dos planos de saúde, se enquadram nos artigos 2º, 17 e 19 do CDC, bem como as operadoras de planos de saúde se enquadram no conceito de fornecedor de serviços de natureza médico hospitalar previstos no artigo 3º caput.

Baseando-se nisso, é possível concluir que na área da saúde, é aplicável a Lei nº 9.656/98, as Resoluções-Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), bem como aplica-se o disposto no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Sendo função do jurista harmonizar as regras dos planos de saúde às normas civis e consumeristas, com o fim de se chegar à aplicação de decisão justa ao conflito no caso concreto, levando em consideração, principalmente, o direito fundamental à saúde previsto na Constituição Federal.

Como se pode notar, a função do magistrado ao apreciar tais casos não é uma das mais simples, uma vez que é necessário a ponderação entre as Leis específicas e gerais, respeitando ambas para que se possa aplicar a verdadeira justiça às partes.

Passa-se a falar, portanto, sobre a importância do Diálogo institucional, o diálogo entre os envolvidos do setor, pois o que se nota é a ausência deste ou deficiência nesse sentido. Afinal, diante da pluralidade da sociedade atual, se faz necessário o diálogo, para que os envolvidos possam justificar seu ponto de vista, pois na medida em que se é negociado uma prestação de serviços nesse setor, se leva em conta, não somente a abrangência do atendimento, mas a condição financeira do contratante, ora consumidor. Contudo, sem deixar de levar em consideração a necessidade de garantir condições de existência mínima e digna das pessoas, princípio constitucionalmente protegido.

Analisando a teoria do “diálogo das fontes” tratada por Erik Jayme, na Alemanha, em seu Curso de Direito Internacional na Academia de Haia, em 1995,

trazida ao Brasil pela jurista Claudia Lima Marques, de acordo com a jurista Marques (2012):

A bela expressão do mestre de Heidelberg é semiótica e autoexplicativa: *di-a-logos*, duas “lógicas”, duas “leis” a seguir e a coordenar um só encontro no “a”, uma “coerência” necessariamente “a restaurar” os valores deste sistema, desta “nov-a” ordem das fontes, em que uma não mais “*re-vo-ga*” a outra (o que seria um mono-*logo*, pois só uma lei “fala”), e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos direitos humanos.

Como se pode observar, o diálogo das fontes para esses autores, nada mais é que um instrumento de interpretação que tem por objetivo coordenar diversas fontes em conflito para trazer coerência, tornando-as mais simples, além de proteger valores constitucionalmente atingidos.

Diante de tantas normas envolvidas na área da saúde, se faz necessário que o operador do direito busque a preservação do sistema jurídico, de modo que dialogue com as diversas fontes, interpretações, jurisprudências, trazendo harmonia entre as normas existentes no setor, bem como a efetiva aplicação do direito de maneira justa.

Um tema de grande importância, que deve ser objeto no diálogo entre os envolvidos, é a Evidência Científica, a Medicina Baseada em Evidência (MBE) (REIS, 2019, p. 11), que pode ser entendida como a prática da medicina em um contexto em que a experiência clínica é somada com a capacidade de estudar criticamente e aplicar racionalmente a informação científica, de forma a melhorar a qualidade da assistência médica. Ou seja, é a relação integrativa entre a pesquisa e a prática clínica, tendo como vetores a efetividade, eficiência e segurança do tratamento posto à apreciação.

Cita-se a decisão unânime proferida pelo Pleno da Corte, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº175/CE (DJ de 17/03/2010), em que o relator conclui que a análise processual da evidência científica para garantir o acesso à saúde é indispensável para legitimação da atividade jurisdicional.

Os enunciados de número 12, 29, 59 e 89¹⁰ resultaram do tratamento que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deu ao assunto, tratando dessas matérias nas

¹⁰ ENUNCIADO Nº 12: A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde- SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico (Classificação Internacional de Doenças), indicando o tratamento eficaz, periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro ou uso autorizado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária- Anvisa, fundamentando a necessidade do tratamento com base em medicina de evidências (STJ-

Jornadas de Direito da Saúde, com destaque para a importância de se considerar a medicina baseada em evidência na análise do caso concreto.

É possível observar a importância do diálogo entre os envolvidos, uma vez que para se chegar à uma conclusão justa, analisando os conflitos envolvendo a questão de cobertura de procedimentos em plano de saúde, se faz necessário que todos estejam atentos às regras previamente estipuladas pela agência reguladora, além de ser, efetivamente, apurado o motivo pelo qual tal procedimento não foi incluso no rol de coberturas do paciente.

Ademais, nota-se que a competência conferida ao Judiciário para a solução de conflitos em última instância, haja vista que é responsável por decisões de caráter definitivo sobre aplicações e interpretações de normas constitucionais, acaba por imputar a este um papel importante nas democracias modernas.

O diálogo das fontes, portanto, constitui um instrumento interpretativo que busca a coordenação das diversas fontes potencialmente em conflito, de forma a restaurar a coerência do sistema, reduzir sua complexidade e promover os valores constitucionais.

Destaca-se, ainda, o entendimento acerca da aplicação complementar do Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas de plano de saúde, pois foi marcado pelo Superior Tribunal de Justiça, na Súmula nº 469, publicada no DJe em 06/12/2010, com o seguinte texto: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”. Como se pode notar, nenhuma ressalva foi feita com relação à época da formação do contrato – se antes ou após o advento da Lei nº 9.656/98 –, o que leva à conclusão de que as normas consumeristas são aplicáveis a todos os contratos de planos de saúde, sejam antigos ou novos.

Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves- 1ª Seção Cível- julgamento repetitivo dia 25.04.2018- Tema 106). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde-18.03.2019).

ENUNCIADO Nº29: Na análise de pedido para concessão de tratamento, medicamento, prótese, órtese e materiais especiais, os juízes deverão considerar se os médicos ou os odontólogos assistentes observaram a eficácia, a efetividade, a segurança e os melhores níveis de evidências científicas existentes. Havendo indício de ilícito civil, criminal ou ético, deverá o juiz oficiar ao Ministério Público e a respectiva entidade de classe do profissional.

ENUNCIADO Nº59: As demandas por procedimentos, medicamentos, prótese, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências - MBE.

ENUNCIADO Nº89: Deve-se evitar a obstinação terapêutica com tratamentos sem evidências médicas e benefícios, sem custo-utilidade, caracterizados como a relação entre a intervenção e seu respectivo efeito – e que não tragam benefícios e qualidade de vida ao paciente, especialmente nos casos de doenças raras e irreversíveis, recomendando-se a consulta ao gestor de saúde sobre a possibilidade de oferecimento de cuidados paliativos de acordo com a política pública.

Portanto, o diálogo entre as partes envolvidas se mostra tão necessário quanto o diálogo das fontes, o primeiro tratando-se de todos os envolvidos, consumidor, judiciário, agência reguladora e operadoras de planos de saúde, para que possam expor suas necessidades e interesses, adequando o necessário para atender a todos de maneira satisfatória. Enquanto o segundo, o diálogo das fontes, trata-se da necessidade da harmonização das normas, ou seja, que seja levado em consideração o contrato pactuado entre as partes, assim como o Direito do Consumidor, o Código Civil e Constituição Federal.

4 DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Embora na Constituição Federal exista impossibilidade de a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), tem-se a consagração do direito ao acesso à justiça e, por consequência, do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva, daí o fundamento do presente estudo, o porquê da Mediação ser aplicada aos conflitos em relação às negativas de coberturas de planos de saúde, pois podem auxiliar a se chegar a solução rápida e eficaz para ambas as partes.

Sabe-se que o processo representa o instrumento democrático por meio do qual o Estado exerce o seu poder jurisdicional, seu objetivo não contempla apenas os interesses individuais das partes na solução do litígio, mas também intenciona promover a função social da ordem constitucional em vigor.

Diante de todo o estudo realizado até o momento, entende-se que a saúde, por se tratar de direito fundamental social, é um bem jurídico buscado pelos cidadãos para alcançarem uma vida digna. Assim, o contrato de plano de saúde nada mais é que instrumento para que se atinja a proteção desse direito fundamental e a tão almejada vida digna, já que o serviço ofertado pelo Estado se mostra insuficiente.

Como visto nos capítulos anteriores, a livre iniciativa das operadoras de planos de saúde e a proteção à livre concorrência são essenciais para que estas possam ofertar serviços de qualidade e acesso aos usuários de acordo com suas condições, levando em consideração os serviços essenciais que, pelas normas da ANS, devem possuir cobertura.

Porém, diante das práticas de alguns agentes, operadoras de saúde que desrespeitam as regras elencadas pelo órgão regulador, prejudicando o consumidor, acabam levando os usuários a buscarem amparo no Judiciário, pois necessitam de atendimento que não possui cobertura, quando deveria ser coberto, ou não foi devidamente explicitado no contrato, ou o instrumento foi pactuado com cláusulas abusivas. São diversos os motivos que levam os usuários a procurarem o Judiciário, os principais serão analisados adiante para fins de melhor compreensão.

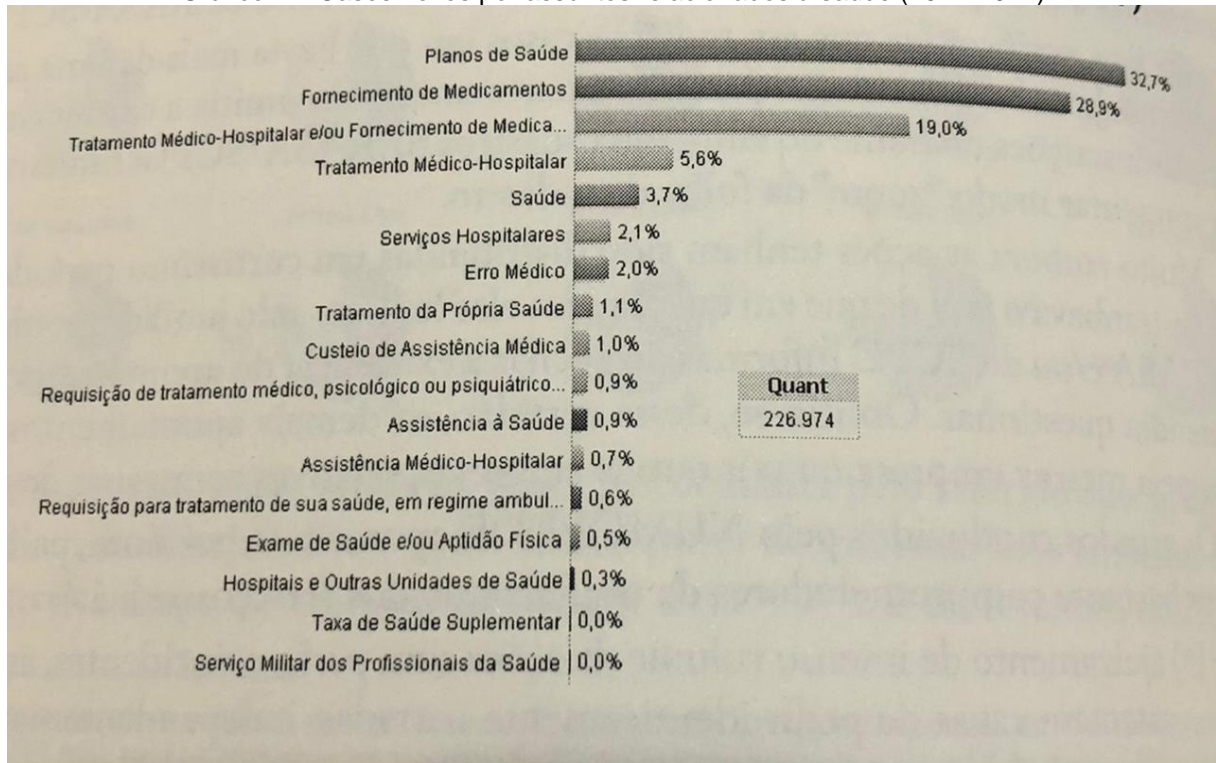
No livro *Direito, Instituições e Políticas Públicas*, Cunha Filho e colaboradores (2017, p. 711 e 712) listam os principais assuntos debatidos em juízo, que correspondem a aproximadamente 81% de todas as ações envolvendo saúde privada (Gráfico 1), quais sejam:

1º Planos de saúde: 32%;

2º Fornecimento de Medicamentos: 28,9%;

3º Tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos: 19%;

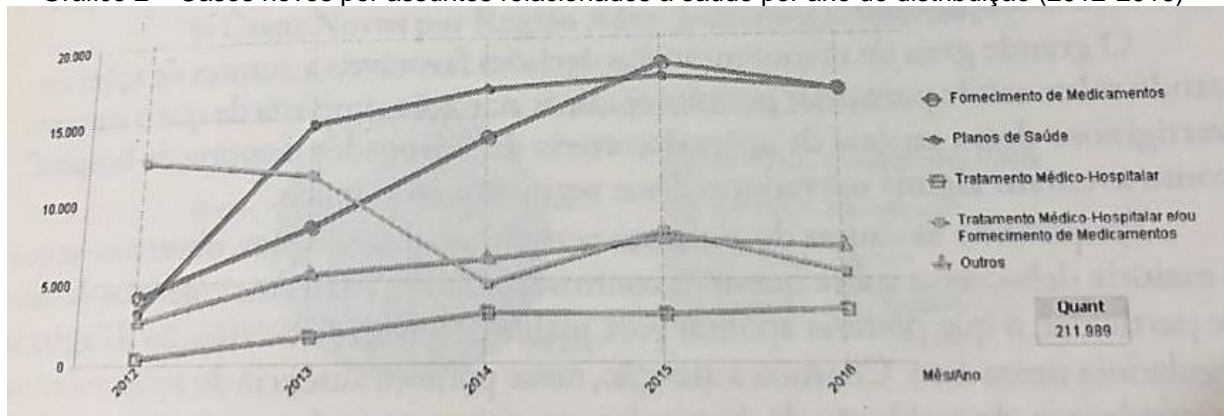
Gráfico 1 – Casos novos por assuntos relacionados à saúde (2012-2017)



Fonte: Cunha Filho et al. (2017)

Como observa-se a seguir, o Gráfico 2 mostra claramente a evolução da distribuição dessas temáticas na justiça paulista, no período entre 2012 a 2016, apenas.

Gráfico 2 – Casos novos por assuntos relacionados à saúde por ano de distribuição (2012-2016)



Fonte: Cunha Filho et al. (2017).

Em um estudo realizado por Mario Scheffer, concluiu-se que houve aumento de 631% das ações na área da saúde particular entre 2011 e 2016, em números absolutos isso significa um aumento de 19.025 para cerca de 77.000 processos que, de acordo com Scheffer, têm como assuntos principais: 1º Exclusão de Cobertura (47,67%); 2º Contrato Coletivo e Aposentadoria (14,98%); 3º Manutenção do aposentado no Contrato Coletivo (14,51%); e 4º Reajuste por mudança de faixa etária, dentre outros (MOURA, 2017).

Observa-se que o principal questionamento em juízo é a questão da cobertura de procedimentos médicos. Desta feita, os pontos que interessam neste estudo são: cabe a quem fazer esse controle de fiscalizar se o consumidor está correto ou se a prestadora de serviço de saúde está correta? Afinal, como dito nos capítulos anteriores, não basta uma simples análise, pois lida-se com questões de suma importância, uma vez que trata-se da saúde do paciente que, ao ser indicado por seu próprio médico para realizar algum procedimento necessário à sua saúde e bem-estar, se vê privado de fazê-lo diante da recusa de seu plano de saúde.

Porém, em contrapartida, é preciso se atentar ao que fora acordado no contrato entre as partes. Tal cobertura está clara em contrato que não será coberta pelo plano adquirido? Existe alguma exceção para que haja cobertura, desde que provada a necessidade do procedimento?

São questões relevantes a serem tratadas, conforme mencionado anteriormente, a boa e má fé, o consumidor/paciente nem a prestadora de serviço/plano de saúde, podem ser prejudicados.

A padronização dos contratos de prestação do serviço de saúde é primordial e a ANS deve fiscalizar esse item. É importante destacar que a boa execução dos contratos, principalmente em termos de acessibilidade, continuidade e qualidade, tanto depende das operadoras como também dos terceiros envolvidos que a elas prestem serviços. Nesse sentido, a importância da Resolução Normativa (RN) n.42/2003, da RN n.54/2003 e da RN n.71/2004, todas tratando e estabelecendo requisitos e padronizações mínimas de contratos celebrados entre as operadoras e terceiros que a elas prestem serviços (ESMERALDI; LOPES, 2015, p. 72).

4.1 OS REFLEXOS NO JUDICIÁRIO QUANTO À AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO POR PARTE DA ANS

Não é novidade que o Judiciário tem sofrido um acúmulo de processos para analisar, uma vez que a população acaba por exercer cada vez mais seu direito de acesso à justiça para obter a resolução de seus conflitos.

Está-se diante de Princípios Fundamentais pertinentes e relevantes, quais sejam: o direito à igualdade, o Acesso à Justiça, a Celeridade Processual e Segurança Jurídica, dentre outros. O cidadão que se sente lesado tem o direito de procurar socorro na Lei que o protege e garante seus direitos fundamentais, a sociedade em geral busca a satisfação desses direitos lesados no âmbito administrativo, Programas de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) e das Agências reguladoras.

Diversos desses Princípios, quando buscados de forma desordenada, sem uma política pública rígida, fiscalizadora tomando a frente, acabam por serem totalmente desrespeitados, haja vista que diante da ausência de um controle efetivo, uma governança regulatória, sempre serão feridos. O magistrado, diante da ausência de regulação e fiscalização julga caso a caso, ou seja, dificulta o trabalho, o que pode fazer com que a decisão tomada traga ao cidadão insegurança jurídica, aplicando sentenças diferentes a casos idênticos, por exemplo.

A judicialização da saúde no atual cenário é assustadora. Foi divulgada uma pesquisa requisitada pelo Conselho Nacional de Justiça (2019) ao Instituto de Ensino e pesquisa (Insper), sobre o direito à saúde em primeira instância, na qual observa-se um crescimento de aproximadamente 130% nas demandas entre 2008 e 2017, e em segunda instância, um aumento de 85%, entre 2009 e 2017.

Em relação à saúde privada, em primeira instancia, 51,4% das demandas se referem a planos de saúde, sendo a Justiça estadual de São Paulo uma das responsáveis por esse grande número de processos e o restante sobre saúde pública, seguido de fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico-hospitalar. Por fim, tem-se que apenas 4,48% das ações judiciais foram julgadas improcedentes na primeira instância e 75% dos casos os juízes julgam a favor do paciente/consumidor.

Como cita Angelica Carlini (2014, p. 137), no Brasil, o fenômeno da judicialização da política é contemporâneo ao início da vigência da Constituição Federal de 1988 e se acentua a partir da década de 90, quando os Poderes Executivo

e Legislativo não conseguem dar respostas de efetividade de direitos fundamentais sociais para todos os cidadãos, criando um clima de marcada frustração com a democracia.

Em pesquisa divulgada no site do Conselho Nacional de Justiça (2020), do total de mais de 78 milhões de processos em tramitação, cerca de 2 milhões relacionam-se ao direito à saúde, e ainda, conforme apuração realizada no mais recente relatório Justiça em Números, publicado em agosto de 2020, somente em 2019 foram ajuizadas 474.429 novas ações com demandas relacionadas a essa temática. Não se pode deixar de notar que houve intensificação diante da Pandemia mundial enfrentada atualmente, pois, no período de três meses de vigência das medidas de prevenção ao contágio do novo coronavírus, foram ajuizadas mais de 3 mil ações.

Para Barroso (1998), as decisões judiciais no âmbito da saúde pública estão na categoria de ativismo judicial, mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, principalmente em matérias de políticas públicas, exemplificando ainda o autor a distribuição de medicamentos e determinações de terapias mediante decisão judicial.

A ANS recebe inúmeras reclamações de consumidores que não são atendidos adequadamente por suas operadoras ou tem a negação de cobertura para algum procedimento.

A procura do paciente/consumidor pelo Judiciário é advinda da insegurança que este sente enquanto consumidor/paciente que, ao necessitar de cuidados com sua saúde, mesmo pagando por um plano de saúde particular, não é devidamente atendido.

Destaca-se, também, que não resta claro nas regras vigentes a solução para tais conflitos, de modo que a relação de consumo existente entre o paciente/consumidor e o plano de saúde acaba por afrontar um bem constitucionalmente indisponível, qual seja, a vida.

Em grande parte, tais demandas no Judiciário tratam da discussão sobre a negativa de coberturas de procedimentos, descumprimento de contratos, reajustes e diferença regulatória entre planos individuais/familiares e coletivos.

Com todo esse conflito entre as operadoras e os consumidores, a sociedade precisa de soluções rápidas e eficientes para que se possa reduzir as demandas no Judiciário com tal temática. Com toda essa insegurança jurídica pela ausência de normas e leis que definam uma regra para “TODAS” as operadoras trabalharem de uma forma apenas, tem-se a necessidade de atuação do Poder Legislativo. Criar leis

que possam dirimir tais conflitos pelo deixar de se manter inerte e fazer seu papel, determinando em forma de lei as regras que as operadoras de planos de saúde devem seguir para atender aos princípios básicos garantidos ao cidadão na Constituição Federal e ainda enquanto consumidor.

Além disso, como já exposto no capítulo anterior, a agência reguladora ANS tem seu papel como órgão fiscalizador e a responsabilidade de conferir se estão sendo cumpridas as regras estabelecidas para o setor.

Pode-se concluir que é necessário buscar meios alternativos para a redução dos conflitos, de modo que a garantia do direito à saúde seja respeitada e atendida não somente através da judicialização pelos consumidores.

Os conflitos resultam, portanto, de problemas não resolvidos, falhas na regulação da saúde suplementar, ou seja, resta claro que a regulação deste setor precisa ser estimulada a atender melhor o consumidor, mas não apenas e exclusivamente a ele, antes, deve regular todos os envolvidos, as operadoras devem ser devidamente remuneradas, os prestadores de serviços qualificados, o consumidor bem atendido, em busca da perfeição na prestação do serviço de saúde.

Tal serviço deve ser diferenciado de quaisquer outras relações de consumo, uma vez que o consumidor é o paciente e parte hipossuficiente desta relação, além de pagar pelo serviço, necessita de cuidar de seu bem-estar, direito fundamental que deve ser respeitado.

Os contratos de prestação de serviços de saúde, sendo redigidos de forma mais clara aos olhos do paciente/consumidor, evitam o conflito futuro, isto porque estarão efetivamente explícitas e transparentes as regras que regem aquele contrato, de fácil entendimento, oferecendo ao consumidor a segurança de saber o que está comprando, e que quando precisar utilizar, receberá de pronto o atendimento que necessita na hora e momento que necessita, uma vez que tratando-se de saúde, esta não pode esperar.

Não se pode deixar de destacar a importância do diálogo, que servirá de base para dirimir controvérsias e chegar em uma resolução efetiva. Diálogos, estes, entre todos os envolvidos, desde a Agência Reguladora até o consumidor.

Dentre as medidas efetivas com alta probabilidade de assertividade destacam-se a criação de Leis Regulamentares e a fiscalização desta pela agência reguladora, tendo ainda como suporte à aplicação de forma regulamentada da Mediação, evitando ao máximo que os conflitos virem litígios judiciais.

A fiscalização das operadoras deve estar regrada com tipificação para ações que violam as regras, discriminando desvios de recurso na saúde e os crimes em geral nesse âmbito.

Enfim, a busca pela excelência na prestação do serviço de saúde deve ser pautada pelo equilíbrio econômico, social e ambiental, cabendo tal consciência aos envolvidos, da importância de sua participação no contexto geral para o alcance da prestação final com eficiência e perfeição, trazendo a todos o sentimento de satisfação.

4.2 DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE CÂMARAS ESPECIAIS PARA O TEMA

Os Princípios que norteiam o tema “Saúde” são os considerados Fundamentais, quais sejam: o direito à igualdade, o Acesso à Justiça, a Celeridade Processual e Segurança Jurídica, dentre outros.

Quando esses princípios são buscados de forma desordenada, sem uma política pública rígida e fiscalizadora tomando a frente, acabam por serem totalmente desrespeitados, haja vista que diante da ausência de um controle efetivo, uma governança regulatória, sempre serão feridos.

Como outrora observado, essas demandas resultam de problemas não resolvidos, falhas na regulação da saúde suplementar, na ausência de prestação do serviço de saúde de forma eficaz, precisa e necessária ao cidadão.

Por se tratar de prestação de serviço de Saúde, sendo princípio protegido em Constituição Federal, resta claro que deve ser tratado de forma apartada a outros assuntos nos Tribunais, senão vejamos:

Como pode um magistrado avaliar a necessidade ou não de um procedimento, se não for apresentado um Laudo Médico comprovando? Com isso, o magistrado poderá estudar ainda a Lei, a Jurisprudência, os Regulamentos desta área para conseguir prolatar uma sentença efetivamente justa? Com a quantidade de demandas que hoje tem em suas mãos para avaliar, o acesso do Consumidor à Justiça terá uma resolução efetiva para ambas as partes?

Com isso, adentra-se em algumas sugestões de estudiosos como a de Angelica Carlini (2014, p. 178 e 179), que afirma que uma das primeiras alternativas para se minimizar a judicialização é a criação das Câmaras Técnicas, mecanismo de auxílio

aos magistrados para fornecimento de argumentação técnica a ser adotada na solução de casos concretos.

Tais Câmaras seriam compostas por grupos de profissionais que forneceria laudos técnicos para os magistrados, contribuindo para fundamentação uniforme e justa das sentenças para cada caso.

Por fim, cumpre destacar que haverá situações que o magistrado terá que ter sua convicção independente dos Laudos, uma vez que o trazido pela parte pode ser diverso ao apresentado pelo grupo de apoio, aqui considerado das “Câmaras”, assim, entende-se que não se pode obrigar o douto juízo a adotar a decisão que entender pertinente àquele caso, uma vez que, como dito em capítulos anteriores, trata-se de princípio básico, o direito à vida, à saúde, que por si só já tem seu peso e importância real e deve ser respeitado.

Não se pode, portanto, “acorrentar” o magistrado esperando que fique preso a decidir somente em conformidade com os dados técnicos a ele apresentados, está-se diante de uma sugestão apenas de “auxílio” para preservar o princípio da segurança jurídica do paciente.

O fator “tempo”, sem dúvidas, é o principal indicador da interposição das medidas judiciais nesse tema, uma vez que se tem a necessidade de realizar um procedimento para se manter saudável para garantir a vida do paciente, portanto, tendo-se ainda o auxílio das Câmaras de especialistas, estas poderão auxiliar o magistrado nesse sentido, se é caso de tutela antecipada ou não.

Portanto, se apurado no exemplo do parágrafo anterior que a demanda não é caso para tutela antecipada, poderá o magistrado determinar que seja realizada a mediação prejudicial, para que as partes possam dialogar e tentar uma composição amigável para solução daquele conflito.

A pretensão do consumidor, sua busca pela excelência na prestação do serviço de saúde, deve ser pautada pelo equilíbrio econômico e social, bem como a atuação de todos os órgãos envolvidos com consciência para que se possa alcançar uma prestação de serviço de saúde com eficiência e perfeição, tanto para o consumidor quanto para o prestador de serviço, que terá o sentimento de dever cumprido.

No entanto, mesmo levando em consideração a necessidade que o consumidor/paciente tem de ter seu caso analisado judicialmente no menor tempo possível, o magistrado, como aplicador da Lei e não “Legislador”, precisa apurar os fatos, utilizando-se das ferramentas que tem à sua disposição para que não seja

injusto com as operadoras de planos de saúde, nem deixe de apreciar os pedidos que o consumidor levou aos autos.

As informações sobre a operacionalização da referida ferramenta podem ser conferidas no site do Conselho Nacional de Justiça (2020) que descreve as soluções construídas com o intuito de reduzir a judicialização. A ferramenta citada pelo CNJ tem o intuito de apoiar os juízes e foi aprovada por um Termo de Cooperação, termo este formalizado com o Ministério da Saúde (TC n.51/2018) e a participação do Hospital Israelita Albert Einstein, que serviram de apoio aos magistrados, respondendo aos pedidos urgentes destes, 24 horas por dia.

Desde 2019, foram inseridas as questões de saúde também no portal do Consumidor.gov, para que se pudesse incentivar a conciliação, principalmente, nas reclamações que envolvem operadoras de planos de saúde.

A informação de que todos esses trabalhos já são passíveis de contabilização foi publicada no site do CNJ, citando, ainda, que em Tocantins, por exemplo, os dados científicos contribuíram significativamente para a diminuição da judicialização do tema com o aumento dos acordos extrajudiciais.

O estado do Tocantins possui também o Núcleo de Apoio Técnico Judiciário (NatJus) municipal nas cidades de Araguaína e Palmas, além do NatJus estadual. A coordenadora do Comitê de Saúde do estado, a juíza Milene de Carvalho Henrique, informou à pesquisa publicada no CNJ (2020) que os NATs subsidiam os magistrados e operadores do direito, com informações técnicas, resolutividade, além da capacitação e efeito pedagógico, uma vez que a pretensão é a desjudicialização da saúde.

Utilizando as palavras da Juíza Milene de Carvalho na íntegra:

As solicitações pré-processuais são provenientes da Defensoria Pública e do Ministério Público, que buscam subsídios técnicos antes de ingressar com o processo. Todas as notas técnicas são respondidas com pesquisa do material disponível na plataforma nacional, o e-NatJus. Todos os técnicos possuem acesso e já foram capacitados em oficina para elaboração de notas técnicas, ministrada pelo Hospital Sírio-Libanês (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020, on-line).

De acordo com as informações publicadas pelo CNJ, os três Núcleos de Tocantins, só no ano de 2019, expediram um total de 3.757 notas técnicas, sendo destas 2.645 emitidas pelo NatJus Estadual e desse número, 1.526 foram na fase

extrajudicial e 1.119 já na fase judicial. Como nota-se, houve uma considerável redução, de maneira que a quantidade de notas técnicas na fase pré-processual superou a quantidade de notas emitidas na fase judicial propriamente dita.

Destacou-se ainda a redução mensurada de 72% no ingresso de novos casos no ano de 2018 e 2019. Segundo a juíza Milene: “Com o passar dos anos, as consultas foram crescendo e os juízes perceberam a importância da informação técnica para as demandas em saúde. No ano de 2019, tivemos um índice de 95% dos magistrados de Tocantins consultando as notas técnicas, o maior até agora”.

Com a utilização do sistema do NatJus, o Judiciário atua com maior capacitação no assunto, trazendo ao consumidor, bem como a todas as partes envolvidas, a tão almejada segurança jurídica garantindo efetivamente os direitos dos cidadãos.

4.3 CONSIDERAÇÕES DO CNJ SOBRE POSSÍVEIS SOLUÇÕES À JUDICIALIZAÇÃO DO TEMA

Como observado nos capítulos anteriores, o direito ao acesso à saúde já é um tema notório, assim como o aumento dos casos direcionados à Justiça para resolução.

Porém, o Judiciário se vê em um dilema, pois, ao mesmo tempo que precisa apreciar uma tutela de urgência, beneficiando um paciente contra seu plano de saúde que não teria coberto algum procedimento que este necessitava, acaba prejudicando as operadoras de planos de saúde, uma vez que os planos são previamente ajustados, adequando os atendimentos para cada consumidor de acordo sua condição financeira.

Citando as análises judiciais em litígios no SUS, em que o magistrado concedendo a tutela de urgência, pode acabar beneficiando uma pessoa, e prejudicando outra que estava na fila para ser atendida.

Direcionado ao tema deste trabalho, voltado à saúde privada, a fim de se preservar e beneficiar os pacientes sem acarretar o desequilíbrio do sistema de saúde ou das operadoras de planos de saúde, o Conselho Nacional de Justiça tem buscado contribuir para solucionar o impasse e, pelo debate e edição de normativos, prover estrutura e ferramentas para que a Justiça possa atender as demandas da sociedade.

Conforme dados do Relatório Justiça em Números do CNJ, são mais de dois milhões de ações sobre saúde, atualmente, em sua maioria, os pedidos são de acesso a procedimentos e medicamentos, muitos deles previstos na lista do SUS, porém, não fornecidos pelo Estado, que acaba por descumprir seu papel.

De acordo as pesquisas realizadas pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNPJ), em *Judicialização da Saúde de Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução* (CNJ, 2019), é possível observar que o setor de saúde foi responsável por 498.715 processos em primeira instância, distribuídos em 17 tribunais estaduais de justiça; e 277.411 processos em segunda instância, distribuídos em 15 tribunais de justiça estaduais. De acordo com a referida pesquisa, houve imenso impacto no orçamento do Ministério da Saúde, aumentando 13 vezes os gastos em atendimento às demandas judiciais, apontando, ainda, que no ano de 2016 os gastos chegaram a R\$1,6 bilhão.

Depois de uma audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal (STF), na qual foram reunidos diversos especialistas diante discussão do elevado aumento da judicialização, que no ano de 2009 chegou a contabilizar em torno de 500 mil processos no país, o CNJ, então, criou um grupo de trabalho com o intuito de elaborar estudos e propostas de medidas reais e normativas referentes a essas demandas.

Serão citadas algumas delas, priorizando as que trazem relação com a saúde privada, tema deste trabalho.

Ato primordial aprovado pelo CNJ (2010a) foi a Recomendação n.31/2010, que teve como objetivo reunir medidas que pudessem subsidiar os magistrados e demais operadores do direito em decisões mais eficientes na solução das demandas sobre a assistência à saúde, orientando os juízes a ampliar as fontes de informações para que possam conceder os pedidos envolvendo a comunidade médica e científica, bem como os gestores públicos para se chegar à solução.

No ano de 2010, houve ainda a aprovação do CNJ (2010b) da Resolução 107, a qual instituiu o Fórum Nacional da Saúde, para que fossem elaborados estudos propondo medidas concretas e normativas para se aperfeiçoar os procedimentos, com intuito principal de estabelecer instrumentos para subsidiar os magistrados com informações técnico-científicas garantindo uma decisão baseada em evidências.

A Resolução 238/2016, que criou o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário-NATJUS, que é destinado à subsidiar os magistrados com informações técnicas, o CNJ (2016) e o Ministério da Saúde celebraram o Termo de Cooperação

n.21/2016, que tem como objetivo primordial disponibilizar subsídios técnicos para a tomada de decisão com base em evidência científica, nas demandas que discutem questões sobre direito à saúde, tanto na área pública como privada, visando o aprimoramento dos conhecimentos técnicos dos magistrados para solução das demandas tanto para a celeridade quanto para a segurança jurídica das decisões.

Contudo, o Rio de Janeiro foi o primeiro estado a criar um NATJUS por meio de um projeto piloto, cujo início ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que realizava eventos com o intuito de discutir as questões de saúde, tanto nos setores públicos como no privado.

Nesse sentido, por meio da assinatura do referido termo de cooperação, foi criado o projeto Banco Nacional de Pareceres – Sistema E-NATJUS, estando à disposição do magistrado para que sua decisão não seja apenas baseada nos pedidos do requerente.

A plataforma digital fica disponível para consulta dos magistrados para que possam, efetivamente, tomar decisões com fundamento técnico, levando sempre em conta a evidência científica, reduzindo a prolação de decisões conflitantes, consultando os pareceres técnicos dos medicamentos e procedimentos, com relatórios sobre diversos assuntos da Judicialização da Saúde.

Porém, não se pode dizer, ainda, que a plataforma é bastante utilizada pelos magistrados, e este é o desafio do E-NATJUS, conseguir a adesão destes. Afinal, a nota técnica trata-se de um documento de caráter científico confeccionado por equipe técnica de Apoio ao Judiciário, o NATJUS, com a intenção de responder, de modo preliminar, questão clínica sobre os potenciais efeitos de uma determinada tecnologia para condição de saúde vivenciada pelo indivíduo.

Portanto, o parecer técnico científico pode resultar em: (a) conclusões suficientes para indicar e embasar cientificamente o uso de uma tecnologia; (b) conclusões suficientes para contraindicar seu uso; (c) apenas identificar que as evidências disponíveis são insuficientes (em termos de quantidade e/ou qualidade) e sugerir que recomendações, para seu uso ou não, não podem ser levantadas considerando o conhecimento atual (CJN, 2016).

Cita-se alguns Enunciados do CNJ relacionados às demandas sobre a saúde suplementar, iniciando pelo de nº 02:

ENUNCIADO Nº 02

Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em tutela provisória ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório e prescrição médicos a serem apresentados preferencialmente ao executor da medida, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).**

Como observa-se nesse Enunciado, a preocupação do CNJ está clara em relação à necessidade de renovação de relatório e prescrição médica, buscando, portanto, a eficácia da medida.

Ainda o Enunciado nº. 03 trata sobre as demandas que envolvem pedidos de serviços e assistências de saúde, sendo claro no referido Enunciado que é prescindível comprovar a negativa ou indisponibilidade da prestação no SUS e na Saúde Suplementar, ou seja, se o cidadão tem plano de saúde, entende-se que este, se tiver o tratamento negado em seu plano de saúde, deve comprovar também a negativa ou indisponibilidade do referido tratamento no Sistema Único de Saúde:

ENUNCIADO Nº 03

Nas ações envolvendo pretensões concessivas de serviços assistenciais de saúde, o interesse de agir somente se qualifica mediante comprovação da prévia negativa ou indisponibilidade da prestação no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e na Saúde Suplementar. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).**

Outro Enunciado é o nº 14, onde é citada a condição de comprovação da ineficácia ou inefetividade, para o paciente em relação ao rol da ANS ou da rede pública, para concessão do pedido no Judiciário:

ENUNCIADO Nº 14

Não comprovada a ineficácia, inefetividade ou insegurança para o paciente dos medicamentos ou tratamentos fornecidos pela rede de saúde pública ou rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, deve ser indeferido o pedido (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).**

Já no Enunciado nº 18, o CNJ indica que as decisões liminares devem ser concedidas diante das notas emitidas pelo NatJus, com base em evidências científicas. Assim como no Enunciado nº 19, é requisito necessário para propositura

de demanda a juntada de relatório médico detalhado de modo à auxiliar o magistrado nas decisões:

ENUNCIADO Nº 18

Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário – NatJus e/ou consulta do banco de dados pertinente. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).**

ENUNCIADO Nº 19

As iniciais das demandas de acesso à saúde devem ser instruídas com relatório médico circunstanciado para subsidiar uma análise técnica nas decisões judiciais. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).**

No Enunciado nº 23, o CNJ orienta que se consulte a ANS esclarecimentos sobre a demanda, em casos de discussões relacionadas à cobertura contratual, o rol de procedimentos:

ENUNCIADO Nº 23

Nas demandas judiciais em que se discutir qualquer questão relacionada à cobertura contratual vinculada ao rol de procedimentos e eventos em saúde editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS recomenda-se a consulta, pela via eletrônica e/ou expedição de ofício, a esta agência Reguladora para os esclarecimentos necessários sobre a questão em litígio.

Outro ponto importante abordado no Enunciado nº 25 é o reconhecimento de abusividade da operadora que nega cobertura de procedimentos cirúrgicos de alta complexidade, os quais são ligados a doenças ou lesões preexistentes, não tendo o paciente conhecimento, exceto se comprovada má fé:

ENUNCIADO Nº 25

É abusiva a negativa de cobertura de procedimentos cirúrgicos de alta complexidade relacionados à doença e lesão preexistente, quando o usuário não tinha conhecimento ou não foi submetido a prévio exame médico ou perícia, salvo comprovada má-fé (Súmula 609/STJ). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).**

Outra recomendação que o CNJ aponta no Enunciado nº 92 é que se leve em consideração a condição clínica do paciente, bem como quais os perigos que este possa enfrentar na demora para a concessão da tutela de urgência:

ENUNCIADO Nº 92

Na avaliação de pedido de tutela de urgência, é recomendável levar em consideração não apenas a indicação do caráter urgente ou eletivo do procedimento, mas também o conjunto da condição clínica do demandante, bem como as repercussões negativas do longo tempo de espera para a saúde e bem-estar do paciente.

A observação dos Enunciados aqui citados tende a trazer mais segurança jurídica para os demandantes, tanto para o paciente/consumidor quanto para a operadora de plano de saúde, que não se sentirá lesada com a aplicação de procedimentos diversos ao contratado pelas partes em comum acordo prévio.

4.4 A SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES RELACIONADAS À COBERTURA DE PROCEDIMENTOS EM PLANO DE SAÚDE

No que tange à efetividade da Segurança Jurídica, diante de todo o exposto neste estudo, é possível concluir que com todos os órgãos envolvidos entendendo seu papel para que o serviço chegue ao Consumidor com excelência, ter-se-ia uma grande evolução na desjudicialização em ações sobre planos de saúde, porém, enquanto esse patamar não é atingido, é preciso avaliar questões que desencadeiam o aumento de ações, bem como as decisões dos Tribunais brasileiros para que se tenha uma sentença “justa”.

Cumprido ressaltar que cabe ao poder público criar políticas adequadas que garantam a assistência à saúde a todo cidadão, bem como em relação às Assistências Privadas de Saúde, sobre estas espera-se que o órgão regulador faça cumprir seu papel fiscalizador, que imponha as regras e as fiscalize, deixando tudo harmonizado entre os envolvidos, e por fim, o cidadão/consumidor receba seu atendimento com a eficiência almejada.

No Brasil, o fenômeno da judicialização da política é contemporâneo ao início da vigência da Constituição Federal de 1988, e se acentua a partir da década de 90 quando os Poderes Executivo e Legislativo não conseguem dar respostas de efetividade de direitos fundamentais sociais para todos os cidadãos, criando um clima de marcada frustração com a democracia, como cita Angelica Carlini (2014, p. 137) em sua obra.

A insegurança que persegue o consumidor o faz procurar pelo Judiciário, uma vez que, como paciente, necessita de cuidados com sua saúde, mesmo pagando por um plano de saúde particular, não é devidamente atendido.

Em destaque, tem-se a Súmula 102 do TJSP que decidiu: “Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.”

Apesar da súmula acima citada, se pode concluir que a jurisprudência nesse sentido, quando se discute planos de saúde, não é pacífica, uma vez que ora as decisões observam os contratos de plano de saúde à luz das regras que regem o Código de Direito do Consumidor e do marco regulatório, outra ora pautam-se somente de acordo com as regras regulatórias suplementar.

O que se conclui, portanto é que, de nada adianta súmulas, se estas não se tornarem efetivamente Leis a serem aplicadas àquela situação, ou que ao menos sejam vinculantes, pois estas possuem força normativa sobre os órgãos do Poder Judiciário, bem como sobre toda a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Cita-se, ainda, a abordagem do tema feita por John Hart Ely (1977, p. 290), que fala do interpretativismo, o ativismo que rodeia a sociedade atualmente. A vantagem do interpretativismo estaria, então, em evitar o debate constitucional sobre temas não previstos expressamente no texto, para o autor, a constituição tem ambiguidade na linguagem, ou seja, leva o magistrado a fazer sua própria interpretação.

Afirma o autor que se não houver o interpretativismo, o problema pode se agravar ainda mais, uma vez que ficaria a norma sem o sentido concreto ao caso, correndo o risco de acabar por interpretar por valores não extraídos do próprio texto constitucional.

Ely faz uma proposta para que a Suprema Corte não imponha seus valores às cláusulas constitucionais abertas, mas que atuem em margem mínima de ação corretiva. A proposta do autor seria a de que a Corte fiscalizasse a participação e combatesse eventuais discriminações, sendo protetora de direitos civis e políticos inerentes à competição, funcionamento e à manutenção dos processos decisórios, tendo como base a liberdade de expressão, reunião, associação partidária e direito de voto. Devendo, portanto, a Corte garantir que o jogo de interesses seja disputado de forma justa.

Tão importante quanto o fundamento da teoria “dworkiana” está na historicidade e a integridade que convém a nova decisão, em respeito a harmonia e as decisões constitucionais passadas. De tal forma, o magistrado buscará a única solução compatível com a história e seus precedentes. A metáfora do “romance em cadeia” ilustra bem esse elo necessário do juiz com a tradição jurídica.

Ronald Dworkin defende a ideia de atualização do texto normativo por uma leitura moral, diz ainda que se ofende a democracia, uma vez que juízes não são eleitos pelo povo. Neste aspecto, o autor não se debruça na busca de saber quais concessões a democracia deve fazer a outros ideais, mas sim a busca efetiva da aplicação desta. Escreve Dworkin (1989-1199, p. 324-346):

Dizem que a democracia não é tudo, e que a proteção dos direitos individuais quando ameaçados é mais importante que dar efeito à vontade da maioria. Querem as disposições limitativas da Constituição interpretadas com espírito generoso; convidam a Suprema Corte a dar plena e desembaraçada força aos princípios morais que eles acreditam devam proteger a democracia. Tenho alguma simpatia por essa reação ao problema.

Por fim, para se atingir o objetivo da efetividade da justiça nas decisões dos Contratos de Consumo, em especial nos Contratos de Plano de Saúde aqui estudados, conclui-se ser necessário que além de todos os órgãos envolvidos se conversarem, sejam criadas leis específicas, e em relação ao tema aqui estudado, que haja fiscalização por parte da ANS junto às Prestadoras de Serviços de Plano de Saúde, bem como que o Judiciário possa, enfim, uniformizar suas decisões com base em Leis específicas, ou melhor, que tais demandas sejam tratadas por Tribunais especializados no assunto, assim se estará mais próximo da tão esperada “Segurança Jurídica” desse tema tão importante.

5 MEDIAÇÃO NOS PLANOS DE SAÚDE E O PAPEL CONTROLADOR DA ANS

A Agência Nacional de Saúde Suplementar é o órgão regulador do setor, a esta foi dada a missão de defender o interesse público na assistência suplementar à saúde. Compete a ela regular, normatizar, controlar e fiscalizar as operadoras setoriais, inclusive, no que diz respeito as relações com os prestadores e consumidores, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país, conforme previsto nos artigos 1º e 3º da Lei 9.961,0 de 2000.

Com a interpretação sistemática dos artigos é possível identificar com clareza que a ANS tem o papel de proteção do consumidor individual, atendido em casos concretos e específicos.

É primordial que a ANS monitore o mercado em relação aos índices de satisfação do consumidor, trabalho este realizado pelo órgão desde sua implantação.

Entende-se que a solução de conflitos é o objetivo mais evidente da mediação, e é alcançado através do diálogo, sendo este o principal caminho. Tal método passa a prevenir os conflitos, de modo a trazer as soluções antes que virem demandas judiciais.

Ao se estabelecer a mediação como criadora de comunicação entre as partes e apresentando-as como responsáveis pela solução do conflito, este método acaba por ultrapassar a solução de conflitos, passando a preveni-los (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2012).

Ressalta-se que a contratação de um plano ou seguro saúde requer a transparência nas informações prévias, ainda que regulamentadas. Por esse motivo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar criou o Manual de Orientação para Contratação de Planos de Saúde e Guia de Leitura Contratual para trazer mais segurança nas informações prestadas sobre carências, reajustes, cobertura, entre outras.

A ANS iniciou, ainda, a mediação ativa dos conflitos como “Novo Enfoque da Fiscalização”, um projeto de gestão que passou a privilegiar a celeridade da resolução dos conflitos advindos do setor suplementar. Aplicando métodos e valores tais como: a mediação ativa dos conflitos do mercado de saúde suplementar, celeridade e eficiência no âmbito do processo de fiscalização; ação punitiva de práticas de mercado e protagonismo do consumidor/beneficiário.

Diante deste projeto, alguns procedimentos foram apresentados pela ANS para colocar em prática a resolução dos conflitos, um deles foi a Notificação de Investigação Preliminar (NIP). Trata-se de uma comunicação de mediação ativa, com objetivo de estabelecer a ligação correta e eficiente entre beneficiários/consumidores e operadores de planos de saúde, quando estes apresentam negativa de cobertura assistencial junto a ANS, induzindo os mesmos a uma solução.

A NIP estabelece essa comunicação através da Central de Relacionamento e/ou áreas de atendimento dos Núcleos Regionais de Atendimento e Fiscalização (NURAFs).

Tal procedimento nada mais é que uma notificação às operadoras de planos de saúde sobre demandas (negativas de coberturas) recebidas antes da abertura do processo administrativo, permitindo, portanto, que o órgão regulador atue efetivamente na solução prévia de conflitos com a reparação voluntária antes mesmo de consumir o dano ao consumidor/beneficiário do plano de saúde.

Em um estudo apresentado sobre a efetividade deste projeto NIP, foi possível verificar que em janeiro de 2009, 52% das demandas relacionadas à negativa de cobertura foram solucionadas com o uso do NIP; aumentando este número em junho para 61%. No segundo trimestre de 2009 houve um melhor desempenho, comparando-se com o semestre anterior, atingindo em agosto, 74% de resolução. Por fim, a média anual foi de 62%, superando a meta que tinham previsto de 10% anual.

O instituto da Mediação vem sendo aplicado nos conflitos que envolvem discussões de cobertura de procedimentos em planos de saúde. Sabe-se que o Judiciário tem recebido muitas demandas nesse sentido, uma vez que quando surge algum conflito em relação a saúde, o consumidor/paciente busca uma solução, que muitas das vezes não é a mais rápida.

A busca ao atendimento para ser possível a realização do procedimento médico é estressante, uma vez que o paciente necessita do atendimento de forma ágil, precisa do tratamento que, por vezes, quando não atendido num tempo razoável, pode prejudicar ainda mais sua saúde, ou seja, paga por um plano de saúde e quando mais precisa, não consegue ser devidamente atendido.

Pleiteia judicialmente o atendimento através de pedido liminar, quando o usuário corre riscos reais e imediatos relacionados ao seu bem-estar e saúde, o que ocasiona o acúmulo de processos perante os Tribunais.

A restrição à realização de alguns procedimentos, que podem se dar tanto pela falta de esclarecimento do Convênio Médico como também por falta de entendimento do consumidor, dúvidas não sanadas no ato da contratação do plano de saúde; são responsáveis por levar ao Judiciário a discussão em forma de demanda para resolução.

Fato este que desrespeita ainda a Constituição Federal, no artigo 6º, com redação determinada pela Emenda Constitucional 26, de 2000, que determina: “são Direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. ”

A Mediação, nesse sentido, contribui inclusive com o trabalho que é de responsabilidade da ANS, ao qual se imputa a obrigação de fiscalização, normatização, regulação, controle, o que for preciso para defender o interesse público na assistência à saúde.

Através da Mediação de conflitos, a ANS pode fazer um controle, fiscalizando quais as empresas que não estão atendendo as regras, bem como a Mediação impede que o paciente/consumidor seja lesado, evita que se estenda um litígio levando em risco o vínculo entre as partes, plano de saúde e consumidor.

A aplicação do instituto extrajudicial para resolução dos conflitos resultará na eficiência do atendimento, na segurança jurídica efetivamente aplicada a cada caso.

5.1 A RESOLUÇÃO NORMATIVA (RN) 388 DE 2015 E SEUS IMPACTOS NOS ÚLTIMOS 05 ANOS

Segundo a Resolução Normativa RN nº388 de 2015, a ANS poderá adotar meios para a realização de suas ações fiscalizadoras. Na fase pré-processual, a Agência pode instaurar a Notificação de Intermediação Preliminar ou procedimento administrativo preparatórios.

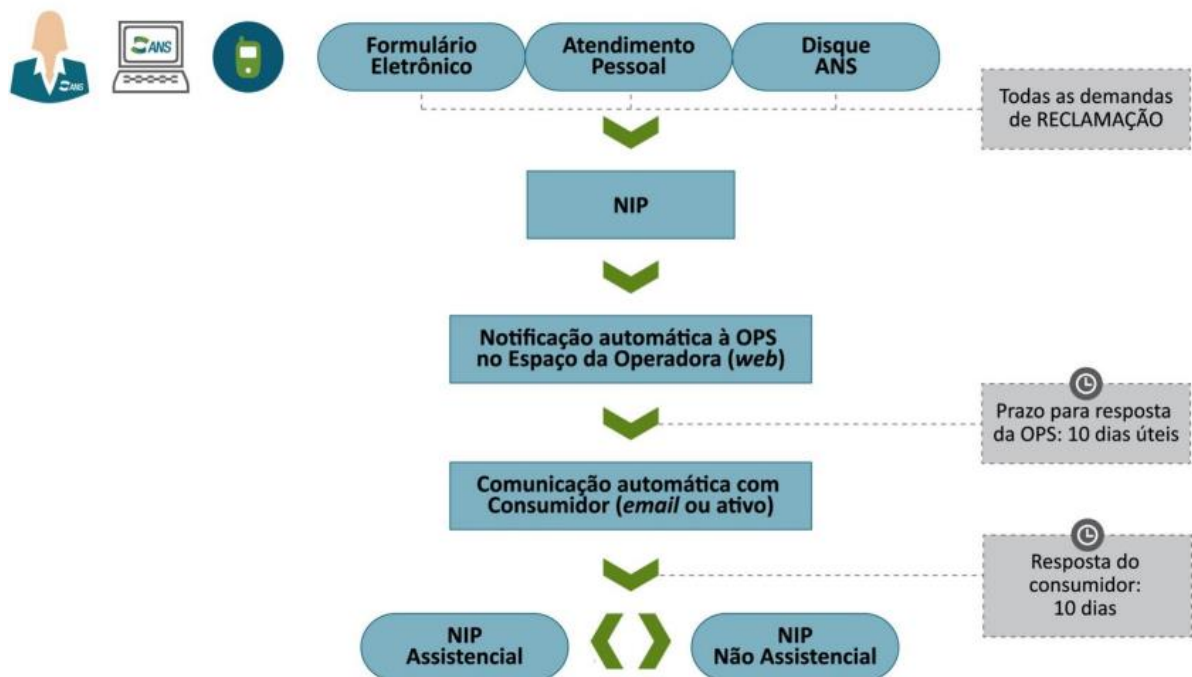
A NIP é a forma extrajudicial que a Agência Reguladora ANS possui para solucionar conflitos, que se trata de um instrumento de mediação com o intuito de alcançar solução consensual do conflito existente entre operadoras de planos de saúde e beneficiários.

O funcionamento pode ser conferido no site da ANS (2017), tratando-se, portanto, de fase pré-processual, na qual o usuário cadastra sua demanda através dos canais de atendimento da ANS. Com isso, a operadora é notificada por meio eletrônico, tendo até dez dias úteis para adotar as medidas necessárias para chegar à solução do problema.

A NIP classifica-se em assistencial e não assistencial, sendo a primeira quando tem por referência toda e qualquer restrição de acesso à cobertura de tratamento, procedimentos, ou seja, assistência à saúde em geral; já a segunda, não assistencial, trata de outros temas tais como reajuste, cancelamento de contrato entre outros (DRESCH; BICALHO, 2019, p. 68).

O acesso ao instrumento de mediação NIP pode ser realizado por meio do site da ANS (2018), pessoalmente ou por telefone, tendo o usuário que apresentar sua reclamação, para a qual será gerada uma notificação à operadora de plano de saúde, tendo esta um prazo de dez dias úteis para responder, com resposta direcionada ao consumidor. O Fluxo da NIP é mostrado na Figura 2.

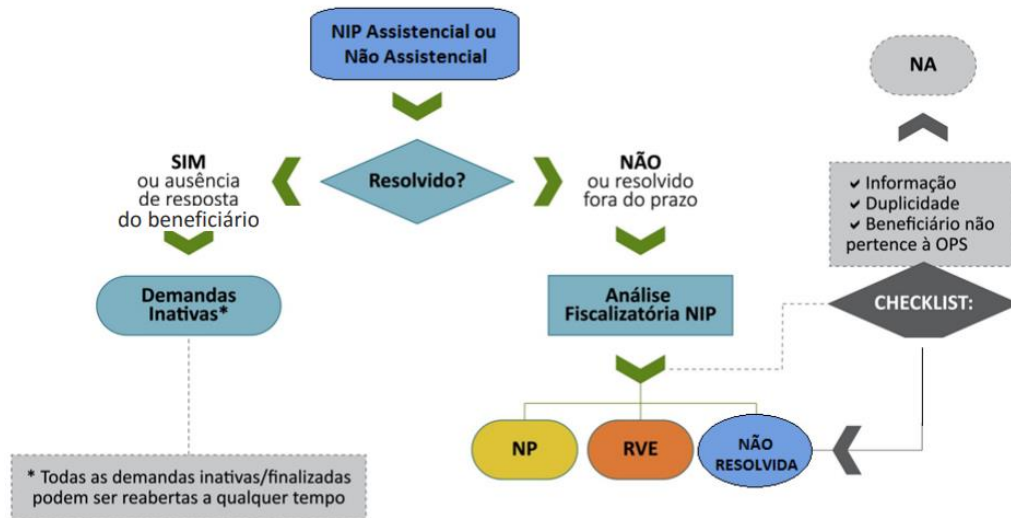
Figura 2 – Fluxo da NIP



Fonte: ANS (2018).

O fluxo assistencial e não assistencial encontra-se demonstrado na Figura 3.

Figura 3 – Fluxo assistencial e não assistencial



Fonte: ANS (2018).

Resumindo, diante da instauração de uma NIP, a operadora poderá realizar a reparação voluntária e eficaz (RVE) em 05 (cinco) dias, atendendo a demanda do beneficiário, informando à ANS sobre tal ação ou, caso não entenda por tal atendimento, apresentar sua defesa.

Conforme citado nos parágrafos anteriores, o prazo para que as operadoras tomem as medidas necessárias para solução da reclamação apresentada pelo beneficiário são de 10 (dez) dias úteis no máximo, prazo este previsto no Art. 10 da RN nº 388/15, sendo que o prazo para casos de NIP Assistencial é de cinco dias úteis, e para casos de NIP Não Assistencial o prazo é de dez dias úteis.

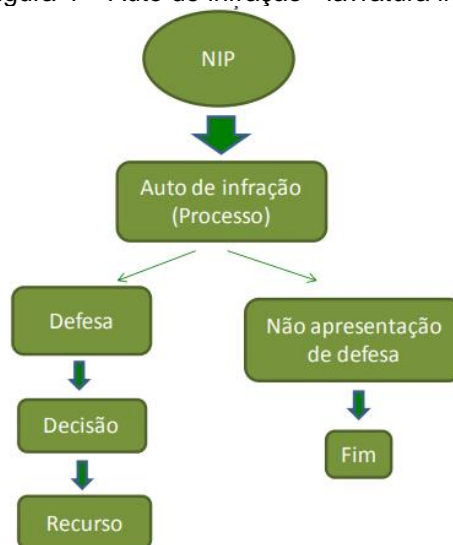
No procedimento administrativo preparatório, a ANS agirá com seu poder de órgão fiscalizador, apurando se houve indícios de violação da lei ou de ato infralegal, bem como não enquadramento no procedimento da NIP, que quando se enquadrar neste último, será realizada apuração por meio de notificação à operadora para que, no prazo de 10 (dez) dias, apresente sua resposta (DRESCH; BICALHO, 2019, p. 69).

O próximo passo será a análise da documentação pelo órgão competente dentro da ANS, com base nesta análise concluirá por: arquivar a demanda, ou por não ser procedente ou por reconhecimento da RVE; como também poderá concluir para o prosseguimento do feito, iniciando, portanto, a fase do processo administrativo sancionador. Seguindo, portanto, os artigos 17, 18, 19 e 21 e seguintes da RN nº 388, de 2015.

A fase do processo administrativo sancionador ocorre depois de esgotadas as possibilidades de solução no âmbito da NIP, que segue com a imediata lavratura do auto de infração e a consequente abertura de processo sancionador, seguindo os artigos anteriormente citados.

A primeira manifestação da operadora de plano de saúde no processo deverá ser realizada ao auto de infração lavrado. Para exemplificar esse fluxo, a ANS (2018) o detalha no quadro explicativo da Figura 4.

Figura 4 – Auto de infração - lavratura imediata



Fonte: ANS (2018)

Passa-se a estudar a posição das operadoras de planos de saúde, quanto ao procedimento da NIP, bem como aos prazos estipulados para solução e/ou defesa.

No relatório do Grupo FGV (2017) consta uma análise da RN388 que aponta que os prazos determinados pela NIP são considerados extremamente curtos e de difícil cumprimento para que as operadoras de planos de saúde possam exercer seu direito de ampla defesa. Citando exemplo de um pedido para que seja realizada consulta com um determinado médico credenciado, podendo o médico não estar disponível dentro do prazo para resolução o agendamento da referida consulta requisitada.

Isso faz com que, por vezes, o cumprimento da determinação da referida norma se torne inviável, ressaltando, ainda, que após a conclusão do prazo para solução administrativa, conforme citado nos parágrafos anteriores, dá-se início ao Processo Sancionador, que ao final poderá a ANS lavrar auto de infração, podendo, inclusive, ser acompanhado de multa, ou representação.

A pesquisa da FGV traz sugestões de melhoria, tais como o alinhamento dos padrões de prazos de defesa e de recursos dos autos de infração da ANS aos praticados por outros órgãos reguladores e autarquias com caráter de regulação em vigência no país.

Isso porque, mesmo depois de gerado do auto de infração, o Art. 33, da mesma RN, diante da decisão do regulador, corre ainda o prazo de dez dias para interposição de recurso, sendo que o recurso terá efeito suspensivo na parte impugnada.

Na visão das operadoras de planos de saúde, o procedimento da NIP, ainda que trazendo agilidade processualmente falando, tornou-se injusto, pois se tem um tempo menor para apuração dos fatos, o que leva à jurisprudência sem elementos fortes, sem os devidos embasamentos.

A resolução do caso sem uma análise mais profunda acarretará em comprometimento da defesa da operadora de plano de saúde, o que, conseqüentemente, resultará na suspensão do produto ou serviço, quando poderiam aprimorá-lo, contribuindo, portanto, com o retrocesso do setor, ao invés de colaborar com o desenvolvimento em busca de uma prestação de serviços mais ampla e com mais qualidade.

A conclusão que se tem com a NIP, portanto, é que mesmo tendo servido de auxílio para a desjudicialização do tema, acabou por gerar a politização de alguns processos, fugindo de seu objetivo inicial, ou seja, o órgão que inicialmente contribuiria para a “mediação” entre os envolvidos evitando a judicialização, acabou por servir de punição às operadoras, para as quais são aplicadas multas altas gerando graves prejuízos.

Cita-se, ainda, a título de informação, as demais plataformas existentes para solução de conflitos no âmbito da saúde (DRESCH; BICALHO, 2019), além dos tradicionais canais de atendimento do Estado (PROCONs, Defensorias Públicas, Ministério Público e Juizados Especiais), também se tem:

-Consumidor.gov.br: serviço público e gratuito mantido pelo Estado e acessível por meio da internet, permite ao beneficiário do plano de saúde como consumidor a interação com as operadoras de planos de saúde como fornecedora dos serviços;

-Reclame aqui: é possível o beneficiário pesquisar antecipadamente antes de formalizar contrato de prestação de serviços com a operadora de plano de saúde, a reputação desta, apurando os tipos de reclamações dos cidadãos sobre a mesma, bem como registrar sua reclamação se necessário for;

Por fim, são diversos os meios de solução extrajudicial para as demandas relacionadas ao direito à saúde, sendo necessária sua divulgação, controle, fiscalização, para cultivar a melhoria dos sistemas, de modo que possa contribuir para um resultado bom à longo prazo, não só para o consumidor/beneficiário, mas também para as operadoras de planos de saúde.

5.1.1 Resultados divulgados sobre a implementação da RN 388

Estudou-se no capítulo anterior o funcionamento da RN 388, criada pela ANS com o intuito de se obter maior agilidade, eficiência e efetividade em suas ações fiscalizatórias, com fulcro no resultado de proteção ao usuário de planos de saúde.

A RN 388, de 2015, promoveu grandes alterações nos procedimentos utilizados pela ANS, de forma a estruturar suas ações fiscalizatórias, com o objetivo principal de racionalizar o processo administrativo sancionador da Agência.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (2016) divulgou em julho do mesmo ano o resultado da implementação da RN 388, destacando ainda outras medidas também implementadas como: a publicação da RN nº 395, de 2016, que estabelece prazos para a prestação de informações ao consumidor, além de obrigar as operadoras a disponibilizarem canais de atendimento presencial e telefônico; e a publicação da Instrução Normativa – IN nº 12, de 2016, que visa uniformizar os entendimentos sobre os temas mais relevantes e recorrentes enfrentados pelos agentes designados para exercer a atividade fiscalizatória.

Foi produzido um relatório de resultados, confeccionado pela diretoria de fiscalização da ANS no primeiro semestre de 2016, apontando resultados positivos para a sociedade beneficiária de planos de saúde.

Na notícia divulgada pelo órgão regulador, destacou-se:

As regras estabelecidas pela RN nº 388, bem como outras recentes medidas adotadas pela Diretoria de Fiscalização da ANS, visam incentivar as operadoras de saúde a cumprir suas obrigações quanto à qualidade do atendimento junto ao beneficiário. A norma, vigente desde fevereiro de 2016, criou um sistema que induz a operadora a resolver mais rapidamente a demanda do beneficiário e estipula que as operadoras de planos de saúde que descumprirem a legislação e os normativos regulatórios serão autuadas automaticamente. Isso é, constatando-se indícios de infração, o auto de infração é imediatamente lavrado e a Operadora é intimada para apresentar sua defesa. Dessa forma, além de induzir à correção da conduta inadequada com solução ágil para o beneficiário, proporciona maior arrecadação ao

Erário, já que cessa-se o litígio (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2016, ON-LINE).

Passa-se, então, a descrever os resultados alcançados no 1º semestre de 2016, diante da Notificação de Intermediação Preliminar, que como visto no capítulo anterior, o processo administrativo sancionador da ANS passou a ser dividido em duas fases: uma fase pré-processual e outra processual.

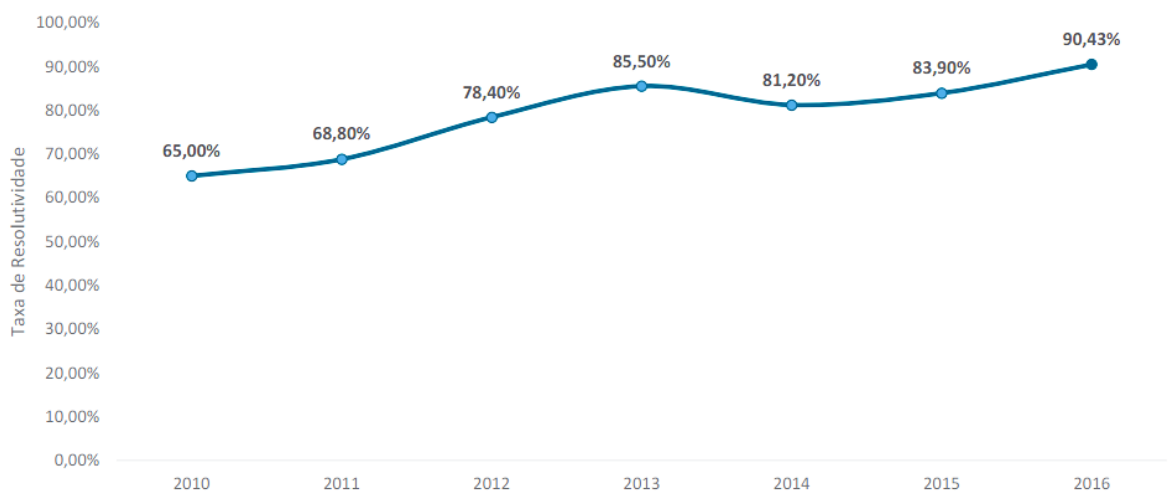
Recapitulando, a fase pré-processual pode se dar pela instauração de um Procedimento de Notificação de Intermediação Preliminar ou pela instauração de um Procedimento Administrativo Preparatório.

Portanto, o NIP consiste em um instrumento que visa à solução de conflitos entre beneficiários e operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Com base em dados históricos da fiscalização da ANS, apurou-se que antes da publicação da RN 388/2015, 75% das demandas não assistenciais encaminhadas aos Núcleos da ANS eram arquivadas por insubsistência de indícios de infração. Contudo, após a vigência da Resolução Normativa, com a execução do fluxo de análises fiscalizatórias das NIPs, atingiu-se índices de resolutividade mais elevados, chegando nos primeiros cinco meses de 2016 à marca de 90,43%.

Isso significa dizer que, do total de 42.445 demandas NIPs analisadas, 30.888 (77%) foram resolvidas ainda na fase eletrônica, enquanto que as 9.460 (23%) restantes passaram por análise fiscalizatória (Gráfico 3).

Gráfico 3 - Taxa de resolutividade de 2010 a maio/2016



Fonte: Sistema Integrado de Fiscalização (SIF/ANS) – Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/3437-ans-divulga-resultados-da-implementacao-da-rn-n-388-de-2015>. Data extração: 19/02/2016

A RN 388/2015 também trouxe alterações no âmbito operacional no fluxo do processo fiscalizatório da ANS, o que levou à redução de prazos de apuração dos processos sancionadores.

O exemplo dos autos emitidos em 2014 e 2015 pelos Núcleos da ANS foi trazido, onde constata-se um aumento de cerca de 85%, passando de 5.551 a 10.269 autos, o que demonstra a diminuição do tempo médio de apuração.

Cumprе ressaltar que o elevado número de autos de infração lavrados se justifica por conta do tratamento simultâneo que foi dado às demandas que se encontravam no estoque de passivo processual da fiscalização da ANS (Tabela 1).

Tabela 1 - Média de tempo de apuração, decisão, juízo e decisão de 2ª instância- 2011 a 2015

| Ano | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|---|------|------|-------|------|------|
| Tempo Médio de Apuração (dias) | 170 | 179 | 240 | 258 | 228 |
| Tempo Médio de Decisão de 1ª Instância (dias) | 327 | 326 | 434 | 430 | 317 |
| Tempo Médio de Juízo de Reconsideração (dias) | 960 | 992 | 1.008 | 637 | 293 |
| Tempo Médio de Decisão de 2ª Instância (dias) | 950 | 983 | 1.003 | 626 | 291* |

Fonte: Sistema Integrado de Fiscalização (SIF/ANS) – Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/3437-ans-divulga-resultados-da-implementacao-da-rn-n-388-de-2015>. Data extração: 19/02/2016

Outro benefício trazido pela RN 388/2015 foi o incentivo às operadoras para que pudessem cumprir com suas obrigações quanto à qualidade do atendimento ao beneficiário. Foi criado um sistema de incentivo para que as operadoras pudessem resolver mais rápido a demanda do beneficiário.

Quando a operadora consegue êxito, comprovando a resolução nos autos do processo sancionador em até dez dias úteis, esta consegue um percentual desconto de 80% sobre o valor da multa, a chamada Reparação Voluntária e Eficaz (Tabela 2).

Tabela 2 - Decisão de homologação com desconto de 80% (15.02.2016 a 30.06.2016)

| Status do Documento | Qtd. |
|---------------------|------|
| Cancelado | 4 |
| Concluído | 22 |
| Em Aberto | 1 |
| Total | 27 |

Fonte: Fonte: Sistema Integrado de Fiscalização (SIF/ANS) – Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/3437-ans-divulga-resultados-da-implementacao-da-rn-n-388-de-2015>. Data extração: 04/07/2016

Contudo, outro ponto que se faz necessário destacar é que a partir da adoção dos mecanismos de eficiência apresentados anteriormente, houve aumento do número de multas aplicadas, bem como em seu total arrecadado.

No relatório da ANS constou que no primeiro semestre de 2016 foram aplicadas 6.355 multas, contra 6.430 aplicadas em todo o ano de 2015. Ou seja, houve um crescimento refletindo no valor total arrecadado até junho deste ano, R\$ 29.4 milhões, que representam 83% do valor arrecadado em todo o ano de 2015 (R\$ 35.3 milhões) (Tabela 3).

Tabela 3 - Multas aplicadas e total arrecadado -2010 a Junho/2016

| Competência | Quantidade Multas Aplicadas | Valor Multas Aplicadas | Valor Arrecadado | | | | | | Total Arrecadado |
|-------------|-----------------------------|------------------------|------------------|--------------|--------------|---------------|----------------|----------------|------------------|
| | | | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | |
| 2010 | 2.463 | 249.449.522,75 | 2.091.818,89 | 1.491.848,02 | 959.554,99 | 14.073.576,92 | 33.431.984,44 | 6.134.170,32 | 58.182.953,58 |
| 2011 | 3.131 | 280.347.354,09 | 0,00 | 3.632.652,85 | 1.932.712,02 | 4.448.778,82 | 41.969.368,22 | 15.599.246,83 | 67.582.758,74 |
| 2012 | 2.428 | 206.194.460,76 | 0,00 | 0,00 | 4.317.201,35 | 2.520.343,32 | 17.416.820,25 | 27.112.386,96 | 51.366.751,88 |
| 2013 | 2.092 | 175.060.343,34 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 8.295.658,42 | 10.255.273,47 | 16.048.014,12 | 34.598.946,01 |
| 2014 | 4.884 | 396.920.527,79 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 16.809.123,56 | 29.411.873,28 | 46.220.996,84 |
| 2015 | 6.430 | 551.044.529,85 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 19.018.310,24 | 19.018.310,24 |
| Total | 21.428 | 1.859.016.738,58 | 2.091.818,89 | 5.124.500,87 | 7.209.468,36 | 29.338.357,48 | 119.882.569,94 | 113.324.001,75 | 276.970.717,29 |

Fonte: Fonte: Sistema Integrado de Fiscalização (SIF/ANS) – Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/3437-ans-divulga-resultados-da-implementacao-da-rn-n-388-de-2015>. Data extração: 07/2016

Nota-se, portanto, haver forte atuação da NIP pela RN 388, porém, se faz necessário avaliar anualmente se os números estão satisfatórios, de modo a estar sempre adequando a norma à realidade atual.

Recentemente, em 29 de janeiro de 2021, a ANS (2021) publicou que conseguiu resolução em mais de 90% das reclamações sobre Covid-19 em 2020.

A informação é de que até outubro de 2020, 93,3% das reclamações registradas por consumidores de planos de saúde nos canais de atendimento da ANS foram resolvidas pela intermediação de conflitos realizada pela agência reguladora.

A atuação do órgão regulador nessa fase tão crítica que o mundo enfrenta se mostrou extremamente necessária, afinal contribuiu efetivamente com a desjudicialização, pois houve alta resolutividade dos conflitos em um ano atípico para todos.

A NIP, ferramenta eficiente para resolução das demandas entre beneficiários de planos de saúde, tem se mostrado presente, diante da pandemia causada pelo Coronavírus. O acompanhamento com resolução dos conflitos traz a satisfação almejada ao usuário nesse momento tão crítico.

O procedimento adotado utilizando-se de tecnologia facilitou muito o acesso dos consumidores/beneficiários à ANS, pois a partir do momento que se registra uma reclamação no órgão regulador, é expedido automaticamente uma notificação à operadora de plano de saúde responsável, tendo estes até 5 dias úteis para resolução do problema apontado pelo usuário quando se trata de não garantia da cobertura assistencial e 10 dias úteis para as demandas não assistenciais.

Constou ainda no informe da ANS que o relatório apontado trouxe, não somente o índice de resolutividade geral e das demandas relacionadas à Covid-19, mas também o cálculo da resolutividade das reclamações que versam exclusivamente sobre exames para detecção da Covid-19 (exames RT-PCR e exames sorológicos) (Tabela 4).

Tabela 4 - Índice de resolutividade das demandas de consumidores registradas nos canais de atendimento da ANS em 2020- até o mês de outubro

| Demandas de Reclamação | Brasil |
|--------------------------------------|---------------|
| Em Geral | 93,3% |
| Relacionadas à COVID-19 | 91,0% |
| Exames RT-PCR (COVID-19) | 92,3% |
| Exames Sorológicos (COVID-19) | 91,9% |

Fonte: SIF-Consulta- Data extração:21/01/2021

Por fim, sabe-se que, o que se espera, é sempre a satisfação de todos os envolvidos, tanto as operadoras de planos de saúde como, em especial, o beneficiário. A prestação de um serviço adequado, dentro dos parâmetros de razoabilidade e perfeição, deve ser sempre preservada, isso porque, trata-se do direito ao acesso à saúde, onde as operadoras de planos de saúde assumem o papel de levar ao consumidor sua prestação de serviço com uma contraprestação, logo, o beneficiário, em se tratando de um bem maior, a vida, o direito à uma vida saudável, buscará sempre a excelência nos resultados.

Diante disso, espera-se que a NIP, com a fiscalização da ANS, continue atuando em prol de soluções cada vez melhores, evitando-se a judicialização da saúde, trazendo ao beneficiário a segurança de pagar por um serviço e ser adequadamente atendido, é o que se espera, pois lida-se com saúde e a saúde não pode esperar.

5.2 DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E DA UTILIZAÇÃO DAS FERRAMENTAS DISPONÍVEIS

A regulamentação trazida pela Lei 13.140/2015 não tem o condão de submeter a mediação privada a regras rígidas, mas apenas orientar a forma como o procedimento acontecerá.

Regulamentar a aplicabilidade da mediação nos planos de saúde seria a saída mais eficaz no momento para se evitar a judicialização, pois como visto, existe pouca utilização do instrumento disponível, de modo que faltam parâmetros para melhoria destes ou criação de novas ferramentas.

Caberia, então, ao legislador e ao órgão regulador a tarefa de aparar as arestas da NIP, da RN388, do NAT e outros tantos instrumentos já criados para se evitar a judicialização e para auxiliar o magistrado nos casos judicializados.

O autor Eduardo García de Enterría Y Martínez-Carande (1985, p.157-208), em sua obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* traz a construção inovadora da doutrina espanhola, realizada sobre a natureza da Constituição de 1978, sobre a função que é conferida à Corte Constitucional.

Trata-se de um livro de ideias e princípios, sobre o método legal para entender e aplicar a Constituição. O sistema lá apresentado é ordenado com critérios de oferecer um caminho para uma compreensão ativa e positiva da norma fundamental, bem como para realização de seus valores.

Afinal, que lei é mais inteligente que o legislador? O autor não aponta descobertas de erros, lacunas ou contradições, mas tem o foco de demonstrar que deve ser bem entendida a norma. A proposta de Enterría é trazer novas soluções para novos problemas na lei positiva que talvez o legislador nem sequer tenha a chance de imaginar com uma compreensão de que a Constituição deve ser um instrumento legal expressar "o princípio da autodeterminação política da comunidade", bem como "o princípio da limitação de poder".

Nota-se que o autor entende que quando o legislador elabora as leis, este está num processo de imaginar onde serão aplicadas, sem ter condições de saber se as normas ali criadas serão suficientes para atender os conflitos no caso concreto futuramente.

Assim, considera-se que os instrumentos disponíveis hoje para uniformidade das decisões, preservando a segurança jurídica, precisam ser utilizados, e na medida em que for necessário, serem adaptados à nova realidade. O mesmo vale para as formas de mediação, para a RN388, por exemplo, deve-se fazer estudos periódicos a fim de apurar sua efetividade e, com isso, verificar onde se pode melhorar.

Enterría faz alguns questionamentos em sua obra, tais como: o Tribunal Constitucional realiza seu papel? Como foi formada a jurisdição constitucional? Que legitimidade ela tem? Que riscos isso implica e que benefícios traz para a comunidade? E, acima de tudo, com que critérios substantivos adota suas decisões?

Direcionando o apontamento do autor ao tema em questão, é possível partir para o seguinte pensamento: os critérios adotados nas decisões judiciais que tratam dos conflitos entre os pacientes e operadoras de planos de saúde, são baseados em Medicina Baseada em Evidência? Respeita o consumidor, parte hipossuficiente da relação de consumo? Está em acordo com a legislação da ANS? Utiliza critérios que levam em conta o contrato pactuado entre as partes?

Por esse motivo, há necessidade do diálogo institucional, como discorrido no capítulo 3, pois os órgãos envolvidos precisam falar a mesma língua, as normas que amparam o tema devem ser harmonizadas, sendo certo que o resultado será o melhor para todos, principalmente para as operadoras de planos de saúde e para os paciente/consumidores.

5.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DA MEDIAÇÃO CONTRA A JUDICIALIZAÇÃO

A mediação deve ser priorizada, uma vez que se tanto administrativamente quanto judicialmente ela ficar em destaque, as partes conseqüentemente tenderão a utilizar mais desta ferramenta:

Solução de conflitos por mecanismos não judiciais pode ser interpretada como sinal de maturidade de uma sociedade organizada, porque atribui a importância do diálogo e ao sopesamento de argumentos em lugar da busca por uma solução ditada por um magistrado que nem sempre terá condições objetivas de levar em conta o impacto de sua decisão para o conjunto da mutualidade pública ou privada (CARLINI, 2014, p. 177).

Ainda na visão de Carlini (2014), a sociedade brasileira é individualista, de modo que a busca de soluções tanto pelo diálogo, como debate, troca de ideias, para que se chegue a uma solução satisfatória a muitos, é considerada ineficiente.

Há, ainda, a necessidade de se respeitar o contrato registrado entre as partes, desde que este esteja de acordo com as regras previstas pela ANS, bem como que seja priorizado nas decisões judiciais, de forma que se evite que sejam acatados pedidos infundados, em atenção à boa fé (ESMERALDI, 2015, p. 213).

Carlini entende que as Câmaras Técnicas são de suma importância para que os magistrados possam se apoiar, de modo a deixarem suas decisões com alicerce sólido. Ao mostrar nos capítulos anteriores como funcionam tais Câmeras, verifica-se, porém, que falta efetivamente uma correta utilização da ferramenta e sua aplicabilidade geral, para que todos os Estados possam adotar a mesma medida.

A medicina baseada em evidências (MBE), também já citada nesse trabalho, deve ser primordial nas decisões nas questões de saúde, pois, embora seja levado em consideração o acesso à saúde e o direito do consumidor, as normas precisam conversar entre si, para se chegar ao resultado justo.

As discussões básicas estão relacionadas à negativa de cobertura de procedimentos, em que, na apreciação do pedido, muitas vezes, a prévia do rol é praticamente desconsiderada pelo Judiciário. E nessas discussões, normalmente, não se leva em consideração que existem Atas informando porque um procedimento não foi incorporado ao rol daquele respectivo plano de saúde.

Recentemente, houve decisão do STJ que demonstra inclinação à uma mudança nessa postura, o REsp 1.733.013, de relatoria do Min. Luiz Felipe Salomão, sendo que nesse caso o STJ utilizou como argumento em sua decisão artigos da Revista de Saúde Suplementar, entendendo que só deve ser oferecido procedimento fora do rol se o tratamento do rol não for adequado, como se pode notar, o STJ também desconsiderava o rol, dando importância ao médico assistente.

A discussão em torno do caso concreto se deu diante da indicação de um procedimento pelo médico ao paciente para realizar um tratamento para coluna, tendo a operadora do plano de saúde informado que autorizaria a cirurgia, porém, não autorizaria pela técnica proposta pelo médico do paciente, justificando, inclusive, que a técnica ao qual autorizaria estava prevista no rol da ANS.

No julgamento em primeira instância foi determinada a cobertura do procedimento nos moldes e técnicas solicitados pelo médico do paciente. Porém, o

Tribunal de Justiça do Paraná reformou a sentença entendendo que aquele procedimento não estava previsto no rol da ANS e que, portanto, deveria seguir de acordo com a técnica autorizada pela operadora do plano de saúde, isso porque sua eficácia estava comprovada.

Contudo, o paciente, interpondo recurso ao STJ, suscitou a natureza exemplificativa do rol, com o argumento de que deveria prevalecer a indicação do médico assistente. Mas o Relator do caso, Ministro Luis Felipe Salomão, considerando a relevância da matéria, admitiu a intervenção de diversas entidades na discussão na qualidade de *amici curiae* (BRANDÃO, 2020, on-line).

O STJ decidiu e publicou no DJe em 20 de fevereiro de 2020, com a seguinte ementa:

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDADA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE.

O fato é que o tema relativo a taxatividade ou não do rol da ANS precisa ser objeto de Resolução de Demanda Repetitivas, conforme disposto nos artigos 976 e seguintes do Código de Processo Civil, para que se evite a insegurança jurídica que se nota em discussões nesse sentido.

Como visto no decorrer do trabalho, o direito à saúde é primordial, o cidadão que consegue por suas condições financeiras, e diante da ineficiência da prestação de serviço de saúde pública, por sua conta, arcar com o pagamento de um plano de saúde privado, o mínimo que se espera é ter a assistência quando precisa.

Porém, cabe ressaltar que, para se definir o rol de cobertura de procedimentos, são realizados debates entre os órgãos envolvidos, tais como a ANS, as operadoras e órgãos de defesa do consumidor, para que se evite ao máximo desencontro de informações.

O Poder Judiciário tem atuado de forma a ignorar a discussão democrática prévia existente por trás das contratações, concedendo liminares aos pacientes sem apurar tais trâmites que foram previamente obedecidos. Sabe-se que quando um consumidor/paciente procura o Judiciário, este precisa atendê-lo, este dever está disposto na Constituição Federal, porém não se pode deixar de lado o fato que existe por trás de toda a regulamentação do tema, um controle árduo, onde cada um exerceu seu papel, e houve prévia aceitação das partes naquele rol de procedimentos.

Quando se discute se uma nova tecnologia vai ser incorporada ao rol, a discussão passa por vários fatores, tais como, a oferta no mercado, o preço, a possibilidade de sustentar o atendimento e até a eficácia do procedimento.

Otávio Augusto Câmara Clark, citado por Carlini, afirma que:

Várias questões devem ser examinadas para se determinar se um novo procedimento vai aumentar ou diminuir gastos:

- Qual o custo da sua aplicação para um indivíduo?
- Esse procedimento complementa outro ou o substitui?
- Quantas vezes o indivíduo fará uso dessa tecnologia?
- Sua aplicação pode se estender à poluição em geral?

Apenas a experiência pessoal do médico, ou mesmo estudos isolados não podem por vezes determinar o grau de benefício conferido por uma nova tecnologia. Muitas vezes é preciso uma visão mais global e somente revisões sistemáticas podem trazer estas respostas, mas é imprescindível separar os tratamentos que realmente trazem benefícios adequados daqueles que apenas aumentam os custos. [...]

Para resolver essa difícil equação, a aplicação das técnicas de Medicina Baseada em Evidências (MBE) torna-se indispensável para um melhor gerenciamento dos programas de assistências à saúde. [...]

Por definição, Medicina Baseada em Evidências (MBE) é a integração da melhor evidência científica com a experiência clínica e os desejos individuais do paciente. Vamos dissecar cada parte da tríade:

-Evidencia é a pesquisa clinicamente relevante, especialmente aquelas centradas em pacientes e que prezam pela acurácia e precisão de testes diagnósticos, o poder de marcadores prognósticos e a eficácia e segurança de procedimentos terapêuticos e preventivos.

- Experiência clínica é a capacidade de colocar em prática habilidades clínicas e experiências anteriores para identificar rapidamente o estado de saúde de cada paciente, seu diagnóstico, seus riscos individuais e os benefícios potenciais.

-Desejos do paciente incluem o nosso entendimento e reconhecimento da individualidade de cada ser humano, com as preferências, expectativas únicas que ele traz para a consulta médica e que devem ser integradas e respeitadas numa decisão clínica.

A MBE possui ferramentas especializadas que aliadas aos sistemas de informação permitem aos médicos e operadores de saúde:

-Realizar um diagnóstico preciso da realidade do setor

-Determinar as prioridades de ação

-Incorporar racionalmente as novas tecnologias

-Aprimorar a relação custo-benefício (CARLINI, 2014, p. 179 apud CLARK, 2009, p. 28).

Nesse ponto, quanto à análise da eficácia, leva-se em conta a medicina baseada em evidências, que significa a área da medicina responsável por fazer uma análise científica da eficácia de tratamentos e tecnologias, com base nos estudos disponíveis existentes, conforme bem explicado acima por Clark.

Os processos levados até o Judiciário para discussão de cobertura de procedimentos são, na maioria, pedidos de decisão liminar, o que leva o magistrado a se basear apenas no laudo médico ou do assistente.

Na prática, o NAT, como citado nos capítulos anteriores, apesar de mostrar que pode trazer muitos benefícios nas soluções de conflito, ainda não é a ferramenta adotada pela maioria dos magistrados. Sabe-se que o magistrado não precisa ter o conhecimento técnico em medicina para decidir se um procedimento deve ser concedido ou outro procedimento deve ser deferido. Para isso serve o NAT, pois por meio dos profissionais envolvidos é possível explicar, exemplificando ao magistrado por qual motivo não houve a incorporação daquela tecnologia ou procedimento no rol de procedimentos do contrato daquele paciente, levando em consideração para esta análise a medicina baseada em evidências.

O instrumento de apoio mais utilizado no Judiciário é o médico assistente, porém, muitas vezes, o médico assistente está baseado, não em estudos científicos (que é a medicina baseada em evidências), mas na experiência clínica, acabando por causar a insegurança jurídica.

A conclusão que se pode chegar é que, na prática, existe um abismo entre a regulação da Saúde Suplementar e a judicialização, sendo que o abismo se dá justamente por ser ignorada a discussão prévia do rol.

Discorreu-se por toda a prática judicial que se opera no tema, para entender porque se deve evitar a judicialização, afinal, ainda não existe um procedimento perfeito para se ter a esperada segurança jurídica, o cidadão, a operadora de plano de saúde, ainda não se sentem amplamente amparados quando procuram o Judiciário.

Viu-se que devido a falta diálogo entre os envolvidos há a necessidade de se utilizar das ferramentas disponíveis como o NAT, aprimorando este instrumento de modo que haja harmonização das normas. Devem ser respeitadas as normas da ANS, assim como a Legislação Consumerista, e ainda, os contratos de plano de saúde.

Mas, para tanto, é essencial que se evite a judicialização por meio do diálogo institucional entre os órgãos envolvidos no tema, para que falem a mesma língua; bem

como se incentive, cada vez mais, a mediação tanto extrajudicial como judicial, fazendo-se valer de todos os artefatos disponíveis para que os envolvidos se sintam efetivamente amparados e os conflitos solucionados e/ou evitados.

Além do diálogo entre os envolvidos, a mediação contribui efetivamente para que não se torne necessária a discussão judicial da saúde, pois se todos os envolvidos atuassem de forma clara e efetiva, de modo a levar um resultado esperado para ambas as partes, não haverá a necessidade de se utilizar do Judiciário, aguardar a morosidade de uma demanda, bem como correr o risco de ver seu direito negado em decorrência da aplicação de entendimento diverso, causando ainda a insegurança jurídica ao cidadão.

Assim, como visto no estudo do método da NIP, que tem servido de grande auxílio aos usuários de plano de saúde, sendo atendidos em um tempo muito menor do que seriam se buscassem o Judiciário.

Afinal, se trata de um bem constitucionalmente protegido, garantia à saúde, o acesso à assistência à saúde, mesmo sendo privada, entende-se que se deve levar em conta o bem maior, a vida, a vida digna, que o cidadão tenha condições de viver dignamente.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, constatou-se que a assistência privada à saúde é de suma importância, afinal, como o direito à saúde é um direito fundamental previsto no ordenamento jurídico, a prestação privada desse serviço traz responsabilidades às operadoras de planos de saúde.

Estudou-se os conceitos de conflitos, como podem ser resolvidos por meio da mediação, destacando a importância do órgão regulador, a ANS, em atuar para inibir práticas abusivas, bem como para se evitar conflitos nos contratos de plano de saúde.

Nesse sentido, pode-se concluir que ao desenvolver atividade econômica concernente à prestação/custeio de serviços médico-hospitalares, as operadoras de planos de saúde assumem para si o dever estatal de proteção e efetivação do direito fundamental à saúde. Desta forma, a atividade por elas desenvolvidas não pode ser caracterizada como simples mercadoria ou confundida com as demais atividades econômicas, afinal, lida-se com o direito à saúde, o direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Observou-se a regulação, o poder normativo das agências reguladoras, a responsabilidade da ANS, que deve regulamentar o setor de forma a impedir a adoção de práticas ofensivas ao dever de cooperação e ao equilíbrio prestacional necessários para a conservação do negócio jurídico, ou seja, atuar fiscalizando, criando normas, atendendo as partes envolvidas para que todos estejam satisfeitos.

Destacou-se a importância do diálogo entre os órgãos envolvidos, a agência reguladora, as operadoras de planos de saúde, consumidores e Judiciário, para que todos falem a mesma língua e possam traçar estratégias, de modo a minimizar os conflitos e, quem sabe, eliminá-los num futuro bem próximo.

Viu-se que a intervenção do Poder Judiciário nos litígios envolvendo contratos de plano de saúde é necessária para que sejam resolvidos os conflitos de interesses protagonizados pelos usuários e operadoras, quando não solucionados administrativamente. Porém, cabe ressaltar sobre a responsabilidade do Judiciário ao prolatar sentenças diferentes para casos idênticos, o que leva à insegurança jurídica e prejudica todos os envolvidos.

O papel importante do magistrado, afinal, quando provocado, deve atuar, porém, atendo-se a promover a integração do texto contratual, utilizando-se de todas as ferramentas que lhes são disponibilizadas para chegar a uma decisão justa para

ambas as partes, inclusive utilizando os grupos NAT, a medicina baseada em evidência, além das próprias normas da ANS e a legislação consumerista.

Expôs-se o estudo da RN 388, resolução normativa criada em contribuição à aplicação da mediação entre os envolvidos para que se evite a judicialização do conflito, porém, estudos e pesquisas trouxeram informações de que esta acabou por servir de punição às operadoras, sendo aplicados multas altas gerando maiores prejuízos.

Alguns outros meios de solução extrajudicial foram apontados, como o site “reclame aqui”, “consumidor.gov”, entre outros, entretanto, para todos é necessária uma maior divulgação, controle, bem como fiscalização, com o intuito de se aplicar melhorias quando necessário, tanto no atendimento quanto em sistemas informatizados, para que facilite o acesso do cidadão e não o deixe perdido sentindo-se inseguro.

Por fim, considerando que a saúde é um direito fundamental, de natureza social e que a atuação de entes privados nesse âmbito de serviços de assistência à saúde é autorizada com a intenção de complementar a atuação do Poder Público, verifica-se que cabe às operadoras de planos de saúde compatibilizar e submeter sua atividade econômica à necessidade de concretização desse direito. Inclusive, destaca-se a existência de dever constitucional de submissão da saúde privada às normas ditadas pelo Poder Público sobre a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde, por serem dotados de relevância pública, aqui, em se tratando da fiscalização da ANS, o diálogo entre os envolvidos, a necessidade de aplicação da lei de forma a trazer segurança aos envolvidos.

Afinal, devem ser respeitados, além da Lei nº 9.656/98 e das Resoluções Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Também incidem nos contratos de plano de saúde as disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, cabe ao jurista compatibilizar os regramentos específicos dos planos de saúde com as normas civis gerais e as normas consumeristas, de modo a se alcançar a unidade do sistema jurídico em prol da adequada e efetiva aplicação ao caso concreto e, principalmente, a concretização do direito fundamental à saúde, destacando-se nesse ponto a importância do diálogo entre as partes envolvidas, incentivando sempre a resolução extrajudicial, por meio da mediação, inclusive a utilização das plataformas existentes para dirimir tais questões.

REFERÊNCIAS

ANAPH. O futuro da saúde suplementar. **Associação Nacional de Hospitais Privados**, 2019. Disponível em: <https://www.anahp.com.br/noticias/noticias-do-mercado/o-futuro-da-saude-suplementar/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

ALZATE, R. Negociación y mediación. *In*: _____. **Análisis y resolución de conflictos**: Una perspectiva psicológica. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1998, p. 205- 213.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Histórico, **ANS**, 2019. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. A NIP está mais próxima do consumidor. **ANS**, 2017. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/3827-a-nip-esta-mais-proxima-do-consumidor>. Acesso em: 31 ago. 2020.

_____. NIP – Notificação de Intermediação Preliminar, **ANS**, 2018. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/APRESENTA%C3%87%C3%83O_DIFIS_-_NIP.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

_____. ANS divulga resultados da implementação da RN nº 388, **ANS**, 2016. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/3437-ans-divulga-resultados-da-implementacao-da-rn-n-388-de-2015>. Acesso em: 12 jan. 2021.

_____. ANS resolveu mais de 90% de queixas sobre Covid-19 em 2020, **ANS**, 2021. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/6173-ans-resolveu-mais-de-90-de-queixas-sobre-covid-19-em-2020>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática Brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. Parecer sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória da Liberdade Econômica (Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019). **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico** – RFDFFE, Belo Horizonte, ano 8, n. 15, p. 173-202, mar./ago. 2019.

BRANDÃO, Luciano Correia Bueno. Rol da ANS Taxativo ou Exemplificativo - Uma análise à luz do julgamento do REsp 1.733.013/PR. **Migalhas**, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/324068/rol-da-ans-taxativo-ou-exemplificativo---uma-analise-a-luz-do-julgamento-do-resp-1-733-013-pr>. Acesso em: 27 set. 2020.

BUENO, N. P. Lógica da ação coletiva, instituições e crescimento econômico: uma resenha temática sobre a nova economia institucional. **Revista Economia**, Brasília (DF), v. 5, n. 2, p. 361-420 jul./dez. 2004.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARDOSO, Antônio Pessoa. **Justiça alternativa: juizados especiais**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.

CARLINI, Angelica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervencion Administrativa**. 28. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Analítico Propositivo Justiça – Pesquisa Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**, INSPER. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. Soluções construídas pelo CNJ buscam reduzir judicialização da saúde. **CNJ**, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude/>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. **Recomendação Nº 31 de 30/03/2010**. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Brasília, 2010a.

_____. **Resolução Nº 107 de 06/04/2010**. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Brasília, 2010b.

_____. **Resolução Nº 238 de 06/09/2016**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Brasília, 2016.

_____. Sistema e-NatJus. **CJN**, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/forum-da-saude-3/e-natjus/>. Acesso em: 20 set. 2020.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; OLIVEIRA, Andre Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze, SCHWIND; Rafael Wallbach (Coord.). **Direito, Instituições e Políticas Públicas: O Papel do jusidealista na formação do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parceria na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DRESCH, Renato Luis; CASTRO BICALHO, Fabia Madureira de (Coord.) **Manual de direito à saúde**: normatização e judicialização comitê executivo da saúde de minas gerais. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy, and Constitution. **Alberta Law Review**, n. XXVIII, 1989-1990.

ELY, John Hart. Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review. **Maryland Law Review**, v. 37, 1977.

ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. **Planos de saúde no Brasil**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. **Direito à saúde & sua judicialização**. Curitiba: Juruá, 2018.

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

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FONSECA, Leandro. A quem interessa uma boa governança corporativa nas operadoras de planos de saúde? **Blog ABRAMGE**, 2019. Disponível em: <https://blog.abramge.com.br/saude-suplementar/a-quem-interessa-uma-boa-governanca-corporativa-nas-operadoras-de-planos-de-saude/>. Acesso em: 02 ago. 2020.

G1 GLOBO. Em meio a pandemia, Suprema Corte dos EUA avalia se mantém Obamacare. **Portal G1**, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/11/10/em-meio-a-pandemia-suprema-corte-dos-eua-avalia-se-mantem-lei-de-acesso-a-plano-de-saude-da-era-obama.ghtml>. Acesso em: 11 jan. 2021.

GRUPO FGV. Fundação Getúlio Vargas. Análise da qualidade regulatória da saúde suplementar no Brasil. **FGV**, 2017. Disponível em: https://www.iess.org.br/cms/rep/Relatorio_GrupoFGV.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

JOVEN PAN NEWS. 1 vídeo (1min.48”) **Joe Biden rebate questionamentos e pede manutenção do programa Obamacare**. Publicado pelo Canal Joven Pan News, 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e90K6kRQI8>. Acesso em: 11 jan. 2021.

KOTECHA, Sima. How does US healthcare work? **BBC**, 2010. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/newsbeat/article/10067521/how-does-us-healthcare-work>. Acesso em: 01 set. 2020.

LEDERACH, Juan Pablo. **Enredos, pleitos y problemas**: Una guía práctica para ayudar a resolver conflitos. Colección: Espada en arados, 1996.

LITTLEJOHN, Stephen; DOMENEZI, Kathy. Objetivos de la comunicación y métodos de mediación. In: SCHNITMAN, D. Fried. **Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Granica. 2000, p. 161- 184.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial**: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LUZ, Camila. Como funciona o sistema de saúde dos Estados Unidos? **Politize**, 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/sistema-de-saude-dos-estados-unidos/> Acesso em: 12 jul. 2020.

MALDONADO, Maria Tereza. **O bom conflito**: juntos buscaremos a solução. São Paulo: Integrare, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo de Erik Jayme. In: _____ (coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINEZ-CARANDE. Eduardo García de Enterría y. **La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional**. Tradução de Fernando Sainz Moreno. Madrid: Ed. civitas, 1985.

MOORE, Christopher W. **El proceso de mediación**. Tradução de Aníbal Leal. Barcelona: Granica, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOURA, Paula. Ações na Justiça de SP contra planos de saúde aumentam 631% desde 2011. **Uol Notícias**, 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/02/07/acoes-na-justica-de-sp-contr-planos-de-saude-aumentam-631-desde-2011.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

MUÑOZ, Francisco A. RUEDA, Beatriz Molina. **Manual de paz y conflictos**. Universidad de Granada: España, 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 20, n. 109, 2018.

PAULO FILHO, Aderval. **Revista de Direito da Saúde Suplementar Ano 1, nº 1**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

REIS, Bruno Barcala et al. **Manual de direito à Saúde, Normatização e Judicialização**-Comitê Executivo da Saúde de Minas Gerais. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

SABINE, G. Marx y el materialismo dialéctico. *In*: _____. **Historia de la Teoría política**. México: Fondo de cultura económica, 1945, p. 549-560.

SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programas de graduação em direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; Adolfo BRAGA NETO, A. B. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, jan./mar., Rio de Janeiro. p. 2-8, 1999.

TEIXEIRA JR., Paulo. Suprema Corte sinaliza manutenção do Obamacare. **Exame**, 2020. Disponível em: <https://exame.com/mundo/suprema-corte-sinaliza-manutencao-do-obamacare/>. Acesso em: 11 jan. 2021.

TOUZARD, H. Consideraciones sobre el conflicto social. Apartado II: La concepción sociológica. *In*: _____. **La mediación y la solución de conflictos**. Barcelona: Herder, P., 1981, p. 37-46.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e práticas restaurativas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forens, 2012.

VEZZULLA, J. C. **Mediação**: teoria, prática e guia para utilizadores e profissionais. Edição Conjunta. Lisboa; Brasil: Agora Publicações, 2001.

VICTOR, Sergio Antônio Ferreira. Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. 200 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ZIMMER JUNIOR, Aloisio. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WILLIAMSON, O.E. Strategizing, Economizing, and Economic Organization. **Strategic Management Journal**. v. 12, p. 75-94, 1991.