

O DIREITO DO CIDADÃO À SAÚDE

* Judith Apda. de Souza Bedê

**Silvia Taisa Rodrigues Sandri

Resumo: Tomado como dever estatal, o direito à saúde do cidadão é constantemente discutido pela sociedade que, contudo, pouco tem feito para viabilizar reais situações de uso e manutenção da saúde pública no país. Recentemente, com o advento da privatização e da criação de agências reguladoras nacionais, o tema voltou a ser discutido nas esferas médicas e jurídicas, gerando uma legislação bastante avançada, mas ainda em construção.

Palavras-Chaves: Direito - Saúde pública- Privatização-Legislação

Introdução

O presente artigo buscou conciliar direito e saúde numa perspectiva atual, tendo em vista o crescente fenômeno de privatização de serviços, outrora exclusivamente confiados ao poder público. Observa-se a concretização de um ideal neoliberal pregado pelos governantes pátrios. O estudo da legislação reguladora do assunto, aliado à análise histórico-evolutiva da abordagem da questão da saúde, complementa este breve estudo, ainda em construção legal e jurisprudencial, e, por isso mesmo, motivo de preocupações e cuidados da sociedade e, sobretudo, do aplicador do Direito.

1.1- Direito à Saúde- Breves Notas

A saúde e, conseqüentemente, o direito a ela, é uma antiga reivindicação dos povos, sendo o conceito de saúde empregado, hodiernamente, referindo-se a duas situações distintas: tanto à sua real existência, bem como o acesso à sua manutenção, prevenção e tratamento. Entretanto, não se deve confundir o direito à saúde, com o direito aos serviços

(*) Advogada, Professora do Centro Universitário de Maringá, Especialista em Direito pela Escola Superior da Magistratura do Paraná.

(**) Professora e Mestranda do Centro Universitário de Maringá, Especialista em Direito pela Escola Superior da Magistratura do Paraná, Advogada em Maringá-PR.

de saúde ou mesmo ou com o direito à assistência médica, e nem considerar tal assistência como o principal fator determinante do nível de saúde.

O direito social à saúde baseia-se na definição das necessidades humanas e na existência de pessoas que não dispõem de meios para satisfazê-las. Nestes, casos, afirma Dallari¹, é a lei que irá suprir essa barreira dando conta de proteger os excluídos.

Logo após a Segunda Grande Guerra, o mundo passa a se preocupar mais seriamente com alguns direitos fundamentais do homem, entre eles a saúde. A Organização Mundial da Saúde, criada em julho de 1946, deseja que todos os povos tenham acesso ao nível mais elevado possível de saúde. Direito este, por sua vez, bastante relativo, pois a Declaração dos Direitos do homem, de dezembro de 1948, afirma: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde”.

No Brasil, a sociedade ainda vem formulando este conceito, bem como a consciência do direito à saúde enquanto garantia fundamental de todo ser humano e dever do Estado. Tal consciência tomou corpo, sobretudo, na década de oitenta, quando os profissionais da área aliaram-se ao cidadão na luta pela promoção e proteção desta, como garantia essencial ao povo.

São inúmeras as dificuldades encontradas para a concretização da saúde nas sociedades em que prevalece a lógica da economia de mercado. A manutenção dessas políticas, mesmo nos melhores modelos estatais de bem estar, é ameaçada quando a economia vai mal, sendo a saúde um produto das condições objetivas de existência em sociedade.

1.2- O Direito à saúde na esfera pública - Histórico

À semelhança dos demais direitos humanos, o direito à saúde remonta à Antiguidade. Documentos da época reconhecem a saúde como indispensável à dignidade humana, apesar de a terem considerado, por muito tempo, numa perspectiva moral e religiosa. Excluía-se, aí, o papel do Estado de mantenedor, fornecedor das prerrogativas básicas de sua efetivação.

Na Idade Média, com a exacerbação da doutrina cristã, principalmente do velho testamento, permeado de pragas, pestes e castigos; a saúde era vista como uma dádiva, o que concedia à doença o papel de castigo. A ignorância das noções, hoje tidas como elementares, de higiene, fizeram o

¹ DALLARI, S. G. O direito à saúde. Rev. Saúde Pública, nº 22, p. 57-63, 1988

período realmente rico em “castigos”.

Mais tarde, com o crescente processo de industrialização, a vida urbana, o desenvolvimento dos meios de comunicação e a aproximação pessoal entre os cidadãos, é que a saúde passou a incorporar novos significados, sendo mais um direito ao qual a maioria da população não tinha acesso.

Somente no século XVIII, as declarações de direitos do homem ganham universalidade. O todo social começa a exigir melhores condições de vida e, conseqüentemente, de saúde; a qual está, ainda, longe de ser levada a todos os cidadãos, considerados apenas como mão-de-obra barata que deve ter saúde para trabalhar bem. Tal interesse capitalista, contudo, foi que induziu o Estado a responsabilizar-se pela saúde do povo, a fim de garantir operários saudáveis nas linhas de montagem.

Aparente absurdo foi repetido aqui mesmo no Brasil, nas décadas de 60 e 70, quando grandes empresas nacionais e multinacionais garantiam a seus funcionários acesso a planos empresariais de auxílio saúde. O que estava em jogo era a produtividade e não a preocupação com a saúde do operário.

1.3 - Evolução da garantia à saúde nas constituições brasileiras

A Constituição é a lei fundamental escrita do Estado, a base de todas as demais. Dada a sua supremacia hierárquica, todas as demais leis devem estar de acordo com a Constituição. Não obstante esta máxima, a realidade tem se mostrado bem outra no que tange às garantias sociais.

As Constituições nacionais refletem, segundo Campanhole², a preocupação, ou não, com a população. No campo da saúde, a omissão começa pela Carta Magna do Império, de 1824 que não traz nenhum dispositivo referente à ordem social e econômica, não fazendo nenhuma referência ao problema previdenciário e da saúde. Esta ausência constitucional negou não só formalização à matéria, mas sua efetivação prática na vida social do brasileiro.

A situação não melhora nas Constituições seguintes, as quais se restringem a disciplinar medidas sanitárias e previdenciárias em nível nacional.

A Constituição de 1891, além de negar direitos políticos à maioria da população representou um retrocesso em termos de direitos sociais e, sequer se referiu ao problema previdenciário.

Somente nos anos 30 se observa uma preocupação estatal mais efetiva

com o surgimento das caixas de aposentadoria e pensões. A Constituição de 1934³ foi a que primeiro definiu responsabilidades específicas do Estado no que diz respeito à saúde, previdência, assistência e educação, amparando os idosos, a maternidade e a infância.

A Constituição do Estado Novo de 1937 determina, claramente, que cabe à União legislar sobre normas de defesa e proteção à saúde, especialmente infantil, cabendo aos municípios legislar e atuar sobre dificuldades locais. São conquistados novos direitos para o trabalhador, a gestante e os idosos.

A Carta Política de 1946⁴ apresenta, pela primeira vez, destaque para a saúde, sobretudo àquela concernente ao trabalhador; organizando, inclusive, um sistema de defesa de endemias.

A Constituição de 1967 estabelece e executa planos nacionais de educação e de saúde, além de planos regionais de desenvolvimento; organiza o combate ao tráfico e admite a colaboração de Estados estrangeiros e de entidades religiosas a fim de garantir a saúde. Legisla, ainda, sobre as normas gerais sobre o seguro e previdência social, defesa e proteção da saúde, sobre higiene e a segurança do trabalho.⁵

A evolução da legislação relativa à saúde foi lenta e vaga, não sendo, em nenhum momento, garantido o direito à saúde “como inerente à cidadania e como dever do Estado”. O que ocorria era apenas a garantia da assistência médica ao trabalhador e seus dependentes, deixando à margem uma legião de desvalidos sociais.

Apenas na atual Constituição, promulgada em outubro de 1988, que o direito à saúde é encarado como um dever do Estado, estendendo-se a todos os integrantes do contingente social.

Como lei maior do Estado democrático, é papel da Constituição garantir a todos os cidadãos, o direito ao bem-estar, com leis e ações que garantam a efetivação desse direito, assistindo a todos os seus cidadãos de forma a lhes garantir uma existência digna e com saúde, pois o direito à saúde é um meio importante para fomentar a justiça social.

² CAMPANHOLE, A ...& CAMPANHOLE, H. L. . Constituições do Brasil. São Paulo: Atlas1983, p. 93

³ DIAS, H. P. Saúde como direito de todos e dever do Estado. In : 8ª Conferência Nacional de Saúde, 1986, Brasília. Anais...Brasília: Ministério da Saúde, 1986. p. 69-90

1.4 – Do surgimento do Sistema de Assistência Privada à Saúde no Brasil

O Brasil viveu as repercussões advindas com a vitória dos Estados Unidos da América e dos Aliados na Segunda Guerra Mundial, passando por manifestações populares contra a ditadura que culminaram com a deposição em 1945 do então Presidente da República, Getúlio Vargas, e a elaboração da Constituição de 1946, a qual restabeleceu a independência dos três poderes e a autonomia dos estados membros e municípios, possibilitando o retorno à plenitude dos direitos e garantias individuais.

Logo no início de seu mandato (1946-1951), o presidente Eurico Gaspar Dutra, priorizou a organização nacional dos serviços públicos. No entanto, dada a burocracia reinante e as disputas políticas, não obteve êxito em seu propósito, sendo constantemente criticado pelas denúncias feitas contra o setor da saúde, afinal este continuava igual ao período da ditadura.

Com a eleição de Getúlio Vargas (1951- 1956), esperava-se mudanças em todos os setores da administração pública, em especial na saúde pública, dada a insatisfação da população. Dessa maneira, em 1953 foi criado o Ministério da Saúde, com verbas reduzidíssimas, que retratavam, desde aquela época, o pouco caso com que seria tratado o setor da saúde pública. O objetivo dessa pasta ministerial era o de combater as doenças endêmicas – doença de chagas, malária, tracoma e esquistossomose - que atingiam principalmente a população do interior do país.

Apesar da grandeza dos objetivos, faltavam desde equipamentos adequados e funcionários especializados até postos de atendimentos. Somando-se essa situação caótica ao clientelismo _ os políticos trocavam

⁴ DIAS, H. P. Op. Cit. Além de ditar a competência da União para legislar sobre normas gerais de seguro e previdência social, defere àquela mesma pessoa de direito público, poderes para legislar sobre normas gerais de seguro e previdência social, bem como para legislar sobre normas de defesa e proteção de saúde, fazendo aqui o legislador constitucional, pela primeira vez, o destaque para o assunto de maneira ampla e não somente voltada para o trabalhador.

⁵ CAMPANHOLE, A...Op. Cit. Esta Constituição introduziu as inovações de organizar a polícia federal para combater o tráfico de entorpecentes; a competência da União para estabelecer planos nacionais de saúde e celebrar tratados e convênios com Estados estrangeiros e organizações internacionais, além de permitir a colaboração entre entidades religiosas e o Estado. Assegurou a autonomia municipal quanto à organização dos serviços públicos locais, facultando aos três níveis da organização, União, Estado e Municípios, a arrecadação de taxas pela utilização dos serviços públicos, ficando vedada a criação de impostos sobre os mesmos.

os poucos recursos físicos do Ministério da Saúde por votos e apoio nos períodos eleitorais. O resultado não poderia ser outro, senão o fracasso do fim a que se propôs, pois apesar de diminuir a incidência de doenças infecto-contagiosas e parasitárias, a mortalidade continuava em índices muito acima dos países desenvolvidos.

Na periferia do país a situação era dramática, “calculava-se que o habitante do sertão nordestino viveria em torno de trinta anos - média de vida da população européia no momento mais crítico da Idade Média”.⁶

Segundo Cláudio Bertolli Filho⁷, a área rural era atendida quase que exclusivamente pelo Ministério da Saúde, enquanto a área urbana ficava a cargo, principalmente, dos hospitais e consultórios particulares ou conveniados com os institutos de pensões e aposentadorias, mantidos pelos trabalhadores e seus patrões.

Na época, havia uma forte pressão dos sindicatos em busca de uma reforma na legislação previdenciária; o governo acabou cedendo às pressões e a Previdência passou a ser responsável pela prestação de assistência médico-hospitalar aos trabalhadores e seus dependentes, as leis federais passaram a garantir o atendimento de saúde destes, de maneira que houve um aumento considerável no número da população atendida pelo governo, o que gerou reflexo direto na porcentagem destinada ao pagamento de tratamentos médicos _ inicialmente de 5% para 50% _ da arrecadação anual feita pela previdência social.

Foi neste clima de insatisfação e falência da saúde pública que começaram os primeiros movimentos em prol do sistema de assistência privada à saúde. O setor privado da medicina pressionava o governo a interromper obras de construção de hospitais públicos. Por manobras políticas, o setor de medicina privada logrou êxito em seus reclames, os grandes beneficiados com tais medidas foram os grupos privados de assistência médico-hospitalar que arrecadavam empréstimos federais a juros muito abaixo do mercado, muitas vezes tendo como sócios, os próprios deputados, que garantiam tais empréstimos à rede de medicina privada.

É claro que o atendimento era extremamente precário e de alto custo para os trabalhadores. Foram tantas as queixas que o governo resolveu sancionar a Lei Orgânica da Previdência Social em 1960, na tentativa de

⁶ BERTOLLI FILHO, Cláudio. História da saúde pública no Brasil, p.42

estabilizar financeiramente a Previdência e diminuir as reclamações.

A principal modificação advinda com esta lei foi a padronização do quantum da contribuição a ser paga pelos trabalhadores para a Previdência, taxado em 8% do salário para o empregado e o mesmo valor para o Governo Federal. Antes cada instituto cobrava um percentual diferente dos demais. Novamente, não atingiu sua meta, tanto por questões políticas quanto pela burocratização inerente à instituição.

Com o golpe militar de 1964, o primeiro órgão público a ressentir-se da situação foi o Ministério da Saúde, com a drástica redução das verbas a ele destinadas, como consequência piorou ainda mais a qualidade dos serviços médico-hospitais, o povo oprimido nem sequer podia reclamar ou denunciar.

A Constituição Federal de 1967, adotou a política de apoio às entidades privadas, cabendo ao Estado apenas suplementar a medicina privada, sendo 90% destas entidades conveniadas ao INPS – órgão criado no ano anterior para atender os doentes individualmente, ficando a cargo do Ministério da Saúde os programas sanitários.

Como já era de se imaginar, o governo pagava mal, ou seja, reduzia e atrasava os recursos para a rede conveniada, enquanto esta fraudava das mais diversas maneiras – guias falsificadas, cirurgias desnecessárias, cesarianas - para receber tanto o que lhe era de direito quanto o que achava que era.

A precariedade dos serviços públicos, de um lado, e, de outro, a medicina liberal cara, levaram alguns médicos a se organizarem para atender à demanda crescente, provocada especialmente pelo boom industrial, criando uma opção intermediária e alternativa capaz de oferecer serviços de alto nível profissional e técnico, em sistema de pré-pagamento para o atendimento à saúde da população de trabalhadores. Visava atender basicamente às necessidades de assistência médico-hospitalar da classe trabalhadora, mediante o sistema de “convênio-empresa”, financiado pelos empregadores. Era a chamada Medicina de Grupo que consistia na formalização de um contrato de prestação de assistência médica entre grupos médicos e as grandes e médias empresas, com o fim de substituir o INPS, e assim tentar diminuir o número de licenças médicas e melhorar o atendimento. As empresas contratantes recebiam subsídios e deixavam de recolher a cota

⁷ Ibid

previdenciária para o governo; por outro lado, deveriam prestar assistência médica a seus empregados.

Essas empresas de Medicina em Grupo, na realidade, tinham como principal objetivo o lucro, e acabaram desencadeando um processo de mercantilização da medicina. Os investimentos na área da saúde eram um negócio bastante lucrativo, considerando ainda o “milagre econômico” vivenciado principalmente pela classe média que podia pagar as mensalidades cobradas pelas seguradoras; o que acabou por atrair o capital estrangeiro, o qual passou a concorrer com as empresas médicas nacionais.

Nasceu na década de 70 a Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde (Abrasco) e o Centro Brasileiro de Estudos da Saúde (Cebes). Essas associações surgiram da insuficiência da tutela médica dada pelo Governo, desenvolveram o princípio de que a assistência médico-sanitarista é direito do cidadão e dever do Estado.

Tal movimento repercutiu nos trabalhos da Assembléia Constituinte da atual Constituição Federal. Mesmo sofrendo pressões dos grupos empresariais que lucravam e lucram com a falência do sistema público de saúde, a redação final da Constituição de 1988 incluiu a maior parte das propostas das organizações populares e de especialistas na área de saúde.

Portanto, com a promulgação da Carta Magna de 1988, criou-se o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (Suds) que, com base no princípio de integração de todos os serviços de saúde _ públicos e particulares_ deveria constituir uma rede hierarquizada e regionalizada, com a participação da comunidade na administração das unidades locais.

Este projeto de municipalização dos serviços de saúde encontra as mesmas barreiras dos projetos descentralizadores anteriores _ burocracia e desvio de verbas. Por isso, continua a ser um projeto para o futuro. O que existe atualmente é o Sistema Unificado de Saúde (SUS), que veio aglutinar, em nível estadual, as ações do Ministério da Saúde, do Inamps e dos serviços de saúde estaduais e municipais, sem a participação das empresas particulares.

O primeiro passo para a regulamentação dos planos de saúde no país foi a edição, em 1993, da Resolução nº 1.401 do Conselho Federal de Medicina, que obriga os planos de saúde privados a dar cobertura a todas as enfermidades reconhecidas pela Organização Mundial de Saúde. Essa resolução também dá ampla e total liberdade aos pacientes para escolha de médico, dos meios diagnósticos e terapêuticos e do hospital onde preferem ser atendidos. Somente após a Manifestação no Viaduto do Chá, no Centro de São Paulo, em 1994, é que o Procon incorpora a Resolução nº 1.401

como instrumento de luta em defesa do consumidor.

Ainda assistimos _ e pagamos _ mais uma tentativa do Governo em ver reerguida a dignidade e a eficiência da saúde pública brasileira, quando em 1995 o Ministro da Saúde, Sr. Adib Janete, defendeu a criação de um imposto sobre o movimento bancário de todos os cidadãos _ a CPMF _ para levantar verbas suplementares com o fim de financiar as ações sanitárias e o atendimento médico.

Em 1996, a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) foi o assunto em pauta nos principais meios de comunicação do país.

Em novembro de 1996, o Anteprojeto aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde torna-se o mais abrangente entre os 14 que circulam em Brasília e que prevêm a regulamentação dos planos de saúde no país. Representantes de várias entidades médicas, organizações não-governamentais e órgãos de defesa do consumidor, como Idec e Procon, decidiram se mobilizar em torno da proposta apresentando-a à Comissão Parlamentar designada pelo Congresso para discutir o tema. Neste período, o Procon contabiliza 6.993 reclamações contra empresas de medicina de grupo ao longo do ano no país inteiro.

No dia 14 de outubro de 1997, depois de sete anos de discussão na Casa, a Câmara dos Deputados aprovou, por 306 votos a 100 (com 03 abstenções), o projeto de regulamentação dos planos de saúde. O texto criou regras para controle e fiscalização dos planos a cargo da Superintendência de Seguros Privados.

1.5 - Expansão da Medicina Suplementar x Falência do Sistema Público de Saúde

Responsáveis pelo atendimento de mais de 38 milhões de brasileiros, os planos e seguros privados de saúde foram inicialmente utilizados pelos empresários como forma de assistência aos seus empregados. Com a destruição do Sistema Único de Saúde (SUS), por omissão dos governos na área social, esse tipo de assistência estendeu-se a praticamente todos os segmentos da sociedade. A precariedade do sistema, aliada aos altos preços da medicina liberal, levou ao surgimento da Medicina de Grupo.

Tais dificuldades, que o contribuinte encontra para ser atendido pelo sistema público, fizeram com que o mercado privado crescesse grandemente reunindo, hoje, cerca de 43 milhões de consumidores, ainda expostos a uma legislação que mais parece uma colcha de retalhos, onde o que menos

importa é a saúde do consumidor.

O governo não tem demonstrado interesse com a saúde da população e, quando muito, tem propostas para os grandes centros, esquecendo-se das peculiaridades deste país continental.

Iniciada, em termos de Brasil, na região do ABC paulista, a Medicina de Grupo visava atender basicamente aos trabalhadores e familiares das indústrias automobilísticas ali instaladas, através de um sistema denominado “convênio-empresa” composto por médicos, serviços de diagnósticos e hospitais.

Seu embrião foi formado em São Paulo, em 1956, quando um grupo de médicos desempregados se uniu para dar assistência aos funcionários e familiares de uma empresa em expansão, mediante um pré-pagamento fixo.

Nos anos 60 e 70, esse era um hábito das empresas estatais e filiais de multinacionais que, em suas matrizes, já ofereciam benefícios de assistência médica e social a seus empregados. A partir de meados da década de 80, esse hábito se espalhou entre a maioria das empresas médias e grandes.

A expansão deste mercado reúne empresas e trabalhadores na provisão de assistência médica privada em um sistema que, atualmente, abrange cerca de 44 milhões de pessoas, movimentando anualmente cerca de R\$ 18 bilhões, equivalentes a 72% do movimento do SUS. Atualmente, o sistema de Medicina de Grupo atende cerca de 18,3 milhões de pessoas, desse total, 80% são trabalhadores e seus dependentes, cujos planos coletivos de saúde são pagos por 46,3 mil empresas. Os planos para pessoas físicas somam 3,5 milhões de beneficiários⁸, negócios que totalizaram US\$ 3,7 bilhões em 1996.

Para tentar minimizar os prejuízos e fazer caixa o governo criou, em 1997, a CPMF, imposto sobre o cheque, que seria provisória com término previsto para o final de 1998, contudo, foi tornada definitiva e a saúde brasileira ainda enfrenta as mesmas mazelas.

A Constituição Federal de 1988 prevê que o SUS deva ser administrado pelos municípios, entretanto, apenas 144, das 5.000 cidades, gerenciam a saúde, tornando inviável a pretensão governamental.

Apesar de haver grandes centros de excelência, como o Hospital Sara Kubitschek, em Brasília, há desperdício de medicamentos, profissionais desgastados e desvio de verbas, o que faz do nosso sistema de saúde, um perfeito fracasso.

Observando a história da sociedade brasileira, podemos perceber claramente que a má administração a que o país vem sendo submetido há séculos gerou imensas desigualdades econômico-sociais, as quais se refletem

invariavelmente, e de forma mais dramática, na vida das camadas populares menos favorecidas.

Paralelamente à falência do sistema público, temos vivenciado uma grande expansão, nos últimos anos, da medicina privada, a qual se vale da omissão dos governos na área social para arrecadar cada vez mais clientes, em fuga do combalido SUS.

Apesar da precariedade do sistema público fomentar o sistema privado, nem assim temos conseguido uma melhoria na qualidade da saúde da população ou do atendimento a ela oferecido, já que as reclamações, junto aos órgãos de fiscalização, proliferam espantosamente. Até mesmo nossas Constituições relegaram a segundo plano a questão da saúde, pois somente na Carta de 1988, então vigente, aborda de forma mais efetiva o assunto. Fato este, gerador de um debate social em torno do tema e de uma recentíssima legislação, ainda em processo de acomodação à realidade nacional. Tal realidade exige, mais uma vez, a ação governamental _ sempre ineficiente, precária e tardia_ pois quando falamos de saúde temos em mente a própria vida, que esbarra em UTI's contaminadas, exames trocados, médicos mal remunerados, hospitais insatisfeitos, enfim, um verdadeiro caos.

Do reajuste de preços das mensalidades ao desligamento de hospitais conveniados as queixas dos consumidores se somam. Sem contar com um sistema público de saúde de qualidade, o brasileiro está à mercê das empresas privadas que, em tese, ofereceriam um atendimento médico de nível superior ao oferecido gratuitamente pelo governo.

Do exposto, evidenciamos o descaso governamental com a saúde do povo brasileiro, insatisfatória tanto no setor público quanto privado.

2 - Considerações acerca do acesso à saúde em outros países

O estudo de casos alienígenas vem mostrar experiências diversas ou semelhantes à nossa, em cujo bojo se pode buscar a concepção de Estado e de seu papel na área social, contribuindo para possíveis encaminhamentos na realidade brasileira atual.

Os países ricos, desenvolvidos ou de primeiro mundo, como queiram qualificá-los, exercem forte influência nas políticas sul-americanas, mas nem sempre o que lhes é viável, pode ser copiado para os nossos padrões de

⁸ Gazeta Mercantil de 13/03/97

escassos recursos e através dessa breve análise, pode-se visualizar as mazelas, quase nunca expostas, dos nossos amigos de outros continentes.

Às portas do século XXI, a saúde encontra-se à beira de um abismo, onde pobres, crianças e velhos vêem-se entregues à própria sorte, pois a saúde passou a ser objeto de consumo, objeto este caro e, não raras vezes, ineficiente. Passemos à breve análise a que nos propusemos.

2.1 O sistema canadense de saúde

A realidade do Canadá, atualmente, representa a fusão do compromisso europeu do bem-estar social com o individualismo norte-americano.

O sistema de cuidados em saúde do Canadá é baseado em um modelo integrado, onde o governo federal se responsabiliza por parte dos custos dos serviços e as províncias pelo restante, uma vez que cada uma dela possui suas próprias particularidades na estrutura dos serviços. Trata-se de um sistema de reembolso integral aos provedores dos gastos incorridos e informados. Mas o cidadão canadense goza de “atendimento universalizado, equânime, integral e de qualidade”.⁹

Desde 1957, quando da promulgação da lei sobre diagnósticos e seguros hospitalares (Hospital Insurance and Diagnostic Act), ficou estabelecido que o governo federal financiaria 50 % dos custos dos serviços de saúde e as províncias se encarregariam do restante, recursos este que eram, e ainda hoje o são, administradas por médicos, administradores e representantes da comunidade.

Em 1966, houve a implementação da assistência ambulatorial através da Medical Care Act com uma rede de médicos paga, na sua maioria, por procedimento, e uma parcela assalariada.

Em 1977 foi promulgada uma nova lei (Federal Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act) a fim de controlar gastos, passando-se a utilizar orçamentos globais vinculados ao PNB, o que fez com que o repasse federal diminuísse, sendo atualmente da ordem de 21% .

O pagamento dos médicos foi revisto de modo a não ultrapassar um teto máximo. Os hospitais estabeleceram um fluxo de informações que visava evitar abusos. Investiu-se na promoção da conscientização. Houve, inclusive, o corte dos pagamentos de unidades que cometeram excessos.

2.2 Caos norte-americano

A insatisfação com os planos de saúde não é exclusividade de países como o Brasil, tanto que o tema polariza atenções na política norte-americana de saúde, que não atende a grande maioria da população.

Nos EUA, não existe um sistema público que garanta atendimento universal, donde resultam mais de 40 milhões de americanos sem direito a atendimento médico, hospitalar ou laboratorial.

O governo central tem pouca atuação na área, ficando a seu cargo “a regulação da comercialização de medicamentos entre os estados, investigações epidemiológicas especiais, compilação de estatísticas nacionais, a provisão para a população indígena e o controle sanitário referente aos imigrantes”.¹⁰

A participação do governo federal restringe-se à minorias: idosos e pobres, que dependem da adequação do candidato a uma série de requisitos¹¹ predeterminados em cada unidade federativa, tal medida, no entanto, deixa de fora grande parte da população.

Na esfera estadual, cada unidade da federação tem sua própria estrutura, mas todas atuam através de programas, como o de controle de doenças infecto-contagiosas ou de serviços de prevenção materno-infantil. Em geral, a execução direta das atividades é confiada a entidades privadas, numa relação contratual com as agências governamentais responsáveis.

A partir dos anos 60 aumenta a quantidade de defensores de um projeto nacional, estatizado e universal de cobertura de serviços de saúde, ao passo que o complexo médico-industrial pressiona as esferas governamentais para aderirem a um plano de competitividade, com benefícios limitados, regulado pelo co-pagamento ou pelo pré-pagamento.

Até meados dos anos 80, segundo Pontual¹², prevaleciam os seguros que reembolsavam as despesas médicas realizadas pelos segurados, que escolhiam o atendimento médico ou laboratorial desejado. Tal liberdade gerou abusos dos médicos que cobravam exorbitâncias ou pediam exames em excesso e/ou desnecessários.

Para ele, a falência do sistema de seguridade americano gerou, como consequência imediata, o managed care¹³, que visava atender aos funcionários das empresas privadas, com uma rede conveniada própria.

⁹ LOBATO, QUINHÃO E PRESSOTO. Op. Cit. p. 210

Todavia, este também entrou em colapso, executando um duro corte de custos, onde cirurgias vitais são negadas e pessoas morrem. Alguma semelhança com um certo país sul-americano?

2.3 A experiência da Grã-Bretanha

A Inglaterra, hoje, à semelhança do Brasil, sofre com os altos custos dos procedimentos médicos e com o envelhecimento da população, o que gera, conseqüentemente, aumento da demanda. Contudo, diversamente daqui, naquele país o tratamento pelo sistema público sempre foi eficiente.

Com o passar dos anos, grande parte da população já adulta ou idosa onerou por demais o sistema e a solução encontrada não foi das melhores, mas eficaz, recorreu-se à seleção de benefícios. Assim, só tem tratamento de hemodiálise um paciente jovem. O velho ou tem dinheiro para ir ao particular ou não tem tratamento. É uma forma de dar o mínimo a todos.

A administração dos serviços ambulatoriais ficou a cargo de conselhos executivos que contratam e pagam clínicos gerais para atender a um determinado contingente da população agrupado sob sua responsabilidade em regiões predeterminadas. Os serviços especializados são prestados nos hospitais, na maioria estatais e também agrupados por regiões, onde o pagamento dos profissionais se dá sob a forma de salários.

Os hospitais universitários estão ligados diretamente ao Ministério da Saúde e são mantidos os pagamentos dos profissionais com verbas do setor de educação.

As autoridades locais responsabilizam-se pela “política preventiva, como cuidado primário materno-infantil, assistência domiciliar, unidades de doentes crônicos, idosos, doentes mentais, assistência social, acidentes de trabalho”.¹⁴

A situação político-institucional, desde 1974, foi forçando o governo

¹⁰ Ibid

¹¹ Nos anos 90, cerca de 40 milhões de americanos não possuem qualquer tipo de cobertura. (...)100 mil pessoas morrem anualmente nos EUA, devido não à gravidade de seus problemas de saúde, mas tão somente à total falta de acesso aos cuidados médicos. HELLANDER ET ALII (1995) E NAVARRO (1995)

¹² PONTUAL, Jorge. Pior é impossível...Nos Estados Unidos. In: Revista Época., 24008/98, p. 102 a 106

¹³ a ser convenientemente explicado no capítulo III desta monografia.

britânico a buscar a reestruturação administrativa do sistema. Em 1976, agravou-se o quadro social, tratando-se, agora, de uma questão de contenção de despesas. Mas somente em 1989, o governo inglês conseguiu elaborar uma política para enfrentar os problemas. Os conservadores tentaram implantar uma política de privatização, rejeitada, entretanto, pela população. Assim, “as autoridades distritais de saúde passam a atuar como grandes compradores de serviços de saúde para a população, forçando os provedores a competir entre si para oferecer a melhor relação preço/qualidade”.¹⁵

2.4 - A Saúde na Argentina, Uruguai e Paraguai.

Garcia de Campos¹⁶ salientou que na maioria dos países da América do Sul, inexistente uma legislação específica quanto aos contratos de seguro e plano de saúde. Há somente dispositivos constitucionais que não disciplinam a prestação de serviços por parte da iniciativa privada e apenas se comprometem a fazer sem, contudo, efetivar diplomas legais para regulamentar a matéria.

A Constituição argentina dispõe, de maneira genérica, sobre a proteção à saúde, havendo ainda, a previsão de regulamentação do sistema de seguridade social, sendo que o doutrinador argentino Carlos Alberto Ghersi¹⁷, afirma que o sistema público argentino está em colapso e que os contratos de medicina pré-paga; como lá são conhecidos os contratos privados de saúde; têm por característica básica a atipicidade.

No Uruguai, também existe uma lacuna legislativa, contando-se apenas com a norma constitucional, a qual dispõe de maneira genérica sobre a saúde, esta enquanto dever do Estado, sem que se encontre regulamentação para a saúde privada.

Há, em nível constitucional, uma preocupação com a garantia da saúde pública em geral, sendo esta responsabilidade conferida ao Estado, mas não se faz referência ao sistema privado, nem mesmo na esfera infraconstitucional, o que deixa o povo uruguaio quase que sem regulamentação para o setor.

A exemplo dos dois países anteriores, falta legislação específica também ao Paraguai, o qual, no entanto, é aquele que melhor regula a matéria

¹⁴ LOBATO, QUINHÃO & PRESSOTO. Op. Cit. p. 214

¹⁵ LOBATO, QUINHÃO E PRESSOTO. Op. Cit. p. 216

concernente à saúde.

No Brasil, até bem pouco tempo, faltava um diploma legal que regulasse a saúde privada, lacuna esta preenchida pela Lei 9.656/98, a qual, contudo, ainda apresenta deficiências, mas que pode ser considerada fundamental na regulamentação da saúde dos brasileiros que se valem dos planos privados.

A regulamentação brasileira, que prevê no artigo 199 da CF/88, a participação complementar do sistema de saúde privada, tem entregado a este, a melhor fatia do mercado, fazendo inclusive, o atendimento dos procedimentos mais caros, enquanto confere aos planos particulares faculdades para executar este ou aquele transplante. O problema é que, enquanto amplia o mercado privado e o isenta de impostos, o governo não move uma palha em defesa do SUS, que carrega nas costas 120 milhões de brasileiros, em oposição aos pouco mais de 41 milhões associados ao sistema privado.

A crise que assola a maioria dos países deixa suas marcas nos setores de atendimento básico à população desfavorecida, o que contrasta com o vertiginoso desenvolvimento tecnológico da medicina atual.

O estudo comparado da legislação internacional ligada à saúde vem demonstrar que_ inversamente ao esperado_ mesmo em realidades ditas de primeiro mundo, a saúde sofre com o direcionamento que o Estado dá às questões públicas, em geral, precárias.

O Estado deseja desobrigar-se, as empresas estão ávidas por lucro. Nessa briga, ficam desvalidos os cidadãos que não têm, de nenhum lado, medidas que lhes assegurem o atendimento, concretizando a saúde para todos.

As políticas sanitárias internacionais prescindem de urgente reformulação em nome do bem-estar das populações mundiais.

¹⁶ CAMPOS, Clarice Garcia de. Contratos de plano e seguro saúde e o consumidor. 1999, p. 13.

¹⁷ GHERSI, Carlos Alberto. Contrato de medicina prepaga. 1998, p. 07.

3- Interpretação da Lei 9.656/98 através do Código de Defesa do Consumidor

3.1 – Do projeto de regulamentação dos planos privados de saúde à Lei 9.656/98

Em fevereiro de 1994, quando o Senado aprovou o projeto 93/93, do então senador Iram Saraiva, houve uma grande especulação sobre o que poderia ocorrer caso o projeto viesse a se tornar lei. Seguiram-se quatro anos de discussões e uma sucessão de projetos apresentados à Câmara e ao Senado Federal até a Lei nº 9.656 que regulamenta os planos privados de assistência à saúde ser sancionada, em 03 de junho de 1998.

O projeto seguiu para a Câmara dos Deputados sendo-lhe atribuído o número 4.425/94. Em setembro de 1996, após longo tempo ausente da pauta dos debates, a Câmara criou uma comissão especial para examinar o assunto e dar seqüência aos trâmites legais. O governo, inclusive, criou um grupo de trabalho interministerial - Saúde, Justiça e Fazenda que apresentou uma versão preliminar para discussão. Até agosto de 1997 tinham sido apresentados 24 novos projetos e 131 emendas (das quais somente 13 foram aceitas e incorporadas no substitutivo ao projeto de Lei 4.425/94), apresentado pelo relator deputado Pinheiro Landim, passando a ter, então, 36 artigos. Exatamente em 14.10.1997 o plenário da Câmara votou o substitutivo - foram 306 votos a favor, 100 contra e três abstenções, maioria e 3/5, placar suficiente até para alterar dispositivos da Constituição Federal.

Entretanto, devido às alterações que o projeto sofreu na Câmara, foi preciso que ele retornasse ao Senado para apreciação e votação, onde nenhuma alteração poderia ser realizada, somente supressões, em obediência ao regimento daquela Casa.

Após várias audiências públicas, onde participaram representantes de órgãos e entidades envolvidas com o tema, e da promessa do governo em editar Medida Provisória regulamentando as questões mais polêmicas, em 06 de maio de 1998 a Comissão de Assuntos Sociais do Senado, presidida pelo senador Ademir Andrade, manifestou-se por unanimidade, favorável ao parecer do senador Sebastião Rocha e à proposta de redação final do Projeto de Lei do Senado nº 93, de 1993 (nº 4.425, de 1994, na Câmara dos

¹⁸ Caput com redação da pela MP n. 1.976-25., de 06/04/00

Deputados), que dispunha sobre os Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde, consolidando as disposições aprovadas no Substitutivo da Câmara, com algumas supressões no texto, negociadas com o governo.

Finalmente, na semana seguinte, em 12 de maio, o plenário do Senado aprovou, também por unanimidade, o parecer nº 235, de 1998. Em 03 de junho, o projeto tornou-se a Lei nº 9.656 com a sanção, sem veto algum, pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. A Lei entrou em vigor em 03/09/1998, noventa dias após sua publicação. No dia seguinte ao da sanção, foi editada a primeira Medida Provisória, de nº 1665, alterando dispositivos da referida Lei.

3.2 – Principais alterações advindas com a regulamentação da Lei 9.656/98

Não podemos negar que a regulamentação dos seguros e planos de assistência à saúde veio melhorar a condição hipossuficiente do consumidor em alguns pontos, mas nem tudo são flores e, das tantas Medidas Provisórias editadas, poucas foram as que realmente contribuíram para a melhora do sistema, sem contar com as - também inúmeras - Resoluções do CONSU. Mesmo em face de tantos dispositivos modificadores, foram deixadas lacunas em pontos nevrálgicos, como por exemplo nos casos de transplantes, carências para doenças preexistentes, aumentos das mensalidades, cobertura em casos de urgência e emergência.

Passaremos a expor as alterações advindas com a regulamentação, onde mostraremos os aspectos omissos, as vantagens e desvantagens trazidas pela legislação e o entendimento jurisprudencial correlato.

3.2.1 – Doenças e lesões preexistentes

A definição de doenças e lesões preexistentes como sendo aquelas que além de já existirem antes da assinatura do contrato, também eram do conhecimento do contratante, como prescreve a Resolução nº02 do CONSU, de 03 de novembro de 1998.

Esta sempre foi uma das razões mais incidentes nos litígios judiciais, uma vez que planos e seguradoras recusavam-se a prestar cobertura para certos eventos mediante a mera alegação de preexistência da doença ou lesão, vez que estas não foram informadas pelo segurado ou associado.

O artigo 11 da Lei nº9.656/98 vem para solucionar a questão:

Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões

preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.¹⁸

Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o caput, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS.¹⁹

Daí decorre o entendimento que para efeito de não-cobertura a alegação de doenças e lesões preexistentes não pode ultrapassar o período de 24 meses da assinatura do contrato. E, ainda, a operadora não pode simplesmente alegar a existência de doenças e lesões preexistentes, deve provar tanto sua existência quanto seu conhecimento prévio pelo consumidor para só então obstar a conseqüente cobertura. Frise-se que o ônus da prova é de quem alega o direito.

No caso de confirmada a doença ou lesão preexistente pelo contratante, como fica esta situação? Simplesmente o consumidor não teria direito à cobertura dos eventos decorrentes da doença ou lesão preexistente? Questões como estas ficaram sem respostas até 23 de março de 1999 quando o CONSU editou a Resolução nº 17:

Art.1º (...)

Parágrafo primeiro – No caso de exclusão temporária de cobertura a doenças e lesões preexistentes, no período previsto no art.11 da Lei 9.656/98, as operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde estarão obrigadas a oferecer, até a data fixada no caput, a cobertura parcial temporária de acordo com a Resolução CONSU n. 2, de 03 de novembro de 1998.²⁰

O prazo determinado de que fala a citação acima é de 24 meses da data da assinatura do contrato, após este período a cobertura a ser dada ao consumidor é total.

Outra alternativa é dada pelo parágrafo segundo do artigo 1º da Resolução n. 17. Informamos desde já que a data mencionada no caput do artigo é o dia 03 de dezembro de 1998:

Parágrafo Segundo - A partir da data aludida no caput, todas as operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde estarão

¹⁹ Parágrafo único com redação da pela MP n. 1.976-25., de 06/04/00

obrigadas a oferecer agravo para todos os seus novos contratos de todos os planos ou seguros de assistência à saúde em operação, como alternativa à cobertura parcial temporária.

Portanto, o consumidor – no plano ou seguro individual ou familiar – portador de alguma doença ou lesão preexistente, ao contratar um plano ou seguro de assistência à saúde tem diante de si duas opções legais que devem ser oferecidas – obrigatoriamente – pelas operadoras e seguros: ou optar pela cobertura parcial temporária por dois anos, ou seja, excluir o atendimento de todos os eventos relacionados à doença preexistente durante este período de carência; ou cobrar a mais nas mensalidades durante dois anos, o chamado agravo, para que o consumidor possa utilizar a cobertura no que se refere à doença ou lesão preexistente.

3.2.2 – Renovação automática e Rescisão Contratual

Prestigiando a boa-fé e a equidade, o art. 13 da Lei 9.656/98²¹ expurga a rescisão unilateral, salvo por fraude ou pela inadimplência por mais de dois meses durante um ano, caso em que se exigirá a notificação do consumidor até o quinquagésimo dia de inadimplência.

Segundo Luiz Antônio Rizzato Nunes, in Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde, a renovação mencionada no art. 13 da lei em análise “não se trata tipicamente de renovação do contrato – o que faria com que pensássemos que ele se renovaria de um em um ano, de dois em dois etc. Cuida-se, sim, de transformação do contrato iniciado com o mínimo de um ano em prazo indeterminado. Ele só termina por opção do consumidor”.

O próprio Código de Defesa do Consumidor em seu art.54, par. 2º, proíbe a aposição de cláusula resolutória no contrato, possibilitando apenas a cláusula alternativa, cabendo a escolha pela resolução apenas ao consumidor. Esta regra vale tanto para os contratos novos quantos para os antigos.

²¹ Art.13 – Os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Par. Único – Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

3.2.3 – Cobertura em casos de AIDS e câncer

Doenças como câncer e AIDS, antes da regulamentação, eram simplesmente excluídas da cobertura do plano de saúde, sem qualquer justificação, senão a do alto custo de seu tratamento.

Contudo, hoje a cobertura para essas doenças é obrigatória – dentro do tipo de plano adquirido. Caso o consumidor já fosse portador de câncer ou de AIDS quando contratou um plano de saúde, será considerada uma doença preexistente.

3.2.4 – Faixa etária

Por não existirem regras, os planos de assistência à saúde abusavam do poder que tinham, de maneira que a alteração de preço da mensalidade em função da idade ficava ao bel prazer da empresa. Havia casos de planos que apresentavam diferenças de preços de até 31 vezes entre a primeira e a última faixa, no intuito claro de excluir o idoso do seu rol de clientes.

O implemento da Lei 9.656/98, veio regulamentar a situação caótica em que se encontrava os consumidores quando estes mais precisavam de assistência médica, determinou em seu art. 15 determinou que a variação em função da faixa etária somente poderia ocorrer quando houvesse previsão contratual. Ainda quanto aos consumidores a partir dos 60 (sessenta) anos de idade, participantes a dez anos do mesmo plano (ou sucessora), ficaria vedada a variação da contraprestação.

Logo em seguida o CONSU através do artigo 1º da Resolução nº 6 de 03.11.1998 firmou a existência de apenas sete faixas etárias, a saber:

- I – 0 (zero) a 17 (dezesete) anos de idade;
- II – 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos de idade;
- III – 30 (trinta) a 39 (trinta e nove) anos de idade;
- IV – 40 (quarenta) a 49 (quarenta e nove) anos de idade;
- V – 50 (cinquenta) a 59 (cinquenta e nove) anos de idade;
- VI – 60 (sessenta) a 69 (sessenta e nove) anos de idade;
- VII – 70 (setenta) anos de idade ou mais;

A Resolução nº15/98 em seu art. 2º, limitou o valor da última faixa etária que não poderá ser superior a seis vezes o valor fixado para a primeira faixa.

3.2.5 – Deficiências físicas

Não se pode impedir a participação do consumidor em planos de assistência à saúde em função da idade ou da condição de portador de deficiência física, é o que preceitua o artigo 14 da L.9.656/98.

Antes da mencionada lei, os planos de saúde não eram obrigados a oferecer cobertura a portadores de deficiência física.

3.2.6 – Transtornos psiquiátricos

Por transtornos psiquiátricos entende-se inclusos também os dependentes químicos – alcoólatras e viciados em drogas. Nestes casos, não havia qualquer previsão de tratamento básico para a saúde mental.

Hoje em dia assegura-se pela Lei 9.656/98 o atendimento aos portadores de transtornos mentais, mesmo em casos de intoxicação ou abstinência alcoólica ou por outras substâncias químicas, bem como das lesões decorrentes da tentativa de suicídio, pois esta é uma das expressões do transtorno mental.

A cobertura é garantida conforme o tipo de plano. Assim, no plano ambulatorial é garantida a cobertura em emergência e “psicoterapia breve de crise”, esta é limitada a 12 sessões por ano. A lei estipula ainda o limite de duração máxima da psicoterapia breve em 12 semanas.

No plano hospitalar, se a crise ou intercorrência decorrer de transtorno psiquiátrico, o tempo máximo de internação custeado pelo plano é de 30 dias. Se for decorrente de dependência química, o período de internação coberto é de apenas 15 dias.

Quanto à psicanálise não há determinação legal que garanta sua cobertura.

3.2.7 – Transplantes

A maioria dos planos excluíam os transplantes de qualquer natureza, com a Lei 9.656/98 os planos do tipo hospitalar e de referência devem cobrir os transplantes de córnea e rim, incluindo-se os gastos com os procedimentos necessários para a realização dos transplantes, como por exemplo as despesas médicas com os doadores vivos, transporte e captação dos órgãos.

Contudo, existe uma grande lacuna a ser preenchida pelo CONSU, pois o transplante só é obrigatoriamente coberto nos casos de córnea e rim.

Ora, se o consumidor necessita de um transplante de fígado? de coração? de pulmão?

Certamente o CONSU há de se manifestar a favor dos consumidores, pois hiposuficientes que são não devem ficar a mercê das gananciosas empresas de assistência médica.

3.2.8 – Internações

Neste ponto a regulamentação foi determinante. No art. 12, II da Lei 9.656/98 dispõe sobre a vedação de imposição de limites nas diárias de internação e muito menos no caso de internação na UTI.

Evidentemente, existem as limitações próprias de cada tipo de plano, por exemplo um plano hospitalar sem obstetrícia não irá cobrir a internação da parturiente.

Aos pacientes menores de 18 anos fica garantido o direito de acompanhante durante o período de internação.

O já citado art.12 da referida lei também garante o direito de remoção, quando necessária, para realização de exame ou procedimento, ou comprovada falta de recursos, dentro da área de abrangência do contrato, incluindo o transporte, nos planos do tipo hospitalar ou de referência. No casos de plano ambulatorial, o direito à remoção está garantido apenas em casos de urgência ou emergência, caso se faça necessária a internação, a remoção será para um hospital da rede pública.

3.2.9 – Troca de hospital credenciado

A operadora do plano pode substituir o prestador de serviço hospitalar de sua rede, mas para isso deverá observar o disposto no art. 17 da lei.

Dessa forma, a substituição só é possível se for por outro prestador equivalente, com a devida comunicação aos consumidores e à ANS – Agência Nacional de Saúde – com a antecedência de 30 dias.

Destacamos a exigência de equivalência como condição à substituição, este parâmetro diz respeito tanto ao padrão técnico, quanto de atendimento, especialidades e localidade.

Além disso, se a substituição se der por vontade da operadora enquanto o consumidor se encontrar internado, a operadora há de arcar com as despesas de internação do consumidor até que este receba alta médica, cabendo ao estabelecimento hospitalar garantir a manutenção da internação.

3.2.10 – Aposentados e desempregados

O art. 30 da Lei nº 9.656/98 garante, ao empregado exonerado ou demitido sem justa causa, que tenha contribuído para plano de saúde decorrente de vínculo empregatício, a permanência no plano, bastando para tanto que assuma o pagamento da parcela do empregador e demonstre a intenção de continuar no plano dentro de trinta dias após a comunicação de sua dispensa, formalizando esta intenção.

O benefício será por prazo determinado de 1/3 do tempo de permanência no plano de assistência médica, garantindo-se um período mínimo de seis meses e máximo de 24 meses, exceto quando for admitido em outro emprego, caso em que o benefício cessará.

No caso dos aposentados, segue-se o mesmo procedimento descrito acima para os desempregados, com uma ressalva, para os aposentados manterem-se no plano de saúde decorrente do vínculo empregatício, deverá ter contribuído para o mesmo por pelo menos 10 (dez) anos, caso em que o benefício será por tempo indeterminado, do contrário, se a contribuição for por tempo inferior a 10 anos, o período do benefício será determinado, equivalente ao tempo em que contribuiu.

Os direitos aqui descritos são extensivos aos dependentes do aposentado ou demitido, mesmo em caso de falecimento daquele.

3.2.11 – Carência

Primeiro, há de se determinar o que é carência. Trata-se de um período pré-determinado, durante o qual o consumidor não pode usar integralmente os serviços oferecidos pelo plano. Na verdade, é uma precaução dos planos a fim de evitar uma contratação “relâmpago” onde o consumidor se aproveitaria indevidamente.

A lei regulamentadora dos planos determina em seu artigo art.11e 12, V, “a” ,”b”, “c” ²², os limites máximos de carência a ser imposta aos consumidores.

Em casos de urgência, isto é, acidentes pessoais, complicações gestacionais ou emergências, quando há risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis, a carência é de 24 horas.

Será de 300 dias a carência para o atendimento de parturientes. Nos casos de doenças preexistentes a carência será de 24 meses.

E, finalmente, o prazo de 180 dias para todos os outros procedimentos cobertos pelo plano escolhido.

3.3 – Adaptação dos contratos antigos

Apesar da discussão sobre a possibilidade de ofensa ao direito adquirido em caso de incidência da lei vigente em contratos perfeitos anteriores a ela, o art. 35 prevê a faculdade do consumidor em optar pelo plano de assistência médica regulamentado, mesmo que seu contrato tenha data anterior à vigência da Lei nº9.656/98.

Se o consumidor decidir por manter o contrato antigo, estes permanecerão vigentes por prazo indeterminados e terão caráter personalíssimo, não podendo ser oferecidos comercialmente. Contudo, uma vez feita a opção pelo novo sistema, resguarda-se os direitos adquiridos do consumidor quanto às carências.

A oferta dos novos planos protocolados previamente na SUSEP passou a valer a partir de 01/01/1999. Os planos antigos puderam ser comercializados até 31/12/1998 podendo permanecer em operação por tempo indeterminado.

Inúmeras têm sido as alterações sofridas pela Lei 9.656/98, através de Medidas Provisórias e Resoluções. De maneira que a mais recente alteração relacionada à adaptação de contratos de que trata o art. 35 da Lei n.º 9.656/98 foi a Resolução- RDC de junho de 2000 da ANS, que em seu artigo 11, determina quem tem competência para decidir sobre a opção pela adaptação do contrato anterior a Lei 9.656/98.²³

²² Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.

Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o caput, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS.

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:

V - quando fixar períodos de carência:

a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;
b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;
c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;

3.4 - O CDC como fonte legal para interpretação da Lei 9.656/98

No período anterior à edição da Lei 9.656/98, não havia no Brasil nenhuma legislação específica para os planos de saúde. Dúvidas sobre o procedimento das empresas eram decididas na Justiça com base única e exclusiva no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é uma lei abrangente que trata das relações de consumo em todas as esferas: civil, definindo as responsabilidades e os mecanismos para a reparação de danos causados; administrativa, definindo os mecanismos para o poder público atuar nas relações de consumo; e penal, estabelecendo novos tipos de crimes e as punições para os mesmos.

Mesmo com a vigência da lei 9.656/98, o CDC não deixou de dar suporte à interpretação daquela lei.

Destarte, entendemos que a nova legislação, em muitos pontos, não altera em muito a situação anterior à lei. Em várias situações pode representar, inclusive, um enorme retrocesso, se levarmos em conta que o Código de Defesa do Consumidor era a Lei básica aplicável, tendo criado jurisprudência em benefício de usuários vítimas de exclusões e negação de atendimentos, um exemplo disso seria o caso dos transplantes de órgãos que inúmeras vezes foi concedido pelos Tribunais, com base no CDC. Hoje, contudo, a Lei exige apenas a cobertura dos transplantes de rim e de fígado, ficando a necessidade de transplantes de outros órgãos a mercê da sorte.

²³ Art. 11. Têm competência para decidir sobre a adaptação :

Nos planos individuais ou familiares : o titular do plano ; Nos planos coletivos empresariais, com competência delegada à instância formal ou ao colegiado: a instância formal ou colegiado; Nos planos coletivos empresariais, sem competência delegada à instância formal ou ao colegiado: a pessoa jurídica empregadora; Nos planos coletivos financiados exclusivamente pela contraprestação pecuniária dos usuários, restritos à participação de um grupo ou população limitada e previamente identificável com competência delegada à instância formal ou ao colegiado : a instância formal ou colegiado; Nos planos coletivos financiados exclusivamente pela contraprestação pecuniária dos usuários, abertos apenas à participação de grupo ou população limitada e previamente identificável, sem competência delegada à instância formal ou ao colegiado: os titulares dos planos, individualmente.

Parágrafo Único . Equipara-se ao titular, para os efeitos deste artigo, todos os consumidores que mantenham um vínculo de obrigações e de pagamento próprio, mesmo que seu direito ao ingresso no plano tenha decorrido de uma relação de parentesco, dependência, afinidade, ou qualquer outro vínculo pessoal, com um titular já participante.

De todo o exposto, podemos afirmar que são cláusulas abusivas – com base na Lei 9.656/98 e no CDC – e, portanto, não podem constar dos contratos celebrados a partir de 02 de janeiro de 1999 ou daqueles já adaptados à nova legislação²⁴:

- Cláusulas que limitam a utilização dos procedimentos;
- Cláusula que estabelece idade máxima para cobertura das despesas de acompanhante, fora dos limites previstos na lei;
- Cláusula que limita número de visitas e especialistas na internação hospitalar;
- Cláusula que limita cobertura do recém-nascido;
- Cláusula que obriga o consumidor a se responsabilizar pela reposição do sangue quando da necessidade de transfusão;
- Cláusulas que estabelece que a operadora poderá comprovar a qualquer momento a existência de doença ou lesão preexistente;
- Cláusula determinante da doença e lesão preexistente como carência;
- Cláusula com co-participação de 100% do valor do evento a partir de determinada quantidade de utilização;
- Cláusula que transfere ao próprio consumidor o ônus do pagamento do terceiro profissional nomeado para formação de junta, cuja finalidade seja definir impasse nas divergências médicas ou odontológicas;
- Cláusula de plano hospitalar com obstetrícia que estabelece condições para admissão de recém-nascido;
- Cláusula que determine aceitação da admissão pela operadora;
- Cláusula que estabeleça o prazo a menor para o empregado demitido, aposentado ou exonerado, optar pela continuidade ou não no plano coletivo;
- Cláusula que determine em caso de demissão, que o empregado perde o direito ao plano contratado pela empresa;
- Cláusula que permita à operadora rescindir o contrato a qualquer momento, nos casos dos contratos individuais ou familiares;
- Cláusula de rescisão automática do contrato de plano individual/

²⁴ Fonte: site da ANS – ans.gov.br – em 15.10.2000

familiar;

- Cláusula que impeça a utilização do plano em caso de qualquer atraso no pagamento da mensalidade;
- Cláusula que determine o início da vigência somente após o pagamento da primeira mensalidade;
- Cláusula que estipule recontagem de carências;
- Cláusula sobre carência, em atendimento de urgência e emergência;
- Cláusula que não preveja a remoção do consumidor/paciente para o SUS, em plano ambulatorial que necessite de internação;
- Cláusula que preveja menos de sete faixas etárias;
- Cláusula que não defina claramente a área de abrangência;
- Cláusula que obrigue o consumidor a se inscrever no CNDOS para Ter direito aos transplantes previstos na Lei;
- Cláusula com co-participação na internação em saúde mental durante o período de cobertura integral;
- Cláusula que não faça registro dos diagnósticos F21 a 29 relacionados no CID 10;
- Cláusula que isente a operadora da responsabilidade financeira na cobertura em saúde mental, após decorridos os prazos de custeio integral das internações;
- Cláusula com pagamento do reembolso superior a trinta dias.

Caso haja previsão contratual de algumas das cláusulas supracitadas, o consumidor deve pleitear junto ao Poder Judiciário a nulidade da mesma e o reconhecimento do seu direito.

Quando abusivas, tais cláusulas geram um grande desequilíbrio contratual, vez que prevêem uma vantagem desproporcional ao fornecedor, enquanto que ao consumidor imprimem uma desvantagem. Além disso, a busca jurisdicional não implica na invalidação do contrato, mas tão somente daquela cláusula abusiva.

O Procon atua em parceria com a ANS, sendo também órgão competente para receber as reclamações dos consumidores. Aliás, o Procon sugere aos consumidores que guardem além do contrato, também a publicidade, pois esta fica vinculada ao contrato, obrigando a operadora a cumprir a oferta.

4 - Obrigações e Penalidades

4.1 – Obrigações das operadoras

Além das obrigações legais previstas no art. 18²⁵ da Lei 9.656/98, patente está a obrigação das operadoras em cumprir com os contratos celebrados com qualidade e eficiência nos serviços oferecidos, razão pela qual se tornam responsáveis pelos erros de seus médicos, bem como pelas desídiás dos hospitais. Essa responsabilidade civil é objetiva e decorre da Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

Vale lembrar o comentário de Arnaldo Rizzardo in Planos de Assistência e Seguro Saúde, p. 76, “(...) na forma do art.176 da lei n. 6.404, de 15.12.1976. Considerando que a mencionada lei trata unicamente das sociedades anônimas, e que somente para elas exige-se a publicação do balanço e das demonstrações financeiras (...) para as sociedades constituídas na forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada é suficiente a publicação do parecer da auditoria.”

4.2 – Infrações e penalidades

O art. 22²⁶ da Lei dos planos de saúde aborda as penalidades. Contudo, ante a ausência de norma reguladora, o CONSU emitiu algumas resoluções a fim de regulamentar e organizar tanto a delimitação sobre quais atos são passíveis de penalidades, quanto como deve ser o procedimento de sua aplicação.

Essas resoluções são as seguintes: Res. nº 3, de 03.11.98, que dispõe sobre a fiscalização da atuação das operadoras de planos e seguros privados

²⁵ Art. 18. (...)

I - o consumidor de determinada operadora, em nenhuma hipótese e sob nenhum pretexto ou alegação, pode ser discriminado ou atendido de forma distinta daquela dispensada aos clientes vinculados a outra operadora ou plano;

II - a marcação de consultas, exames e quaisquer outros procedimentos deve ser feita de forma a atender às necessidades dos consumidores, privilegiando os casos de emergência ou urgência, assim como as pessoas com mais de sessenta e cinco anos de idade, as gestantes, lactantes, lactentes e crianças até cinco anos;

III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independentemente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

de assistência à saúde e fixa o prazo de cinco anos para a prescrição das infrações puníveis; Res. n° 18, que dispõe sobre o rito e prazos do processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades previstas na Lei 9656/98 e, finalmente, Res.n° 1, de maio de 2000, que trata das sanções aplicáveis aos procedimentos e atividades lesivas à assistência de saúde suplementar, delega competência à ANS para atos que menciona, e dá outras providências.

O art.2° da Res. 1, de 2000, indica quais as penalidades aplicáveis às infrações aos dispositivos da Lei 9.656/98, que vão desde a simples advertência e multa até a suspensão do exercício do cargo, inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras e cancelamento da autorização de funcionamento com alienação da carteira da operadora mediante leilão.

Podemos afirmar que a regulamentação das infrações e penalidades pelo CONSU veio a contento, não deixando espaço para dúvidas tampouco lacunas, restando apenas sua efetiva aplicação pelas autoridades competentes, ou seja, segundo o artigo 1° da Res. n. 3, o membro do Ministério da Saúde legalmente investido da função, trata-se, portanto, da ANS.

4.3 – Ressarcimento dos custos por serviços de atendimento prestados pelo SUS

O art. 32 da Lei 9.656/98, com redação dada pela Medida Provisória n° 1.976-25, de 06 de abril de 2000, determina que toda vez que for realizado pelo SUS atendimento às pessoas que têm plano de assistência médica que cubra o procedimento realizado pelo órgão público, este deverá ser ressarcido pela operadora.

Com a determinação legal de devolver ao sistema público os custos de atendimentos prestados a pacientes que têm planos de saúde particulares, o governo compele as operadoras a se responsabilizarem pelo atendimento integral de seus pacientes/consumidores.

Os valores referentes ao ressarcimento começaram a serem cobrados em abril. Para calculá-los, a ANS cruzará mensalmente os cadastros dos planos de saúde (as operadoras tiveram que realizar um cadastramento de todos os seus clientes junto à ANS) com as guias de atendimento do SUS.

Com esse plus no orçamento do SUS, há de se melhorar o atendimento e diminuir as mazelas do setor. Além do que é bastante justo tal ressarcimento, pois as operadoras recebem do cliente para que este tenha

alguma tranqüilidade no momento de uma intervenção em sua saúde, porém muitas das vezes quem arca com o procedimento e seus custos é o órgão estatal.

5 - Conclusão

O mercado brasileiro carecia há muito, além de uma política de assistência à saúde, de um acesso efetivo aos meios de tratamento das doenças, o que garantiria, pelo menos em tese, saúde. Essa lacuna foi preenchida pelas empresas de medicina suplementar que, até bem pouco tempo, sem qualquer restrição ou regulamentação das suas atividades; transformaram a saúde em mercadoria e a medicina em negócio comercial.

É incontestável a participação da sociedade privada nas mais diversas áreas sociais, mas este fato não pode servir ao Estado como escusa ao cumprimento de seu dever constitucional de garantidor e mantenedor da saúde pública. Entendemos que o Estado, cada vez mais, minimiza sua atuação, delegando à iniciativa privada uma considerável parcela de funções que, primariamente, seriam suas. É nítida a política neoliberal empregada na área da saúde coletiva; mas tendo em vista as tendências mundiais de Neoliberalismo e globalização, consideramos que, atualmente, é o único caminho que se abre.

Pressionada pela sociedade, surgiu a mão estatal que editou decretos com o fito de por ordem ao caos. Enfim, a Lei 9.656/98 foi editada e, mesmo repleta de Medidas Provisórias, é o que, hoje, melhor temos para assegurar os direitos dos usuários de planos de saúde.

Sem sombra de dúvidas estamos vivenciando a reconstrução tanto do ordenamento jurídico nesta seara, quanto do sistema de assistência médico-hospitalar brasileiro propriamente dito, seja público, seja privado; o qual caminha dentro das tendências políticas atuais para a universalização do direito à saúde, atendendo, pelo braço estatal, aos que disponham de recursos escassos e pelo braço privado, àqueles que conseguem satisfazer suas necessidades às próprias expensas.

Do exposto, conclui-se que a cada parcela da sociedade cabe trabalhar em prol de uma nação mais justa, onde a saúde seja mais que uma mercadoria, mas um direito tão certo quanto o direito à vida. E a nós, acadêmicos e profissionais do Direito, cabe tirar a lei dos manuais para torná-la eficaz, garantindo ao povo, do qual fazemos parte, aquilo que é seu por justiça e direito.

REFERÊNCIA

- BERTOLLI FILHO, Cláudio. História da saúde pública no Brasil, p.42
- CAMPANHOLE, A ...& CAMPANHOLE, H. L. . Constituições do Brasil. São Paulo: Atlas1983, p. 93
- CAMPOS, Clarice Garcia de. Contratos de plano e seguro saúde e o consumidor. 1999, p. 13.
- DALLARI, S. G. O direito à saúde. Rev. Saúde Pública, nº 22, p. 57-63, 1988
- DIAS, H. P. Saúde como direito de todos e dever do Estado. In : 8ª Conferência Nacional de Saúde, 1986, Brasília. Anais...Brasília: Ministério da Saúde, 1986. p. 69-90
- GHERSI, Carlos Alberto. Contrato de medicina prepaga. 1998, p. 07.
- PONTUAL, Jorge. Pior é impossível...Nos Estados Unidos. In: Revista Época., 24008/98, p. 102 a 106

Abstract: Taken as owing state, the right to the citizen's health is constantly discussed by the society that, however, little he/she has been doing to make possible real use situations and maintenance of the public health in the country. Recently, with the coming of the privatization and of the creation of agencies national, the theme was discussed in the medical and juridical spheres again, generating an advanced plenty legislation, but still in construction.

Keywords: Right – Public Health – Privatization – Legislation