

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO
DA LEI 12.732/12 AOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE
SUPLEMENTAR**

Marcela Salim Veroneze

Uberlândia - MG
2018

Marcela Salim Veroneze

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA
LEI 12.732/12 AOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE
SUPLEMENTAR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da
Universidade Federal de Uberlândia como requisito
básico para a conclusão do Curso de Direito.

Orientador (a): Dr. Fernando Rodrigues Martins

Uberlândia - MG
2018

Marcela Salim Veroneze

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA
LEI 12.732/12 AOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE
SUPLEMENTAR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da
Universidade Federal de Uberlândia como requisito
básico para a conclusão do Curso de Direito.

Orientador (a): Dr. Fernando Rodrigues Martins

Uberlândia, _____ de _____ de 2018.

Banca examinadora:

Professor Dr. Fernando Rodrigues Martins

Examinador(a)

Examinador(a)

Dedico este trabalho aos meus pais, Andreia e Geraldo, e às minhas irmãs, Eduarda e Lívia, que me apoiam incondicionalmente, e não medem esforços para que eu realize meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pela paciência, dedicação e confiança investidas.

Agradeço ao meu namorado, Vinícius, pelo apoio imensurável.

Agradeço aos meus colegas de classe, pela confraternidade de todos os dias durante os anos de graduação.

Agradeço aos servidores e estagiários da Secretaria da 1ª Unidade Jurisdicional do Juizado Especial de Uberlândia, especialmente à Elisângela, Lívia, Renata e Peterson.

Agradeço à Dra. Kênia e Adriana, que em muito contribuíram para o meu crescimento pessoal e intelectual durante o período de estágio no gabinete.

Agradeço ao meu orientador Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins, por ter oportunizado minha primeira experiência de estágio e por todo conhecimento compartilhado.

Agradeço à Banca avaliadora que aceitaram dividir comigo este momento tão importante e esperado.

Enfim, agradeço a todos que, de alguma forma, fizeram parte da minha trajetória.

“O maior erro que um homem pode cometer é sacrificar a sua saúde a qualquer outra vantagem.”

(Arthur Schopenhauer)

RESUMO

Hodiernamente, o câncer é tido como um problema de saúde pública, e a alta taxa de mortalidade nos países em desenvolvimento decorre, principalmente, do diagnóstico tardio ou da demora no início do tratamento. A Lei 12.732/12 dispõe acerca do primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada, fornecido gratuitamente pelo SUS, que deverá iniciar até o prazo de 60 dias. Busca-se analisar no presente trabalho a possibilidade de aplicação da referida legislação aos contratos de plano de saúde suplementar, em um contexto de constitucionalização do direito e irradiação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Diante das falhas do Estado e das operadoras de plano de saúde na efetivação do direito fundamental à saúde, observamos o fenômeno da judicialização da saúde, em que o magistrado, mediante o exercício de harmonização ou ponderação frente ao conflito de princípios, aplicará a melhor solução possível ao caso concreto. Considerando, ainda, que os contratos de planos de saúde suplementar inserem-se no contexto das relações consumeristas, deverão ser interpretados à luz do Código de Defesa do Consumidor, primordialmente, sob à égide do princípio da boa-fé objetiva.

Palavras-chaves: câncer; judicialização da saúde; boa-fé objetiva; saúde suplementar, planos de saúde

ABSTRACT

Nowadays, cancer is regarded as a public health problem, and the high mortality rate in developing countries is mainly due to late diagnosis or delay at the start of treatment. Law n. 12.732/12 talks about the first treatment of a patient with proven malignant neoplasia, provided free of charge by the SUS, which should begin within 60 days. The purpose of this study is to analyse the possibility of applying the aforementioned legislation to supplementary health plan contracts, in a context of constitutionalisation of law and irradiation of fundamental rights in private relations. In the face of failures of the State and health plan operators in the implementation of the fundamental right to health, we observe the phenomenon of health judicialization, in which the magistrate, through the exercise of harmonization or consideration of conflict of principles, will apply the best solution possible to the specific case. Considering also that the contracts of supplementary health insurance are in the context of consumer relations, they should be interpreted according to the Consumer Protection Code, primarily under the auspices of the principle of objective good faith.

Keywords: cancer; health judicialization; objective good faith; supplementary health; health plan

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	12
2.1 Constitucionalismo.....	12
2.1.1 Estado Democrático de Direito.....	15
2.2 Neoconstitucionalismo.....	15
2.3 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	18
3. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	19
3.1 Conceito de saúde.....	19
3.2 Contextualização histórica.....	22
3.3 O direito à saúde na Constituição de 1988.....	23
3.4 Um adendo: da saúde suplementar.....	26
3.4.1 Princípio da livre iniciativa.....	27
3.4.2 Princípio da defesa do consumidor.....	28
3.4.3 Princípio da efetiva tutela da saúde.....	28
4. DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR.....	28
4.1 Conceito e características gerais.....	29
4.2 Da regulação: surgimento do CDC e da ANS.....	32
5. LEI 12.732/12: O PRIMEIRO TRATAMENTO DE PACIENTE COM NEOPLASIA MALIGNA COMPROVADA E O PRAZO PARA SEU INÍCIO.....	35
5.1 Histórico do câncer no Brasil.....	35
5.2 Aplicação da Lei “dos 60 dias” no âmbito do SUS.....	37
6 ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 12.732/12 NOS CONTRATO DE PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR.....	39
6.1 O fenômeno da judicialização.....	39

6.1.1 A judicialização da saúde.....	42
6.2 A interpretação dos contratos de planos de saúde sob a égide da boa-fé objetiva.....	45
6.2.1 A função social do contrato de plano de saúde.....	50
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54
ANEXO A.....	58
ANEXO B.....	60

1. INTRODUÇÃO

Diante das falhas do Estado, no que tange à garantia da efetividade do direito fundamental à saúde, constata-se o aumento considerável da demanda de ações judiciais fundamentadas no direito à saúde, que intentam a obtenção de medicamentos, leitos, cirurgias e exames, reflexo de frustradas tentativas junto ao Sistema Único de Saúde (SUS) ou aos planos privados de saúde suplementar.

Dados revelam que a alta taxa de mortalidade nos casos de câncer nos países em desenvolvimento, relaciona-se, principalmente, ao diagnóstico tardio da doença e à demora no início do seu tratamento. Tal fato levou à promulgação da Lei 12.732/12, que dispõe acerca do tratamento de pacientes com neoplasia maligna comprovada e estipula o prazo máximo de 60 dias para o início do tratamento, sendo este fornecido gratuitamente no Sistema Único de Saúde.

Em um contexto de constitucionalização do direito, em que o direito social à saúde ganhou *status* de direito fundamental, e exige uma ação positiva do Estado para a sua concretização, pode-se afirmar que a lei em comento é quase um pleonasma do dever de garantia dos direitos fundamentais, prerrogativa do Estado Democrático de Direito.

Isto posto, propõe-se o presente trabalho a examinar a possibilidade de aplicação da Lei “dos 60 dias” aos planos de saúde suplementar. Para isso, inicialmente, apresenta-se o processo de constitucionalização do Direito, com análise da evolução histórica do direito constitucional, durante as transições do Estado Liberal ao Estado Social, e deste ao Estado Democrático de Direito, com fincas na nova hermenêutica constitucional. Em seguida, faz-se um breve relato acerca do contextualização histórica do direito à saúde, e a abordagem deste direito na Constituição Federal de 1988.

Posteriormente, passa-se à conceituação, caracterização e regulação dos contratos de plano de saúde, seguindo para a explanação dos pontos essenciais trazidos pela Lei 12.732/12, no que se refere ao tratamento de pacientes com neoplasia maligna, e sua aplicação.

Discute-se o fenômeno da judicialização da saúde, retratando o papel do poder judiciário diante do conflito de normas e princípios, principalmente no que tange

à irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por fim, analisa-se a aplicação da Lei 12.732/12 nos contratos de plano de saúde suplementar, quando se dá a interpretação dos contratos à luz do princípio da boa-fé objetiva, atrelado à função social do contrato de plano de saúde.

Os procedimentos metodológicos utilizados para a elaboração deste trabalho foram essencialmente a revisão bibliográfica e a análise de documentos, recorrendo-se a livros, legislações, artigos e dissertações, com o objetivo de extrair diversas informações relacionadas ao tema. Ainda, o presente vale-se do método dedutivo, pelo qual, partindo-se do processo de constitucionalização do direito e, conseqüentemente, da normatização dos princípios, essencialmente o da boa-fé objetiva, pretende-se estabelecer provável solução ao tema, por via do raciocínio lógico-dedutivo.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

2.1 Constitucionalismo

Partindo do pressuposto que todo Estado deva possuir uma Constituição, esta contem regras de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais. (LENZA, 2015, p. 70)

Canotilho define o constitucionalismo como sendo:

(...) uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. (CANOTILHO, 2003, p. 51)

Iniciaremos os estudos pelo constitucionalismo moderno, época em que predominaram as constituições escritas. Podemos destacar aqui a concepção do constitucionalismo liberal, marcado pelo liberalismo clássico, tendo como marcos históricos a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791.

É consabido que o Estado Liberal, o qual defendia o princípio da não intervenção do Estado na economia, ou “Estado mínimo”, é fruto do pensamento liberal-burguês, cujo lema revolucionário - liberdade, igualdade e fraternidade – anunciava os direitos de 1ª, 2ª e 3ª dimensão. (LENZA, 2015)

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa em 26 de agosto de 1789 – foi o documento histórico que inaugurou a ordem jurídica liberal. Ocorre que, referido instituto, consagrou no seu bojo os chamados direitos de liberdade. Não é por outro motivo, aliás, que o seu artigo 1º estabelece que os homens nascem e são livres e iguais em direitos, explicitando, no artigo 2º, que os direitos naturais e imprescindíveis do homem são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Neste diapasão, surgem os direitos fundamentais da primeira dimensão, os quais dizem respeito à conservação das liberdades individuais, e exigem do Estado um dever de abstenção, isto é, um *status negativo* ou *status libertatis*. Segundo o autor Pedro Lenza, “tais direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade”. (LENZA, 2015, p. 1142)

A despeito de sua característica essencial, qual seja, a busca pela igualdade formal entre a sociedade, este modelo desencadeou uma crescente desigualdade econômica, diante da inexistência de políticas públicas – como serviços básicos de saúde, moradia, alimentação etc. - aos que viviam em situação de pobreza e miséria, em uma época de notória evolução do capitalismo e exploração do proletariado.

Nesse contexto de insatisfação e reivindicações da classe proletária, inicia-se a transição do Estado Liberal para o Estado Social, notadamente pela promulgação das Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), as quais inovaram, trazendo no seu bojo os direitos sociais e econômicos.

No mesmo sentido, acrescenta Pedro Lenza em seus dizeres:

Essa perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material, e não meramente formal), mostra-se marcante em alguns documentos, destacando-se:

- Constituição do México, de 1917;
- Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, conhecida como a Constituição da Primeira República Alemã;
- Tratado de Versalhes, 1919 (OIT);
- No Brasil, a Constituição de 1934 (lembrando que nos textos anteriores também havia alguma previsão) (LENZA, 2015, p. 1143)

Assim, temos o chamado constitucionalismo contemporâneo, centrado naquilo que Uadi Lammêgo Bulos denomina de “totalitarismo constitucional”, uma vez

que os textos trazem importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas a serem atingidas pelo governo. (BULOS)

Nota-se que neste modelo impõe-se ao Estado um dever de agir. Agora impera uma conduta ativa do poder público – *status positivo* ou *status civitatis* – por meio de prestações materiais e jurídicas. As primeiras consistem na promoção de bens ou serviços, enquanto as segundas, na criação de normas de assistência social. (NOVELINO, 2014)

É certo que os direitos fundamentais – políticos e civis - consagrados no Estado Liberal foram de suma importância, tanto que se mantiveram preservados nas fases ulteriores. Contudo, já não atendiam de forma satisfatória às necessidades da sociedade na época, razão pela qual foi atribuído ao indivíduo o direito de exigir do Estado uma prestação, de modo a intervir na economia e proporcionar melhor qualidade de vida aos menos favorecidos, em busca de uma convivência digna em sociedade.

Acerca do tema, Piovesan assim expõe:

Não se trata mais de uma igualdade perante a lei, mas de uma igualdade feita pela lei e através da lei. A igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como uma qualidade inata que a constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito - ele a recebe através de uma série de prestações. O conteúdo do direito à igualdade consiste sempre num compromisso positivo, *num facere*, *num dare*. A concretização deste direito só se faz possível com a intervenção dos poderes públicos. Deste modo, o direito à igualdade surge como elemento essencial de uma constituição social. O estado social é o estado produtor da igualdade fática, valor que deve orientar toda hermenêutica constitucional. Neste contexto, no prisma jurídico, surge o dever dos poderes públicos de realizar as prestações positivas ditadas pelos comandos constitucionais. (PIOVESAN, 1995, p. 31-32)

Assim, surgem concomitantemente ao Estado Social os denominados direitos fundamentais de segunda dimensão, os quais tutelam os direitos sociais de saúde, alimentação, moradia, educação, trabalho, previdência e outros mais. Não obstante as Constituições incorporarem em seus textos os direitos sociais, estes, a princípio, não gozaram de efetividade, como bem observa Paulo Bonavides:

[as Constituições] passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos (...). (BONAVIDES, 2002, p. 564)

Significa dizer que, a despeito do seu dever prestacional, o Estado depara-se com recursos limitados, os quais, sob o prisma do princípio da reserva do possível, deverão ser aplicados de maneira comedida, visando o alcance igualitário dos direitos sociais à toda a sociedade.

Por fim, podemos falar ainda em um constitucionalismo do futuro, o qual terá como prerrogativa a proteção dos direitos de fraternidade ou solidariedade. São os chamados direitos fundamentais de terceira geração, ou, ainda, os direitos transindividuais, os quais vão muito além dos interesses do indivíduo. (LENZA, 2015, p. 74)

2.1.1 Estado Democrático de Direito

Pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito teve sua origem na histórica violação dos direitos da personalidade pelo nazismo, época em que se evidenciou o cometimento de atrocidades contra a espécie humana em nome da legalidade. Diante deste panorama, ante a necessidade de evolução do direito, inicia-se a era do Estado Democrático de Direito, no qual os direitos fundamentais exigem densificação, materialização, sendo-lhes reconhecida inequívoca força normativa e aplicação efetiva e imediata

Hodiernamente, o Estado Democrático de Direito ultrapassa as prerrogativas do liberalismo, afirmando-se na ideia de que o Estado não pode ser abstencionista. Detém, portanto, o dever de garantia. Deixa de ser, contudo, o Estado provedor, paternalista, superando a social democracia, haja vista que exige o envolvimento da sociedade na afirmação dos seus direitos.

Assim, aos direitos fundamentais atribuiu-se uma dimensão subjetiva e outra objetiva. A primeira refere-se à normatividade que os caracteriza no Estado Democrático de Direito. A seu turno, sua dimensão objetiva se materializa na tarefa que a comunidade jurídica desenvolve ao interpretar a legislação infraconstitucional em conformidade com a Constituição. À essa evolução do direito, atribuiu-se a denominação Neoconstitucionalismo.

2.2 Neoconstitucionalismo

No Brasil, o neoconstitucionalismo se deu com a promulgação da Constituição de 1988, a qual objetivava a garantia dos direitos fundamentais, e a transição de um

regime autoritário para um Estado Democrático de Direito¹. Barroso aponta três marcos fundamentais para definir a trajetória do “novo” direito constitucional:

(...) o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2005, p.15)

O pós-positivismo como marco filosófico do neoconstitucionalismo reaproxima o Direito e a Filosofia, em busca de uma leitura moral do Direito, para além da legalidade estrita, porém em observação ao direito positivado. Neste novo modelo, aos princípios é atribuída normatividade, sendo delineadas suas relações com os valores e as regras. Há ainda a formação de uma nova hermenêutica constitucional, bem como de uma teoria dos direitos fundamentais com sustentáculo no princípio da dignidade humana. Podemos falar em um direito natural que tem a sua origem em princípios válidos universalmente, passando a ser equiparado à lei.

Durante esse processo, a norma constitucional, dotada de imperatividade, passa a ter o *status* de norma jurídica, de caráter vinculativo e obrigatório, sendo permitido o seu cumprimento forçado; trata-se do marco teórico. Aqui, Barroso identifica três grandes transformações: (i) o reconhecimento da força normativa à Constituição - supra descrito; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; e (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

No tocante à expansão da jurisdição constitucional, temos a supremacia da Constituição em sobreposição à supremacia do Poder Legislativo. Agora a proteção dos direitos fundamentais é incumbida ao Poder Judiciário.

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas. (...) Para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional nº 45, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a

¹ O marco histórico foi marcado pelas Constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial, as quais continham em seu texto a perspectiva de redemocratização e Estado Democrático de Direito.

figura da repercussão geral da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso. (BARROSO, 2005, p. 9-10)

Por sua vez, a nova dogmática da interpretação constitucional, quanto ao papel da norma, anuncia a possibilidade da produção de uma resposta constitucionalmente adequada diante da análise do problema. A norma, em seu relato abstrato, por si só, não é mais suficiente. E quanto ao papel do juiz, podemos afirmar que este participa do processo de criação do Direito, “ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.” (BARROSO, 2005, p. 12)

Ainda, cumpre informar que essa nova interpretação utiliza-se das cláusulas gerais, dos princípios, das colisões de normas constitucionais, da ponderação e da argumentação. As primeiras tratam-se de “conceitos jurídicos indeterminados”, segundo Barroso, possuem termos em aberto, os quais iniciam a significação, que será complementada pelo intérprete após análise do caso concreto.

A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. (BARROSO, 2005, p. 12)

Os princípios, diferentemente das regras, são normas que consagram valores a serem aplicados por diversas formas, conferindo certa discricionariedade ao intérprete. Por sua vez, a colisão de normas constitucionais - seja de princípios, seja de direitos fundamentais - ocorre quando normas de mesma hierarquia colidem entre si, cabendo mais uma vez ao intérprete, nestes casos, decidir qual direito será aplicado no caso concreto.

Contudo, quando a colisão se dá entre normas constitucionais, a técnica a ser utilizada é a ponderação, pela qual o intérprete:

(...) (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade. (BARROSO, 2005, p. 14)

Finalmente, temos a argumentação, a qual será aplicada nos “casos difíceis”, que exigem do juiz uma “atividade criativa”, potencializando o seu dever de fundamentação, pois compreendem mais de uma solução possível. Nestes casos, o intérprete deverá:

(i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; *(ii)* utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; *(iii)* levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos. (BARROSO, 2005, p. 15)

Em face do exposto, concluímos que o neoconstitucionalismo exige uma postura mais ativa dos aplicadores do direito, no que tange a interpretação da norma jurídica para a aplicação da lei no caso concreto, reconhecendo que o direito transcende o que já está pré-determinado.

A Constituição agora é norma fundamental de direito, e ao mesmo tempo que regula as atividades dos poderes públicos, rege também as ações de particulares no que se refere à aplicação dos valores constitucionais: trata-se da aplicação do direito nas relações horizontais.

2.3 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Hodiernamente, os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos (dimensão subjetiva) e princípios (dimensão objetiva). Como direitos, concedem benefícios e obrigações para os seus sujeitos. Ao passo que, como princípios, são valores éticos que fundamentam e disciplinam a interpretação de toda a legislação infraconstitucional.

A priori, temos que a eficácia dos direitos fundamentais, ou seja, a obrigação de respeito às garantias democráticas da sociedade, é atribuída ao Poder Público, devendo este se abster de qualquer conduta abusiva que viole os direitos individuais do cidadão, bem como os direitos sociais prestacionais. A este conceito damos o nome de eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Entretanto, em um cenário de redefinição entre as fronteiras do público e do privado no estado social, pode-se suscitar uma possível incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Como vimos anteriormente, o liberalismo conferiu direitos fundamentais às relações Estado-cidadão. Entretanto, o advento da sociedade técnica de massas, no contexto da economia capitalista, do crescente poderio das empresas não-estatais, e da nova relação de consumo em massa, gerou uma certa insegurança aos direitos do cidadão, o que acarretou na aplicação dos

direitos fundamentais também aos setores privados. Estes assumem agora, em determinados contextos, a condição de sujeitos passivos de tais direitos:

Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam. Diante da brutal desigualdade material que se verifica na sociedade, torna-se imperativo condicionar os atores privados – sobretudo os investidos de maior poder social – ao respeito dos direitos fundamentais. A ficção da igualdade jurídica entre os indivíduos, num contexto de gritantes desigualdades sociais, não se presta mais para justificar a imunidade dos particulares aos direitos fundamentais, a partir do dogma da autonomia privada. (SARMENTO, 2006, p. 25)

Do mesmo modo, complementa Alexy ao afirmar que a aplicação dos direitos fundamentais limitada à relação Estado-cidadão é incompleta, haja vista que os direitos dos indivíduos englobam a “proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil”, sendo que:

Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. Essa influência é especialmente clara no caso dos direitos em face da Justiça Civil. Dentre esses direitos estão os direitos a que o conteúdo de uma decisão judicial não viole direitos fundamentais. Isso implica algum tipo de efeito das normas fundamentais nas normas do direito civil e, com isso, na relação cidadão/cidadão. (ALEXY, 2008, p. 523-524)

Desta feita, não somente o Estado está atualmente obrigado a garantir os direitos fundamentais das pessoas, mas também, os particulares, devendo estes respeitarem as garantias essenciais dos cidadãos. Esta teoria foi denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e é aplicada principalmente nas relações caracterizadas pelo desequilíbrio contratual, ainda que regidas pelo direito privado, como as consumeristas, que bastante nos interessam no presente trabalho.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

3.1 Conceito de saúde

A palavra “saúde” teve suas primeiras aparições quando da aprovação do Decreto nº 4.682/23, norma esta que regulamentou a previdência social e a assistência à saúde. Após, foram criados outros institutos, tais como: Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM), Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários (IAPB), e Instituto de Aposentadoria e Pensões dos

Industriários (IAPI), dando em seguida origem a Fundação de Seguridade Social (GEAP). (GOMES, 2017, p. 72)

Na década de 70, os pensadores da Medicina Social no Brasil introduziram uma reflexão acerca dos conceitos de saúde e de doença sob a ótica biomédica, e também uma análise crítica da política de saúde vigente naquele momento, a qual seria modificada, posteriormente, para formar o Sistema Único de Saúde (SUS), ancorado nos direitos à saúde e à cidadania.

Contudo, ainda não existia um conceito universal de saúde. Somente após a Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Mundial da Saúde (OMS), foi possível obter um consenso entre as nações. O conceito da OMS, divulgado na carta de princípios de 7 de abril de 1948 (Dia Mundial da Saúde), dispõe que “saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade”.

Quando o assunto é saúde, logo nos vem à mente questões relacionadas à assistência médica, a serviços ambulatoriais e hospitalares, bem como a medicamentos. No entanto, esses são apenas alguns elementos da saúde, não necessariamente os mais importantes. É justamente essa ideia que o conceito da OMS pretende retratar: que a saúde deve expressar o direito a uma vida plena, sem privações. Para muitas pessoas, o acesso à água potável e a alimentos saudáveis, pode ser mais relevante do que dispor de medicamentos.

Não obstante, a amplitude do conceito da OMS angariou críticas. Pensar a saúde como um “estado de completo bem-estar”, transmite a ideia de algo ideal, intangível, e, portanto, sem utilidade para as políticas de saúde. Dentre as críticas, podemos citar o conceito de Christopher Boorse (1977), que pretendia apresentar uma definição “naturalista”, e categorizou a saúde como sendo a ausência de doença. Diante dessa concepção, os seres humanos são classificados objetivamente como saudáveis ou doentes, restringindo-se à eficiência das funções biológicas. (SCLIAR, 2001, p. 37)

Contudo, é consabido que a saúde não deve ser resumida a um conceito dicotômico, uma vez que se constitui por um conjunto de determinantes múltiplos e complexos, abrangendo condições de moradia, alimentação, hábitos, genética, e

inúmeros outros fatores, os quais contribuem para a saúde física, mental e social da pessoa, como bem expressa o art. 3º da Lei 8.080/90:

Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

No mesmo sentido, posiciona-se José Afonso da Silva:

Não há de ser simplesmente a ausência de doença. Há de ser também o gozo de uma boa qualidade de vida. Não se trata apenas de assistência médica, ambulatorial, hospitalar. Vai muito além disso, porque envolve ações governamentais destinadas a criar ambiente sanitário saudável (SILVA, 2009, p. 767)

Moacyr Scliar ainda explica um conceito de saúde possivelmente útil, formulado por Marc Lalonde (1974), no Canadá, para análise dos fatores que intervêm sobre a saúde, e sobre os quais a saúde pública deve intervir, qual seja:

De acordo com esse conceito, o campo da saúde abrange: a *biologia humana*, que compreende a herança genética e os processos biológicos inerentes à vida, incluindo os fatores de envelhecimento; o *meio ambiente*, que inclui o solo, a água, o ar, a moradia, o local de trabalho; o *estilo de vida*, do qual resultam decisões que afetam a saúde: fumar ou deixar de fumar, beber ou não, praticar ou não exercícios; a organização da assistência à saúde. A assistência médica, os serviços ambulatoriais e hospitalares e os medicamentos são as primeiras coisas em que muitas pessoas pensam quando se fala em saúde. No entanto, esse é apenas um componente do campo da saúde, e não necessariamente o mais importante; às vezes, é mais benéfico para a saúde ter água potável e alimentos saudáveis do que dispor de medicamentos. É melhor evitar o fumo do que submeter-se a radiografias de pulmão todos os anos. É claro que essas coisas não são excludentes, mas a escassez de recursos na área da saúde obriga, muitas vezes, a selecionar prioridades. (SCLiar, 2001, p. 37)

Por sua vez, a autora Maria Cecília Minayou apresenta o conceito de saúde coletiva, com um enfoque mais abrangente, incluindo trabalho, lazer, alimentação, condições de vida, o qual fundamenta a própria política de saúde. Entretanto, o movimento de saúde coletiva ainda é minoritário, tendo em vista a visão medicalizada da sociedade contemporânea. Ou seja, aquela que prioriza as práticas curativas, em detrimento dos programas preventivos e de atenção básica, que integram as políticas sociais, e evidenciam o cenário das diferenças sociais e diversidades culturais. (MINAYOU, p. 38)

Por todo o exposto acima, nosso ordenamento jurídico evita discutir o conceito de saúde. A despeito disso, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, afirma

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 às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.” Este dispositivo colabora diretamente para o desenvolvimento da dignidade dos brasileiros, como cidadãos e como seres humanos.

3.2 Contextualização histórica

A saúde no Brasil, durante a Primeira República, foi consolidada em uma estrutura centralista e corporativista, características de um perfil autoritário, no qual adotou-se um “estilo repressivo de intervenção médica nos corpos individual e social”. (LUZ, 1991, p. 79). Ainda não existia por parte do Estado uma preocupação com a saúde, haja vista, não constar previsão expressa no texto normativo maior.

No Estado Populista, por sua vez, a saúde foi concebida como um serviço advindo ou de um direito trabalhista ou de um serviço privado e, portanto, restrito à uma parcela da população. Os Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs – foram criados por Getúlio Vargas para favorecer os trabalhadores que exerciam papel fundamental na economia agroexportadora.

Dessa forma, na primeira metade deste século podemos observar: centralismo, verticalismo e autoritarismo corporativo, do lado da saúde pública; clientelismo, populismo e paternalismo, do lado de instituições de previdência social, incluindo as de atenção médica. (LUZ, 1991, p. 80)

Os avanços tecnológicos, frente ao processo de industrialização e abertura do mercado interno, com instalação de empresas estrangeiras, fizeram com que os grandes empresários se preocupassem com a assistência à saúde de seus funcionários, dando origem à denominada “medicina de grupo”, por meio de contratos que eram financiados pelos empregadores, surgindo, assim, os planos de saúde suplementares.

Por outro lado, temos, entre os anos 50 e 60, o predomínio do “modelo campanhista”² nos órgãos de saúde pública, o que conseqüentemente resultou na

²(...) elaboração de normas e organizações sanitárias e de mudança nas práticas dominantes até então. Ficou conhecido como "sanitarismo campanhista", foi marcante nos estados de Rio de Janeiro e São Paulo, visou principalmente sanear os espaços de circulação das mercadorias exportáveis e predominou até meados dos anos 60.” Andrade, L. O. M. de; Pontes, R. J. S.; Martins, T. A descentralização no marco da Reforma Sanitária no Brasil. Disponível em: <https://scielosp.org/article/rpsp/2000.v8n1-2/85-91/pt/>. Acesso em: 01 jun. 2018.

incompetência e ineficiência deste setor, ressaltando ainda mais as diferenças entre a saúde pública e o atendimento particular.

Na sequência, durante o período que compreende os vinte anos da ditadura militar, a política de saúde reuniu aspectos institucionais do sanitarismo campanhista ao modelo curativo do período populista.

A centralização e a concentração do poder institucional deram a tônica dessa síntese, que aliou campanhismo e curativismo numa estratégia de medicalização social sem precedentes na história do país. (LUZ, 1991, p. 81)

Nesse contexto de “milagre econômico”, a saúde passou a ser vista como um bem de consumo, privilegiando trabalhadores dos setores de ponta da economia – bem como ocorria no período populista. A massificação e a mercantilização dos serviços médicos, com uma atenção médica especialmente voltada à Previdência Social, despertou grande insatisfação da sociedade em relação à política de saúde da ditadura militar.

Diante deste panorama, em 1988, a convergência entre forças políticas e sociais foi favorável para que a saúde e outros direitos sociais adquirissem o estatuto constitucional no país. Em um contexto de redemocratização e transformações político-sociais, o direito a saúde passou a ser considerado um direito fundamental das pessoas, um princípio da cidadania e um dever do Estado, uma norma constitucional de eficácia plena.

3.3 O direito à saúde na Constituição de 1988

Como já era de se esperar, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo um capítulo específico, tratando dos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, como um direito fundamental, ratificando em seu artigo 196, agora um direito de todos:

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 a promoção, proteção e recuperação.

Ademais, deixou-se a cargo do legislador infraconstitucional (art. 197, CF) a regulação, fiscalização e controle dos serviços de saúde, sendo o sistema único de saúde complementado por vontade do legislador constituinte, através das instituições privadas de saúde, conforme prevê o artigo 199 da Carta Magna.

O texto constitucional referente ao direito à saúde está inserido em uma seção específica, qual seja, Título VIII– Da Ordem Social, no Capítulo II – Da Seguridade Social, na Seção II – Da Saúde. A saúde, portanto, caracteriza-se como um direito social fundamental vinculado à seguridade social, que “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194, CF).

Fazer parte da Seguridade Social significa estar sob a regência dos princípios insculpidos no parágrafo único daquele dispositivo legal, quais sejam, universalidade de cobertura (universalidade objetiva) e do atendimento (universalidade subjetiva), da uniformidade ou equivalência dos benefícios, da unidade de organização, da descentralização da gestão administrativa, do caráter democrático, com participação de trabalhadores, empregadores, aposentados e Governo nos seus órgãos colegiados e da solidariedade financeira, porque será financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta. (MOREIRA, 2015, p. 254)

A despeito da normatização dos direitos sociais, o grande desafio do Estado Democrático de Direito encontra-se na concretização desses direitos e a promoção do bem-estar à sociedade. Afinal, a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana visa satisfazer as necessidades individuais – as quais, por sua vez, sobrecarregam a aplicação dos recursos orçamentários estatais -, em detrimento, muitas vezes, das necessidades coletivas.

Nesse sentido, temos que a prestação devida pelo Estado, no que se refere aos direitos sociais, é variável, observando-se a necessidade individual de cada cidadão. Ao mesmo tempo que o Estado deve dispor de um valor destinado ao aparato social responsável pela manutenção da saúde pública, por exemplo, deve também dispor de valores destinados às necessidades individuais de cada cidadão. Assim se posiciona Gilmar Mendes, ao afirmar que o maior gasto com uns do que com outros envolve “a adoção de critérios distributivos para esses recursos”. (MENDES & BRANCO, 2014, p. 577)

No mais, *mister* se faz ressaltar que, nesta Constituição, o direito à saúde foi elevado ao *status* de direito fundamental. E a positivação dos direitos fundamentais nas Constituições representa o fato de que todos os homens são sujeitos de direitos e, portanto, podem exigir condições mínimas de existência capazes de assegurar a sua dignidade.

Como vimos anteriormente, esse direito integra a segunda dimensão dos direitos fundamentais, marca da passagem do Estado Liberal para o Estado social e, portanto, a sua efetivação depende de medidas positivas do Estado - é o chamado *status positivo*, extraído da Teoria dos quatro *status* de Jellinek:

Outra posição coloca o indivíduo em situação de exigir do Estado que atue positivamente em seu favor, através da oferta de bens e serviços, principalmente os essenciais à sobrevivência e sadia qualidade de vida da própria comunidade. Tem-se o status positivo. (...) Enquanto os direitos de abstenção visam assegurar o status quo do indivíduo, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar as necessidades dos indivíduos, buscando favorecê-los das condições materiais indispensáveis ao desfrute de liberdades e bem estar social. (...) Com efeito, a efetivação do direito à saúde tem primazia na Constituição conforme se observa em vários momentos, assumindo prioridade governamental independentemente da conjuntura econômica. (SOUZA)

Nesta senda, foi criado o Sistema Único de Saúde, regido pelas Leis n.º 8.142/90 e 8.080/90, assim caracterizado na Constituição de 1988:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

[...]

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Diante do princípio da descentralização da gestão administrativa e do caráter regionalizado do SUS, a Constituição, em seu art. 23, inciso II, estabelece que União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis de forma solidária pela saúde, portanto a competência é comum aos entes da Federação.

Apesar do constituinte ter atribuído o dever de saúde ao Estado e estabelecido um modelo básico de organização (SUS), ele não afastou a iniciativa privada da atividade de prestação da saúde, podendo se dar de forma complementar, quando, por exemplo, as entidades públicas firmam contratos ou convênios com o Poder Público para oferecer serviços de forma complementar àqueles que não são oferecidos pela Administração.

Outrossim, com a constitucionalização desse direito, a saúde passa a ser de interesse dos advogados, do Poder Judiciário, da Defensoria Pública e do Ministério Público, este qualificado como o mediador da saúde. Sendo que, a não efetivação de tal garantia, justifica a propositura de uma ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a e 103, §2º, CF/88), bem como de ação individual perante o Poder Judiciário de primeira instância, em busca da concretização do direito à saúde, o que ocasiona o denominado “fenômeno da judicialização da saúde”, tema este que será melhor explorado adiante.

3.4 Um adendo: da saúde suplementar

Como tratado anteriormente, o Sistema único de Saúde tem suas atribuições definidas no art. 200 da CF, e também nos arts. 5º e 6º da Lei n. 8.080/90. A assistência prestada pela iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, isto é, englobar todas as suas atividades, sendo, portanto, um serviço de saúde de modo amplo.

Paralelamente à saúde complementar, que consiste na delegação de serviços públicos à rede particular, a Constituição Federal faculta a participação das entidades privadas na chamada saúde suplementar, sendo importante a sua devida diferenciação.

A primeira é denominada “complementar”, pois somente ocorrerá a participação das entidades privadas no SUS quando o sistema público não for capaz de suprir as necessidades da população. Nesse desiderato, temos que:

A saúde complementar é aquela em que as entidades particulares passam a integrar o sistema público de saúde, por meio de contratos de direito público ou convênios com o SUS, submetendo-se, assim, aos princípios e diretrizes que orientam o serviço público. (MOREIRA, 2015, p. 257)

A seu turno, a “saúde suplementar” é a prestação do serviço de saúde fora da esfera do Sistema Único de Saúde, organizada por intermédio das operadoras de planos de saúde - pessoas jurídicas especializadas. Portanto, este instituto não compreende os contratos de direito público, os convênios entre hospitais, os serviços privados, nem mesmo o SUS. Essa assistência é praticada pelas entidades privadas e financiada diretamente pelo beneficiário. (SCHULMAN, 2009, p. 201-202)

Destarte, o direito de saúde suplementar se fundamenta tanto em normas de direito público como privado. Nestas, por se caracterizar como uma atividade econômica em sentido estrito, como um regime participativo do particular no serviço de saúde, e naquelas, pois, sendo as ações e serviços de saúde de relevância pública, as entidades privadas ficam inteiramente sujeitas a regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público. (MOREIRA, 2015, p. 258)

A promulgação da Constituição, em especial os aludidos artigos que fizeram menção às saúdes pública e privada, constituiu um marco histórico na evolução da saúde suplementar. Esta constitui um ramo autônomo do Direito e possui princípios significativos para o exame dos contratos de planos de saúde, que serão sucintamente elencados adiante.

3.4.1 Princípio da livre iniciativa

A concentração do mercado de planos de saúde pode alterar significativamente o padrão de competição do mercado, ao incrementar barreiras à entrada do consumidor nos alusivos planos, e também provocar o aumento no nível de preços destes. Considerando o crescente poderio econômico das operadoras líderes, é racional cogitar o aparecimento de anéis burocráticos indesejáveis.

Anote-se que, em razão do disposto no art. 199, §2º da CF/88³, a prestação dos serviços da assistência à saúde deve ser financiada exclusivamente por recursos privados, o que lhe confere o teor de atividade econômica em sentido estrito.

³ “É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.”

Nesse desiderato, as normas de direito de saúde suplementar devem se atentar à manutenção do aparato econômico-financeiro do mercado e à preservação dos agentes econômicos que nele operam, buscando uma concorrência saudável entre os participantes (art. 170, IV da CF)⁴ e a melhor oferta de serviço aos consumidores (art. 170, V CF)⁵.

3.4.2 Princípio da defesa do consumidor

Em análise a este princípio, ainda que perfunctória, nota-se que ele está intimamente atrelado ao princípio anterior. O Consumidor é diretamente atingido pela desregulação do mercado, uma vez que, na ausência de concorrência, os serviços de saúde terão preços elevados, cláusulas abusivas, ferindo o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, as normas jurídicas de saúde suplementar devem primar pela qualidade técnica do serviço oferecido, para que as operadoras ofereçam serviços de saúde que preservem seus fins legais e contratuais, apresentando preços adequados e justos, o acesso igualitário ao plano, e a garantia da disponibilização de atendimento médico eficiente; o que justifica seu controle por meio do Poder Público. (MOREIRA, 2015, p. 259)

3.4.3 Princípio da efetiva tutela da saúde

Como já é sabido, o direito à saúde é um direito público subjetivo de todo e qualquer cidadão, dado o seu caráter fundamental, cuja tutela é prerrogativa do Estado, nos termos da Carta Magna.

No mesmo sentido, as normas de direito de saúde suplementar devem garantir a efetividade, aos consumidores, no que tange aos atendimentos médicos disponibilizados pelos agentes econômicos ao consumidor, a fim de que constituam um conjunto de ações efetivamente capazes de garantir tanto o restabelecimento da saúde quanto a prevenção de doenças.

4. DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

⁴ “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência; (...)”

⁵ “(...) V - defesa do consumidor; (...)”

A Constituição Federal de 1988 dispõe que a saúde é dever do Estado, facultando-se sua execução à iniciativa privada, que se dá de forma complementar e por meio dos contratos de planos de saúde, consoante art. 199:

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Nesse sentido, o art. 24 da Lei n.º 8.080/90:

Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único: A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Traduzindo, a Constituição admitiu a prestação de serviço de assistência à saúde mediante uma contraprestação dos beneficiários pelas pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Contudo, as entidades privadas estão submetidas à regulamentação, fiscalização e controle do poder público, afinal, trata-se de um direito fundamental de relevância pública.

Como já exposto anteriormente, essa participação pode ocorrer de forma complementar, quando as entidades públicas firmam contratos ou convênios com o Poder Público a fim de oferecer serviços de forma complementar àqueles que não são oferecidos pela Administração, bem como por meio dos contratos de planos de saúde oferecidos pelas operadoras aos consumidores.

Assim, versa Gilmar Mendes:

(...) tanto a rede pública como a privada acabam por formar uma rede regional, para melhor adequação às particularidades locais, concretizando, com isso, diretrizes da própria Organização Mundial da Saúde, e observando um conjunto de princípios que regem o sistema – integralidade, igualdade e participação da comunidade. (MENDES & BRANCO, 2014, pág. 593)

Adiante, veremos detalhadamente que o plano de saúde se trata de contrato de consumo – portanto, regido pelo Código de Defesa do Consumidor -, cujas regras encontram-se dispostas na Lei n.º 9.656/98.

4.1 Conceito e características gerais

Figueiredo conceitua plano de saúde como sendo o pacto celebrado entre a entidade e o beneficiário, no qual esse se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária e periódica, enquanto aquele se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus financeiro, tão somente, nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente cobertas. (FIGUEIREDO, 2006, p. 118)

A Lei n.º 9.656/98, que regulamenta os planos de saúde, definiu as características essenciais destes, os quais servem de referência para todos os contratos a serem celebrados – também para dirimir a maioria das controvérsias referentes à relação consumerista de assistência privada à saúde -, conforme observamos em seu artigo 1º:

Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

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

O inciso II, do art. 1º, da Lei 9.656/98, nos dá a definição de Operadora de Plano de Assistência à Saúde: “(...) pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo”.

Em suma, os contratos de plano de saúde são aqueles em que a operadora do plano se obriga a cobrir os riscos de assistência à sua saúde frente ao consumidor, mediante prestação de serviços médicos hospitalares e/ou odontológicos ou do reembolso de eventuais despesas do consumidor em casos de urgência. Este, a seu turno, possui a obrigação de pagar o valor contratado à prestadora. (MOREIRA, 2015, p. 263)

A primeira modalidade de cobertura é o seguro saúde, cujo objetivo é garantir o reembolso de despesas pela ocorrência de fatos previstos como riscos ligados a

saúde, de modo que o próprio indivíduo efetua o pagamento, reembolsando-se, posteriormente, perante a companhia seguradora.

Já na segunda modalidade de cobertura, se têm os chamados planos de assistência à saúde ou planos de saúde, onde há o credenciamento de médicos, hospitais e clínicas junto ao segurador, que oferece ao segurado uma rede médico-hospitalar, no sentido de garantir assistência, pagando o segurado diretamente o valor fixo estipulado mensalmente as operadoras de planos de saúde.

O contrato de plano de saúde se assemelha ao contrato de seguro, pois o seu fim principal é garantir indenização contra evento futuro, incerto e danoso à saúde do contratante.

Entretanto, pode-se afirmar que o referido art. 1º da Lei 9.656/98, em seu inciso I, acabou com a distinção que existia entre o plano de saúde e o seguro, o que foi após ratificada com a edição da Medida Provisória nº 2177-44/01.

Observam-se nesses contratos os requisitos para uma relação de consumo, quais sejam: a existência de um fornecedor que presta um serviço de natureza securitária mediante remuneração (art. 3º, “caput” e § 2º, CDC) e um consumidor, pessoa física ou jurídica, que adquire esse serviço (art. 2º, CDC). A responsabilidade dos fornecedores diretos da cadeia (médico, hospital, clínica) é solidária em relação às operadoras.

São contratos de longa duração, e propõem uma obrigação de resultado: o reembolso de valores pagos pelo consumidor e/ou a cobertura de serviços médicos, exames e medicamentos. (BONIZZATO & MARTINS, 2014) Cláudia Lima Marques os define como sendo “contratos cativos de longa duração”, pois os contratantes mantêm relações de convivência e dependência com as prestadoras por anos, e podem ou não usufruir dos serviços, mas sempre devem adimplir com as mensalidades. (MARQUES, 2011, p. 105)

Por ser um contrato de trato sucessivo, os contratantes se preocupam com a efetiva cobertura dos riscos e eventos danosos que venham a acontecer à sua saúde (obrigação final da prestadora). Por esta razão, o contrato também é aleatório, pois é impossível definir quando e se acontecerá a doença do segurado. (MARQUES, 2011, p. 511)

O art. 11 da Lei n.º 9.656/98 determina um prazo de carência de 24 meses, que se caracteriza pela suspensão da cobertura dos serviços de saúde, logo após a celebração do contrato, visto que as operadoras arcam com o ônus mediante os valores já pagos pelo consumidor, para evitar a prejudicialidade das empresas no mercado. Sendo que, nos casos de emergência ou de urgência, a carência será excluída.

Os contratos de planos de saúde eram adesivos, conceito este que será melhor trabalhado adiante. Em suma, a operadora do plano estipulava de forma unilateral todas as cláusulas do contrato, sem qualquer participação do usuário, cabendo a este apenas contratar ou não.

Com o advento da lei dos planos de saúde, diante da hipossuficiência técnica do usuário, buscou-se reduzir a arbitrariedade das operadoras ao oferecerem seus planos, a partir da definição de cláusulas básicas dos contratos de plano de saúde que não podem ser afastadas pela operadora:

O contrato deve trazer explicitamente todas as condições, preços, vigência, os eventos cobertos pelo contrato, a área de abrangência, enfim, todas as informações necessárias para que o usuário consumidor consiga utilizar o serviço sem ser surpreendido com uma negativa de atendimento por ausência de explicações no contrato. (MOREIRA, 2015, p. 263-264)

Entretanto, ainda podem ser considerados contratos de adesão, uma vez que não há discussão bilateral das cláusulas.

Quanto às formas de contratação, os planos de saúde podem ser adquiridos por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas. Em suma, em relação a estas, os planos são denominados planos coletivos, também conhecidos como planos de saúde de empresas ou planos próprios de empresas. Quanto àquelas, são os planos individuais ou familiares, e os operados por entidades de autogestão não patrocinadas, financiados pela contraprestação dos seus beneficiários. (FIGUEIREDO, 2006)

4.2 Da regulação: surgimento do CDC e da ANS

Ao longo do presente trabalho, denota-se que as transformações do direito contemporâneo demonstram uma preocupação maior em igualar as relações jurídicas assinaladas pela desigualdade, por meio de providências legislativas que, primordialmente, atribuem ao Estado uma postura interventiva mediante ações positivas.

Isso ocorre, não só nas relações públicas, mas nas de direito privado, dado o caráter interventivo do Estado, em prol “do sujeito reconhecido como vulnerável”, a fim de recompor a igualdade jurídica, “corrigindo os elementos fáticos da desigualdade”. (MIRAGEM, 2008, p. 23)

Nesse contexto, surge o Código de Defesa do Consumidor, promulgado no Brasil na década de 90, o qual estabelece em seu bojo:

(...) normas de *ordem pública* (artigo 1º), conferindo-lhes efetividade através da atribuição de competência jurisdicional cível, criminal e administrativa a diversos órgãos do Estado assim como reconhece papel de destaque à auto-organização da sociedade civil, por intermédio das associações de consumidores e demais entidades de defesa do consumidor. (MIRAGEM, 2008, p. 25)

O autor Bruno Miragem ressalta ainda as diferenças entre o direito civil clássico e o direito do consumidor. O primeiro evidencia o princípio da autonomia da vontade, que manifestamente é aplicado ao direito contratual. A rigor, prevalece nas relações jurídicas a livre manifestação das partes e a vinculação às cláusulas do contrato, ante à primazia do princípio do *pacta sunt servanda*.

No contexto da Segunda Guerra Mundial, com a profunda modificação da estrutura socioeconômica dos países capitalistas, podemos observar a aparição de certos fenômenos no direito contratual, tais como: a despersonalização do contrato⁶, as condições gerais do contrato e os contratos de adesão⁷, os quais, por sua vez, originaram a denominada massificação dos contratos – consequência direta da massificação do consumo da nova configuração do mercado.

Deste modo, diante do novo modelo de contrato, caracterizado pelas “práticas agressivas de contratação e a sensível restrição da liberdade de contratar de uma das partes” (MIRAGEM, 2008, p. 27), sentiu-se a necessidade de promover a proteção do

⁶ A globalização e, principalmente, o surgimento da internet ocasionaram novas formas de contratação e formação de relações jurídicas. Diante dessa crise contratual, muitos doutrinadores falam até mesmo em “morte do contrato”. Mas a verdade é que a despersonalização em nada alteram a essência funcional do contrato dentro do sistema jurídico. “Ou seja, em decorrência da distância, da crescente ausência de contrato direto entre os contratantes, não mais se observará uma autêntica negociação dos termos do ajuste. Os contratantes não mais se conhecem (...)” Bruno Miragem. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. 2008, p. 27.

⁷ As condições gerais do contrato e os contratos de adesão, pela necessidade de uniformização dos contratos, a fim de facilitar sua elaboração, têm como característica a criação unilateral do contrato pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo, cabendo a este apenas a decisão de celebrá-lo ou não.

vulnerável pelo nosso ordenamento jurídico. Momento este em que se deu a incorporação da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), com o escopo de mitigar e limitar os grandes abusos cometidos pelo fornecedor, no caso em questão, os prestadores de assistência à saúde, enquadrando dessa forma, o contratante da prestação de assistência através de planos de saúde, na relação de consumidor. (GOMES, 2017, p. 80)

A súmula 469 do STJ determina a aplicação do CDC nos contratos de plano de saúde, haja vista que há nitidamente a presença de uma parte vulnerável, seja econômica, seja tecnicamente, que necessita dessa proteção legal para garantir o equilíbrio contratual entre as partes.

No mesmo sentido, disserta a professora Marta Rodrigues Maffeis Moreira:

(...) uma vez que o consumidor não possui o conhecimento técnico para analisar as cláusulas contratuais que são escritas muitas vezes em linguagem médica e de difícil compreensão, há a necessidade dessa proteção legal a fim de que ele seja claramente informado de todos os seus direitos e deveres perante a operadora em uma linguagem simples e precisa. (MOREIRA, 2015, p. 264)

Tendo em vista que a prestação de serviço das operadoras dos planos de saúde aos seus beneficiários trata-se de uma relação consumerista, o instituto do CDC garante ao consumidor uma maior tranquilidade na hora de contratar, minimizando desta forma os prejuízos fruto das relações de contrato. Entretanto, tal instituto não especifica em seu bojo a atuação das operadoras, ficando esta à deriva, sem restrição legal.

O setor de saúde suplementar operou por vários anos sem que houvesse controle estatal, pois as legislações aplicadas não eram específicas, o que contribuiu, sem sombra de dúvida, para a formação de contratos abusivos.

Ante a necessidade de uniformização das coberturas oferecidas pelas operadoras e seguradoras de planos de saúde, o legislador elaborou a Lei 9.656 de 03 de junho de 1.998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, a fim de dirimir as controvérsias existentes, aclarando e equalizando as relações de consumo referentes à assistência à saúde suplementar.

Para que o Estado cumprisse com o seu dever agente normativo e regulador, foi necessária a desestatização de algumas de suas atividades a serem desenvolvidas pelo setor privado, surgindo então as chamadas Agências Reguladoras.

As Agências Reguladoras, são pessoas jurídicas de Direito público, constituídas sob forma de autarquia, com o escopo principal de executar parte das políticas visando a ordem econômica para uma maior eficiência de mercado, dotadas de autonomia administrativa, orientam, regulamentam e fiscalizam a criação e qualidade de inúmeras prestadoras de serviços públicos praticados pela iniciativa privada em nosso país.

Indubitavelmente, a criação da Lei 9.656/98 foi um grande passo ante as abusividades cometidas pelas empresas prestadoras de assistência à saúde privada. Contudo, para garantir a eficácia da lei, o Estado criou, mediante a Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2001, a Agência Nacional de Saúde (ANS), órgão dotado de autonomia administrativa e financeira própria, como o objetivo de regular, normatizar, controlar, fiscalizar e buscar uma melhor qualidade nas atividades de prestação de serviços, tanto médico-hospitalar como odontológico.

5. LEI 12.732/12: O PRIMEIRO TRATAMENTO DE PACIENTE COM NEOPLASIA MALIGNA COMPROVADA E O PRAZO PARA SEU INÍCIO

5.1 Histórico do câncer no Brasil

Inicialmente, constatou-se o câncer entre as doenças de maior taxa de mortalidade nos países desenvolvidos, no período que compreende os anos de 1900 a 1920, época em que as endemias eram as protagonistas das políticas de saúde brasileiras.

A partir da década de 20, influenciados por esses países, especialmente França e Alemanha, nos quais foram instituídas políticas anticâncer, pesquisadores brasileiros começaram a projetar a doença como um processo sanitário gerenciado pelo Estado.

No contexto do Governo Provisório, Getúlio Vargas criou o Centro de Cancerologia por meio do Decreto-lei nº 378, o qual posteriormente se transformaria no Serviço Nacional de Câncer (SNC), mais precisamente na década de 40, quando se auferiu caráter nacional ao projeto anticâncer.

Diante da nova definição de saúde, proposta pela Organização Mundial de Saúde (OMS), o Serviço Nacional do Câncer modificou a estratégia das políticas de saúde, voltando-se para um plano de prevenção, que passou a utilizar a informação para a conscientização da população acerca da doença, visando o diagnóstico precoce.

Isso fez com que as políticas de câncer ganhassem visibilidade, tanto entre a população quanto entre os legisladores, o que garantiu o suporte orçamentário necessário para a inauguração do Hospital – Instituto Nacional do Câncer (INCA), sede do SNC.

Essa nova postura do SNC revolucionou a forma de pensar sobre o câncer, como uma epidemiologia. Os especialistas atentaram-se ainda ao fato de que a presença de sintomas no paciente indicava uma fase avançada da doença. Por ser uma doença “silenciosa”, os mentores da política anticâncer iniciaram o debate acerca da difusão de clínicas de prevenção e diagnóstico da doença.

Entretanto, o período desenvolvimentista, ironicamente, culminou no retrocesso da política anticâncer, ante o reconhecimento da onerosidade dos programas sanitários, o que contrastava com a realidade econômica do país. Assim, somado ao renascimento da “medicina liberal”, o câncer passou a ser visto como um problema individual, privilegiando a iniciativa privada, especialmente o campo cirúrgico.

Após a falência do INCA e a extinção do SNC, as transformações da década de 1980 mudaram de maneira significativa a estrutura sanitária brasileira. A Constituição Federal concedeu à saúde, e a todos os serviços e ações a ela atrelados, relevância pública, regulamentada pela Lei Orgânica de Saúde (Lei nº 8.080/90).

A despeito da evolução das políticas de saúde, há uma estimativa feita pela *International Union Against Cancer* (UICC) de que a incidência de câncer alcançará mais de 15 milhões de casos novos no mundo em 2020. Os motivos são vários: maior exposição aos fatores de risco cancerígenos; os novos padrões de vida – ou seja, trabalho, alimentação, consumo, sedentarismo, estresse - oriundos do processo de industrialização; e ainda pelo envelhecimento da população, o que provoca, segundo o instituto, o aumento da ocorrência de doenças crônico-degenerativas.

Hodiernamente, o câncer é tido como um problema de saúde pública. No Brasil, o câncer cresce em um ritmo que acompanha o envelhecimento da população, assim como ocorre em todo o mundo. Em dados fornecidos pelo INCA, entre os anos de 2000 e 2005, houve um aumento dos casos de internações por neoplasias malignas no SUS de cerca de 150.000, chegando a um total de aproximadamente 425.000 internações no ano de 2005. (INCA, pág. 53)

Mesmo diante de um crescente avanço no combate ao câncer, nota-se que, em países em desenvolvimento as taxas de mortalidade são mais avançadas, primordialmente em razão do atraso, tanto no diagnóstico quanto no início do tratamento da doença.

Dessa forma, foi sancionada no Brasil, no ano de 2012, a Lei 12.732/12, que ficou conhecida como a lei “dos 60 dias”, e assegura aos pacientes com câncer o início do tratamento até 60 dias a contar do diagnóstico da doença.

5.2 Aplicação da Lei “dos 60 dias” no âmbito do SUS

A Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012, dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início. Em seu artigo 1º, determina que o paciente com neoplasia maligna receberá, gratuitamente, no Sistema Único de Saúde (SUS), todos os tratamentos necessários, em um prazo de até 60 dias.

O prazo será contado a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo para se submeter ao primeiro tratamento no SUS com a realização de terapia cirúrgica, radioterapia ou quimioterapia, conforme a necessidade terapêutica que o caso requerer. (art. 2º)

Para tanto as terapias do câncer, cirúrgicas e clínicas, deverão ser revistas e atualizadas sempre que for necessário e, além disso, os pacientes com manifestação de dores consequentes da doença, deverão ter tratamento privilegiado e gratuito, quanto às prescrições e dispensação de analgésicos opiáceos ou correlatos.

De acordo com o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), em nota técnica 03/2013, o prazo da lei em comento não é aplicável aos casos de câncer não melanótico de pele dos tipos basocelular e espinocelular; câncer de tireoide sem

fatores clínicos pré-operatórios prognósticos de alto risco e casos sem indicação de tratamento.

Ademais, referida lei prevê, em seu art. 4º, que os estados que apresentarem grandes espaços territoriais sem serviços especializados em oncologia deverão possuir planos regionais de instalação deles, para superar essa situação.

Para a realização do primeiro tratamento deverá ser observado, segundo a Portaria nº 876, de 16 de maio de 2013 (que dispõe sobre a aplicação da Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012), art. 4º, o seguinte fluxo:

- Atendimento do paciente no SUS;
- Registro do resultado do laudo patológico no prontuário do paciente no serviço do SUS; e
- Encaminhamento para unidade de referência para tratamento oncológico, incluindo a realização do plano terapêutico estabelecido entre a pessoa com câncer, o médico responsável e a equipe de saúde.

Para o registro das datas *(i)* que foi firmado o diagnóstico de neoplasia maligna em laudo patológico; *(ii)* de registro do exame no prontuário do paciente e; *(iii)* do primeiro tratamento, o médico ou a equipe de saúde se utilizarão do Sistema de Informação do Câncer (SISCAN), que gera dados para subsidiar o monitoramento e a avaliação do paciente.

As competências do Ministério da Saúde, das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, estão listadas respectivamente nos arts. 8º, 9º e 10 da portaria em espeque, resumidas nos seguintes itens

- Definir estratégias de articulação com as gestões municipais do SUS com vistas à elaboração de planos regionais;
- Realizar o diagnóstico da capacidade instalada com vistas a identificar os espaços territoriais sem serviços de saúde especializados em oncologia;
- Pactuar regionalmente, por meio da Comissão Intergestores Regional (CIR), da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e do Contrato Organizativo de Ação Pública (COAP), todas as ações e os serviços necessários para a prevenção e controle do câncer;

- Promover o apoio necessário à organização da prevenção e controle do câncer nos Municípios;
- Garantir o financiamento tripartite para a prevenção e controle do câncer de acordo com suas responsabilidades; e
- Garantir e monitorar o cumprimento do prazo de 60 (sessenta) dias e tomar as providências cabíveis, quando necessário, de acordo com suas responsabilidades.

Além disso, importante destacar que, o artigo 14 da minuta de portaria, em seu parágrafo único, define que:

Os Estados e os Municípios não estão eximidos de cumprir o prazo de 60 (sessenta) dias estabelecido no art. 2º da Lei nº 12.732, de 2012, durante o tempo em que os planos regionais não estiverem efetivamente implantados e deverão, portanto, garantir o tratamento adequado e oportuno por meio de serviços de referência.

Isso ocorre, porque, conforme o disposto no caput do art. 14, bem como no art. 4º da Lei *in casu*, atribui-se aos Estados a responsabilidade de elaborar planos regionais de instalação de serviços especializados em oncologia, quando não os possuírem, mediante pactuação prévia no âmbito das respectivas Comissões Intergestores Bipartites e, se houver, Comissões Intergestores Regionais. Ao final, deverão enviar os referidos planos à Comissão Intergestores Tripartite para conhecimento, a fim de garantir a assistência integral à pessoa com câncer.

Finalmente, o descumprimento do disposto na portaria está sujeita às penalidades previstas na Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, e, se agente público, às penalidades disciplinares cabíveis.

6. ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 12.732/12 NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

6.1 O fenômeno da judicialização

Como já explicitado anteriormente, a transição entre o regime autoritário e o Estado Democrático de Direito, culminou naquilo que denominamos Neoconstitucionalismo. Nesse novo modelo impera a supremacia da Constituição, trazendo uma nova dogmática de interpretação do ordenamento jurídico à luz do texto constitucional.

O Direito não deve mais ser compreendido como um conjunto de normas com sentidos ensimesmados e pré-constituídos. A norma não possui um sentido em-si-mesma. A interpretação pelo hermenêuta, a partir de uma pré-compreensão, se dá pela atribuição de sentido à norma, pois esta não possui um sentido nato, que possa ser dela extraído.

Nesse contexto, o juiz ocupa papel relevante na criação do Direito, com uma postura mais ativa, valendo-se das cláusulas gerais, dos princípios, das colisões de normas constitucionais, da ponderação e da argumentação para dar vida à nova hermenêutica constitucional, tanto na regulação das atividades dos poderes públicos, quanto das ações de particulares, no que se refere à aplicação dos valores constitucionais.

Desse modo, cumpre destacar que o ordenamento jurídico pode ser trabalhado tanto em sistemas fechados quanto em abertos. Os primeiros referem-se ao instituto do positivismo jurídico, o qual pautava-se na busca por uma ciência pura do direito. A seu turno, o sistema aberto, que nos interessa para o estudo deste tópico, é caracterizado por sua flexibilidade e dinamicidade, sendo passível de evolução e mutação, aberto para “ponderação de critérios”. (FARIAS & ROSENVALD, 2015, p. 126)

Essa mobilidade no ordenamento jurídico se dá pela edição das cláusulas gerais, ou seja, conceitos abertos, com o emprego de termos ou expressões vagos. Uma das suas vantagens é a conquista da independência em relação ao Poder Legislativo, haja vista que tal mobilidade permite que o ordenamento se adeque facilmente ao contexto social, desvencilhando-se da necessidade de edição de novas normas.

O tema pode suscitar certo temor quanto à manutenção do princípio da segurança jurídica em face de um sistema aberto constituído de cláusulas gerais, que, a priori, viabiliza “a discricionariedade e a criação de um direito dos juízes”. (FARIAS & ROSENVALD, 2015, p.127) Contudo, o juízo de valor realizado pelo hermenêuta não se traduz em tomada de posição por um ato interno, com a possibilidade de devaneios autoritários.

O magistrado, diante de uma situação de violação aos direitos fundamentais ou da não observância de princípios bases do nosso ordenamento, como a dignidade

da pessoa humana, a boa-fé objetiva, a função social do contrato, entre outros; formulará o juízo baseando-se em fatos objetivamente justificáveis. Para isso, o juiz observará certos requisitos que inviabilizarão o seu decisionismo voluntarista, quais sejam:

(...) a) o meio escolhido era o mais adequado para se atingir a finalidade eleita (ideia de adequação); b) que tal meio era o mais ténue entre os vários possíveis (ideia de necessidade); c) que dentro de uma equação cujas variáveis são o peso e a importância dos valores colidentes, a solução eleita é capaz de trazer mais benefícios que prejuízos (ideia de proporcionalidade em sentido estrito). (CESÁRIO, 2016, p.101)

De fato, os direitos fundamentais não possuem hierarquia entre si, nem mesmo uma relação de anterioridade. Desta feita, em um caso de colisão entre dois ou mais direitos fundamentais, apenas o magistrado, como ator jurídico, poderá solucionar o caso concreto, fazendo uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar.

Sobre o exposto, corrobora o art. 489, §2º do Código de Processo Civil, *in verbis*: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Portanto, diante da colisão de direitos fundamentais, o juiz deverá ponderar os princípios colidentes, devendo a sua decisão apresentar uma argumentação sólida e ética. O magistrado deverá sempre tentar harmonizar os valores em conflito, de modo que eles não se anulem mutuamente. No mesmo sentido, Humberto assevera que:

Esse postulado surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrário. Daí se falar em dever de harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo. Como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles. (ÁVILA, 2005, p. 96)

Entretanto, haverá hipóteses em que a conciliação não será possível, e a ponderação ou o sopesamento serão inevitáveis. Nesse sentido, Ávila traduz alguns critérios capazes de afastar os voluntarismos judiciais, são eles:

(...) (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau

de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados. Sem a observância desses requisitos ou fases, a ponderação não passa de uma técnica, não jurídica, que explica tudo, mas não orienta nada. (...) Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para a sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento. (ÁVILA, 2015, p.148-149)

Veremos adiante que será possível a aplicação da Lei 12.732/12 aos planos de saúde suplementar, mediante o exercício de ponderação a ser realizado pelo magistrado, diante do conflito entre, de um lado, os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual e, do outro, os princípios da efetividade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

6.1.1 A judicialização da saúde

A saúde caracteriza-se como um direito público subjetivo, bem jurídico constitucionalmente tutelado. A efetivação do direito à saúde depende, não só de medidas positivas do Estado, ou seja, a execução do seu dever constitucional, mas também das empresas privadas que promovem a assistência à saúde de forma suplementar, por meio dos contratos de plano de saúde.

Embora os direitos sociais impliquem tanto direitos positivos (prestações) quanto negativos (abstenção), em todos os casos demandam empregos de recursos públicos para a sua garantia e, no caso da saúde, recursos privados também. Parte da doutrina que é contrária à judicialização dos direitos sociais, utilizam como argumento a dependência destes direitos a recursos econômicos para sua efetivação. Portanto, a solução para eles estaria na formulação de políticas públicas.

Contudo, diante das falhas do Estado alusivas à prestação da garantia fundamental em comento, e das abusividades cometidas pelas operadoras de planos de saúde, no que tange às negativas de tratamento, constata-se o aumento considerável da demanda de ações judiciais fundamentadas no direito à saúde, reflexo de frustradas tentativas junto ao SUS ou aos planos privados de saúde. A urgência e a hipossuficiência dos demandantes respaldam a concessão de decisões judiciais individuais, em sede de tutela antecipada.

Diante do exposto, os defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

Ainda que óbvio a necessidade de uma evolução gradativa na instituição e efetivação de políticas públicas referentes a um direito ou garantia fundamental, buscando garantir o princípio da isonomia, cabe ao Poder Judiciário determinar no caso concreto, seja ele particular ou coletivo, a existência ou não de um direito exigível. Afinal, na escassez de recursos alusivos ao mínimo existencial, o Direito deve estar aparelhado para solucionar as omissões do Estado. Nas palavras de Felipe de Melo Fonte:

É importante salientar, nesta linha de raciocínio, que o mínimo existencial, e os direitos fundamentais de maneira geral, inserem-se em um campo designado contramajoritário. Isto significa dizer que eles devem ser garantidos mesmo contra a vontade das majorias eventuais, democraticamente investidas no exercício do poder. (FONTE, 2013, p. 207)

Conforme já trabalhado, a prestação de serviço das operadoras dos planos de saúde aos seus beneficiários trata-se de relação consumerista, e refere-se a um direito fundamental de relevância pública. Portanto, estas entidades privadas submetem-se à regulamentação, fiscalização e controle do poder público. Assim, à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor, as ações das operadoras dos planos de saúde devem ser tão efetivas quanto as do Estado, nos limites de sua contratação, garantindo ao consumidor a prevenção de doenças, bem como o melhor tratamento possível à sua enfermidade.

A assistência à saúde, de fato, é questão permeada por grande polêmica no nosso cotidiano. Não há como negar a existência de uma equação importante e difícil a ser resolvida entre a preservação da saúde e o equilíbrio econômico do contrato, em que o ponto fulcral da relação deve sempre objetivar o acesso do consumidor aos serviços necessários à preservação da sua saúde e, mais ainda, de sua dignidade humana.

Ao se analisar a possibilidade de aplicação da Lei 12.732/12 aos planos privados de saúde, pode-se afirmar que há um confronto entre o direito à saúde e os princípios da livre iniciativa econômica e autonomia privada, especificamente em

matéria contratual, ao passo que, da mesma forma que é importante preservar a autonomia econômica dos planos de saúde suplementar, trata-se da prestação de um serviço essencial, o qual deve ser empregado em toda a sua plenitude.

Sobre o tema, disserta Pedro Lenza:

Nessa linha, poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais: o princípio da autonomia da vontade privada e o da livre-iniciativa de um lado (arts. 1º, IV e 170, *caput*); o da dignidade da pessoa humana e o da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III) de outro.

Diante dessa “colisão”, indispensável será a “ponderação de interesses” à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer. (LENZA, 2015, p. 1152-1153)

Importante ressaltar que, o bem tutelado saúde é indivisivelmente ligado ao direito à vida e cabe ao Estado a delicada e imprescindível tarefa de conjugar o interesse do capital privado com a garantia do cumprimento do preceito constitucional, na medida em que a matéria é de relevância pública.

É fato que a Lei nº 9.656/98, em linhas gerais, deu grande contribuição ao setor privado, que só a partir da Constituição Federal de 1988 considerou a saúde como um direito social de qualquer cidadão, porém está longe de ter a segurança jurídica almejada, sobressaindo o dever do Poder Público em fazer respeitá-lo.

Mister se faz ressaltar que o direito à saúde insere-se, em um sentido amplo, no direito a uma vida digna, muito além da preservação da existência física. O direito à vida obriga o legislador a adotar medidas eficientes a fim de proteger a vida de outros sujeitos privados. Assim, ainda que a lei em comento se refira especificamente ao SUS, é possível a sua ampliação ao âmbito privado, haja vista que esse direito, base de todos os demais (afinal, se não há vida, não há ser humano a ser tutelado), não pode ser suprimido em razão de outros fatores.

Em suma, a despeito da lei 12.732/12 referir-se expressamente aos tratamentos de câncer realizados no âmbito do SUS, o fato das operadoras de planos de saúde fornecerem um serviço referente a uma garantia constitucional, portanto dotado de relevância pública, torna possível a aplicação da referida legislação nos planos de saúde suplementar, considerando ainda um contexto de constitucionalização do direito, no qual há incidência dos efeitos dos direitos fundamentais na relações privadas.

6.2 A interpretação dos contratos de planos de saúde sob a égide da boa-fé objetiva

A priori, é importante mencionar que a boa-fé pode ser definida sob o enfoque subjetivo e o objetivo. A boa-fé subjetiva não é um princípio, mas um estado de espírito do agente, que acredita ser correta a sua conduta. Ela se caracteriza pela análise das intenções da pessoa cujo comportamento se quer qualificar. O autor Nelson Nery estabelece que a boa-fé subjetiva sempre está ligada a uma crença ou a uma ignorância da parte contratante. (NERY e NERY)

Entretanto, com o surgimento do jusnaturalismo, saltou-se da subjetivação para a objetivação nas codificações europeias, ganhando a boa-fé nova faceta no Direito Comparado. Merece destaque a previsão da boa-fé objetiva no BGB Alemão, no parágrafo 243, no qual o devedor está obrigado a cumprir a prestação de acordo com os requisitos de fidelidade e boa-fé, levando em consideração os usos e os bons costumes.

Assim, para informar a validade e eficácia do contrato, deve-se observar a boa-fé objetiva, a qual corresponde a um princípio e representa uma cláusula geral de lealdade e colaboração entre as partes contratantes. A boa-fé objetiva, como fonte de obrigações, compreende um modelo ético de conduta social, caracterizado pelas ações dos indivíduos em consonância a determinados padrões sociais de cooperação e lealdade.

O princípio em comento justifica-se no interesse coletivo, exortando um sentimento de justiça social, com repressão das condutas contrárias ao modo de agir do homem comum do respectivo meio social. Consiste, assim, em um dever geral de conduta, que atribui às partes o dever de agir no sentido de recíproca cooperação, confiança, lealdade, correção e lisura, a fim de garantir a segurança e a manutenção das relações jurídicas, consagrando a ideia de que, aquele que declara algo referente ao negócio que está prestes a se concluir, deve responder pela confiança que a outra parte nele depositou ao contratar.

De acordo com Flávio Tartuce, o princípio da boa-fé objetiva não pode ser dissociado do novo contrato⁸, e relaciona-se aos deveres anexos, que são inatos a todo e qualquer negócio. O autor elenca alguns deveres anexos, quais sejam:

- a) o dever de cuidado em relação à outra parte negocial;
- b) o dever de respeito;
- c) o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio;
- d) o dever de agir conforme a confiança depositada;
- e) o dever de lealdade e probidade;
- f) dever de colaboração ou cooperação;
- g) o dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa-razão. (TARTUCE, 2012, p. 90)

Ainda, vale ressaltar que a boa-fé objetiva possui caráter multifuncional, mas, para fins didáticos, se apresenta por meio de três funções: interpretativa, de controle e integrativa. A primeira dita que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, segundo consta no art. 113 do Código Civil. O aludido comando legal deverá ser interpretado em completetaridade como artigo anterior, o qual traz como regra que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, e por intenção das partes, entende-se boa-fé subjetiva.

Portanto, conforme esta função, tem-se a boa-fé como meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos contratos. Anote-se que, o magistrado não fará um interpretação literal do texto contratual, ou seja, afastam-se as teorias da vontade⁹ e da declaração¹⁰, e prestigia-se a teoria da confiança, pela qual o juiz observará a vontade aparente do negócio jurídico, interpretando-o “de acordo com o que pessoas honestas e leais – do mesmo meio cultural dos contratantes –

⁸ Por “novo contrato” entende-se uma nova teoria contratual, que supera o conceito tradicional de contrato, limitando o dogma da autonomia da vontade, diante da necessidade de análise dos resultados sociais do contrato. “O discurso a respeito da crise do contrato e da necessidade de um novo paradigma é desenrolado a partir da análise da teoria clássica do contrato. (...) A “morte do contrato” corresponde o fim da teoria clássica, que, na dicção de Guido Alpa,⁵ cede ante a necessidade da análise dos interesses concretos que o acordo entre as partes expressa, análise conduzida não segundo o método formal, m as mediante o exame dos interesses substanciais - ao que corresponde a objetivação e despersonalização do contrato.” (GRAUS, Eros Roberto. *Um novo paradigma dos contratos?*. P. 426. Versão PDF)

⁹ Predomínio da vontade interna das partes sobre a declaração

¹⁰ Prevalência do texto contratual, ignorando-se o aspecto psíquico das partes

entenderiam a respeito do significado das cláusulas postas em divergência”. (FARIAS & ROSENVALD, 2015, p. 132)

A função de controle, constante do art. 187 do Código Civil, dispõe que aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Nesse desiderato, temos a responsabilidade civil objetiva, a qual decorre do abuso de direito independentemente de culpa, vez que o art. 187 do CC adotou o critério objetivo-finalístico. (Enunciado n. 37 do CJF/STJ, I Jornada de Direito Civil) Tartuce afirma ainda que tal abuso de direito “também pode estar configurado em sede de autonomia privada”. (TARTUCE, 2012, p. 91)

Ainda, no tocante às funções de controle, estas possuem o intuito de que os direitos subjetivos das partes não sejam utilizados de forma abusiva sem que com isso haja qualquer forma de desvalorização da pessoa humana. É por este motivo que não existe mais espaço para cláusulas consideradas abusivas ou cláusulas denominadas leoninas para o campo do direito contratual civil.

Afinal, neste contexto, o abuso de direito dispensa a demonstração de interesse do agente em prejudicar o ofendido. Ainda que a conduta do agente esteja adequada ao direito objetivo, pode ofender materialmente os objetivos do sistema, “momento em que o ato lícito do exercício da autonomia privada converte-se no ato ilícito do abuso do direito”. (FARIAS & ROSENVALD, 2015, p. 134)

Por sua vez, a função de integração do contrato refere-se à aplicação da boa-fé em todas as fases negociais, e encontra-se disposta no art. 422 do Código Civil, *in verbis*: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Ainda, o Enunciado n. 170, da III Jornada assim dispoe: “a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”. Portanto, o juiz, aplicador da norma no caso em concreto, observará o princípio da boa-fé objetiva não só durante a vigência do contrato, mas também nas fases pré e pós contratual.

Essa última função, ainda traz em seu bojo subprincípios da boa-fé objetiva, a fim de suprir as lacunas oriundas do contrato, trazendo para as partes negociantes

deveres que são implícitos e inerentes ao contrato. São eles: *supressio, surrectio, tu quoque, venire contra factum proprium e duty to mitigate de loss*.

Dito isto, temos ainda o princípio da boa-fé objetiva no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, instituído antes mesmo do Código Civil, em seu art. 4º, III, *in verbis*:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre **com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores**; (grifo nosso)

(...)

O autor Bruno Miragem afirma que a incidência da boa-fé nos contratos implica na formação deveres anexos ou laterais, os quais:

não dizem respeito diretamente com a obrigação principal, mas sim com a satisfação de interesses globais das partes, como os deveres de cuidado, previdência, segurança, cooperação, informação ou mesmo os deveres de proteção e cuidado relativos à pessoa e ao patrimônio da outra parte. (MIRAGEM, 2008, p. 73)

Particularmente, no direito consumerista, a função de controle da boa-fé objetiva assinala um preceito de proteção do consumidor, em face da atuação abusiva do fornecedor:

A proteção do consumidor em relação ao abuso do direito por parte do fornecedor aparece em diversos momentos como a proibição da publicidade abusiva (art. 37, § 2º), das práticas abusivas (artigo 39), assim como da cominação de nulidade absoluta às cláusulas contratuais abusivas. Nestes casos, além do conteúdo material da conduta propriamente dita, o caráter abusivo é assinalado pela existência de posição dominante do fornecedor em face da vulnerabilidade do consumidor. (MIRAGEM, 2008, p. 74)

Como já estudado, os contratos de planos de saúde preenchem os requisitos para caracterização de uma relação de consumo e, portanto, sobre eles incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor. Pelo fato de não haver discussão bilateral das cláusulas contratuais, os planos de saúde são considerados contratos de adesão.

Neste desiderato, as operadoras, ao estabelecerem os termos e as condições de contratação, devem observar o princípio da boa-fé objetiva, com o objetivo de evitar a edição de cláusulas abusivas. Ainda, vale mencionar que, em se tratando de um contrato repleto de termos profissionais/médicos, configura-se a hipossuficiência técnica do beneficiário, o que respalda a responsabilidade do fornecedor, no que tange ao dever anexo de esclarecimento e de informação.

No mais, pode-se afirmar que os beneficiários dos planos de saúde aderem a estes contratos confiando nas operadoras que os pré-elaboraram e na proteção que, esperam, lhes seja dada. Contudo, nem sempre o dever anexo de agir conforme a confiança depositada é respeitado por tais empresas. Destarte, o CDC, em seu art. 51, dispõe que no contrato – neste caso, de planos de saúde – não se pode estipular deveres ou direitos que destoam da natureza inerente ao contrato, devendo este ser cumprido na sua integralidade:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

Assim, respeitados os limites de contratação, um contrato de plano de saúde que apresenta uma negativa em relação a determinado medicamento, tratamento, cirurgia, exame ou atendimento, ofende o princípio da boa-fé objetiva. Se um contrato prevê a cobertura em casos de câncer, o beneficiário acometido pela doença tem o direito de receber todo o tratamento necessário para a sua cura.

É nesse contexto que se percebe a possibilidade de aplicação da Lei 12.732/12 aos contratos de plano de saúde suplementar. Ao prever esse serviço, as operadoras são responsáveis pelo fornecimento das condições necessárias para prevenção e diagnóstico da doença, e de todo o tratamento necessário para a cura do paciente; pela preferência no atendimento e fornecimento de medicamentos opiáceos para os pacientes acometidos de dores provenientes do câncer; pela oferta de medidas paliativas, se necessárias, bem como condições dignas para os pacientes terminais.

No caso de descumprimento, poderá ser aplicado o disposto no art. 187 do Código Civil, reconhecendo a responsabilidade civil objetiva das operadoras de planos de saúde.

6.2.1 A função social do contrato de plano de saúde

Durante o estudo do princípio da boa-fé objetiva, denota-se que este está intimamente ligado à função social do contrato, a qual também poderá ser utilizada como fundamento para aplicação da Lei 12.732/12 nos contratos de planos de saúde.

No momento em que se deu a possibilidade de atuação das empresas privadas no âmbito do sistema de saúde pública, por meio de uma prestação contratual de serviços, viu-se a necessidade de aplicar à estas relações jurídicas de direito privado, os mesmos princípios antes aplicados somente à relação existente entre o Poder Público e o cidadão usuário. Ocorre que, ainda que se trate de uma atividade de cunho econômico, que visa auferir lucro, a exploração econômica deste setor deve se pautar fundamentalmente na função social, que é intrínseca ao serviço de saúde.

Miguel Reale, sobre o tema da função social do contrato, assim dispõe:

O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, ‘também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes’. Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária. (REALE)

Nesta senda, assume o contrato valores coletivos, que são combinados com os interesses individuais que perfazem o negócio jurídico, em busca de equilibrar a vontade das partes, sem, no entanto, ferir direitos de terceiros ou da coletividade.

De acordo com o princípio da autonomia privada, as partes detêm total liberdade de contratação, podendo manifestar livremente suas vontades ao regular o objeto e as condições em que serão realizadas as suas prestações e contraprestações. Porém, havendo partes hipossuficientes, deve o Direito intervir, a fim de estabelecer limitações que visem a proteção dos vulneráveis, bem como garantir que os termos contratuais não afetem direitos de terceiros.

Para a análise acerca da função social dos contratos de saúde, cumpre destacar que estes encontram-se inseridos nos chamados contratos de adesão, os quais são caracterizados pela imposição unilateral - geralmente pela parte não vulnerável - das cláusulas e condições do negócio jurídico, de modo que a outra parte não possa argumentar ou alterar nenhuma delas.

Em relação aos contratos de plano de saúde, a situação se agrava ainda mais, considerando que, além da vulnerabilidade do consumidor, este depende da operadora para ter acesso aos serviços de saúde, os quais não são fornecidos de maneira efetiva pelo Poder Público.

O Código Civil de 2002, em seu art. 421, menciona expressamente a função social como limitadora da liberdade de contratar. Do mesmo modo, Tartuce leciona que devem ser afastadas as cláusulas contrárias à ordem pública e que prejudicam a igualdade substancial entre os contratantes. (TARTUCE, 2007, p. 261)

Nesse sentido, sendo o contrato de plano de saúde respaldado pelo Direito do Consumidor, deve nele conter as condutas necessárias para os contratos em geral, quais sejam: condutas de lealdade, informação, cooperação, boa-fé. O contrato em espeque deve ainda visar o equilíbrio entre a proteção do consumidor e a manutenção do setor econômico-financeiro, haja vista que a insegurança das operadoras do serviço de saúde reflete de forma negativa para a população. Afinal, as empresas de planos de saúde, como seguradoras, sujeitam-se ao risco do mercado. E essa insegurança muitas vezes é repassada ao consumidor de forma abusiva, com parcelas excessivas e ausência de boa-fé.

A função social do contrato deve ocorrer de forma a excluir a atuação dominante e exploradora do mercado na relação contratual, sem, contudo, prejudicar o desenvolvimento econômico.

O STJ já se pronunciou a favor da limitação dos direitos do consumidor nos contratos, porém, declarando abusiva a negativa da operadora em custear o melhor tratamento da doença coberta pelo plano. Significa dizer, que essas empresas possuem total autonomia para especificar quais doenças serão cobertas pelos

respectivos planos de saúde¹¹, podendo variar o preço de acordo com as coberturas oferecidas. Mas, ao incluir determinada doença, não poderá negar o custeio de materiais ou qualquer outro meio necessário, ainda que estes não estejam listados no respectivo contrato, a fim de proporcionar ao paciente o mais eficiente tratamento.

Nesse sentido, apresenta-se a jurisprudência colacionada:

Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva. 1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp. 668.216/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ 2.4.07).

Na presença de abusividade nos contratos de plano de saúde, visando a proteção e manutenção da boa-fé e função social dos alusivos contratos, a intervenção do Judiciário serve para controlar e delinear os limites que devem ser observados pelas partes durante e posteriormente à contratação.

Evidente que, ao contratar com a operadora de serviços privados de saúde, o consumidor procura uma maior segurança, para ter acesso a todos os procedimentos inclusos no contrato e executados da melhor forma possível. Os contratos assentados no CDC, confiam ao juiz maior liberdade de proteção da parte hipossuficiente, e sendo a saúde um serviço público de extrema relevância, deve-se garantir todos os meios necessários para o tratamento do segurado.

Assim sendo, diante de todo o exposto, conclui-se que a operadora que oferece negativa de custeio de um procedimento, descrito pelo próprio médico do paciente, que abrange as doenças presentes no contrato, não cumpre a função social desse contrato.

CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi elevado ao *status* de direito fundamental, atribuindo o constituinte o dever de assistência à

¹¹ Contudo, as operadores devem atentar-se ao disposto nos arts. 10 e 12 da Lei n. 9.656/98, estabelecem o plano-referência para todas as operadoras, de forma que sem o oferecimento deste, a operadora não obterá o registro para funcionar legalmente.

saúde tanto ao Estado, estabelecendo o Sistema Único de Saúde, quanto à iniciativa privada, podendo esta se dar de forma complementar – quando fornece os serviços que não são oferecidos pela Administração Pública -, ou de forma suplementar - organizada por intermédio das operadoras de planos de saúde, fora do âmbito do SUS.

A Lei 12.732/12, no intuito de alavancar o combate ao câncer, institui o prazo máximo de 60 dias para o início do tratamento, gratuitamente pelo SUS, dos pacientes acometidos de neoplasia maligna comprovada. Também atribui aos Estados, que não possuem a infraestrutura adequada, a responsabilidade de elaborar planos regionais de instalação de serviços especializados em oncologia, a fim de garantir a assistência integral à pessoa com câncer.

É fato que os direitos fundamentais são uma conquista histórica e devemos estar sempre a caminho de um avanço na sua efetivação. Tais garantias eram visualizadas como a proteção do cidadão perante o Estado. Hodiernamente, devem ser vistos como o parâmetro de validade de qualquer conduta, seja do Estado, seja dos entes privados, em razão da denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A Constituição irradia seus valores fundamentais também para o Direito Privado, por isso o ordenamento jurídico deve ser lido à luz da Constituição.

Em um contexto de falhas do Estado e das operadoras de planos de saúde suplementar, alusivas à efetivação do direito à saúde, o Poder Judiciário, valendo-se da nova hermenêutica resultante da constitucionalização do direito, têm exercido papel fundamental para a efetivação e concretização do direito social à saúde.

Em alusão ao presente trabalho, conclui-se que a possibilidade de aplicação da Lei 12.732/12 aos contratos de planos de saúde suplementar, se dá em um cenário de judicialização da saúde, em que o magistrado, mediante o exercício de ponderação, solucionará o conflito entre princípios, sendo eles, o da autonomia da vontade e o da liberdade contratual de um lado, e o da efetividade dos direitos fundamentais e o da dignidade da pessoa humana, do outro.

Ainda, ao se inserir os contratos de planos de saúde no campo do direito consumerista, observa-se a aplicação da interpretação contratual conforme os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, o que possibilita a incidência da Lei 12.732/12, a qual se refere expressamente ao tratamento de

neoplasia maligna no âmbito do SUS, às instituições privadas que fornecem o serviço de assistência à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ASENSI, Felipe Dutra. *Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde*. Vol. vol. 20 nº 1. Rio de Janeiro: Physis, 2010. 12 de dezembro de 2017. <<http://www.scielo.br>>.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ed. Sérgio Antonio Fabris Editor. 4ª ed. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. 2005. PDF. 28 de maio de 2018. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONIZZATO, Luigi e Flávio Alves MARTINS. *Saúdes pública e privada e relações de consumo: uma análise constitucional e civilística de responsabilidades estatais, pré e pós-contratuais no Brasil*. Vol. v. 23. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 2014.

BRASIL. *Código Civil, de 10 de janeiro de 2002*. s.d. 22 de junho de 2018. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990*. s.d. 22 de junho de 2018. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2015. 02 de maio de 2018. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. s.d. 12 de dezembro de 2017. <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. *Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012. Dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início.* s.d. 10 de maio de 2018. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12732.htm>.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.* s.d. 12 de dezembro de 2017. <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.* s.d. 20 de maio de 2018. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>.

BRASIL. *Portaria nº 876, de 16 de maio de 2013. Dispõe sobre a aplicação da Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012, que versa a respeito do primeiro tratamento do paciente com neoplasia maligna comprovada, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).* s.d. <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0876_16_05_2013.html>.

BULOS, Uadi, Lammêgo. *Constituição Federal anotada.* 11 ed. Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7 ed. Almedina, 2003.

CESÁRIO, João Humberto. *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina: A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.* Palhoça: Unisul, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson ROSENVALD. *Curso de Direito Civil: Obrigações.* 9 ed. Vol. v. 2. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

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

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito.* São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Josiane Araújo. *Contratos de planos de saúde.* 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

INCA. *A situação do câncer no Brasil*. s.d. PDF. 13 de junho de 2018.

<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/situacao_cancer_brasil.pdf>.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas no Brasil de "transição democrática": anos 80*. Vol. vol. 1. Physis - Revista de Saúde Coletiva, 1991. Versão PDF. 01 de junho de 2018. <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73311991000100004&script=sci_abstract&tlng=pt>.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo BRANCO. *Curso de direito constitucional*. 2014. Versão PDF.

MINAYOU, Maria Cecília de Souza. *Saúde e doença como expressão cultural*. s.d. PDF. 16 de junho de 2018. <<http://books.scielo.org/id/9tc7r/pdf/amancio-9788575412787-04.pdf>>.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, Marta Rodrigues Maffei. *O Contrato de plano de saúde e sua função social*. 2015. PDF. 16 de junho de 2018.

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115493/113075>>.

NERY, Nelson e Rosa Maria de Andrade NERY. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

REALE, Miguel. *Função social do contrato*. s.d. 18 de junho de 2018.

<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCLIAR, Moacyr. *História do conceito de saúde*. Rio de Janeiro: Physis: Rev. Saúde Coletiva, 2001. PDF. 16 de junho de 2018.
<<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. Malheiros, 2009.

SOUZA, Luiz Antônio Araújo de. *A teoria dos quatro status de Jellinek. Direito à saúde como direito à prestação material positiva*. s.d. PDF. 12 de junho de 2018.
<<https://www.mpr.mp.br/web/app/webroot/files/file/MPN02.pdf>>.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil v. 3: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 7.ed. São Paulo: Método, 2012.

ANEXO A

LEI Nº 12.732, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2012.

Dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O paciente com neoplasia maligna receberá, gratuitamente, no Sistema Único de Saúde (SUS), todos os tratamentos necessários, na forma desta Lei.

Parágrafo único. A padronização de terapias do câncer, cirúrgicas e clínicas, deverá ser revista e republicada, e atualizada sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico e à disponibilidade de novos tratamentos comprovados.

Art. 2º O paciente com neoplasia maligna tem direito de se submeter ao primeiro tratamento no Sistema Único de Saúde (SUS), no prazo de até 60 (sessenta) dias contados a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico ou em prazo menor, conforme a necessidade terapêutica do caso registrada em prontuário único.

§ 1º Para efeito do cumprimento do prazo estipulado no caput, considerar-se-á efetivamente iniciado o primeiro tratamento da neoplasia maligna, com a realização de terapia cirúrgica ou com o início de radioterapia ou de quimioterapia, conforme a necessidade terapêutica do caso.

§ 2º Os pacientes acometidos por manifestações dolorosas consequentes de neoplasia maligna terão tratamento privilegiado e gratuito, quanto ao acesso às prescrições e dispensação de analgésicos opiáceos ou correlatos.

Art. 3º O descumprimento desta Lei sujeitará os gestores direta e indiretamente responsáveis às penalidades administrativas.

Art. 4º Os Estados que apresentarem grandes espaços territoriais sem serviços especializados em oncologia deverão produzir planos regionais de instalação deles, para superar essa situação.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 22 de novembro de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Alexandre Rocha Santos Padilha

ANEXO B**PORTARIA Nº 876, DE 16 DE MAIO DE 2013**

Dispõe sobre a aplicação da Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012, que versa a respeito do primeiro tratamento do paciente com neoplasia maligna comprovada, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e

Considerando a Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);

Considerando a Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012, que dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início;

Considerando o Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011, que dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo SUS e dá outras providências;

Considerando a Portaria nº 1.083/SAS/MS, de 2 de outubro de 2012, que aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da

Dor Crônica; e

Considerando a necessidade de orientar e coordenar a ação conjunta das Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para atender, diagnosticar e iniciar o tratamento de paciente diagnosticado com neoplasia maligna no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, resolve:

Art. 1º Esta Portaria dispõe sobre a aplicação da Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012, que versa a respeito do primeiro tratamento do paciente com neoplasia maligna comprovada, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 2º Para fins desta Portaria, considerar-se-á efetivamente iniciado o primeiro tratamento da neoplasia maligna comprovada com:

I - a realização de terapia cirúrgica;

II - o início de radioterapia; ou

III - o início de quimioterapia.

Parágrafo único. Os pacientes sem indicação das terapêuticas antitumorais descritas nos incisos I a III do "caput" terão acesso a cuidados paliativos, incluindo-se entre estes o controle da dor crônica, conforme protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde.

Art. 3º O prazo de 60 (sessenta) dias fixado no art. 2º da Lei nº 12.732, de 2012, para fins do primeiro tratamento cirúrgico ou quimioterápico ou radioterápico do paciente no SUS, contar-se-á a partir do registro do diagnóstico no prontuário do paciente.

§ 1º O prazo previsto no "caput" poderá ser reduzido por profissional médico responsável, conforme a necessidade terapêutica do caso registrada em prontuário único.

§ 2º Não se aplica o prazo previsto no "caput" aos seguintes casos de neoplasia maligna:

I - câncer não melanótico de pele dos tipos basocelular e espinocelular;

II - câncer de tireoide sem fatores clínicos pré-operatórios prognósticos de alto risco;
e

III - casos sem indicação de tratamento descritos no art. 2º.

§ 3º Os casos de neoplasia maligna especificados no parágrafo anterior observarão protocolos clínicos, diretrizes terapêuticas e notas técnicas justificativas publicadas pelo Ministério da Saúde e disponibilizadas por meio dos sítios eletrônicos <http://www.saude.gov.br> e <http://www.inca.gov.br>.

Art. 4º Para efetivação do primeiro tratamento do paciente com neoplasia maligna comprovada, observar-se-á o seguinte fluxo:

I - atendimento do paciente no SUS;

II - registro do resultado do laudo patológico no prontuário do paciente no serviço do SUS; e

III - encaminhamento para unidade de referência para tratamento oncológico, incluindo-se a realização do plano terapêutico estabelecido entre a pessoa com câncer, o médico responsável e a equipe de saúde.

Art. 5º Cabe aos serviços de saúde dos diferentes níveis de atenção observar o fluxo disposto no art. 4º e prestar assistência adequada e oportuna aos usuários com diagnóstico comprovado de neoplasia maligna de acordo com as responsabilidades descritas na Política Nacional de Prevenção e Controle do Câncer.

Art. 6º O médico e/ou equipe de saúde registrará no Sistema de Informação do Câncer (SISCAN), além de outros dados, as seguintes datas:

I - em que foi firmado o diagnóstico de neoplasia maligna em laudo patológico;

II - de registro do exame no prontuário do paciente; e

III - do primeiro tratamento conforme o art. 3º.

Parágrafo único. A data de que trata o inciso III do "caput" será registrada pelo serviço de saúde para o qual o paciente foi referenciado, após a efetiva realização do primeiro tratamento contra a neoplasia maligna comprovada.

Art. 7º Compete aos Estados, Distrito Federal e Municípios organizar a assistência oncológica e definir fluxos de referência para atendimento dos usuários comprovadamente diagnosticados com neoplasia maligna para o cumprimento do disposto nesta Portaria e em consonância com a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer.

Parágrafo único. No caso de encaminhamento do usuário para serviços de saúde situados em outro ente federado ou região de saúde, o fluxo de referência de que trata o "caput" será pactuado previamente na respectiva Comissão Intergestores e divulgado para todos os serviços de saúde.

Art. 8º Compete ao Ministério da Saúde:

I - prestar apoio e cooperar tecnicamente com os gestores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para organização dos serviços de saúde a fim de cumprir o disposto nesta Portaria;

II - garantir o financiamento para o tratamento do câncer, nos moldes das pactuações vigentes, de acordo com as suas responsabilidades;

III - elaborar protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas relacionadas ao tratamento de neoplasias malignas;

IV - definir diretrizes para a organização das linhas de cuidado na prevenção e controle do câncer; e

V - monitorar o cumprimento do prazo de 60 (sessenta) dias de que trata o art. 2º da Lei nº 12.732, de 2012, e tomar as providências cabíveis, quando necessário, de acordo com as suas responsabilidades.

§ 1º Fica criada Comissão de Monitoramento e Avaliação do cumprimento da Lei nº 12.732, de 2012, de caráter permanente, composta por representantes, um titular e um suplente, dos seguintes órgãos e entidades:

I - da Secretaria de Atenção à Saúde (SAS/MS):

a) do Departamento de Articulação de Redes (DARAS/SAS/MS), que a coordenará; e

b) do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA/SAS/MS);

II - da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa (SGEP/MS):

a) do Departamento de Articulação Interfederativa (DAI/SGEP/MS);

b) do Departamento Nacional de Auditoria do SUS (DENASUS/SGEP/MS);

III - da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS/MS); e

IV - da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

§ 2º Os representantes titulares e os respectivos suplentes serão indicados pelos dirigentes máximos dos respectivos órgãos e entidades à coordenação da Comissão no prazo de 15 (quinze) dias a contar da data de publicação desta Portaria.

§ 3º A Comissão de Monitoramento e Avaliação poderá convocar servidores das unidades do Ministério da Saúde e da ANVISA para o cumprimento de suas finalidades institucionais.

§ 4º Compete à Comissão de Monitoramento e Avaliação:

- I - garantir o cumprimento do disposto nos incisos I a V do "caput";
- II - acompanhar o processo de implantação do SISCAN em território nacional;
- III - acompanhar a elaboração e a execução dos planos regionais dos Estados;
- IV - constituir forças-tarefas específicas, quando necessário, para execução de atividades relacionadas ao cumprimento das competências previstas neste parágrafo;
- e
- V - realizar outras medidas necessárias para a implementação do disposto nesta Portaria.

Art. 9º Compete às Secretarias Estaduais de Saúde:

- I - definir estratégias de articulação com as direções municipais do SUS com vistas à elaboração de planos regionais;
- II - realizar o diagnóstico da capacidade instalada com vistas a identificar os espaços territoriais sem serviços de saúde especializados em oncologia;
- III - planejar e programar as ações e os serviços necessários para atender a população, operacionalizar a contratualização dos mesmos, quando estiver no seu âmbito de gestão, e pactuar na respectiva Comissão Intergestores;
- IV - pactuar regionalmente, por meio da Comissão Intergestores Regional (CIR), da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e do Contrato Organizativo de Ação Pública (COAP), todas as ações e os serviços necessários para a prevenção e controle do câncer;
- V - promover o apoio necessário à organização da prevenção e controle do câncer nos Municípios; e
- VI - garantir e monitorar o cumprimento do prazo de 60 (sessenta) dias de que trata o art. 2º da Lei nº 12.732, de 2012, e tomar as providências cabíveis, quando necessário, de acordo com suas responsabilidades.

Art. 10. Compete às Secretarias Municipais de Saúde:

I - planejar e programar as ações e os serviços necessários para atender a população, operacionalizar a contratualização dos mesmos e pactuar na respectiva Comissão Intergestores quando não existir capacidade instalada no próprio Município;

II - pactuar regionalmente, por meio da Comissão Intergestores Regional (CIR), da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e do Contrato Organizativo de Ação Pública (COAP), todas as ações e os serviços necessários para a prevenção e controle do câncer; e

III - garantir e monitorar o cumprimento do prazo de 60 (sessenta) dias de que trata o art. 2º da Lei nº 12.732, de 2012, e tomar as providências cabíveis, quando necessário, de acordo com suas responsabilidades.

Art. 11. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.

Art. 12. Compete aos laboratórios públicos e conveniados ao SUS que realizam exame citopatológico ou histopatológico disponibilizar o laudo para:

I - o usuário ou seu representante legal;

II - o médico responsável pela solicitação; e

III - a unidade de saúde solicitante;

Art. 13. A solicitação de exame citopatológico ou histopatológico conterá, obrigatoriamente, as informações descritas no modelo de prontuário disponível no seguinte sítio eletrônico: www.saude.gov.br/sas.

Parágrafo único. As informações exigidas nos termos deste artigo não substituem as informações obrigatórias dos formulários já padronizados no âmbito do SUS de solicitação de exame citopatológico ou histopatológico em caso de suspeita de neoplasia maligna do colo do útero ou de mama.

Art. 14. Os Estados que possuírem grandes espaços territoriais sem serviços especializados em oncologia elaborarão planos regionais mediante pactuação prévia no âmbito das respectivas Comissões Intergestores Bipartites e, se houver, Comissões Intergestores Regionais para superar essa situação, com posterior envio à Comissão Intergestores Tripartite para conhecimento, a fim de garantir a assistência integral à pessoa com câncer.

Parágrafo único. Os Estados e os Municípios não estão eximidos de cumprir o prazo de 60 (sessenta) dias estabelecido no art. 2º da Lei nº 12.732, de 2012, durante o tempo em que os planos regionais não estiverem efetivamente implantados e deverão, portanto, garantir o tratamento adequado e oportuno por meio de serviços de referência.

Art. 15. Esta Portaria entra em vigor no dia 22 de maio de 2013.

ALEXANDRE ROCHA SANTOS PADILHA