

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, SAÚDE E TECNOLOGIA  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

**YNGRYD BRENDA FERNANDES FAVAL**

**A APLICABILIDADE DO INSTITUTO PÚBLICO DA RESERVA DO POSSÍVEL ÀS  
OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE**

Imperatriz

2018

YNGRYD BRENDA FERNANDES FAVAL

**A APLICABILIDADE DO INSTITUTO PÚBLICO DA RESERVA DO POSSÍVEL ÀS  
OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Sociais, Saúde e Tecnologia da Universidade Federal do Maranhão – UFMA para a obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Denisson  
Gonçalves Chaves

Imperatriz

2018

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).  
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Faval, Yngryd Brenda Fernandes.

A aplicabilidade do instituto público da reserva do possível às operadoras de planos de saúde / Yngryd Brenda Fernandes Faval. - 2018.

62 f.

Orientador(a): Denisson Gonçalves Chaves.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2018.

1. Judicialização. 2. Planos de Saúde. 3. Reserva do Possível. I. Chaves, Denisson Gonçalves. II. Título.

YNGRYD BRENDA FERNANDES FAVAL

**A APLICABILIDADE DO INSTITUTO PÚBLICO DA RESERVA DO POSSÍVEL ÀS  
OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Sociais, Saúde e Tecnologia da Universidade Federal do Maranhão – UFMA para a obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Aprovada em: \_\_/\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Msc. Denisson Gonçalves Chaves (Orientador)  
Universidade Federal do Maranhão – UFMA

---

Prof.  
Universidade Federal do Maranhão – UFMA

---

Prof.  
Universidade Federal do Maranhão – UFMA

## **AGRADECIMENTOS**

Sempre levo comigo a certeza de que nenhuma vitória é alcançada sozinha. Essa convicção é ainda mais latente agora, pois sei que a conquista de hoje não seria possível sem a graça divina e sem as pessoas incríveis que me rodeiam, às quais eu devo a minha gratidão.

Não por outra razão, e antes de tudo, agradeço ao meu bom Deus, pois tudo posso graças a Ele que me fortalece. Sei que apenas meus méritos não seriam suficientes para a conquista da sonhada graduação e, se hoje isso é possível, é em razão, em primeiro lugar, da Sua graça e da Sua misericórdia para comigo. Obrigada, meu Pai, por me conceder muito mais do que imaginei.

Agradeço também aos meus pais, Ruben e Sheila, que são meu porto seguro e meus apoiadores incondicionais. Nem toda a minha gratidão será capaz de retribuir a eles tudo o que fizeram e fazem por mim.

Ao mestre e amigo Denisson, por aceitar ser meu orientador e sê-lo da melhor maneira possível, por entender o meu cansaço ao longo dessa jornada e por me inspirar e me motivar todos os dias com a sua história, o seu amor pela docência e o seu coração gigante. Todo sucesso é pouco para você e eu espero estar presente em cada conquista sua, para te aplaudir de pé.

Ao meu professor de inglês, Erivando Queiroz (Vandão) que, além de corrigir meu Abstract, também compreendeu o meu não comprometimento total com o curso durante esse último ano, em razão da necessidade de empreender esforços na reta final da graduação.

Aos amigos, principalmente aos que estão comigo desde a escola, aos da igreja e aos da UFMA, a todos que torcem, oram e vibram por mim.

De forma especial, à minha amiga-irmã Iáskara, que está comigo desde a 6ª série, quando o que vivemos hoje eram apenas sonhos de adolescentes. Obrigada por sempre acreditar em mim e compartilhar comigo a amizade mais sincera, pura e nobre.

Também não posso deixar de citar meu PG Grace e meu Grupo das Flores, que são minha fonte de renovação espiritual e minhas orações mais fortes durante essa jornada, especialmente no caminho de criação do presente trabalho.

E injusta seria eu se não agradecesse individualmente a cada um dos amigos que caminharam comigo, do início ao fim, a jornada da graduação: Bruna Zenkner, Evando Bento, Ian Mateus (a você de forma especial, por aguentar minhas chatices e meu desespero durante o curso e ser a voz que sempre me diz que “tudo vai ficar bem”), Laura Mesquita, Mirely Rodrigues, Nuan Fialho e Sérgio Gabriel. O que a UFMA uniu, nada separa.

Agradeço, ainda, aos estágios por onde passei, especialmente à Defensoria Pública, onde ganhei grandes amigos, aprendi a lidar com as diferenças e a nunca desistir do ser humano, seja qual for o seu defeito, e ao Mota e Silva Advogados, que confirmou em mim o amor pela advocacia, onde sou desafiada todos os dias para que eu me aperfeiçoe enquanto pessoa e profissional e que é a principal fonte inspiradora do presente trabalho.

Com gratidão, encerro mais uma etapa, convicta de que os próximos desafios não serão mais fáceis, tampouco os quero mais brandos, afinal, mar calmo nunca fez bom marinheiro. E sei que com fé em Deus e com pessoas incríveis ao meu redor, muitas outras conquistas virão, acompanhadas de ainda mais gratidão.

“Sorte é o que acontece quando a preparação encontra a oportunidade”.

Sêneca

## RESUMO

A pauta central do presente estudo é demonstrar a possibilidade de se aplicar o instituto público da reserva do possível às operadoras de planos de saúde. Dessa forma, objetiva-se através deste trabalho, cuja estruturação metodológica se deu mediante pesquisa bibliográfica qualitativa, conceituar o instituto da reserva do possível e a sua aplicabilidade no dever estatal de garantir o direito fundamental à saúde, perpassando pelo processo histórico que deu origem à saúde suplementar e à sua regulamentação e judicialização. Em seguida, faz-se uma análise comparativa de decisões judiciais, avaliando os fundamentos de julgados a favor do Estado e contra as operadoras de planos de saúde em casos que envolvem demandas de saúde semelhantes, culminando na conclusão de que, em respeito ao Princípio da Igualdade, às diretrizes contratuais, legais e regulamentares que regem os planos de saúde, à ordem econômica que circunda as relações privadas e à natureza securitária dos contratos de planos de saúde, deve-se aplicar o instituto público da reserva do possível em prol das entidades que atuam na saúde suplementar.

Palavras-chave: Reserva do Possível. Planos de Saúde. Judicialização.

## **ABSTRACT**

The central question of this study is to demonstrate the possibility of applying the public institute of the reserve of the possible to health insurance companies. Thus, the purpose through this work, which methodological structure has been done by qualitative bibliographic research, is to conceptualize the institute of the reserve of the possible and its applicability in the State's duty to guarantee the fundamental right to health, going through the historical process that gave rise to supplementary health and its regulation and judicialization. Then, a comparative analysis of judicial decisions is made, evaluating the grounds of judgments in favor of the State and against the health insurance companies in cases that involve similar health demands, culminating in the conclusion that, in respect to the Principle of Equality, the contractual, legal and regulatory guidelines governing health insurance, the economic order that surrounds private relations and the security nature of health insurance contracts, the public institute of the reserve of the possible should be applied in favor of entities that work in supplementary health.

**Keywords:** Reserve of the possible. Health insurance. Judicialization.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 DA GARANTIA AO DIREITO À SAÚDE: DO DEVER ESTATAL AO SURGIMENTO DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE.....</b>	<b>11</b>
2.1 O garantismo estatal pelo direito fundamental à saúde e o princípio da reserva do possível.....	11
2.2 O surgimento das operadoras de planos de saúde e o seu processo de regulamentação.....	17
<b>3 ANÁLISE COMPARATIVA DE DECISÕES JUDICIAIS: O POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO QUANDO O ESTADO É DEMANDADO <i>VERSUS</i> QUANDO UMA OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE OCUPA O POLO PASSIVO.....</b>	<b>26</b>
3.1 Caso n.º 01: Fisioterapia pelo Método Therasuit®.....	26
3.2 Caso n.º 02: Fertilização <i>In Vitro</i> .....	33
3.3 Caso n.º 03: Fornecimento do Medicamento Spinraza® (Nusinersena).....	40
<b>4 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO PÚBLICO DA RESERVA DO POSSÍVEL ÀS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE.....</b>	<b>46</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>53</b>
REFERÊNCIAS.....	55

## 1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o instituto da reserva do possível possui natureza pública, aplicando-se apenas em prol do Estado nas relações em que ele assume obrigações positivas, a fim de reservar ao Poder Público o dever de prestações no limite de suas possibilidades, quer em âmbito jurídico ou econômico.

Entretanto, a dinâmica atual estabelecida pela intervenção do Poder Público no campo do Direito Civil, especialmente no âmbito do Direito Contratual, enseja uma análise da aplicabilidade do instituto público da reserva possível às relações privadas, mormente no vínculo de natureza securitária estabelecido entre as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários, objeto de apreciação do presente estudo.

Para tanto, o trabalho monográfico foi construído mediante o método exploratório dedutivo, desenvolvendo-se através de pesquisa bibliográfica qualitativa proveniente de textos científicos, legislação e julgados afetos aos assuntos em comento, os quais possibilitaram sustentar o desenvolvimento deste estudo.

Desse modo, o presente estudo foi organizado em três capítulos interconectados, tratando-se na primeira seção do conceito de reserva do possível, por meio da exposição histórica de como surgiu esse princípio, abordando-se, logo após, sobre a aplicação do instituto no dever estatal de garantir o direito fundamental à saúde.

Ainda no primeiro momento, e após breve demonstração acerca da ineficácia estatal em garantir o direito à saúde, é feita uma abordagem histórica de como surgiu a saúde suplementar no Brasil e o processo de regulamentação que lhe corresponde.

Já no segundo capítulo, estão presentes julgados de Tribunais pátrios para uma análise comparativa e esmiuçada da fundamentação usada pelo Poder Judiciário em ações nas quais o Estado é requerido e, por outro lado, em demandas semelhantes ajuizadas em face das operadoras de planos de saúde.

Para essa análise comparativa, foram usados três casos, sendo o primeiro acerca da Fisioterapia pelo Método Therasuit®, seguida da Fertilização *In Vitro* e, por último, o Fornecimento do Medicamento Spinraza® (Nusinersena).

Na terceira e última parte, são analisadas as razões que ensejam a possibilidade de aplicação da reserva do possível às operadoras de planos de saúde, por meio da crítica à judicialização do setor, da análise das características dos contratos de planos de saúde e de dados que mostram a precariedade econômico-financeira do setor da saúde suplementar.

Por fim, nas considerações finais do presente estudo, se demonstra que aplicar o instituto público da reserva do possível às operadoras de planos de saúde não é privilegiá-las, mas tratar uma realidade à qual se submete a iniciativa privada, de modo a promover segurança jurídica através do respeito à atuação do Estado-Regulador, ao caráter contratual e securitário do plano de saúde e à ordem econômica e, não menos importante, da aplicação análoga ao setor privado de um princípio que já privilegia o Estado por entender a problemática da escassez de recursos.

## **2 DA GARANTIA AO DIREITO À SAÚDE: DO DEVER ESTATAL AO SURGIMENTO DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE**

Para compreender sobre como o instituto da reserva do possível implica no direito fundamental à saúde, se faz necessário de antemão conhecer o processo histórico de elevação da saúde a direito social, fato que exige do Estado uma atuação positiva, mas que encontra na escassez de recursos uma limitação.

Nesse aspecto, o presente capítulo aborda o surgimento do princípio da reserva do possível e a sua aplicação em favor do Estado nas demandas que envolvem o direito à saúde.

Essa perspectiva leva naturalmente à abordagem sobre como a escassez de recursos estatais levou ao surgimento das operadoras de planos de saúde no Brasil, fato que também será trabalhado neste capítulo e demonstrará todo o processo de regulamentação e de início da judicialização que envolvem a saúde suplementar.

### **2.1 O garantismo estatal pelo direito fundamental à saúde e o princípio da reserva do possível**

O surgimento da noção de direitos fundamentais está diretamente atrelado aos diversos atos, cartas, estatutos e declarações conquistados pelas sociedades ao longo da história. Entrementes, o conceito de direitos fundamentais logra maior destaque a partir da célebre Magna Carta (1215), considerada a 1ª Declaração de Direitos Fundamentais, perpassa pela Declaração de Independência, nos Estados Unidos, com a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776) e ganha maior evidência com o advento da Revolução Francesa, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).<sup>1</sup>

Nesse sentido, é necessário compreender que a relação entre os direitos fundamentais e o Estado é indissociável, pois aqueles nascem e se desenvolvem junto às Constituições em que foram reconhecidos e assegurados.

Vale ressaltar que os movimentos acima destacados serviram, e ainda servem, como alicerces para a formação de diversas constituições, inclusive para a

---

1 FEDATO, Loriane Baçan. *Direitos fundamentais: breve resumo da evolução*. 2011. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/artigos/direitos-fundamentais-breve-resumo-evolucao/337>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que conferiu ao Estado obrigações positivas, dentre as quais o dever de promoção do direito à saúde.

O direito à saúde, por sua vez, faz parte do que se conhece por garantias de 2ª geração, ou seja, é consagrado com o advento dos direitos sociais, políticos e coletivos, os quais conferem ao Estado o dever de assegurar direitos de forma efetiva e eficaz, culminando no surgimento do que se chama de Estado Social.<sup>2</sup>

Contudo, ao longo dos anos, começou-se a perceber a incapacidade do Estado para atuar de forma eficaz e efetiva como um ente social, capaz de assegurar e promover, de forma exclusiva, os direitos sociais, políticos e coletivos. Por esta razão, o dever de assegurar a saúde necessitou ser compartilhado com a iniciativa privada, sob a fiscalização estatal.

Mesmo compartilhando essa obrigação, o Estado se via incapaz de satisfazer as pretensões sociais que a ele buscavam, em razão da escassez de recursos. Aos poucos, o Estado passou a valer-se do conceito de reserva do possível para justificar a não satisfação integral de diversas demandas.

De antemão, é preciso entender que a ideia de reserva do possível nasceu no Tribunal Constitucional da Alemanha na década de 1960, quando estudantes alemães recorreram ao Poder Judiciário para ter o direito à livre escolha da profissão, previsto no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã.

Isso porque, com o crescente número de interessados pelos cursos mais quem quistos, como direito e medicina, surgiu a necessidade de se limitar o número de estudantes que ingressariam nos cursos universitários e, assim sendo, estes estudantes perceberam um direito, outrora inviolado, sendo cingido pelo Estado.

No julgamento da lide alemã, o Tribunal entendeu que o indivíduo, na busca pela consolidação dos direitos fundamentais a ele inerentes, somente pode exigir a prestação estatal no limite do razoável, ou seja, em observância à capacidade econômica do Estado e à possibilidade jurídica da prestação requerida.<sup>3</sup>

Desta feita, apesar do reconhecimento de um direito fundamental e da necessidade de sua efetivação, o tribunal alemão entendeu que a realidade exigia,

---

2 FEDATO, Loriane Baçan. Op. cit.

3 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 07 abr. 2018.

para a efetivação destes direitos, a existência de recursos, os quais, àquele momento, eram escassos, concebendo-se, então, a ideia de reserva do possível.

Nesse sentido, referindo-se à construção teórica feita na Alemanha sobre a noção de reserva do possível, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a

[...] efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.<sup>4</sup>

No dever estatal de garantir o direito fundamental à saúde, a situação não é diferente. Para a efetivação de um direito, o Estado precisa alocar recursos, os quais, como de antemão exposto, são sempre escassos, o que significa que nem todas as pessoas poderão desfrutar de uma prestação integral.

À primeira vista, tal afirmação pode contrapor o que determina a Constituição Federal do Brasil de 1988, a qual, em seu artigo 196, dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário”.<sup>5</sup>

Contudo, em uma análise mais aprofundada do texto legal é possível destacar duas expressões de suma importância para o presente estudo: políticas econômicas e acesso universal e igualitário. Assim, quando a Carta Magna afirma que o direito à saúde é garantido mediante políticas econômicas, conseqüentemente alega-se que esse direito social é efetivado, dentre outros fatores, por meio da aplicação de princípios e recursos financeiros, os quais são finitos e, portanto, permitem que o Estado se reserve à possibilidade orçamentária da pretensão.

Mais importante ainda é a análise do segundo termo, quando o artigo constitucional retro afirma que as políticas estatais que garantem o direito à saúde visam o acesso universal e igualitário. A importância remonta ao fato de que de antemão é possível notar um impasse: se a saúde é garantida por meio de políticas econômicas, cujos recursos são escassos, se deve decidir por assegurar ou a universalidade ou a igualdade das prestações oferecidas.

---

4 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.

5 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2018

Isso porque “as noções de universalidade e equidade estão relacionadas ao princípio da igualdade que, por sua vez, está associado à ideia de justiça no pensamento dos principais filósofos. O universal é aquilo que é comum a todos”<sup>6</sup>. Em contrapartida, a integralidade é definida, pela Lei 8.080/90, em seu art. 7º, § 2º, “como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.<sup>7</sup>

Entendendo-se que os recursos à disposição do Estado para a efetivação das garantias fundamentais não são infinitos, é impossível na prática promover integralidade de prestações, ao menos de maneira que isso signifique atender restritamente a um grupo de pessoas, o que, por sua vez, afasta a percepção de atendimento à universalidade.

Dessa forma, por melhor intencionada que tenha sido a motivação do legislador ao formular o artigo 196 da Carta Magna, a realidade implica em orçamentos limitados e, conseqüentemente, na necessidade de se escolher entre a universalidade ou a integralidade das prestações individuais.

Assim, para que a universalidade do direito à saúde não seja atingida, o Estado suscita a aplicação do princípio da reserva do possível, que, por sua vez, atinge a integralidade das prestações. Em outras palavras, para que todos (universalidade) tenham acesso à saúde, nem todos tem suas pretensões totalmente atendidas (integralidade).<sup>8</sup>

Repisa-se que isso se deve à escassez de recursos. Caso o Estado fosse obrigado a atender integralmente cada prestação singular, certamente, pela alocação de recursos em uma única ou em poucas prestações, outras ficariam prejudicadas ou até impossibilitadas de serem efetivadas.

---

6 PAIM, Jairnilson Silva; SILVA, Lígia Maria Vieira da. *Universalidade, integralidade, equidade e SUS*. BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.), São Paulo, v. 12, n.º 2, ago. 2010. Disponível em: <[http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1518-18122010000200002&lng=pt&nrm=iso](http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122010000200002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 08 abr. 2018.

7 BRASIL. *Lei 8.080, de 19 de setembro de 1980*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2018.

8 REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. 2011. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial). Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima. p. 23.

Tem-se então o direito fundamental à saúde de um lado e, de outro, o instituto da reserva do possível. Ingo Wolfgang Sarlet, fundamentado em Christian Starck, afirma em sua obra que “a limitação de recursos constitui em limite fático à efetivação de direitos fundamentais”.<sup>9</sup>

Nesse ínterim, mister se faz explicitar que a reserva do possível, além de um instituto, também se trata de um princípio, ou seja, de um mandamento de otimização, conforme o critério estrutural qualitativo adotado por Robert Alexy<sup>10</sup>, segundo o qual

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>11</sup>

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Ainda segundo Alexy, quando princípios e regras colidem, a realização de um direito fica sujeita à sua possibilidade jurídica. Assim, quando o princípio da reserva do possível entra em colisão com o direito fundamental à saúde, deve-se de imediato afastar a ideia emocional de intocabilidade dos direitos fundamentais e

---

9 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.

10 BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. *O conceito de princípio: uma questão de critério*. Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 7, n. 7, p.247-269, jan/jun 2010. Semestral. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/244>>. Acesso em: 05 maio 2018. p. 252.

11 ALEXY, Robert. A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais. In: \_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo - SP: Malheiros, 2008. Cap. 3. p. 85-179. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p. 90.

analisar, numa visão ampliada, a realização do direito na maior medida possível dentro da possibilidade jurídica da pretensão.

Seguindo essa projeção, os Tribunais pátrios têm proferido decisões que avaliam a finitude dos recursos estatais frente às pretensões que alegam o direito fundamental à saúde, nos termos da ementa que segue

EMENTA PARCIAL: REEXAME NECESSÁRIO/APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. REJEIÇÃO. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. EXISTÊNCIA DE ALTERNATIVAS TERAPÊUTICAS. PROVA DE UTILIZAÇÃO SEM RESULTADO. AUSÊNCIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA, EM REEXAME NECESSÁRIO. RECURSOS DE APELAÇÃO E ADESIVO JULGADOS PREJUDICADOS. 1. A análise das condições da ação é realizada abstratamente, isto é, não se confunde com a pretensão deduzida em juízo, de forma que as questões concernentes à relação jurídica material dizem respeito ao mérito da causa 2. A ausência de requerimento administrativo não serve de óbice ao ajuizamento da ação judicial, por força do disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. 3. Os Municípios, Estados e a União são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos, tendo em vista ser a saúde um direito fundamental. 4. A Constituição da República, em seus artigos 196 e seguintes, deixa claro que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e ao acesso universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. 5. O dever estatal em garantir o direito à saúde não pode ser dissociado das políticas sociais e econômicas, sendo necessária a observância do princípio da reserva do possível, para que seja assegurada universalidade das prestações, pena de ofensa ao princípio da isonomia. 6. Malgrado seja dever do Poder Público realizar os procedimentos necessários para o benefício da saúde dos administrados, não se apresenta possível a determinação no sentido de que arque com o valor da aquisição de medicamento ou insumo específico, mormente quando se constata a existência de outra opção terapêutica disponibilizada no âmbito do SUS.<sup>12</sup>

Logo, conforme Ingo Wolfgang Sarlet afirma, ao fazer referência a Holmes e Sunstein em sua obra, levar direitos a sério, especialmente sobre o prisma da eficácia e efetividade, é sempre também levar a sério o problema da escassez.<sup>13</sup> Isso quer dizer que é impossível colocar o direito fundamental à saúde como

---

12 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível Nº 1.0223.10.006377-3/002*, 8ª Câmara Cível. Apelante: Estado de Minas Gerais. Apelado: Edilson José Raposo. Relator: Desembargador Rogério Coutinho. Julgado em 07 de maio de 2015. Publicado no Diário de Justiça do Estado de Minas Gerais em 18/05/2015. Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189323114/ap-civel-reex-necessario-ac-1022310006377-3002-mg/inteiro-teor-189323163?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

13 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.

intocável, posto que para a sua plena eficácia e efetividade é imprescindível tratar com relevância igual o problema da escassez e da alocação de recursos.

Desta feita, é evidente que o Estado não consegue arcar integralmente com o seu dever de garantir o direito fundamental à saúde, o que traz à tona o instituto público da reserva do possível. Ante este problema, surge a oportunidade da iniciativa privada para atuar na dimensão da saúde suplementar, recebendo, por conseguinte, regulamentação estatal.

## **2.2 O surgimento das operadoras de planos de saúde e o seu processo de regulamentação**

A saúde suplementar, prestada pelo particular da forma como é conhecida hodiernamente, surgiu com maior expressividade durante o período ditatorial militar brasileiro, por meio de convênios público-privados e motivada pela ineficiência do Estado em garantir o direito fundamental à saúde.

Para diminuir as tensões que o circundavam, o governo militar promoveu propostas populares, apesar de notar que não seria capaz de garantir o programa de saúde pública em razão da finitude de recursos e, em contrapartida, da existência de necessidades ilimitadas.

Na contramão do que a 2ª dimensão de direitos fundamentais define como obrigação do Estado Social, o governo militar, nesse contexto, delegou a função originariamente pública de promoção da saúde para o setor privado, com a permissão a entes particulares para atuarem no ramo.

É nesse contexto que surge a chamada *medicina em grupo*, formada por pessoas jurídicas de direito privado, as quais, em razão dos incentivos proporcionados pelo governo, decidiram atuar no ramo da saúde suplementar, ao que vale citar a criação da primeira cooperativa médica do sistema UNIMED (antiga sigla de União de Médicos, atual Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico), em 1967.

Nos anos seguintes continuaram a surgir cada vez mais pessoas jurídicas atuando no ramo da saúde suplementar, o que atrai a atenção do Estado. Isso porque, inicialmente, a atuação do setor privado no ramo da saúde era pouco

fiscalizada e regulamentada. Apesar da garantia do direito à saúde ser um dever do Estado, este atua minimamente nos primórdios da saúde suplementar no Brasil.

Contudo, em outubro de 1980, o então Presidente da República João Figueiredo, sanciona a Lei 6.839, determinando o registro das operadoras privadas de saúde perante os respectivos conselhos de medicina. Inicia-se, então, o processo de regulamentação das operadoras de saúde, o que apenas se acentuou ao longo dos anos.<sup>14</sup>

Como grande marco desse processo, tem-se a promulgação da atual Constituição da República em 1988, a qual traz a saúde como um direito de todos e um dever do Estado. Não obstante, a Carta Magna prevê, em seu artigo 199, que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, sob, contudo, a regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos do artigo 197.<sup>15</sup>

Nesse liame, surgem as Leis 9.656/98 e 9.961/00, provavelmente as mais importantes e incisivas no processo de regulamentação que envolve as pessoas jurídicas atuantes na área da saúde suplementar.

A primeira dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, contendo um extenso rol de artigos que visam reger a atuação das pessoas jurídicas de direito privado no ramo da saúde suplementar, dispondo, inclusive, sobre aspectos próprios do direito contratual. Assim, esta lei não apenas regulamenta a atuação das operadoras de planos de saúde, como descaracteriza o negócio jurídico encetado ao intervir na esfera dos contratos elaborados pelas respectivas operadoras e oferecidos aos seus beneficiários.

O artigo 10 da Lei 9.656/98<sup>16</sup>, por exemplo, traz determinações a respeito da cobertura mínima que deve ser ofertada pelos planos de saúde. Assim se nota que o

---

14 REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. Op. cit. p. 19.

15 Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2018).

16 Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com 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 Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

Estado interfere na cobertura dos planos, ponto que deveria ser definido por meio da autonomia de vontade das partes contratantes a compor naturalmente os termos definidos pelas cláusulas contratuais.

Nesse sentido, importante é a lição que traz Cláudia Pinho

A Lei nº 9.656/98 trouxe coberturas mínimas que um contrato de plano de saúde deveria ter. Assim deslocou o contrato de plano de saúde do campo do negócio jurídico com características de contrato de adesão, onde a operadora de plano de saúde era quem definia o serviço ou procedimento que seria ofertado para o instituto do ato jurídico em sentido estrito, onde a lei é quem dita os direitos e obrigações, só havendo margem para o negócio jurídico, caso a operadora de planos de saúde queira ofertar um *plus* para o seu cliente além das determinações da Lei nº 9.656/98.<sup>17</sup>

Prosseguindo, não bastasse a modificação da natureza contratual feita pela chamada Lei dos Planos de Saúde, afetando as relações privadas entre as operadoras de planos de saúde e os seus beneficiários, no ano 2000 surge a Lei 9.961<sup>18</sup>, que dá origem à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a qual vem exercendo papel de agência estatal reguladora de modo a disciplinar o

---

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

VIII - Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001;

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS.

§ 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.

§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos.

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS. (BRASIL. *Lei 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2018).

17 PINHO, Cláudia A. A Agência Nacional de Saúde Suplementar: 10 anos depois do marco regulatório – avanços e desacertos. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). *Direito econômico: evolução e institutos*. Obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 335-347. p. 336.

18 BRASIL. *Lei 9.661, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2018.

processo para a constituição de novas operadoras de plano de saúde e tornando mais rígidas as regras de estipulação dos contratos encetados entre os planos e os seus beneficiários.

A adoção desta postura resultou na redução do número de operadoras de planos de saúde atuando no ramo<sup>19</sup>, ao impor ao mercado dos planos de saúde, em ascensão até meados da década de 90, os efeitos da regulamentação, fato que, por conseguinte, proporcionou a subsistência apenas das pessoas jurídicas financeiramente mais robustas, o que promoveu a concentração do mercado de saúde suplementar.

Ainda que as regulamentações aos planos de saúde apresentem pontos benéficos, é inegável que tais determinações trouxeram impactos de ordem financeira para as operadoras

Outro fator que trouxe inegável impacto econômico para as operadoras é o fato de que com a edição da Lei 9.656/98 e bem como da Lei 9.961/00 as operadoras tiveram que garantir a seus usuários uma cobertura mínima, prevista no plano referência, conforme artigo 10 da Lei 9.656/98. Além do mais, e no sentido de regulamentar tal cobertura, a ANS, por força do art. 4º, III, da Lei 9.961/00, passou a editar o rol de procedimentos mínimos a ser ofertado pelas operadoras. Este rol, segundo prevê a Resolução Normativa 0211, de 11 de janeiro de 2010, será revisto a cada dois anos, caso a ANS não veja a necessidade de promover revisão em período menor. É fato que nem sempre a edição de novo rol de procedimentos permite às operadoras reajustar os valores das mensalidades, conforme ocorreu quando da edição do último rol, previsto na RN 0211/10.<sup>20</sup>

O impacto financeiro provocado pela regulamentação acaba por atingir a universalidade dos beneficiários, que terão de arcar com os custos adicionais. Aqueles que não puderem ou não possuírem interesse em arcar com o aumento das mensalidades devem abdicar do plano, o que torna a regulamentação excludente.

Ademais, como supracitado, nem sempre as modificações feitas pela ANS permitem um reajuste nos valores das mensalidades, ainda que causem um aumento nos custos das operadoras de plano de saúde. Quando isso ocorre, o

---

19 Em dezembro de 2001, existiam 1961 operadoras de planos de saúde ativas no mercado. Segundo dados da FenSaúde, esse número caiu para 1095, em dados levantados até em dezembro de 2016, o que representa um estrondoso decréscimo de 866 operadoras atuantes no ramo da saúde suplementar. FENSAÚDE. Federação Nacional de Saúde Suplementar. *Indicadores Econômico-financeiros e de Beneficiários - Fevereiro/2017*. Disponível em: <<http://cnseg.org.br/fenasauade/publicacoes/boletim-da-saude-suplementar/detalhes-1.html>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

20 REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. Op. cit. p. 36.

desequilíbrio econômico resta evidente e não raro se vê atualmente pessoas jurídicas do direito privado encerrando as atividades no ramo da saúde<sup>21</sup>.

Não bastasse o conjunto de leis que regulam as operadoras de plano de saúde, o Judiciário ainda se insurge para adicionar burocracia e regulamentação ao exercício da atividade privada, acentuando o impacto econômico nas relações que envolvem a saúde suplementar.

Em uma análise de decisões judiciais, percebe-se que a atuação do Poder Judiciário nessas questões vem sendo feita majoritariamente na contramão das disposições encontradas na Lei dos Planos de Saúde, na atuação da ANS, nos conteúdos do Código Civil e até mesmo na Constituição Federal, em privilégio, na maioria das vezes, do Código de Defesa do Consumidor.

O entendimento reiterado dos tribunais no sentido de privilegiar em demasia o Códex Consumerista em detrimento a todas as demais normas que regulamentam os planos de saúde provoca insegurança jurídica e traz à tona um problema recorrente na atualidade: a mitigação da Separação dos Poderes pela intervenção do Poder Judiciário nas esferas executiva e legiferante.

Em verdade, se vê um conflito do Estado (Poder Judiciário – Estado-Juiz) para com o próprio Estado (Poder Executivo – Estado-Regulador), pois é nítida a

---

<sup>21</sup> Determinação de alienação da carteira de beneficiários da Unimed Paulistana – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico:

RESOLUÇÃO OPERACIONAL – RO Nº 1891, DE 1 DE SETEMBRO DE 2015. Dispõe sobre a determinação da alienação da carteira da operadora Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico. A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, no uso das atribuições que lhe conferem o inciso VI do art. 6º e a alínea “c” do inciso II do art. 86, do Regimento Interno aprovado pela RN 197, de 16 de julho de 2009, na forma do disposto no art. 24 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, alterada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, em reunião ordinária de 31 de agosto de 2015, considerando as anormalidades econômico-financeiras e administrativas graves que colocam em risco a continuidade do atendimento à saúde, de acordo com os elementos constantes do processo administrativo nº 33902.695871/2014-05, adotou a seguinte Resolução Operacional e eu, Diretor-Presidente, na forma do disposto nos incisos I e III do art. 82, da RN 197, de 16 de julho de 2009, determino a sua publicação: Art. 1º Fica determinado que a operadora Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico, registro ANS nº 30.133-7, inscrita no CNPJ sob o nº 43.202.472/0001-30, promova a alienação da sua carteira no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data do recebimento da intimação a que se refere o art. 10 da RN nº 112, de 28 de setembro de 2005. Art. 2º Fica suspensa a comercialização de planos ou produtos da operadora Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico, com base no artigo 9º, § 4º, da Lei 9.656/1998. Art. 3º Esta Resolução Operacional - RO entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Operacional - RO Nº 1.891, de 1º de Setembro de 2015*. Dispõe sobre a determinação da alienação da carteira da operadora Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 02 ago. 2015. n.º 168, Seção 1, p. 59. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=59&data=02/09/2015>>. Acesso em: 28 jun. 2018).

interferência dos tribunais na atuação hígida da ANS que, na qualidade de agência reguladora, assume o papel de órgão do Poder Executivo.

A atuação do Poder Judiciário nesse contexto não apenas fere a Separação de Poderes enquanto princípio norteador do Estado Democrático de Direito, mas também atinge fortemente o Princípio da Segurança Jurídica, pois as operadoras de planos de saúde já não têm na Lei dos Planos de Saúde, no Código Civil e no próprio Estado – na figura da ANS – o respaldo necessário para o desempenho de suas atividades.

Ilustra a situação descrita o que prescreve Kristian Rodrigo Pscheidt

A ANS elaborou (vide RN 211) uma extensa lista de procedimentos médicos da qual as operadoras de planos de saúde suplementar devem, obrigatoriamente, fornecer aos consumidores. Por certo que, não listados no rol, os serviços não previstos naquela Resolução podem ser negados, dada a estrita relação contratual (privada) entre as partes. Todavia, ignorando esta Resolução, o Poder Judiciário (estado-juiz) evoca outras normas (CF 1988 e CDC) e princípios para atender diversos outros serviços médicos, desconsiderando-se um regulamento claro e direto do próprio Estado.<sup>22</sup>

Assim, além das normas regulamentadoras aqui mencionadas, as operadoras de planos de saúde ainda sofrem intervenção direta do judiciário. Comumente se encontram decisões semelhantes a que ora se destaca, da lavra da Corte Sul Matogrossense

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. CASSEMS. FORNECIMENTO DE PRÓTESE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA QUE LIMITA A PRÓTESE A SER FORNECIDA. INVIABILIDADE DE O SEGURADO ARCAR COM 20% DOS CUSTOS A TÍTULO DE CO-PARTICIPAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. É abusiva a cláusula que limita os tipos de próteses a serem fornecidas pelo plano de saúde, pois cabe ao médico, analisando cada caso, eleger qual é a mais adequada para o restabelecimento da saúde do segurado. Em prestígio aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, também é abusiva a cláusula que impõe ao consumidor a obrigação de arcar com parte dos custos do material fornecido para a cirurgia, pois a cobrança de valores que extrapolem a contribuição mensal do segurado vai de encontro à sistemática protetiva do consumidor.<sup>23</sup>

---

22 PSCHEIDT, Kristian Rodrigo. *A balança jurídica do setor de saúde suplementar no Brasil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10758](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10758)>. Acesso em: 25 abr. 2018.

23 MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível Nº 0013100-92.2012.8.12.0001*, 4ª Câmara Cível. Apelante: Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS. Apelado: Celso Soares de Souza. Relator:

No caso especificado acima, a justiça condenou a operadora de plano de saúde a fornecer prótese para a cirurgia do beneficiário, mesmo inexistindo previsão do material nas cláusulas do contrato, fato que provoca insegurança jurídica e demonstra a intervenção de um Poder do Estado em outro.

Isso porque as cláusulas dos contratos de plano de saúde são elaboradas de acordo com a Lei 9.656/98 e passam por aprovação prévia da ANS. Ou seja, ainda que o contrato esteja em conformidade com o que a legislação e a agência reguladora estabelecem, o Poder Judiciário tem compreendido que há supremacia do Código de Defesa do Consumidor em detrimento de todas as ora citadas fontes formais do direito.

O que ocorreu no caso concreto é definido por Cristiane Rêgo e Carlos Alberto Rorhmann como paternalismo pretoriano

No caso do paternalismo pretoriano, o magistrado, de maneira isolada, se considera legitimado a proferir uma decisão a favor da parte considerada mais frágil, muitas vezes sem o menor fundamento jurídico, simplesmente por acreditar que desta forma está sendo feita a justiça. Trata-se, portanto, de uma atuação, caracterizada por uma certa parcialidade, incompatível com seu mister. [...] Desta forma, tais decisões são proferidas com base nas ideologias e crenças do magistrado que naquele caso concreto pende para um dos lados, ou seja, para aquele que ele considera mais vulnerável e merecedor de uma proteção que muitas vezes não encontra guarida no próprio ordenamento jurídico.<sup>24</sup>

Logo, condenar a operadora de plano de saúde a fornecer material não albergado pela cobertura prevista no contrato, o qual, por sua vez, foi aceito pelo beneficiário, sob a justificativa de cláusula abusiva – mesmo havendo validação prévia das cláusulas contratuais pela ANS –, significa desprezar a segurança jurídica que deveria embasar qualquer negócio jurídico.

Os riscos de decisões deste cunho são bem explicitados por Pscheidt, ao citar Leonardo Vizeu Figueiredo

---

Desembargador Odemilson Roberto Castro Fassa. Julgado em 19 de agosto de 2015. Publicado no Diário de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul em 23/08/2015. Campo Grande, MS. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/222948701/apelacao-apl-131009220128120001-ms-0013100-922012812000>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

24 RÊGO, Cristiane; RORHMANN, Carlos Alberto. *O paternalismo estatal e o fenômeno da juridicização da vida privada*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, v. 27, p. 119-140, 2013. p. 129.

Essa situação de incerteza por parte dos operadores privados da saúde suplementar, tendo em vista a desconsideração dos regulamentos oriundos da ANS, gera um desequilíbrio sério e até então pouco considerado pelos tribunais. Leonardo Vizeu Figueiredo (2006, p. 38) indica que há que se dar condições de existência econômica para a iniciativa privada, afirmando que o mercado exige um mutualismo, pois os próprios consumidores poderão ser prejudicados com esta distorção, uma vez que poderão ser obrigados a socorrerem-se da rede pública de saúde ante a falência das operadoras.<sup>25</sup>

Julgados como a do caso apresentado impõem às empresas que operam no ramo da saúde supletiva ônus não previsto no momento em que o contrato foi firmado ou no momento de sua execução, gerando, assim, desequilíbrio econômico para a contratada em virtude de deliberações dos julgadores, os quais desconsideram tal impacto financeiro na fundamentação de suas decisões.

Por conseguinte, as operadoras de planos de saúde repassam à sociedade o ônus sofrido, causando o que se pode designar de *efeito dominó econômico das decisões judiciais*, cujas consequências Rêgo e Rorhmann descrevem com maestria

Assim, quando uma seguradora de plano de saúde é condenada a cobrir um tratamento que não foi contratado pelo usuário, a consequência disso será a busca, por parte da companhia de seguro, por uma forma de compartilhar com a sociedade o ônus sofrido. Assim, como solução imediata para a recomposição de seu patrimônio e suprimento do prejuízo sofrido, as companhias decidirão pelo aumento do valor do plano de saúde dos demais conveniados e/ou a redução da remuneração dos médicos conveniados. Seja por uma forma, seja pela outra, toda a sociedade arcará com as consequências advindas de uma decisão isolada que beneficiou apenas um pequeno grupo.<sup>26</sup>

Como afirmam Rêgo e Rorhmann, “o que estes julgadores parecem não levar em consideração, diz respeito ao fato de que ao proteger uma parte isolada toda a sociedade arcará com o prejuízo sofrido pela parte sucumbente no processo”.<sup>27</sup>

Assim, o Estado não pode ignorar a evidente violação do alicerce sobre o qual o direito civil está há séculos firmado: a autonomia do negócio jurídico, sob o pretexto de constitucionalização de direitos e proteção do elo mais frágil das relações contratuais. Tampouco pode o Poder Público desprezar que os recursos são escassos, razão pela qual o magistrado deve estar sempre atento aos efeitos econômicos de seus *decisum*.

---

25 PSCHEIDT, Kristian Rodrigo. Op. c.

26 RÊGO, Cristiane; RORHMANN, Carlos Alberto. Op. c. p. 130.

27 RÊGO, Cristiane; RORHMANN, Carlos Alberto. Ibidem.

Portanto, não obstante o papel da ANS e a regulamentação normativa, as operadoras de planos de saúde ainda lidam com o que se pode chamar de segunda regulamentação do Poder Judiciário que, em ações envolvendo a saúde suplementar, desconsidera as implicações que suas decisões causam à segurança jurídica e as consequências de natureza contratual, legal e, principalmente, econômica decorrentes desse paternalismo pretoriano.

Destarte, a intervenção do judiciário causa insegurança jurídica e imenso desequilíbrio econômico às operadoras de plano de saúde, desprezando a noção de finitude de recursos, problema que também ocorre com o dever estatal de garantir a saúde e que enseja a aplicação do instituto público da reserva do possível em favor do Estado.

### **3 ANÁLISE COMPARATIVA DE DECISÕES JUDICIAIS: O POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO QUANDO O ESTADO É DEMANDADO *VERSUS* QUANDO UMA OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE OCUPA O POLO PASSIVO**

A judicialização do direito à saúde é um fato incontestado na atualidade<sup>28</sup> e, conforme demonstrado, ocorre tanto em razão da ineficiência e da escassez de recursos do Estado para atender a integralidade das demandas sociais, como, no âmbito privado, por conflitos envolvendo a obrigatoriedade ou não das operadoras de planos de saúde em cobrir determinados serviços, medicamentos e procedimentos.

Sucedendo que, ao analisar decisões judiciais acerca de casos envolvendo pleitos semelhantes, é possível perceber que o Judiciário se comporta de forma distinta em ações demandadas em face do Estado, do que quando quem ocupa o polo passivo é uma operadora de plano de saúde.

Assim, alguns julgados foram colacionados para uma abordagem pormenorizada no presente capítulo, a fim de que sejam averiguados, em uma análise comparativa, os argumentos dos comandos sentenciados pró Estado, bem como, em casos semelhantes, as arguições contra as operadoras de planos de saúde.

#### **3.1 Caso n.º 01: Fisioterapia pelo Método Therasuit®**

O Método Therasuit® é um tratamento fisioterápico intenso, inspirado em uma veste criada por pesquisadores russos para combater os efeitos causados aos astronautas em razão da ausência de ação da força gravitacional durante as viagens espaciais.

---

<sup>28</sup> Segundo dados da 13ª edição do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o número de ações ajuizadas no ano de 2016 envolvendo o direito à saúde, tanto no âmbito público quanto no privado, foi de 1.346.931, o que representa um aumento de 36,56% em relação a 2015, quando 854.506 novas ações foram ajuizadas, e de 70,83% se comparado a 2014, quando os dados do CNJ registraram 392.921 novas demandas envolvendo o direito à saúde. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2017. 13ª edição. 188 f. Anual. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2018).

Além dos exercícios intensos e repetitivos, realizados através de uma aparelhagem específica, o método é caracterizado pelo uso da chamada veste TheraSuit®, que é considerada uma órtese dinâmica.<sup>29 30</sup>

Como se trata de uma órtese com acessórios não ligados ao procedimento cirúrgico, pois são utilizados em tratamento fisioterápico, o Método Therasuit® está excluído do plano-referência, isto é, da cobertura obrigatória que deve ser ofertada pelas operadoras do plano de saúde.

A Lei n.º 9.656/98 é clara em delinear, em seu artigo 10, VII, que se exclui do plano-referência o “fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico”.

Da mesma forma, a Resolução Normativa – RN n.º 428 de 07 de novembro de 2017<sup>31</sup>, a qual atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, reforça que

Art. 20. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:

[...]

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico.

---

<sup>29</sup> A veste TheraSuit® é uma órtese dinâmica, constituída de cordas elásticas específicas e antialérgicas, ajustadas de acordo com a necessidade do paciente. A veste auxilia emitindo informações contínuas dos proprioceptores do alinhamento correto. Assim são inibidos movimentos reflexos e há uma maior permanência no padrão postural mais próximo do normal, aprendendo ou reaprendendo alguns movimentos. Com o auxílio da veste o tronco ganha maior estabilidade e coordenação das extremidades. (INTENSIVE THERASUIT - Centro de Fisioterapia. *Método Therasuit*. Disponível em: <[http://www.intensivetherasuit.com.br/?page\\_id=15](http://www.intensivetherasuit.com.br/?page_id=15)>. Acesso em: 05 maio 2018).

<sup>30</sup> O TheraSuit® consiste em uma órtese suave, proprioceptiva e dinâmica a qual contém: uma touca, a veste (composta por um short e um colete), joelheiras e conexões com o tênis. Todos os componentes estão conectados uns aos outros por um sistema de cordas elásticas. É um artifício seguro e efetivo que usado combinado com o programa intensivo de exercícios acelera o progresso da criança. (LUDENS – Núcleo Terapêutico e de Estudos do Desenvolvimento Humano. *História sobre o Therasuit*. Disponível em: <<http://www.clinicaludens.com.br/especialidades-fisioterapia-metodo-tratamento-therasuit-campinas.html>>. Acesso em: 05 maio 2018).

<sup>31</sup> BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa - RN Nº 428, de 7 de Novembro de 2017*. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga as Resoluções Normativas – RN nº 387, de 28 de outubro de 2015, e RN nº 407, de 3 de junho de 2016. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 08 nov. 2017. n.º 214, Seção 1, p. 101-103. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=101&data=08/11/2017>>. Acesso em: 08 maio 2018.

Para clarificar o alcance das limitações e evitar interpretações subjetivas, o regulador ainda expôs, no § 3º do mesmo artigo 20, em que ocasiões se consideram a órtese não ligada ao ato cirúrgico, bem como apresentou a definição de órteses, que são descritas como sendo “qualquer material permanente ou transitório que auxilie as funções de um membro, órgão ou tecido, sendo não ligados ao ato cirúrgico os materiais cuja colocação ou remoção não requeiram a realização de ato cirúrgico”.

Observa-se, portanto, que a ANS não incluiu na cobertura obrigatória dos planos de saúde o fornecimento de órteses não ligadas ao ato cirúrgico, isto é, aqueles materiais que auxiliam as funções de membros do corpo e que não demandam a realização de ato cirúrgico para a sua colocação.

Desta forma, o Método Therasuit® não é de cobertura legal obrigatória às operadoras de planos de saúde, pois a veste Therasuit® é órtese que visa auxiliar as funções dos membros do corpo e que não demanda a realização de ato cirúrgico para a sua colocação.

Não obstante a regulamentação e a legislação vigentes, os Tribunais pátrios têm sido uníssimos em obrigar as operadoras de planos de saúde a custear os tratamentos fisioterápicos pelo Método Therasuit®, a exemplo da decisão abaixo ementada

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - EQUOTERAPIA E THERASUIT - PROCEDIMENTO RECOMENDADO PARA TRATAMENTO DA AUTORA PORTADORA DE PARALISIA CEREBRAL - NEGATIVA DE COBERTURA INDEVIDA - DANO MORAL CONFIGURADO -QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. É abusiva a negativa de cobertura de procedimento recomendado e utilizado para o tratamento da doença da parte autora, uma vez que restringe obrigações inerentes à natureza do contrato, além de frustrar a expectativa da contratante, que é a de ter plena assistência à sua saúde quando dela precisar. A falta de previsão de procedimento médico solicitado no rol da ANS não representa a exclusão tácita da cobertura contratual. A propósito da configuração do dano moral, decorrente da recusa dos planos de saúde em cobrir determinados procedimentos com base em interpretação de cláusulas contratuais, o STJ firmou posicionamento no sentido de que a negativa de cobertura, nessas hipóteses, enseja dano moral. A indenização por dano moral deve ser arbitrada segundo o prudente arbítrio do julgador, sempre com moderação, observando-se as peculiaridades do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que o quantum arbitrado se

preste a atender ao caráter punitivo da medida e de recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima.<sup>32</sup>

Impende salientar que a decisão acima reconhece, no corpo do Acórdão, que há cláusula contratual expressa que exclui da cobertura os procedimentos não previstos no Rol da ANS, mas, em uma espécie de interpretação *ad infinitum* pró-consumidor, considera a disposição contratual abusiva

Não se desconhece que a nona cláusula do contrato celebrado entre as partes (documento nº 14) exclui da cobertura "tratamento clínico, cirúrgico, exames e serviços de apoio diagnósticos experimentais e aqueles não previstos no ROL DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS". Entendo, porém, que referida cláusula é abusiva, pois coloca o consumidor em desvantagem exagerada e restringe obrigações inerentes à natureza do contrato (art. 51, IV, e § 1º, II, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor), além de frustrar a expectativa do contratante, que é a de ter plena assistência à sua saúde quando dela precisar.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar a Apelação de n.º 0013829-16.2014.8.19.0014, além de considerar que, se há cobertura para uma doença, deve se dar cobertura, indiscriminadamente, para os tratamentos aplicáveis à patologia, também desprezou a utilidade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, ao considerá-lo como um mero rol exemplificativo

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA, OBJETIVANDO O CUSTEIO DE TRATAMENTO FISIOTERÁPICO THERASUIT. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE DEVE SER MANTIDA. Comprovação, por meio de relatório médico, que a Autora necessitava da fisioterapia intensiva Therasuit. Não pode a Operadora Ré se esquivar de autorizar o tratamento pretendido, sob a alegação de que o caso não se enquadra em hipótese prevista nas diretrizes da ANS para cobertura obrigatória. Rol não taxativo. Se existe cobertura para a doença, não se pode cogitar da exclusão de mecanismos eleitos pelos médicos para a cura. Precedentes do STJ. Ademais, havendo divergência entre o plano de saúde e o médico que assiste o paciente, prevalece a indicação do profissional, na forma do Enunciado nº 211 do TJERJ. Outrossim, por se tratar de relação de consumo, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de forma favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 do CDC, especialmente em

---

<sup>32</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível Nº 1.0000.15.077744-9/003*, 13ª Câmara Cível. Apelante: Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Desembargador José de Carvalho Barbosa. Julgado em 17 de abril de 2018. Publicado no Diário de Justiça do Estado de Minas Gerais em 19/04/2018. Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568752893/apelacao-civel-ac-10000150777449003-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 maio 2018.

se tratando de contrato de adesão. Por outro lado, a recusa da Operadora de plano de saúde em autorizar o tratamento necessário ao consumidor, nos exatos moldes solicitados pelo profissional que o assiste, equivale a negar o atendimento médico contratado, e demonstra não só a desídia no tratamento com os clientes, mas também a abusividade de sua conduta, prevista no art. 51 do CDC. RECURSO DESPROVIDO.<sup>33</sup>

Acerca do Rol da ANS, é necessário explicitar que, se de fato fosse um mero rol exemplificativo de procedimentos e eventos em saúde, seria completamente dispensada a sua existência e constante atualização pela ANS através das Resoluções Normativas, pois todo e qualquer procedimento encontraria amparo independentemente da existência ou não de um rol.

O que o Rol da ANS pretende é estabelecer os tipos de coberturas imprescindíveis em qualquer plano de saúde, alcinhando-se esse conjunto de procedimentos de cobertura obrigatória de plano-referência, bem como estabelecer os limites da atuação das operadoras de plano de saúde, pois o dever de promoção integral e ilimitada da saúde cabe ao Estado<sup>34</sup>, enquanto que as operadoras de planos de saúde atuam se forma complementar.

Por outro lado, a mesma interpretação extensiva e o mesmo ônus não são impostos ao Poder Público, que recebe do Judiciário um beneplácito que não é conferido às operadoras de planos de saúde, conforme se infere do julgado a seguir

Apelação cível. Portador de paralisia cerebral. Tratamento terapêutico. Equoterapia. Custo elevado. Princípio da reserva do possível. Não comprovação de melhora do quadro clínico. Escola especial. Indicação não demonstrada. A paralisia cerebral geralmente é uma condição de longa duração (crônica), mas em geral não piora. No entanto, isso não significa que o Estado possa se furtar ao tratamento adequado de paciente com essa patologia. Contudo, oferecer o tratamento adequado não importa oferecer o tratamento mais novo, ainda em fase experimental. In casu, os tratamentos solicitados são de custo elevado e ainda sem a comprovação de melhor efeito aos pacientes portadores da doença diagnosticada, circunstâncias em que a saúde, como direito social, deve ser examinada à luz do princípio da reserva do possível, porquanto tais pleitos em face do Estado devem ser razoáveis, com atenção à carência de recursos e à cautela para não

---

<sup>33</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível Nº 0013829-16.2014.8.19.0014*, 5ª Câmara Cível. Apelante: Unimed de Campos Cooperativa de Trabalho Médico. Apelado: Videl de Souza Lisboa. Relator: Desembargadora Denise Nicoll Simões. Julgado em 08 de maio de 2018. Publicado no Diário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 11/05/2018. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577000738/apelacao-apl-138291620148190014-rio-de-janeiro-campos-dos-goytacazes-2-vara-civel?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 maio 2018.

<sup>34</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

privilegiar uma minoria em detrimento da coletividade. A equoterapia consiste em tratamento terapêutico que exige a atuação de profissionais habilitados, porém de prática ainda não regulamentada no Brasil. O método therasuit é novo, necessita de roupa especial, vendida apenas nos Estados Unidos, não havendo demonstração sequer de que em nosso Estado haja profissional habilitado para realizar esse tratamento complexo. E o tratamento de hidroterapia não encontra resultados satisfatórios na literatura médica para pacientes acometidos de paralisia cerebral. Nessa senda, obrigar o Estado a realizar esse tipo de tratamento de alto custo sem estar demonstrada a real utilidade do tratamento e eficácia para a doença, bem como se ele pode ser devidamente fornecido no Estado ou município, considerando a necessidade do interessado, que apresenta paralisia cerebral quadriplégica, mostra-se precipitado, visto que pode causar efeito inverso e atentar contra a saúde do interessado. Quanto à escola especial solicitada, não ficou devidamente demonstrada a sua indicação, principalmente em tempos em que se prega a inclusão social.<sup>35</sup>

Atraindo a aplicação do Princípio da Reserva do Possível, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, no Acórdão acima colacionado, baseou-se, dentre outros fundamentos, no fato de que o Método Therasuit® é de alto custo e não consta na lista do SUS

Recopilando: os tratamentos de equoterapia, therasuit e hidroterapia pretendidos são de alto custo e fora da lista do SUS, o que poderá estar criando uma situação de crise nas contas e na administração pública, além de não se ter a certeza de sua eficácia. Recomenda-se então bastante prudência, sob pena de cometer-se injustiça ou discriminação de uma maioria da população sem o mesmo experimento. Enfim, de nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos, a qual não poderá arcar com os custos de tratamento deste tipo para toda a população.

É notório que o custo do procedimento é elevado tanto para o Estado quanto para as operadoras de planos de saúde. No entanto, ainda que a arrecadação estatal seja inúmeras vezes superior ao poderio econômico das operadoras de planos de saúde, os impactos financeiros são considerados apenas em relação ao Poder Público, não recebendo o mesmo cuidado do Judiciário em relação à saúde suplementar.

Apesar de a lista do SUS ser para a Administração Pública aquilo que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS representa para a saúde

---

<sup>35</sup> RONDÔNIA. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Apelação Cível Nº 0003922-72.2014.8.22.0001*, 2ª Câmara Especial. Apelado: Estado de Rondônia. Relator: Desembargador Roosevelt Queiroz Costa. Julgado em 04 de agosto de 2015. Publicado no Diário de Justiça do Estado de Rondônia em 12/08/2015. Porto Velho, RO. Disponível em: <<https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295450160/apelacao-apl-39227220148220001-ro-0003922-7220148220001/inteiro-teor-295450167?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 maio 2018.

suplementar, aquela é levada em consideração, enquanto que este é desprezado pelo Poder Judiciário em suas decisões, ainda que seja um rol formulado pelo Poder Executivo, representado na figura da ANS.

Na mesma trilha argumentativa, enquanto que para as decisões condenatórias em desfavor das operadoras de planos de saúde basta a indicação do tratamento pelo médico, independente da existência de cobertura a outras técnicas convencionais que não o Método Therasuit®, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na Apelação de n.º 10024141278952003, atraindo novamente o Princípio da Reserva do Possível, entendeu que não se pode impor ao Estado o custeamento de fisioterapia de alto custo quando há métodos fisioterápicos convencionais disponibilizados pelo SUS.<sup>36</sup>

Nota-se que, não obstante o caso ser o mesmo, a saber, a solicitação de custeamento de fisioterapia pelo Método Therasuit®, o Poder Judiciário adota posturas divergentes e, inclusive, contraditórias.

Em relação ao Estado, os Tribunais, muitas vezes calcados no Princípio da Reserva do Possível, entendem que o alto custo do procedimento, aliado à

---

<sup>36</sup> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL // REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO ORDINÁRIA - SAÚDE - EQUOTERAPIA - TRATAMENTO FORNECIDO PELA REDE PÚBLICA DE SAÚDE - NECESSIDADE COMPROVADA - POSSIBILIDADE DE DISPONIBILIZAÇÃO EM QUALQUER CLÍNICA CREDENCIADA - THERASUIT - PROCEDIMENTO NÃO DISPONIBILIZADO PELA REDE PÚBLICA DE SAÚDE - INEFICÁCIA DAS TERAPIAS FORNECIDAS PELO SUS PARA O TRATAMENTO - NÃO DEMONSTRAÇÃO - IMPOSIÇÃO DE MULTA PECUNIÁRIA À FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - ARBITRAMENTO POR APRECIÇÃO EQUITATIVA. 1. A saúde é uma consequência do direito à vida, não podendo, o Estado, erguer barreiras burocráticas que obstaculizem ou mesmo impeçam o tratamento adequado ao cidadão carente. 2. É de se impor, ao Estado, o fornecimento de Equoterapia, tendo em vista a demonstração da imprescindibilidade desse método terapêutico para o tratamento da paciente, associada à sua disponibilização no âmbito da rede pública de saúde, por clínicas credenciadas. 3. Ausente a demonstração da ineficácia dos métodos fisioterápicos convencionais disponibilizados gratuitamente pelo SUS, para o tratamento do quadro clínico do autor, não há respaldo para se impor, ao público, a disponibilização do método Therasuit. 4. Conforme jurisprudência pacífica do STJ, admissível a fixação de multa pecuniária em face da Fazenda Pública. 5. Cabível a fixação dos honorários sucumbenciais por apreciação equitativa do magistrado, quando a hipótese se subsume ao previsto no art. 85, § 8º, do CPC/2015, que autoriza o arbitramento dos honorários em valor fixo se for inestimável ou irrisório o proveito econômico obtido ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo. 6. Recurso voluntário provido em parte. V.V.p. - O dever constitucionalmente estabelecido como direito fundamental em espécie, relativo à garantia da vida, impõe o acesso do cidadão a todos os mecanismos necessários à preservação da saúde, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal. - A disciplina constitucional relativa ao direito à saúde, tal qual inserta no artigo 196 da Constituição da República, impõe reconhecer seja dever da Administração Pública o fornecimento de tratamento adequados, sempre em respeito à cláusula da reserva do possível. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível Nº 1.0024.14.127895-2/003*, 5ª Câmara Cível. Apelante: Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargadora Áurea Brasil. Julgado em 03 de maio de 2018. Publicado no Diário de Justiça do Estado de Minas Gerais em 08/05/2018. Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/575208517/ap-civel-rem-necessaria-ac-10024141278952003-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 maio 2018).

disponibilização de tratamentos convencionais no SUS, são fatores obstativos à cobertura de procedimento mais caro, cujo custo será socializado com a população como um todo.

Mesma sorte não assiste às operadoras de planos de saúde, as quais, mesmo arrecadando numerários inferiores ao Estado, se veem obrigadas a custear a fisioterapia pelo Método Therasuit®, apesar de oferecerem cobertura a fisioterapias convencionais e de sofrerem maior impacto financeiro com a imposição de cobertura a um procedimento de alto custo, o qual será socializado com todos os demais usuários do plano.

Da análise das decisões, das argumentações e dos posicionamentos acima expostos, não restam dúvidas de que a imparcialidade do Poder Judiciário é posta em xeque quando, em grave violação ao Princípio da Igualdade, age diferente em casos semelhantes, ignorando o dever imperativo do Estado de garantir saúde a todos (artigo 196 da Constituição Federal) e impondo à saúde suplementar obrigações que em muito extrapolam os limites legais e contratuais a ela impostos.

### **3.2 Caso n.º 02: Fertilização *In Vitro***

A fertilização *in vitro* (FIV) é uma espécie de inseminação artificial que usa a técnica de reprodução assistida para promover o encontro, em laboratório, do óvulo e do espermatozoide extraídos dos futuros pais, possibilitando uma gestação artificialmente produzida.<sup>37</sup>

O artigo 10, III, da Lei 9.656/98, exclui do plano-referência de assistência à saúde a inseminação artificial:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com 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 Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:  
I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

---

<sup>37</sup> FERTILIDADE.ORG – Clínica de Fertilidade e Reprodução Humana. *A técnica de fertilização in vitro na reprodução humana*. Disponível em: <<https://fertilidade.org/content/fertilizacao-vitro-0>>. Acesso em: 19 maio 2018.

- II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;
- III - inseminação artificial.

Apesar da exclusão legal expressa, passou-se a discutir judicialmente acerca do dever de cobertura dos planos de saúde aos procedimentos de fertilização *in vitro* após a publicação da Lei 11.935, de 11 de maio de 2009<sup>38</sup>, que alterou a redação do artigo 35-C da Lei 9.656/98 para incluir na cobertura obrigatória dos planos o atendimento nos casos de planejamento familiar

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:  
 I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;  
 II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;  
 III - de planejamento familiar.  
 Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35.

Logo após a publicação da Lei 11.935/09, a ANS, em atenção ao parágrafo único do novel artigo 35-C e na tentativa de dirimir interpretações conflitantes entre os artigos 10, III, e 35-C, III, da Lei dos Planos de Saúde, editou a Resolução Normativa – RN n.º 192, de 27 de maio de 2009<sup>39</sup>, dispondo acerca da cobertura aos atendimentos nos casos de planejamento familiar.

Referida Resolução, em seu art. 1º, § 2º, reforçou o disposto no artigo 10, III, da Lei 9.656/98 e reiterou que a inseminação artificial não é de cobertura obrigatória pelos planos de saúde.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> BRASIL. *Lei 11.935, de 11 de maio de 2009*. Altera o art. 36-C da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm)>. Acesso em: 20 maio 2018.

<sup>39</sup> BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa - RN Nº 192, de 27 de Novembro de 2009*. Dispõe sobre a cobertura aos atendimentos nos casos de planejamento familiar e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 28 maio 2009. n.º 100, Seção 1, p. 84-85. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=28/05/2009&jornal=1&pagina=84&totalArquivos=152>>. Acesso em: 24 maio 2018

<sup>40</sup> Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre a cobertura aos atendimentos nos casos de planejamento familiar de que trata o inciso III do art. 35-C da Lei Nº 9.656, de 1998, incluído pela Lei 11.935, de 11 de maio de 2009.

§ 1º Considera-se o planejamento familiar como um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Da mesma forma, o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS mais atualizado até o momento, estabelecido pela Resolução Normativa – RN n.º 428, de 07 de novembro de 2017, reforça que

Art. 20. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:

[...]

III - inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção pós-tuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas.

Desta forma, não há obrigação legal de cobertura pelos planos de saúde à fertilização *in vitro*, pois a legislação vigente e a ANS são claras em excluir do plano-referência a inseminação artificial, a qual inclui técnicas de reprodução assistida como a FIV.

Além da exclusão legal, a I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, realizada nos dias 14 e 15 de maio de 2014, aprovou o Enunciado n.º 20, estabelecendo que a fertilização *in vitro* não é de cobertura obrigatória pelos planos de saúde.<sup>41</sup>

A cobertura obrigatória de atendimento aos casos de planejamento familiar, conforme o estabelecido no artigo 35-C, III, da Lei dos Planos de Saúde, refere-se, portanto, a todos os procedimentos de diagnóstico e de tratamento da infertilidade que não constem nas exclusões permitidas pela Lei 9.656/98 e que estejam no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS.

Nessa seara, as operadoras de planos de saúde não são obrigadas a cobrir a fertilização *in vitro*, pois o procedimento é expressamente excluído pelo artigo 10,

---

§ 2º A inseminação artificial e o fornecimento de medicamentos de uso domiciliar, definidos nos incisos III e VI do art. 13 da Resolução Normativa - RN Nº 167, de 9 de janeiro de 2008, não são de cobertura obrigatória de acordo com o disposto nos incisos III e VI do art. 10 da Lei Nº 9.656, de 1998 e, não estão incluídos na abrangência desta Resolução.

<sup>41</sup> Enunciado n.º 20. A inseminação artificial e a fertilização *in vitro* não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciados Aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo/SP: CNJ, 15 de maio de 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENRIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf)>. Acesso em: 25 maio 2018).

III, da Lei dos Planos de Saúde, pelo art. 1º, § 2º, da Resolução Normativa n.º 192/2009, pelo artigo 20, III, da Resolução Normativa n.º 428/2017 e pelo Enunciado n.º 20 da I Jornada de Direito de Saúde do CNJ.

Não obstante as inúmeras disposições expressas acerca da não obrigatoriedade dos planos de saúde de cobrir procedimentos de fertilização *in vitro*, decisões recentes dos Tribunais têm obrigado as operadoras de planos de saúde a cobrir as sessões de FIV solicitadas pelos seus beneficiários

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANEJAMENTO FAMILIAR. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. INDICAÇÃO MÉDICA. PLANO DE SAÚDE. RECUSA. TUTELA. ANTECIPADA. REQUISITOS. PRESENÇA. DEFERIMENTO. MANUTENÇÃO. I O deferimento da tutela antecipada exige a demonstração da probabilidade do direito alegado e do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desde que a medida seja dotada de reversibilidade. II A teor do disposto no artigo 35-C, inciso III, da Lei nº 9.656/1998, introduzido pela Lei nº 11.935/2009, obrigatória é a cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar. III Segundo a jurisprudência, é abusiva a cláusula contratual que exclui a cobertura de métodos de fertilização *in vitro* quando este for um meio viável de materialização do planejamento familiar. IV Compete ao médico que acompanha o paciente estabelecer qual o procedimento adequado ao tratamento de sua enfermidade, não estando a seguradora autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde daquele. V Evidenciado que a Agravada tem o diagnóstico de obstrução tubária à esquerda e que a fertilização *in vitro* prescrita por médico especialista objetiva a materialização do planejamento familiar, impositiva é a manutenção da decisão recorrida, sobretudo porque inexistente nos autos prova de risco de lesão grave ou de difícil reparação à administradora do plano de saúde. RECURSO NÃO PROVIDO.<sup>42</sup>

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE PRIVADO. OBSTRUÇÃO TUBÁRIA ATESTADA PELO MÉDICO. IDADE AVANÇADA. FERTILIZAÇÃO "IN VITRO". PLANEJAMENTO FAMILIAR. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 35-C, INCISO III DA LEI Nº 11.935/2009. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA. APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. O cerne da controvérsia consiste em verificar se no caso da apelante, portadora de obstrução tubária, assiste-lhe o direito a fertilização "in vitro" através do plano de saúde. O artigo 10, III da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, exclui a obrigatoriedade destes custearem a inseminação artificial, ao tempo em que o mesmo diploma legal, em seu art. 35-C, inciso III, com a alteração introduzida pela Lei nº 11.935, de 11 de maio de 2009, obriga às operadoras de planos de saúde a dar cobertura aos segurados nos casos relacionados ao planejamento familiar; instituto previsto no parágrafo 7º do artigo 226 da

<sup>42</sup> BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Agravo de Instrumento Nº 0010162-83.2016.8.05.0000*, 4ª Câmara Cível. Agravante: Sul América Companhia Nacional de Seguros. Agravado: Melina Santos de Lima. Relator: Juíza Substituta de 2º Grau – Adriana Sales Braga. Julgado em 08 de novembro de 2016. Publicado no Diário de Justiça do Estado da Bahia em 09/11/2016. Salvador, BA. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423035093/agravo-de-instrumento-ai-101628320168050000/inteiro-teor-423035102?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 26 maio 2018.

Constituição Federal. "Entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal" (art. 2º da Lei nº 9.263/96), o que certamente envolve a técnica de fertilização "in vitro". 5. Assim, considerando o disposto no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de modo mais favorável ao consumidor e, portanto, reputando-se nulas aquelas que limitam ou restringem procedimentos médicos, especialmente as que criam uma barreira à realização da expectativa legítima do consumidor, contrariando prescrição médica (art. 51 do CDC), deve ser reconhecida a abusividade da cláusula contratual que exclui a cobertura das técnicas de fertilização para o caso em análise, haja vista que tal previsão contratual constitui manifesta afronta à exigência legal de obrigatoriedade da cobertura nos casos de planejamento familiar 6. Apelo conhecido e provido. Sentença reformada. ACÓRDÃO Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos autos da Apelação nº 0832611-40.2014.8.06.0001, por unanimidade, por uma de suas Turmas, em conhecer do recurso para dar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Relator. Fortaleza, 14 de junho de 2017.<sup>43</sup>

Observa-se que as ementas acima, sobrepondo o Código de Defesa do Consumidor a todas as demais disposições legais hígdas, expõem decisões que consideram apenas o artigo 35-C, III, da Lei dos Planos de Saúde, em seu sentido literal, desprezando todas as demais prescrições legais, incluindo o fato de que o parágrafo único do próprio artigo 35-C incumbe a ANS de regulamentar o disposto no artigo, o que foi feito pela agência estatal reguladora.

Em observância ao disposto no artigo 35-C, parágrafo único, da Lei dos Planos de Saúde, a ANS editou Resoluções Normativas versando acerca do planejamento familiar, as quais apenas reforçaram a exclusão de cobertura à inseminação artificial, já prevista no artigo 10, III, da Lei 9.656/98, de forma que a fertilização *in vitro*, na contramão dos julgados colacionados, não está inclusa na cobertura de procedimentos obrigatórios envolvendo o planejamento familiar.

Por outro lado, a obrigatoriedade de disponibilizar o procedimento de fertilização *in vitro* não atinge o Estado, em seu sentido amplo. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar a Apelação de n.º 0172805-

---

<sup>43</sup> CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Apelação Cível Nº 0832611-40.2014.8.06.0001*, 1ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Ana Cristina Borges de Paulo. Apelado: Unimed de Fortaleza - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Relator: Desembargador Heráclito Vieira de Sousa Neto. Julgado em 14 de junho de 2017. Publicado no Diário de Justiça do Estado da Bahia em 20/06/2017. Fortaleza, CE. Disponível em: <<https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/470923393/apelacao-apl-8326114020148060001-ce-0832611-4020148060001/inteiro-teor-470923409?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 maio 2018.

34.2012.8.19.0001<sup>44</sup>, manteve a decisão de improcedência proferida pelo juízo de 1ª instância, reiterando os argumentos deste

O Poder Público está obrigado a assegurar o mínimo existencial a pessoas economicamente hipossuficientes, mas sua atuação está limitada a reserva do possível, uma vez que a realização do direito social à saúde, consistente em uma prestação positiva, está subordinada às possibilidades do orçamento. O direito o planejamento familiar não está inserto no mínimo existencial, pelo que não se pode afastar do caso a aplicação do princípio da reserva do possível, implícito na Constituição [...].

No mesmo caminho seguem as decisões abaixo ementadas

Apelação Cível. Obrigação de fazer. Tratamento de reprodução assistida. Pedido de medicamentos para fertilização in vitro. Improcedência do pedido. Procedimento que visa a constituição da prole da autora e que não está compreendido no conceito de direito fundamental à saúde. Direito ao livre planejamento familiar, previsto no § 7º do art. 226 da CR/88 que pressupõe, precipuamente, um dever de abstenção do Estado, de modo a não interferir na decisão tomada pela entidade familiar, com a posterior garantia à proteção da família constituída. Distinção entre tais direitos que se impõe, apesar de ambos possuírem assento constitucional, sobretudo em razão da alta especialização e do alto custo do tratamento vindicado violarem o princípio da reserva do possível. Parecer do Ministério Público, em ambos os graus, nesse sentido. Precedentes deste TJ/RJ. Desprovimento do recurso.<sup>45</sup>

DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. TRATAMENTO DE ENDOMETRIOSE E FERTILIZAÇÃO IN VITRO. 1. Não obstante, ser assegurado pela Constituição da República o direito à saúde, e o dever do Estado de viabilizar, através de políticas sociais e econômicas, acesso universal igualitário a serviços e ações para sua proteção e recuperação (art. 196), a verba pública deve ser destinada aos necessitados, com o fito de atendê-los de forma igualitária e no maior

<sup>44</sup> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. PRETENSÃO DE OBTER CUSTEIO POR PARTE DO PODER PÚBLICO DE TRATAMENTO PARA INFERTILIDADE (FERTILIZAÇÃO IN VITRO). APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. SENTENÇA QUE NÃO MERECE REFORMA. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível Nº 0172805-34.2012.8.19.0001*, 13ª Câmara Cível. Apelante: Zanéli Ferreira Sias de Azevedo. Apelados: Estado do Rio de Janeiro e Município de São Sebastião do Alto. Relator: Desembargador Fernando Fernandy Fernandes. Julgado em 20 de fevereiro de 2015. Publicado no Diário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 23/02/2015. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373335518/apelacao-apl-1728053420128190001-rio-de-janeiro-capital-1-vara-faz-publica?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 maio 2018).

<sup>45</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível Nº 0000688-32.2013.8.19.0056*, 9ª Câmara Cível. Apelantes: Alexsandre de Carvalho Portela e Outra. Apelados: Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Gilberto Dutra Moreira. Julgado em 14 de fevereiro de 2017. Publicado no Diário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 16/02/2017. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/431311516/apelacao-apl-6883220138190056-rio-de-janeiro-sao-sebastiao-do-alto-vara-unica>>. Acesso em: 27 maio 2018.

número possível. 2. Ainda que o Estado tenha o dever de fornecer meios que assegurem o direito ao planejamento familiar, este não é tido como um direito fundamental, trata-se de norma de conteúdo programático, podendo, inclusive ser observado o princípio da reserva do possível. Não seria aceitável investir em um tratamento que não consta em nenhum programa de saúde pública diante de tantas outras doenças e necessidades que acometem a população. 3. Negado seguimento.<sup>46</sup>

Todos os julgados acima transcritos são fundamentados na aplicação do Princípio da Reserva do Possível, pois entendem que obrigar o Poder Público a cobrir a fertilização *in vitro*, que é tratamento altamente especializado e de elevado custo, retira recursos que poderiam ser investidos na satisfação das mais diversas necessidades básicas da população, para atender ao anseio de poucas pessoas pelo cumprimento de uma norma programática, que é, no presente caso, o direito ao planejamento familiar.

Infere-se, portanto, que apesar dos julgados colacionados versarem sobre o mesmo objeto, isto é, sobre a pretensão de realização de fertilização *in vitro*, o Poder Judiciário não impõe ao Estado a obrigatoriedade de cobertura ao procedimento que é imposta às operadoras de planos de saúde.

À semelhança do que ocorre com o caso da fisioterapia pelo Método Therasuit, a fertilização *in vitro* é de elevado custo tanto para o Poder Público quanto para as operadoras de planos de saúde, porém o seu custeamento é muito mais oneroso à saúde suplementar, pois, se o Estado, apesar de todo o poderio financeiro proporcionado, principalmente, pela arrecadação tributária, sustenta que os recursos são escassos para fornecer a FIV, a escassez econômica é ainda mais forte para as operadoras de planos de saúde, cujos recursos são limitados, em regra, às mensalidades que recebem dos usuários dos planos.

Novamente, a imparcialidade do Poder Judiciário é questionada, sobretudo por inverter as funções de propiciador da saúde de forma ilimitada, que é do Estado, para impor esse ônus à saúde suplementar – que, como o nome já diz, atua de forma suplementar e, portanto, limitada –, mitigando o dever estatal sob o fundamento do Princípio da Reserva do Possível ao passo em que se ampliam os

---

<sup>46</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível Nº 0316469-31.2009.8.19.0001*, 9ª Câmara Cível. Apelante: Rozeni dos Santos. Apelados: Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Adolpho Correa de Andrade Mello Junior. Julgado em 03 de setembro de 2013. Publicado no Diário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 21/11/2013. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117632283/apelacao-apl-3164693120098190001-rj-0316469-3120098190001?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 maio 2018.

deveres das operadoras de planos de saúde sob a ótica do direito absoluto à saúde e da supremacia do Código de Defesa do Consumidor.

### 3.3 Caso n.º 03: Fornecimento do Medicamento Spinraza® (Nusinersena)

Aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA por meio da Resolução n.º 2.300, de 25 de agosto de 2017, o medicamento Spinraza® recebeu autorização para comercialização no Brasil a partir do dia 28 de agosto de 2017, quando a Resolução foi publicada no Diário Oficial da União.<sup>47</sup>

O fármaco, de composto ativo Nusinersena, e que é fabricado apenas pelos laboratórios Vetter Pharma – Fertigung GmbH & Co. KG e Patheon Itália S. P. A., sendo o primeiro alemão e o segundo italiano, é importado e comercializado exclusivamente pela Biogen Brasil Produtos Farmacêuticos Ltda., empresa responsável pelo registro do medicamento no país, para o tratamento de Atrofia Muscular Espinhal (AME).<sup>48</sup>

Em relação à AME, sabe-se que é uma doença genética, ainda sem cura, provocada pela mutação do gene SMN1 localizado no cromossomo 5q, o que reduz a produção da proteína de sobrevivência dos motoneurônios da medula espinhal e, por consequência, leva à sua degeneração, resultando em fraqueza e paralisia muscular progressivas.<sup>49</sup>

Apesar de registrado no Brasil, o alto custo do Spinraza®<sup>50</sup> tem sido um impasse ao seu fornecimento, tendo em vista que são necessárias 04 (quatro) doses

<sup>47</sup> BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução - RE N.º 2.300, de 25 de agosto de 2017*. Diário Oficial da União - Suplemento, 28 ago. 2017, n.º 165, p. 30. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1010&pagina=30&data=28/08/2017>>. Acesso em: 29 maio 2018.

<sup>48</sup> BIOGEN. *SPINRAZA®: nusinersena*. Anápolis/GO: Biogen Brasil Produtos Farmacêuticos Ltda.. Farmacêutico Responsável: Milton Castro – CRF/GO n.º 8.070. Bula de remédio. Disponível em: <<http://www4.anvisa.gov.br/BularioEletronico/>>. Acesso em: 29 maio 2018.

<sup>49</sup> AMBIEL, Celia R.; BAIONI, Mariana T. C.. *Atrofia muscular espinhal: diagnóstico, tratamento e perspectivas futuras*. J. Pediatr. (Rio J.), Porto Alegre, v. 86, n. 4, p. 261-270, Ago. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0021-75572010000400004&lng=en&nrn=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572010000400004&lng=en&nrn=iso)>. Acesso em: 26 jun. 2018.

<sup>50</sup> O Preço Fabricante (PF) varia entre R\$ 343.220,08 (trezentos e quarenta e três mil, duzentos e vinte reais e oito centavos) e R\$ 382.960,92 (trezentos e oitenta e dois mil, novecentos e sessenta reais e noventa e dois centavos) por dose (12 mg ou 05 mL). (CONSULTA REMÉDIOS. *Spinraza: 2,4mg/mL, caixa com 1 frasco-ampola com 5mL de solução de uso intratectal (embalagem hospitalar)*. Disponível em: <<https://pro.consultaremedios.com.br/spinraza/2-4mg-ml-caixa-com-1-frasco-ampola-com-5ml-de-solucao-de-uso-intratectal-embalagem-hospitalar>>. Acesso em: 26 jun. 2018).

de carga, nos dois primeiros meses, isto é, apenas no início do tratamento, e 01 (uma) dose de manutenção a cada quatro meses.<sup>51</sup>

Somado ao fator custo, tem-se o fato de que o medicamento não é capaz de promover a cura da doença, prometendo aos portadores de AME apenas uma melhora na qualidade de vida e o prolongamento da expectativa de vida.

Sopesando esses fatores, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar o Agravo de Instrumento n.º 0356486-29.2017.8.21.7000, entendeu, sob a égide do Princípio da Reserva do Possível aliado aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, que o elevado custo da medicação não pode ser imposto ao Estado

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO NÃO DISPENSADA PELO SUS. CUSTO ELEVADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFICÁCIA DO TRATAMENTO. Não obstante o direito previsto nos artigos 196 e 227 da Constituição Federal, assegure com absoluta prioridade às crianças e adolescentes o direito à saúde, há de se ter em conta os critérios de controle baseados nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Criança acometida de doença cuja condição genética foi herdada, catalogada no CID-10 G12.0, que busca fornecimento de fármaco em fase de estudos, sem comprovação da sua eficácia. Acesso à saúde como direito universal e igualitário. Incidência do princípio da reserva do possível. Custo elevado da medicação não pode ser suportado pelo ente estatal, quando colocado em risco o fornecimento de atendimento à coletividade. AGRAVO PROVIDO.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> SPINRAZA@: nusinersena. Op. cit. p. 24.

<sup>52</sup> O acórdão da ementa colacionada foi fundamentado, dentre outros argumentos, da seguinte forma: “Nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet que se deve atribuir a ponderação no campo do direito constitucional, fazendo-se uso da proporcionalidade e da razoabilidade como critérios de controle. Observa ainda o autor, que resulta problemática estabelecer os contornos do que constitui o objeto do direito à saúde e os seus limites objetivos e subjetivos, cujo direito à saúde não pode ser considerado um direito ilimitado à qualquer tipo de prestação estatal, especialmente porque o princípio da universalidade refere que TODOS devem ter as mesmas condições de prestação oferecida pelo Estado. Neste sentido, colaciono decisão exarada por ocasião da manifestação deste Relator ao pedido liminar, a qual utilizo como razões para decidir. “Temos um dado retirado de uma tese de mestrado na qual foi identificado que, em 2011, de acordo com os dados do Ministério da Saúde, os estados brasileiros gastaram cerca de R\$ 190 milhões com decisões judiciais que beneficiaram somente 632 pessoas em casos de Saúde. Ou seja, cada tratamento de saúde custou cerca de R\$ 300 mil. Não há plano de gestão que resista a isso. O contingenciamento de uma despesa pública não irá resistir a uma decisão judicial”. (Min. Antônio Saldanha Palheiro, STJ, Revista Justiça & Cidadania, Editora JC, outubro de 2.017, edição 206, p.13). Ainda, importante esclarecer que o remédio aqui pleiteado se trata de medicação recentemente registrada pela Anvisa, no entanto, sem comercialização no Brasil, custando, no exterior, aproximadamente a quantia de US\$ 125.000,00, por dose. Outrossim, salienta-se que para o tratamento com o referido remédio (Spinraza), no primeiro ano, a criança necessitaria fazer o uso de quatro doses da medicação nos primeiros dois meses, e, depois, de uma dose a cada quatro meses, ou seja: exigindo do Estado o pagamento do valor de cerca de US\$ 750.000,00 (que na data de hoje, se equivaleria a R\$ 2.409.750,00), sem, todavia, a promessa de cura da enfermidade. Logo, depois de todas estas ponderações, tenho que embora não se desconheça que a Constituição Federal seja expressa no

O mesmo Tribunal, no julgamento do Agravo de Instrumento de n.º 0328480-12.2017.8.21.7000, também destacou que, além de não garantir a recuperação, o medicamento, excessivamente oneroso, causaria indevida individualização do tratamento em detrimento de uma universalidade, tendo em vista que os recursos são escassos e finitos, além de provocar repercussão, em caso de concessão do fármaco, que atrairia outras pretensões similares, pautadas em precedentes, resultando em impactos financeiros seríssimos ao Estado

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTOS. Paciente com Atrofia Muscular Espinhal doença de Werding-Hoffmanm (CID G12.0), que pretende tutela de urgência, com a indicação do medicamento NUSINERSEN (SPINRANZA) 12 mg aplicação 1 ampola Do, 1 ampola D14, 1 ampola D30, e após, aplicação de 1 ampola a cada 4 meses, por tempo indeterminado. A comercialização do medicamento não está autorizada, a indicação do tratamento não assegura a recuperação, o custo do medicamento e do tratamento, talvez de longo prazo, é excessivamente oneroso, a repercussão de uma decisão concessiva para casos similares efeito multiplicador), a situação dramática das finanças estaduais, e a indevida individualização de um tratamento para poucos, em detrimento de uma universalidade, que pode ser atendida com melhor repartição dos recursos. Recomendação de cautela. AGRAVO IMPROVIDO.<sup>53</sup>

---

sentido de assegurar o direito à vida e à saúde, e que o Estatuto da Criança e do Adolescente reforce o preceito constitucional, acrescentando a prioridade do atendimento à criança, diante da flagrante incidência do princípio da reserva do possível, não há como impor ao Estado a obrigação de custeio do mencionado medicamento”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento N.º 0356486-29.2017.8.21.7000*, 8ª Câmara Cível. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador José Antônio Daltoe Cezar. Julgado em 26 de abril de 2018. Publicado no Diário de Justiça do Rio Grande do Sul em 27/04/2018. Porto Alegre, RS. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574599903/agravo-de-instrumento-ai-70075923714-rs>>. Acesso em: 05 jun. 2018).

<sup>53</sup> O acórdão da ementa colacionada foi fundamentado, dentre outros argumentos, da seguinte forma: “No caso em apreço, conforme a petição inicial, o custo do tratamento atingiria a cifra de R\$ 2.867.993,00 (dois milhões, oitocentos sessenta e sete mil, novecentos e noventa e três reais). Ora, inegável que suportar esse custo é inviável não apenas para as famílias dos enfermos, mas também para o Estado, mormente na atual situação calamitosa das finanças públicas. Difícil haver pessoa com recursos financeiros suficientes para a aquisição da medicação postulada, o que significa concluir que praticamente a totalidade da população acometida pela mesma doença ajuizaria ação judicial com o fim de obter seu custeio pelo Estado. O acolhimento de tal pretensão – a da parte autora e a de todos os outros potenciais autores de futuras demandas – pelo poder judiciário resultaria num impacto financeiro de proporções que não podem, de forma alguma, ser desprezadas. E esse impacto financeiro, logicamente, refletirá em todo o restante da população que depende da rede pública de saúde. Os recursos são escassos e finitos; alocá-los para o atendimento da parte autora de uma ação judicial significa necessariamente torná-lo indisponível para um número imensurável de outras pessoas que deles depende para a manutenção de sua saúde no âmbito da rede pública. E esse efeito é potencializado quando se está diante de tratamento que supera a cifra dos milhões de reais”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento N.º 0328480-12.2017.8.21.7000*, 8ª Câmara Cível. Agravados: Estado do Rio Grande do Sul e Município de Cachoeirinha. Relator: Desembargador Ivan Leomar Bruxel. Julgado em 22 de março de 2018. Publicado no Diário de Justiça do Rio Grande do Sul em 26/03/2018. Porto Alegre,

Por outro lado, o Judiciário, ao julgar o Agravo de Instrumento interposto pela Amil Assistência Médica Internacional Ltda. nos autos do processo de n.º 2228045-06.2017.8.26.0000<sup>54</sup>, sustentou que não existem “elementos indicativos de que a agravante sofrerá prejuízos ou onerará os demais beneficiários do plano de saúde caso dê cobertura ao medicamento”, desprezando, com isso, os impactos financeiros que a obrigação de custear o medicamento Spinraza® pode causar às operadoras de planos de saúde

PLANO DE SAÚDE – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – NEGATIVA DE COBERTURA DO MEDICAMENTO SPINRAZA (NUSINERSEN) A PRETEXTO DE SER FÁRMACO IMPORTADO DE CARÁTER EXPERIMENTAL, DESPROVIDO DE REGISTRO JUNTO À ANVISA E QUE NÃO FIGURA NO ROL DE PROCEDIMENTOS OBRIGATORIOS DA ANS – PACIENTE PORTADORA DE AMIOTROFIA MUSCULAR ESPINAL TIPO 1 (CID: G12.0) - EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE CONFIRMAM A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DA AUTORA, BEM COMO O "PERICULUM IN MORA" – MEDICAMENTO QUE CORRESPONDE AO PRÓPRIO TRATAMENTO E QUE JÁ FOI REGISTRADO PELA ANVISA - PRECEDENTE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Ao assim decidir, o Tribunal não apenas desconsiderou o fato de que os recursos são escassos e finitos, mas também ignorou que os planos de saúde são contratos de natureza securitária, cuja solidarização dos custos é consequência intrínseca à própria espécie contratual, de forma que obrigar a operadora de plano de saúde a custear tratamento milionário em prol de um único beneficiário implica, necessariamente, em oneração dos demais beneficiários.

Seguindo o mesmo entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo de Instrumento interposto nos autos de n.º 2140071-28.2017.8.26.0000, também manteve decisão que obrigou a operadora de plano de saúde Sul América Cia de Seguro Saúde S.A. a fornecer, liminarmente, o Spinraza® a um beneficiário, fundamentando o acórdão, dentre outros argumentos, no fato de que a manutenção da liminar não “acarretará a inviabilidade do plano de saúde, quer por ‘criar

---

RS. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/560339864/agravo-de-instrumento-ai-70075643650-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 jun. 2018).

<sup>54</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento Nº 2228045-06.2017.8.26.0000*, 8ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Amil Assistência Médica Internacional Ltda.. Agravada: Larissa dos Santos Lino. Relator: Desembargador Theodureto Camargo. Julgado em 29 de maio de 2018. Publicado no Diário de Justiça do Estado de São Paulo em 29/05/2018. São Paulo, SP. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584320385/22280450620178260000-sp-2228045-0620178260000?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

precedentes', quer por onerar demasiadamente a operadora, afinal, não são tantos os beneficiários que necessitam de tratamentos diferenciados".<sup>55</sup>

Em que pese o Spinraza® ser medicação aplicável, em geral, durante a internação hospitalar e, portanto, ter cobertura prevista no art. 12, II, *d*, da Lei 9.656/98<sup>56</sup>, a discussão que circunda o caso em comento não é a existência ou não de obrigatoriedade legal e regulamentar de cobertura, mas relaciona-se aos fatores alto custo e escassez de recursos, os quais são considerados pelo Poder Judiciário, quando o demandado é o Estado, porém, em posição discrepante, são desprezados quando a demanda se dá em face das operadoras de planos de saúde.

Ao assim posicionar-se, olvida-se o Judiciário, a exemplo do que ocorre também nos casos do Método Therasuit® e da Fertilização *In Vitro*, que, se os recursos são finitos e escassos ao Estado, muito mais o são às operadoras de planos de saúde, as quais possuem arrecadação ínfima quando comparado ao que o Estado angaria por meio de tributos.

Por conseguinte, assim como obrigar o Estado a fornecer a medicação a um único paciente, com custo na casa dos milhões de reais apenas para as doses de carga, retira recursos que poderiam ser alocados em favor da coletividade, obrigar os planos de saúde a cobrir o Spinraza® também implica em prejuízos à universalidade dos beneficiários, os quais terão que arcar com o custo elevado da medicação que foi destinada a um único beneficiário e, quando isso não for possível,

---

<sup>55</sup> Agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo. Plano de Saúde. Ação cominatória. Determinação para fornecimento do medicamento Spinraza. Presença dos pressupostos legais da tutela de urgência. Aplicação da Súmula 102 deste Tribunal. Litispendência inexistente. Decisão liminar mantida. Recurso não provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento Nº 2140071-28.2017.8.26.00000*, 6ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Sul América Cia de Seguro Saúde S.A.. Agravado: Cauã Amante Sugawara. Relator: Desembargador Rodolfo Pellizari. Julgado em 09 de novembro de 2017. Publicado no Diário de Justiça do Estado de São Paulo em 09/11/2017. São Paulo, SP. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/519134634/21400712820178260000-sp-2140071-2820178260000?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 jun. 2018).

<sup>56</sup> Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

[...]

II - quando incluir internação hospitalar:

[...]

d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar.

terão que abdicar do plano de saúde, por já não possuírem condições de arcar com o valor das mensalidades.

Assim, se o argumento usado pelos Tribunais para isentar o Estado da obrigação de garantir a saúde é o Princípio da Reserva do Possível, sob o fundamento de que os recursos são escassos, mesmo direito assiste às operadoras de planos de saúde, conforme será demonstrado a seguir, pois ainda mais limitados são os recursos da saúde suplementar, sendo que a alocação de finanças em favor de um único beneficiário implica em prejuízos a toda a universalidade de beneficiários.

#### **4 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO PÚBLICO DA RESERVA DO POSSÍVEL ÀS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE**

Considerando que a saúde suplementar é um ramo das relações privadas com intensa interferência do Poder Público, e sopesando os impactos que a judicialização dos planos de saúde têm causado às operadoras da saúde suplementar, abrem-se possibilidades para a aplicação da reserva do possível a esses casos, ainda que o instituto seja de natureza pública, sobretudo considerando, analogamente, o posicionamento do Judiciário para com ações movidas em face do Estado, envolvendo o direito à saúde.

Isso porque a interferência do Judiciário nos planos de saúde provoca desequilíbrio no sistema no instante em que retira fundos destinados à universalidade dos beneficiários para obrigar uma operadora, por força judicial, a alocar recursos para a efetivação de uma pretensão que, por sua vez, não encontra guarida no contrato, na lei e na regulamentação que regem a relação comercial entre o consumidor e a operadora de plano de saúde.

Essa coerção judicial despreza o fato de que a ideia de universalidade caminha em direção contrária à de integralidade de prestações, em razão da escassez de recursos, que atua como um obstáculo fático à concretização integral de todas as demandas. Em termos práticos, o Judiciário tem ignorado que, para se garantir acesso à saúde a todos, nem todos poderão ter tudo.

Ademais, é cediço que os contratos de planos de saúde possuem natureza securitária, ou seja, se sustentam mediante a solidariedade existente entre seus usuários. Assim, o mutualismo que há entre os beneficiários dos planos é que faz o negócio ser sustentável, uma vez que se as contraprestações fossem pagas de forma equivalente ao valor das prestações integrais das demandas por saúde, o negócio se tornaria inviável, consoante leciona Vogel de Rezende

Neste contexto, cabe a reflexão de qual seria o papel do particular que presta serviços em saúde. Estaria ele, de fato, como defendido em algumas decisões judiciais, assumindo o ônus estatal de prestar saúde integralmente? Ao que tudo indica, a resposta a esta questão é negativa, seja porque a relação estabelecida entre consumidores e operadoras é fundada em um contrato, justamente para se estabelecer limites aos direitos e deveres das partes, seja pelo fato de que a relação tornar-se-ia inviável, eis que o valor da contraprestação paga pelo consumidor teria que ser tão

alta, seguindo-se a lógica atuarial, que ninguém senão poucos consumidores serão capazes de contratar.<sup>57</sup>

Ora, se as operadoras de saúde têm o dever de prestar saúde integralmente, obrigação esta que sequer é cumprida pelo próprio Estado, nada mais justo do que exigir dos beneficiários uma contraprestação em valores equivalentes.

Logicamente tal situação é insustentável, assim como o é obrigar as operadoras a suportarem o ônus para além de seus limites contratuais, geralmente por puro paternalismo judiciário, como se os recursos fossem ilimitados. Nesse sentido, Vogel de Rezende ensina que

[...] assim como a saúde pública, a saúde suplementar possui recursos finitos, de forma que se pode comparar, grosso modo, as políticas públicas com as coberturas ofertadas pelas operadoras de planos de saúde, com base nos respectivos contratos. Tanto através das políticas públicas quando da fixação das coberturas nos contratos de plano de saúde que o administrador, público ou privado, define como serão empregados os recursos.<sup>58</sup>

Importante frisar que as políticas públicas estão sujeitas a orçamentos que definem a disponibilidade de recursos para serem aplicados em cada área. É o que leciona Ingo Wolfgang Sarlet, ao afirmar que o direito à saúde

[...] se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível.<sup>59</sup>

Frisa-se que o princípio da reserva do possível pressupõe a finitude dos recursos. Se os recursos não fossem escassos, inexistiria tal princípio, tendo em vista que todos poderiam ser satisfeitos em todas as suas demandas, sem que para isso a universalidade das pessoas fosse afetada e o equilíbrio econômico fosse abalado.

---

57 REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. Op. cit. p. 117.

58 REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. Op. cit. p. 30.

59 SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. 17 f. Trimestral. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo\\_sarlet\\_1.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

Da mesma forma, os planos de saúde se sujeitam aos recursos finitos ao seu alcance, realizando previsões orçamentárias conforme os contratos estabelecidos e suas respectivas coberturas, de forma que todo e qualquer contrato de plano de saúde tem seu objeto estabelecido consoante um cálculo atuarial. A respeito, Vogel de Rezende apregoa

Assim, trata-se de um contrato de bases coletivas, apesar de se tratar de uma relação entre o consumidor e a operadora. O que irá garantir que os custos dos tratamentos médicos serão suportados pela operadora de planos de saúde é justamente o fato de que são vários os consumidores que estão vinculados a ela. Eles pagam um valor que constituirá um fundo comum a todos. A constituição desse fundo é necessária para que as operadoras possam operar no mercado com segurança financeira. É com esse fundo que elas arcam com as coberturas que são firmadas em lei, como se viu, e também contratualmente.<sup>60</sup>

Quando uma decisão judicial impõe às operadoras de planos de saúde obrigações que extrapolam as previstas contratualmente, sendo que se tratam de limites permitidos por cláusulas previamente estabelecidas pela Lei dos Planos de Saúde e pelo próprio Estado-Regulador (ANS), a consequência é o desequilíbrio para a coletividade que integra essa relação de mutualismo.

Isso decorre do fato de o fundo formado com as mensalidades pagas pelos beneficiários destinar-se apenas às coberturas firmadas em lei e previstas contratualmente. Quando esse fundo, por imposição judicial, precisa ser alocado, ainda que parcialmente, para situações que não estavam previstas, isto é, fora da cobertura legal, contratual e regulamentar, há, necessariamente, um desequilíbrio no cálculo atuarial.

Acerca do cálculo atuarial, é preciso entender a sua imprescindibilidade para manter uma relação negocial sadia entre a operadora de planos de saúde e os seus beneficiários.

É por meio da análise atuarial que as operadoras, tendo em vista a natureza securitária dos contratos de planos de saúde, podem avaliar o risco do contratante e estabelecer preços compatíveis, antevendo possibilidades que levam em conta fatores como a idade do usuário, a abrangência do plano e a cobertura ofertada.<sup>61</sup>

---

60 REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. Op. cit. p. 71.

61 REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. Op. cit. p. 72.

Assim, quando um ou mais usuários absorvem recursos do fundo com situações além das previstas no cálculo atuarial, há desequilíbrio tanto para os beneficiários como um todo, os quais sofrerão reajustes desnecessários em suas mensalidades e, quando não puderem arcar com esses acréscimos, terão que abdicar do plano de saúde, quanto para a operadora de plano de saúde, que precisará lidar com uma carteira de clientes deficitária, decorrente de ampliação de cobertura sem a devida contraprestação.

Não por outra razão, os dados apresentados pela Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde) relativos aos últimos doze meses terminados em setembro de 2016, apontam que cerca de 99,9% da receita das contraprestações das operadoras de planos de saúde foi comprometida com as suas despesas totais, tendo em vista que, quando comparado aos doze meses imediatamente anteriores a esse período, o crescimento da receita foi de apenas 11,3%, sendo que as despesas tiveram um crescimento superior, isto é, de 11,6%.<sup>62</sup>

Em números, a receita total no período foi de R\$ 160,4 bilhões, enquanto que a despesa representou R\$ 160,2 bilhões, o que equivale dizer que, para cada R\$ 100 de receita proveniente das contraprestações pagas pelos beneficiários, as operadoras de planos de saúde destinaram R\$ 99,9 tão somente para custear despesas.

Consequentemente, 63 operadoras tiveram um patrimônio líquido negativo no período e a quantidade de operadoras com beneficiários e registro ativo, cujo número é decrescente desde o início do processo regulatório da saúde suplementar, passou de 1961, em dezembro de 2001, para 1095, em dezembro de 2016, o que representa um decréscimo de 866 operadoras atuantes no ramo.

Diante dos dados apresentados, não há dúvidas de que é necessária uma reflexão sobre a prolação de decisões judiciais no âmbito da saúde suplementar, sopesando o fato de que cada decisão não impacta apenas a relação indivíduo e operadora de plano de saúde, mas atinge todos os beneficiários, os quais estão interligados pelo mutualismo inerente aos contratos de planos de saúde, tendo em vista a natureza securitária destes.

---

62 FENSAÚDE. Federação Nacional de Saúde Suplementar. *Indicadores Econômico-financeiros e de Beneficiários - Fevereiro/2017*. Disponível em: <<http://cnseg.org.br/fenasaude/publicacoes/boletim-da-saude-suplementar/detalhes-1.html>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

Como bem assevera Vogel de Rezende, cada decisão está inserida em um contexto social e gera efeitos para além do caso *inter pars* decidido

Cabe, de fato, a reflexão sobre se o magistrado deve analisar apenas o caso concreto, sem dimensionar os efeitos de sua decisão. Isso porque esta não está isolada de um contexto social; ao contrário, está inserida em uma realidade social e, portanto, gera efeitos dentro da sociedade.<sup>63</sup>

Desta feita, é possível afirmar que muitas decisões judiciais, ao se aterem a interesses individuais em contratos de natureza coletiva, como os planos de saúde, desconsideram o mutualismo existente entre os beneficiários e a ordem econômica inerente à atividade, causando desequilíbrio na relação contratual.

Nesta senda, se destaca a opinião do teórico do direito civil Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Quando se determina que os hospitais privados ou as escolas particulares atendam a população carente sem qualquer contraprestação, ao fundamento de que valores existenciais não podem sujeitar-se ao ímpio e espúrio lucro dos empresários, a primeira impressão que se tem é de que tal medida seria efetivamente necessária. Afinal, quem poderia deixar o paciente à míngua de tratamento ou o aluno sem acesso à educação? Resolve-se, sim, o problema daquele paciente ou aluno, mas às custas dos demais usuários, que arcarão com os serviços não pagos, enquanto a sociedade não tem qualquer motivação para exigir que o Estado cumpra as suas obrigações mínimas.<sup>64</sup>

Ainda que algumas decisões sejam justificáveis no Código de Defesa do Consumidor e no direito fundamental à saúde, o Poder Judiciário não pode criar obrigações contratuais inexistentes, sob o risco de se desprezar os fundamentos da própria Constituição, preocupação da qual Gabriel Shulman assim se manifesta

Há que se levar em consideração que o ordenamento jurídico também assegura aos particulares os direitos fundamentais à liberdade e à livre iniciativa, bem como a autonomia privada. Não é o fato de ser o particular detentor de poder financeiro que o tornará devedor necessariamente de prestações materiais não contratadas ou não consideradas obrigatórias em nome do direito fundamental à saúde. A admissão de uma eficácia irrestrita e incondicionada do direito à saúde e seus beneficiários e, até mesmo em relação aos terceiros não beneficiários, ao ponto de torná-la obrigada a cobrir procedimentos ou tratamentos médicos não obrigatórios ou que não

---

63 REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. Op. cit. p. 92.

64 SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. O Novo Direito Civil Brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil brasileiro*. 2007. Cap. 4. p. 71-106. Tese (doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p. 91.

foram contratados viola o direito fundamental à livre iniciativa, autonomia privada e liberdade contratual, arrostando a própria eficácia do princípio da preservação da empresa.<sup>65</sup>

Ressalta-se que os contratos de planos de saúde são revisados e previamente aprovados pela ANS, de forma que, uma vez comercializado e contratado um plano de saúde, deve imperar o Princípio da *Pacta Sunt Servanda*, pois houve verificação anterior do Estado-Regulador, não podendo se conceber uma interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo, em respeito à segurança jurídica.

Ademais, se nem mesmo o Estado, com receitas inúmeras vezes maiores que as das operadoras de plano de saúde, consegue garantir o acesso universal e integral à saúde, valendo-se, para tanto, da reserva do possível, quanto mais as entidades particulares que atuam na saúde suplementar, as quais dependem primordialmente das receitas provenientes dos contratos para sustentar sua atividade.

Ainda que bem-intencionada seja a ideia de promoção ampla, integral e irrestrita do direito à saúde, a realidade aponta que, a efetivação desse direito da forma como é idealizada, gera um custo insustentável e encontra barreiras na escassez de recursos.

Se assim não fosse, despicienda seria a existência de cálculo atuarial para as operadoras de planos de saúde, bem como a realização de políticas públicas pelo Estado.

Destaca-se, ainda, que desconsiderar as implicações econômicas que as coberturas ultra contratuais, legais e regulamentares causam às operadoras de planos de saúde, arrosta o Princípio da Preservação da Empresa, o qual é conceituado por Nelson Nones como

[...] um princípio geral de direito de aplicação prática que tem por escopo preservar as organizações econômicas produtivas, diante do prejuízo econômico e social que a extinção de uma empresa pode acarretar aos empresários, sociedades empresárias, trabalhadores, fornecedores, consumidores e à Sociedade Civil. Trata-se, portanto, de um princípio

---

65 SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 161-162 apud REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. Op. cit. p. 68.

jurídico geral a ser aplicado pelo Poder Judiciário aos casos concretos para garantir a continuidade da empresa por sua relevância socioeconômica.<sup>66</sup>

Ademais, considerar as implicações econômicas e sociais das demandas por saúde contra o Estado, mas ignorar esses fatos nos pleitos em face das operadoras de planos de saúde, afronta o Princípio da Igualdade, à medida que, em situações análogas, privilegia o Estado por meio da aplicação da reserva do possível, o que não configura uma discricionariedade em prol da Administração Pública, mas uma violação jurídica fática, já que não confere tratamento isonômico ao particular que atua na saúde suplementar.

Feitas essas ponderações, conclui-se que a aplicação do princípio da reserva do possível a favor do Estado encontra justificativa na escassez de recursos, na possibilidade econômica da pretensão e no mutualismo social, mediante o qual toda a população contribui, por meio de tributos, para que uns usem mais os serviços públicos do que outros.

Desta feita, considerando que as operadoras de planos de saúde sofrem com a escassez de recursos tanto quanto o Estado, oferecem coberturas consoante o cálculo atuarial e regem-se pelo mutualismo existente entre os seus beneficiários, é plausível a aplicação do instituto público da reserva do possível em seu favor, sobretudo considerando os impactos econômicos da judicialização dessa atividade, que tenta impor aos particulares que atuam na saúde suplementar a concretização integral das demandas, sendo que tal situação é impossível até mesmo ao Estado.

---

66 NONES, Nelson. *Sobre o princípio da preservação da empresa*. Revista Jurídica, Blumenau, v. 12, n. 23, p. 114-130, jan/jun 2008. Semestral. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/841/661>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da prévia regulamentação da saúde suplementar pelo Estado-Regulador, no caso a ANS, e a regência desse setor por legislação hígida, não subsistem razões para tamanha interferência do Estado-Juiz nas relações que envolvem os planos de saúde.

Assim, não há motivos para que seja ignorado o *pacta sunt servanda*, devendo-se respeito a direitos como o da livre iniciativa e o da autonomia de vontade nos contratos, a fim de que o Judiciário entenda que os recursos são escassos, enquanto as demandas são ilimitadas, o que dá ao particular que atua no ramo da saúde suplementar o direito de se reservar ao limite de suas possibilidades orçamentárias a fim de garantir a sustentabilidade econômica do negócio.

Por razões semelhantes, o Estado, ainda que tenha receitas inúmeras vezes superiores às das operadoras de planos de saúde, atrai para si o princípio da reserva do possível, uma vez que é regido por orçamentos (recursos escassos) que não o permitem atender integralmente as pretensões sociais por direitos fundamentais, como o da saúde.

Não por outra razão, ao final dos anos 1960, o governo militar, compreendendo essa impossibilidade, permitiu a atuação dos particulares no ramo da saúde, possibilitando o crescente aumento do que se chamou de “medicina em grupo”, cuja ascensão foi interrompida pela regulamentação e posterior judicialização do setor, sendo este fator o principal responsável por causar insegurança jurídica às operadoras e, por conseguinte, provocar desequilíbrio econômico.

No que tange à insegurança jurídica causada pela interferência em demasia do Poder Judiciário nas relações que envolvem os planos de saúde, é ainda mais latente quando, consoante se viu, os Tribunais adotam posturas divergentes para decidir casos semelhantes, posicionando-se de forma favorável ao Estado e contrária às operadoras de planos de saúde, sendo que em ambos os casos a relação para com a população e para com os beneficiários, respectivamente, é regida pelo mutualismo.

Assim, as operadoras de planos de saúde, sofrendo do mesmo problema que aflige o Estado – escassez de recursos –, se mostram igualmente incapazes de

satisfazer integralmente as demandas sociais. Em razão disso, os particulares que atuam no ramo da saúde suplementar, com fulcro nos mesmos motivos do Estado e, ainda, nos princípios contratuais, atraem para si o direito ao instituto da reserva do possível.

Frisa-se que o respeito aos princípios contratuais acima citados enseja na aplicação da reserva do possível em conjunto ao *pacta sunt servanda*, isto é, o instituto não deve ser de incidência indiscriminada e em benesse exclusiva às entidades que atuam na saúde suplementar, mas visa apenas reservar às operadoras o direito de não oferecer coberturas para além de suas possibilidades e deveres contratuais e legais.

Portanto, aplicar o instituto público da reserva do possível às operadoras de planos de saúde não é beneficiar a entidade privada em detrimento dos beneficiários, mas sim compreender que os recursos são escassos e, deste modo, as operadoras não podem atender as demandas em sua integralidade, mas apenas cobrir as necessidades previamente estabelecidas em contratos, as quais de antemão puderam ser previstas e provisionadas, respeitando-se, assim, a ordem econômica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais. In: \_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo - SP: Malheiros, 2008. Cap. 3. p. 85-179. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

AMBIEL, Celia R.; BAIONI, Mariana T. C.. **Atrofia muscular espinhal: diagnóstico, tratamento e perspectivas futuras**. J. Pediatr. (Rio J.), Porto Alegre, v. 86, n. 4, p. 261-270, Ago. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0021-75572010000400004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572010000400004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Agravo de Instrumento Nº 0010162-83.2016.8.05.0000**, 4ª Câmara Cível. Agravante: Sul América Companhia Nacional de Seguros. Agravado: Melina Santos de Lima. Relator: Juíza Substituta de 2º Grau – Adriana Sales Braga. Julgado em 08 de novembro de 2016. Publicado no Diário de Justiça do Estado da Bahia em 09/11/2016. Salvador, BA. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423035093/agravo-de-instrumento-ai-101628320168050000/inteiro-teor-423035102?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 26 maio 2018.

BIOGEN. **SPINRAZA®: nusinersena**. Anápolis/GO: Biogen Brasil Produtos Farmacêuticos Ltda.. Farmacêutico Responsável: Milton Castro – CRF/GO n.º 8.070. Bula de remédio. Disponível em: <<http://www4.anvisa.gov.br/BularioEletronico/>>. Acesso em: 29 maio 2018.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. **O conceito de princípio: uma questão de critério**. Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 247-269, jan/jun 2010. Semestral. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/244>>. Acesso em: 05 maio 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa - RN Nº 192, de 27 de Novembro de 2017**. Dispõe sobre a cobertura aos atendimentos nos casos de planejamento familiar e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 28 maio 2009. n.º 100, Seção 1, p. 84-85. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=28/05/2009&jornal=1&pagina=84&totalArquivos=152>>. Acesso em: 24 maio 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa - RN Nº 428, de 7 de Novembro de 2017**. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga as Resoluções Normativas – RN nº 387, de 28 de outubro de 2015, e RN nº 407, de 3 de junho de 2016. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 08 nov. 2017. n.º 214, Seção 1, p. 101-103. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=101&data=08/11/2017>>. Acesso em: 08 maio 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Operacional - RO Nº 1.891, de 1º de Setembro de 2015**. Dispõe sobre a determinação da alienação da carteira da operadora Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 02 ago. 2015. n.º 168, Seção 1, p. 59. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=59&data=02/09/2015>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução - RE N.º 2.300, de 25 de agosto de 2017**. Diário Oficial da União - Suplemento, 28 ago. 2017, n.º 165, p. 30. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1010&pagina=30&data=28/08/2017>>. Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados Aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo/SP: CNJ, 15 de maio de 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENARIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf)>. Acesso em: 25 maio 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2017. 13ª edição. 188 f. Anual. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1980**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2018.

BRASIL. **Lei 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. **Lei 9.661, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. **Lei 11.935, de 11 de maio de 2009**. Altera o art. 36-C da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm)>. Acesso em: 20 maio 2018.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Apelação Cível Nº 0832611-40.2014.8.06.0001**, 1ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Ana Cristina Borges de Paulo. Apelado: Unimed de Fortaleza - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.

Relator: Desembargador Heráclito Vieira de Sousa Neto. Julgado em 14 de junho de 2017. Publicado no Diário de Justiça do Estado da Bahia em 20/06/2017. Fortaleza, CE. Disponível em: <<https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/470923393/apelacao-apl-8326114020148060001-ce-0832611-4020148060001/inteiro-teor-470923409?r ef=juris-tabs>>. Acesso em: 26 maio 2018.

CONSULTA REMÉDIOS. **Spinraza: 2,4mg/mL, caixa com 1 frasco-ampola com 5mL de solução de uso intratectal (embalagem hospitalar)**. Disponível em: <<https://pro.consultaremedios.com.br/spinraza/2-4mg-ml-caixa-com-1-frasco-ampola-com-5ml-de-solucao-de-uso-intratectal-embalagem-hospitalar>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

FEDATO, Loriane Baçan. **Direitos fundamentais: breve resumo da evolução**. 2011. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/artigos/direitos-fundamentais-breve-resumo-evolucao/337>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

FENSAÚDE. Federação Nacional de Saúde Suplementar. **Indicadores Econômico-financeiros e de Beneficiários - Fevereiro/2017**. Disponível em: <<http://cnseg.org.br/fenasaude/publicacoes/boletim-da-saude-suplementar/detalhes-1.html>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

FERTILIDADE.ORG – Clínica de Fertilidade e Reprodução Humana. **A técnica de fertilização in vitro na reprodução humana**. Disponível em: <<https://fertilidade.org/content/fertilizacao-vitro-0>>. Acesso em: 19 maio 2018.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 07 abr. 2018.

INTENSIVE THERASUIT - Centro de Fisioterapia. **Método Therasuit**. Disponível em: <[http://www.intensivetherasuit.com.br/?page\\_id=15](http://www.intensivetherasuit.com.br/?page_id=15)>. Acesso em: 05 maio 2018.

LUDENS – Núcleo Terapêutico e de Estudos do Desenvolvimento Humano. **História sobre o Therasuit**. Disponível em: <<http://www.clinicaludens.com.br/especialidades-fisioterapia-metodo-tratamento-therasuit-campinas.html>>. Acesso em: 05 maio 2018.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Apelação Cível Nº 0013100-92.2012.8.12.0001**, 4ª Câmara Cível. Apelante: Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS. Apelado: Celso Soares de Souza. Relator: Desembargador Odemilson Roberto Castro Fassa. Julgado em 19 de agosto de 2015. Publicado no Diário de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul em 23/08/2015. Campo Grande, MS. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/222948701/apelacao-apl-131009220128120001-ms-0013100-922012812000>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível Nº 1.0000.15.077744-9/003**, 13ª Câmara Cível. Apelante: Unimed Belo Horizonte

Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Desembargador José de Carvalho Barbosa. Julgado em 17 de abril de 2018. Publicado no Diário de Justiça do Estado de Minas Gerais em 19/04/2018. Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568752893/apelacao-civel-ac-10000150777449003-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 maio 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível Nº 1.0024.14.127895-2/003**, 5ª Câmara Cível. Apelante: Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargadora Áurea Brasil. Julgado em 03 de maio de 2018. Publicado no Diário de Justiça do Estado de Minas Gerais em 08/05/2018. Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/575208517/ap-civel-rem-necessaria-ac-10024141278952003-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 maio 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível Nº 1.0223.10.006377-3/002**, 8ª Câmara Cível. Apelante: Estado de Minas Gerais. Apelado: Edilson José Raposo. Relator: Desembargador Rogério Coutinho. Julgado em 07 de maio de 2015. Publicado no Diário de Justiça do Estado de Minas Gerais em 18/05/2015. Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189323114/ap-civel-reex-necessario-ac-1022310063773002-mg/inteiro-teor-189323163?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

MORE: **Mecanismo online para referências, versão 2.0**. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em: <<http://www.more.ufsc.br/>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

NONES, Nelson. **Sobre o princípio da preservação da empresa**. Revista Jurídica, Blumenau, v. 12, n. 23, p. 114-130, jan/jun 2008. Semestral. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/841/661>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

PAIM, Jairnilson Silva; SILVA, Lígia Maria Vieira da. **Universalidade, integralidade, equidade e SUS**. BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.), São Paulo, v. 12, n.º 2, ago. 2010. Disponível em: <[http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1518-18122010000200002&lng=pt&nrm=iso](http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122010000200002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 08 abr. 2018.

PINHO, Cláudia A. A Agência Nacional de Saúde Suplementar: 10 anos depois do marco regulatório – avanços e desacertos. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). **Direito econômico: evolução e institutos**. Obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 335-347.

PSCHEIDT, Kristian Rodrigo. **A balança jurídica do setor de saúde suplementar no Brasil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10758](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10758)>. Acesso em: 25 abr. 2018.

RÊGO, Cristiane; RORHMANN, Carlos Alberto. **O paternalismo estatal e o fenômeno da juridicização da vida privada**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, v. 27, p. 119-140, 2013.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. **Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais**. 2011. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial). Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível Nº 0000688-32.2013.8.19.0056**, 9ª Câmara Cível. Apelantes: Alexsandre de Carvalho Portela e Outra. Apelados: Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Gilberto Dutra Moreira. Julgado em 14 de fevereiro de 2017. Publicado no Diário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 16/02/2017. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/431311516/apelacao-apl-6883220138190056-rio-de-janeiro-sao-sebastiao-do-alto-vara-unica>>. Acesso em: 27 maio 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível Nº 0013829-16.2014.8.19.0014**, 5ª Câmara Cível. Apelante: Unimed de Campos Cooperativa de Trabalho Médico. Apelado: Videl de Souza Lisboa. Relator: Desembargadora Denise Nicoll Simões. Julgado em 08 de maio de 2018. Publicado no Diário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 11/05/2018. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577000738/apelacao-apl-138291620148190014-rio-de-janeiro-campos-dos-goytacazes-2-vara-civel?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 maio 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível Nº 0172805-34.2012.8.19.0001**, 13ª Câmara Cível. Apelantes: Alexsandre de Carvalho Portela e Outra. Apelados: Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Fernando Fernandy Fernandes. Julgado em 20 de fevereiro de 2015. Publicado no Diário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 23/02/2015. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <[https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373335518/apelacao-apl-172805342012\\_8190001-rio-de-janeiro-capital-1-vara-faz-publica?ref=juris-tabs](https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373335518/apelacao-apl-172805342012_8190001-rio-de-janeiro-capital-1-vara-faz-publica?ref=juris-tabs)>. Acesso em: 27 maio 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível Nº 0316469-31.2009.8.19.0001**, 9ª Câmara Cível. Apelante: Rozeni dos Santos. Apelados: Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Adolpho Correa de Andrade Mello Junior. Julgado em 03 de setembro de 2013. Publicado no Diário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 21/11/2013. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <[https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117632283/apelacao-apl-3164693120098190001-rj-0316469-312009\\_8190001?ref=juris-tabs](https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117632283/apelacao-apl-3164693120098190001-rj-0316469-312009_8190001?ref=juris-tabs)>. Acesso em: 27 maio 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 0328480-12.2017.8.21.7000**, 8ª Câmara Cível. Agravados: Estado do Rio Grande do Sul e Município de Cachoeirinha. Relator: Desembargador Ivan Leomar Bruxel. Julgado em 22 de março de 2018. Publicado no Diário de Justiça do Rio Grande do Sul em 26/03/2018. Porto Alegre, RS. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/560339864/agravo-de-instrumento-ai-70075643650-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 0356486-29.2017.8.21.7000**, 8ª Câmara Cível. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador José Antônio Daltoe Cezar. Julgado em 26 de abril de 2018. Publicado no Diário de Justiça do Rio Grande do Sul em 27/04/2018. Porto Alegre, RS. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574599903/agravo-de-instrumento-ai-70075923714-rs>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça de Rondônia. **Apelação Cível Nº 0003922-72.2014.8.22.0001**, 2ª Câmara Especial. Apelado: Estado de Rondônia. Relator: Desembargador Roosevelt Queiroz Costa. Julgado em 04 de agosto de 2015. Publicado no Diário de Justiça do Estado de Rondônia em 12/08/2015. Porto Velho, RO. Disponível em: <<https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295450160/apelacao-apl-39227220148220001-ro-0003922-7220148220001/inteiro-teor-295450167?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 maio 2018.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. O Novo Direito Civil Brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil brasileiro**. 2007. Cap. 4. p. 71-106. Tese (doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p. 91.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento Nº 2140071-28.2017.8.26.00000**, 6ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Sul América Cia de Seguro Saúde S.A.. Agravado: Cauã Amante Sugawara. Relator: Desembargador Rodolfo Pellizari. Julgado em 09 de novembro de 2017. Publicado no Diário de Justiça do Estado de São Paulo em 09/11/2017. São Paulo, SP. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/519134634/21400712820178260000-sp-2140071-2820178260000?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento Nº 2228045-06.2017.8.26.0000**, 8ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Amil Assistência Médica Internacional Ltda.. Agravada: Larissa dos Santos Lino. Relator: Desembargador Theodureto Camargo. Julgado em 29 de maio de 2018. Publicado no Diário de Justiça do Estado de São Paulo em 29/05/2018. São Paulo, SP. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584320385/22280450620178260000-sp-2228045-0620178260000?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. 17 f. Trimestral. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo\\_sarlet\\_1.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 161-162 apud REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio

econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais. 2011. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial). Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima. p. 68.