

NIP: MEDIDA EXTRAJUDICIAL À SAÚDE NOS PROCESSOS QUE ENVOLVAM AS ASSISTÊNCIAS MÉDICAS PRIVADAS, EM CASOS DE OBESIDADE

NIP: EXTRAJUDICIAL MEASURE TO HEALTH IN THE PROCESSES THAT INVOLVE PRIVATE MEDICAL ASSISTANCE, IN CASES OF OBESITY

Lorena dos Santos Lopes¹

Prof. Dr. Jurandir Sá Barreto Jr.²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo averiguar como as assistências médicas privadas têm atuado na prestação dos serviços médicos, no tratamento da obesidade. Através de pesquisa doutrinária, legal e jurisprudencial, explana-se sobre a prestação da saúde privada no Brasil, a sua efetividade ou não, como também acerca dos mecanismos para implementação desse e o seu controle. Discute-se sobre a Judicialização desse direito fundamental, vez que a garantia desse está relacionada com a aplicação do Poder Judiciário para efetivá-lo por meio das suas decisões, tendo em vista as denegações dos planos de saúde. A partir de distintos enfoques acerca do tema, vislumbram-se novas perspectivas para o cumprimento dessa obrigação pelas assistências médicas privadas, podendo inclusive servir de critério para nortear as decisões judiciais, encontrando assim, um mecanismo extrajudicial, o qual poderia promover a diminuição do acervo de processos no judiciário, qual seja: o NIP (Notificação de Investigação Preliminar), a qual é uma medida criada pela ANS (Agência Nacional de Saúde) para que o consumidor possa pleitear o seu direito à saúde, quando negado pela assistência médica privada, sem precisar recorrer ao poder judiciário.

Palavras-chave: Saúde. Judicialização. Obesidade. Planos de saúde. NIP (Notificação de Investigação Preliminar).

¹Graduanda em Direito pela Universidade Católica Do Salvador. (lopesloren@hotmail.com) (2018.1).

²Possui graduação em História pela Universidade Católica do Salvador (1990), graduação em Filosofia pela Universidade Federal da Bahia (1993), graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador (1995), mestrado em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (2002), mestrado em Ensino História e Filosofia da Ciência pela Universidade Federal da Bahia (2004), é Doutor em Estudos Etnicos e Africanos pela Universidade Federal da Bahia (2011) e realizou estágio Pós Doutoral em Ciências Jurídicas e Garantias Constitucionais na Universidad de La Matanza em Buenos Aires - Argentina (2012) e também estágio Pós Doutoral em Direito Internacional na Université du Québec à Montréal (UQAM) em Montreal - Canadá (2015). Atualmente é professor Titular da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), da Faculdade da Cidade do Salvador e da Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Atua principalmente nos seguintes temas: Introdução ao Estudo do Direito, Teoria da Interpretação Jurídica, História do Direito, Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica e Projeto de Pesquisa em Direito (jurandirsabarretojr@yahoo.com.br). Orientador.

ABSTRACT: The objective of this article is to investigate how private medical care has been involved in the provision of medical services in the treatment of obesity. Through doctrinal, legal and jurisprudential research, it is explored about the provision of private health in Brazil, its effectiveness or not, as well as about the mechanisms for its implementation and its control. There is a discussion on the Judicialization of this fundamental right, since the guarantee of this is related to the application of the Judiciary to enforce it through its decisions, in view of the denials of health plans. From different perspectives on the subject, new perspectives for the fulfillment of this obligation by the private medical assistance can be seen, and can even serve as a criterion for guiding judicial decisions, thus finding an extrajudicial mechanism, which could promote the reduction of the collection of legal proceedings, namely: the NIP (Preliminary Investigation Notice), which is a measure created by the ANS (National Health Agency) so that the consumer can claim their right to health, when denied by private health care, without recourse to the judiciary.

Keywords: Health. Judicialization. Obesity health plans. PIN (Preliminary Investigation Notification).

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 HISTÓRICO SOBRE O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL 2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE 3 FUNDAMENTAÇÃO DA JUDICILAIZAÇÃO DA SAÚDE NOS PROCESSOS QUE ENVOLVE AS ASSISTÊNCIAS MÉDICAS PRIVADAS NOS CASOS DE OBESIDADE 4 O NIP ENQUANTO MEDIDA ALTERNATIVA DE JUDICIALIZAÇÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo a priori, apresentar o contexto do direito à saúde, prevista na Constituição Federal de 1988³, vislumbrando o acesso à saúde privada na contemporaneidade, bem como os entraves os que inibem esses direitos serem garantidos eficazmente. Posteriormente, discutir-se-á acerca do termo

³A Constituição Federal de 1988 expressamente definiu a saúde como direito de todos, universal, sendo vedada qualquer tipo de discriminação no acesso aos serviços públicos de saúde, independentemente da sua caracterização.

“Judicialização” e o motivo desse fenômeno jurídico estar ocorrendo na saúde privada, no que tange à obesidade que se acredita estar relacionado ao desconhecimento do Notificação de Investigação Preliminar (NIP).

O NIP é uma resolução extrajudicial a qual possibilita a resolução de conflitos entre consumidores e os planos de saúde privados por meio da Agência Nacional de Saúde (ANS). Ele é um procedimento administrativo que permite a diminuição da Judicialização, vez que após aberto o NIP pelos usuários eles obterão uma resposta precisa das assistências médicas privadas e em caso de descumprimento da decisão da Agência Reguladora essas poderão responder por processo administrativo e sofrer sanções; isso funciona proporciona mais agilidade na resolução das demandas.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a saúde como direito social de cidadania e com isso a inscreveu no rol de um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, voltadas para assegurar a nova ordem social, tendo como objetivos imprescindíveis o bem estar e a justiça social. Porém, observam-se na sociedade certas limitações às quais se traduzem em violações ao direito, tendo por consequência, a fomentação de indagações em relação à possibilidade de concretização de um sistema de saúde orientado pelas diretrizes de universalidade e integralidade.

Dessa forma, busca-se compreender o aumento de demandas judiciais relativas à saúde, vez que esse é um direito garantido constitucionalmente, com fulcro nos artigos 196 a 200 da Carta Magna. No entanto, verifica-se a existência na sociedade brasileira de negativas constantes no que diz respeito ao atendimento médico para o tratamento da obesidade⁴.

Para a superação do referido quadro, tendo em vista a regular prestação dos serviços das assistências médicas de saúde privadas, faz-se necessário a intervenção judicial para alcançar tal pleito. Além disso, é importante ressaltar que os pacientes efetuam as mensalidades cobradas pelos planos de saúde, as quais muitas vezes, possuem valores exasperados, na tentativa de evadir-se do Sistema

⁴A Organização Mundial da Saúde (OMS) classifica a obesidade baseando-se no índice de massa corporal (IMC) definido pelo cálculo do peso corporal, em quilogramas, dividido pela altura ao quadrado (em metros). A obesidade é caracterizada quanto o IMC encontra-se acima de 30 kg/m. A OMS define a gravidade da obesidade em grau I (moderado excesso de peso) quando o IMC situa-se entre 30 e 34,9 kg/m²; a obesidade grau II (obesidade leve ou moderada) com IMC entre 35 e 39,9 kg/m² e, por fim, obesidade grau III (obesidade mórbida) na qual o IMC ultrapassa 40 kg/m².

Único de Saúde (SUS).

Neste contexto, e por causa disso, tem origem o fenômeno da “Judicialização da Saúde”, a qual é a viabilização, através do poder judiciário, para a conquista ao acesso de um direito o qual está previsto de forma amplamente perceptível e garantido na Constituição Federal de 1988, contudo, mesmo com a referida judicialização percebe-se que boa parte das instituições privadas parece quedar-se inerte ao cogitado direito à cidadania, pois suas decisões não são cumpridas. Posto isto, quer se questionar: há a existência ou não de fundamentação legal para a denegação para o tratamento da obesidade? Existe uma necessidade da Judicialização nesses casos? Haveria outra possibilidade de resolução sem recorrência ao poder judiciário? Tais questões elencam algumas hipóteses, as quais podem apresentar respostas relevantes para contribuir eficazmente no âmbito acadêmico. Observa-se que as demandas judiciais ocorrem devido ao custo do tratamento da obesidade nas assistências médicas privadas, por outro lado percebe-se a impossibilidade do Estado em efetivamente garantir o acesso à assistência à saúde. Diante disso identifica-se alguns inibidores legais, como também verifica-se, as indenizações concedidas nesses tipos de processos.

Por fim, no tocante específico desse trabalho, a questão problemática mais relevante é indagar se haveria uma outra via de resolução de demandas no que diz respeito ao direito da saúde, sobretudo a obesidade que não o judiciário? Acredita-se que sim, pois existe a Notificação de Investigação Preliminar (NIP), instrumento concedido pela Agência Nacional de Saúde (ANS) para que os consumidores de planos de saúde privados possam fazer suas reclamações de negativas de atendimento provenientes dessas instituições.

Desse modo, a pesquisa contribuirá para os estudos, ainda recentes, sobre esta relação de consumo, que envolve uma questão de saúde e de como os planos de saúde e a justiça se comportam. Posto isto, verificar-se-á também, o fenômeno da Judicialização, circundando-se agora, nas questões de saúde, no âmbito da obesidade, vez que ela foi considerada um problema grave de saúde pública pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e diversas modalidades de tratamento têm sido propostas para a obtenção de redução de peso.

1 HISTÓRICO SOBRE O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Para tratar do direito à saúde no Brasil faz-se necessário percorrer pelo seu caminho histórico, com o intuito de delinear tal propósito, o qual é de extrema importância para a compreensão dessa garantia constitucional que obriga o Estado ao cumprimento de suas obrigações, como o bem maior dos cidadãos, a vida.

No período colonial a saúde pública era um tema desprezado, levando em consideração que cada indivíduo era responsável por si, enquanto os poderes estabelecidos eram omissos, vez que a medicina ocorria através de conhecimentos empíricos, através de curandeiros. Nota-se também, que a situação mencionada atingia todas as classes sociais, tendo em vista a ausência de médicos naquele contexto histórico.

A família real portuguesa trouxe para o Brasil, um certo crescimento, tendo em vista que eles estavam acostumados com um padrão de vida elevado e com condições urbanas mais organizadas. Dessa forma, trouxeram as manifestações artísticas, bem como fundaram Escolas de Ensino Superiores, proporcionando diversas formações.

No contexto da independência brasileira, quando Dom Pedro I tornou-se imperador, houve pequenos avanços na saúde pública, destacando-se a vacinação contra a varíola nas crianças. Assim, criou-se o Instituto Vacínico do Império⁵, instaurando juntas comerciais as quais deveriam se responsabilizar pelas atribuições sanitárias, como também, a Lei da Junta Comercial de Higiene Pública que buscava manter o controle de algumas enfermidades.

Com o golpe militar e a derrubada de Dom Pedro II, instaura-se a República no Brasil. O médico e sanitarista Oswaldo Cruz deu início a grandes transformações na saúde pública brasileira e por meio de medidas coercitivas realizou vacinações forçadas, sem explicar à população por qual motivo fora tomada tal medida; fato esse que gerou insatisfações, culminando na Reforma da Vacina, tendo em vista a oposição popular.

⁵O Instituto Vacínico do Império, conhecido também pelo nome de Instituto Vacínico da Corte, era resultante do Regulamento que reformara a Junta Vacínica da Corte, ampliando seu raio de ação para todo o Império. Foi criado pelo decreto n.º 464, de 17/08/1846.

Neste ínterim, apesar de alguns avanços, a saúde pública continuava caótica, informal e restringia-se em consultas particulares, sem um sistema organizacional, o qual pudesse oferecer estabilidade aos indivíduos. A partir daí criou-se um instituto que ofereciam serviços médicos aos funcionários e suas famílias.

Na Era Vargas e com a Revolução de 1930 o Estado interviu na administração da saúde, criando assim o Ministério da Educação e Saúde, o qual tomou algumas medidas de controle sanitário, contudo acabou por priorizar o sistema educacional. Vale ressaltar, que neste período vigia a Constituição Federal de 1934, a qual garantia ainda a assistência médica, a licença maternidade e jornadas de trabalho de oito horas.

Logo após esse período, no ano de 1960, surgiu a Lei Orgânica da Previdência Social⁶ e havia uma demanda muito grande da população acerca de serviços de saúde, ultrapassando a capacidade de oferta do governo, sendo o déficit acentuado por meio do sistema privado, o que por sua vez proporcionou um imenso aumento da rede privada de hospitais. Entretanto, sem a preocupação com a medicina preventiva.

Por seu turno, na ditadura militar (1964 - 1985) a saúde pública passou a ter a preocupação social pela reforma sanitária, gerando a criação do SUS. A rede privada, por sua vez, conseguiu se estabelecer, criando um subsistema de atenção médico- complementar com a formação dos diversos tipos de convênios: cooperativas médicas, medicina de grupo, seguro saúde, plano de administração e autogestão.

Com a chegada da Constituição Federal de 1988 fica estabelecido a saúde como o direito de todos e um dever do estado. Estabelece-se então, os seus princípios da descentralização, integralidade, contudo enfrentou e ainda enfrenta grandes dificuldades, impossibilitando a prestação de serviço público de boa qualidade.

A Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente a saúde como um direito fundamental em seus artigos 6º e 196 do mesmo esquema legal.

⁶A Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, criou a Lei Orgânica de Previdência Social – LOPS, que unificou a legislação referente aos Institutos de Aposentadorias e Pensões.

Senão vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde [...].

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças [...] (BRASIL, 1988).

Frise-se que o reconhecimento da saúde como um direito proporcionou um grande avanço do Estado de Direito democrático brasileiro, inovando nos âmbitos legislativos e institucionais, vislumbrando diversos setores do conhecimento jurídico. Contudo, nota-se que apesar da existência do texto constitucional o cidadão não tem acesso integral a tais direitos:

Os desafios que impõem no campo da ciência jurídica e da saúde pública no Brasil concentram-se na necessidade de se oferecer ao cidadão garantias concretas e eficazes para que o direito à saúde seja efetivamente desfrutado (DALLAR, 2008 *apud* STEFANI, 2014, p. 05).

Portanto, sendo o dever do Estado garantir o direito à saúde dos cidadãos, desenvolvendo políticas públicas sociais e econômicas, assim, essas referidas políticas se direcionam para a organização e efetivação do Sistema Único de Saúde (SUS), o qual agrupa todas as promoções, no que tange a serviços públicos de saúde no Brasil, como bem ratifica Stefani (2014, p. 06):

Os deveres do Estado na proteção da saúde podem ser traduzidas em obrigação de elaborar e executar políticas públicas capazes de alcançar dois grandes objetivos: i) reduzir o máximo os riscos de doenças e agravos à saúde dos indivíduos e da população e, ii) organizar uma rede de serviços públicos de qualidade capaz de garantir acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde.

Contudo, o referido sistema, não consegue sequer obter o fito inibidor de prevenções para a redução de doenças, muito menos possui a capacidade de garantir acesso universal e igualitário relativos à saúde, quedando-se inoperante. Desse modo, resta aos cidadãos que possuem condições de efetuar pagamento de planos de saúde, recorrer aos mesmos para poder ter a proteção de um bem tão precioso que é a vida, como diz Oliveira (2009, p. 99):

É o primeiro e mais importante dos direitos fundamentais. O Estado deve proteger a vida de maneira global, inclusive a vida uterina, além de viabilizar a subsistência dos necessitados. O direito à vida engloba a não interrupção do processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Exceção: pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a, da CF/88).

Assevera-se mais uma vez a responsabilidade do Estado em cumprir com as suas obrigações tendo por base o SUS, com esteio nos artigos 196 a 200 da CF/88, o qual expõe algumas competências, quais sejam:

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; [...] VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, 1988).

O objetivo do Sistema Único de Saúde está exposto na Carta Magna e na Lei 8.080/90. Partindo deles, três grandes princípios são extraídos do art. 196 da CF/88 quais sejam: a universalidade, igualdade e integralidade das ações e sanções do SUS.

O primeiro está intimamente ligado aos riscos sociais que serão amparados pelo sistema, ou seja, todo e qualquer risco social toda e qualquer situação de vida que possa levar ao estado de necessidade, devendo ser amparado pela Seguridade Social; sendo esse correlacionado à proteção dos titulares, isto é, todos os que moram no território nacional.

No que tange ao segundo, resta consubstanciado na igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei, sendo vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tendo por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular. Já o terceiro e último princípio, orienta que as regras da seguridade social devam observar o primado do trabalho, o bem estar e a justiça social.

A partir da década de 50 surgiram os planos de saúde, porém foi apenas em 1998, por meio da Lei 9.656, que foram definidas as regras para o seu funcionamento. Entretanto, verifica-se que os valores das mensalidades são altos, ocorrendo diversas negativas de atendimentos, não fazendo jus ao proposto originalmente pelas assistências médicas privadas, a qual seria a proteção privada da vida humana.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A Judicialização da saúde é um fenômeno jurídico que vem crescendo grandemente ao longo das últimas décadas, em razão da ausência de atos praticados pelo Estado, no que diz respeito à propositura de um serviço público de saúde amplo e eficaz. Dessa forma, tal serviço por sua vez, provoca situações lastimáveis e desonrosas, as quais ferem os princípios da dignidade da pessoa humana, bem como conduzem os cidadãos a terem como última alternativa a busca de seus direitos através do judiciário, o qual compele o Estado ao cumprimento da sua obrigação prevista constitucionalmente.

Assim, vale corroborar que a Judicialização da saúde refere-se à busca do judiciário como última alternativa para obtenção de medicamentos ou tratamentos negados pelo Sistema Único de Saúde. Contudo, as denegações não ocorrem somente no referido sistema, vislumbrando-se, também, nas assistências médicas privadas, nas quais os indivíduos pagam valores altíssimos para a garantia de um atendimento de melhor qualidade, encontrando da mesma forma desamparo a esse status constitucional, mesmo efetuando as mensalidades devidas!

Destarte, acerca da Judicialização da Saúde há sobeja literatura demonstrando o crescimento de ações judiciais em saúde, com destaque para os artigos publicados por Carlos Francisco de Oliveira Nunes e Alberto Novaes Ramos Júnior, os quais dão ênfase de tal situação, na região do Nordeste do Brasil, expondo o que vem a ser tal fenômeno, bem como a ausência de abordagem sobre esse tema de tamanha relevância:

[...] a judicialização da saúde é um processo intersistêmico, o qual interfere no relacionamento entre Executivo e Judiciário, entre o sistema político e o jurídico. Todavia, apesar da importância e da atualidade do tema, não há clareza da sua dimensão nem das tendências temporais e espaciais. (NUNES & JÚNIOR, 2016, p. 193).

Já Pepe *et al.* (2010, p. 01) apresentam o seu entendimento sobre a “judicialização da saúde”, fazendo menção a atuação do Superior Tribunal de Justiça (STF):

A “judicialização da saúde”, fenômeno multifacetado, expõe limites e possibilidades institucionais estatais e instiga a produção de respostas efetivas pelos agentes públicos, do setor saúde e do sistema de justiça. A intervenção judicial no âmbito da gestão do setor saúde tem sido alvo de

intenso debate e, recentemente, ganhou destaque no Supremo Tribunal Federal (STF), com a realização o de audiência pública, que possibilitou a interlocução entre atores envolvidos.

Nota-se, então que o tema vem ganhando grande repercussão, chegando ao Superior Tribunal de Justiça, órgão supremo para as decisões judiciais exaradas no Brasil. Pode-se falar, portanto, que a ausência de elementos caracterizadores do cumprimento da Carta Magna, são alarmantes e por diversas vezes o próprio judiciário queda-se inerte, vez que as suas decisões não são cumpridas, tornando a sua força não possui efetividade.

Diante do exposto, observa-se perceptíveis conflitos envolvendo o judiciário e os gestores da saúde.

A Judicialização em si não é boa nem ruim. Ela traz problemas, mas também provoca melhorias. O fato é que o direito, com sua linguagem do legal/ilegal e sua tradição positivista, não é suficiente para concretização de um direito que é social e que tem sua dimensão política pungente. Há a necessidade de estreitar, com urgência, os canais de comunicação entre gestor e magistrado, seja deixando os que existem mais céleres, seja criando novos canais, sob pena de inviabilizar a gestão estratégica do sistema (NUNES; JÚNIOR, 2016, p. 198).

Posto isto, reconhece-se que a Judicialização de demandas relativas à questões de saúde, tem sido um meio eficaz para o cumprimento dos direitos impostos na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que é uma reiteração e ratificação judicial para convalidar direitos à saúde de maneira mais eficiente e eficaz, coibindo assim, a perda de um ente querido, ou mesmo procrastinando a perda de uma vida por se conseguir obter o atendimento apropriado, no momento devido.

Insta ainda salientar, a existência desse fenômeno como facilitador e concretizador do alcance do direito constitucional à saúde. Como bem explana Oliveira e Fortes (2013, p. 66):

Todavia, os desafios não são poucos. O poder judiciário, que não pode deixar sem resposta casos concretos que são submetidos à sua apreciação, vem enfrentando dilemas e decisões trágicas, frente a cada cidadão que clama por um serviço e /ou um bem de saúde, os quais, muitas vezes, apresentam-se urgentes para que uma vida seja salva e um sofrimento amenizado. E as políticas públicas, por sua vez, encontram-se dispersas em diversos atos normativos, sem uma sistematização clara e, muitas vezes, com trâmites que contrastam com as necessidades postas nos autos.

Ademais, é sempre importante considerar que os Magistrados precisam compreender este fenômeno controverso e atual, como meio através do Poder

Judiciário, realiza um avanço significativo e benéfico para os seres humanos. Tal avanço manifesta-se com humanização e inteligibilidade, na medida em que o argumento jurídico apresentado por cada Juiz é a mola propulsora para que o cidadão veja a sua tutela jurisdicional atendida de modo satisfatório, bem como revestimento significativo de esclarecimento desse problema que envolve a Judicialização da saúde.

Revela-se, portanto, fundamental que os juízes, promotores de justiça, gestores públicos, sociedade civil, operadores do direito, sanitaristas, membros da academia, entre outros envolvidos na temática, discutam de forma ampla o tema em debate e proponham soluções conjuntas para minimizar o conflito social-político evidenciado. Porém, é dentro de cada instrução processual que devem ser traçados os rumos da atuação judicial, por parte dos atores que o compõem. É dentro de cada processo que o direito individual à saúde deve ser confrontado com o direito coletivo e com a política pública estabelecida em matéria de saúde, por meio de provas e saberes técnicos necessários para discutir cada caso concreto (MARQUES, 2008, p. 67).

Ainda, adverte Marques (2008, p. 67) para a necessidade do avanço do Poder Judiciário em relação à incorporação da dimensão política a qual compõe o direito à saúde, como também é preciso que os gestores públicos avancem em relação à elaboração e implementação das políticas públicas de saúde no Brasil. Esclarece que em relação à organização administrativa de prestação dos serviços de saúde, essa por diversas vezes deixam os cidadãos sem a correta assistência médica e farmacêutica, bem como sem espaço adequado e direito para a participação popular; logo sem informações disponíveis de forma clara a todos os quais necessitam de um medicamento ou tratamento de saúde, restando ser este um quadro que, frequentemente, não confere ao cidadão outra alternativa senão buscar a tutela jurisdicional para ver garantido o seu direito.

Sintetizando, a Judicialização é o aprimoramento do exercício da cidadania no Estado brasileiro, o qual promove um debate sobre o nível de eficácia acerca das garantias constitucionais propostas pela Carta Magna, conduzindo assim, as Cortes Supremas a refletir e interpretar sobre os direitos individuais e coletivos, tendo em vista que tal problematização provoca mudanças de paradigmas sobre o direito à saúde e a sua aplicabilidade nos casos concretos.

2 O PROBLEMA DA OBESIDADE

A obesidade está sendo considerada uma epidemia mundial está assolando tanto os países desenvolvidos, como também, os que estão em desenvolvimento. Essa grave doença é considerada como um dos maiores problemas de saúde da atualidade, decorrente das comorbidades, isto é, de outras doenças que se associam a ela como: hipertensão, diabetes e dislipidemias, tendo ainda como agravo, o aumento da aterosclerose, além da síndrome metabólica, a qual faz o organismo do indivíduo sofrer diversas alterações.

Relata a Organização da Saúde (OMS) que o fenômeno da obesidade reflete a interação entre fatores ambientais e a predisposição genética. Entretanto, nota-se a existência das variáveis alimentares e falta de atividade física como fatores responsáveis pelas diferenças quanto pela prevalência da obesidade em diferentes grupos populacionais.

Dessa forma, a classificação dos casos de obesidade é efetuada, tendo por base a análise da proporção de gordura corporal ou mediante interpretação de variáveis antropométricas. Insta ainda salientar, que tal doença tem como fator preponderante o risco cardiovascular, o qual interfere na homeostase glicose-insulina.

Em razão da complexidade que cerca tal afecção, é importante apresentar alguns conceitos expostos por autores especializados para a melhor compreensão do tema explicitado:

A obesidade é fator de risco para várias patologias e sua prevalência vem aumentando em vários países. Ela foi considerada um grave problema de saúde pública pela Organização Mundial da Saúde e diversas comorbidades de tratamento têm sido propostas para a obtenção de redução de peso (DUCHESNE, 2001, p. 01).

Já Tavares (2010, p. 02) conceitua e classifica a obesidade da seguinte forma:

A obesidade é uma doença crônica caracterizada pelo acúmulo excessivo de tecido adiposo no organismo. Sua prevalência cresceu acentuadamente nas últimas décadas, principalmente nos países em desenvolvimento. Sua causa é multifatorial e depende da interação de fatores genéticos, metabólicos, sociais, comportamentais e culturais. A obesidade tornou-se problema de saúde pública, uma vez que as consequências para a saúde são muitas e variam do risco aumentando de morte prematura a graves doenças não letais, mas debilitantes, que

afetam diretamente a qualidade de vida.

Como foi dito, a qualidade de vida na obesidade tem um impacto muito grande na saúde, no bem estar psicológico, na longevidade por ser considerado problema de abrangência mundial, porquanto atinge uma grande quantidade de indivíduos e coloca o organismo a várias doenças e até a morte prematura. Portanto, ela aumenta de maneira extremamente altas as chances do número da mortalidade e da piora dos indicadores de qualidade de vida.

Inúmeras pesquisas indicam doenças cardiovasculares, renais, digestivas, diabetes, problemas hepáticos e ortopédicos associadas ao excesso de gordura corporal. Assim, é importante ressaltar que a inatividade física é um dos fatores que acometem a qualidade de vida dos obesos, vez que é considerada fator de risco primário e independente para o desenvolvimento da obesidade, sendo notório o efeito cumulativo.

A doença mencionada constitui-se em condição médica crônica de etiologia fatorial e mostra a necessidade de tratamento de múltipla abordagem, ou seja, é preciso da atuação de vários profissionais, o que por sua vez o faz tornar-se caro, impossibilitando muitas vezes o tratamento através do Sistema Único de Saúde, como também das assistências médicas privadas.

Em razão disso, existe uma classificação para os tipos de obesidade segundo a OMS, a qual classifica a obesidade tendo por base o Índice de Massa Corporal (IMC), definido pelo cálculo do peso corporal, em quilogramas, dividido pela altura ao quadrado (em metros). Assim, tal doença configura-se, quanto IMC, quando a pessoa encontra-se acima de 30 kg/m.

A OMS define a gravidade da obesidade em grau I (moderado excesso de peso) quando o IMC situa-se entre 30 e 34,9 kg/m². Já a existência da obesidade grau II a (obesidade leve ou moderada) com IMC entre 35 e 39,9 kg/m² e, por fim, obesidade grau III (obesidade mórbida) na qual o IMC ultrapassa 40 kg/m².

Portanto, compreende-se que o tratamento para a obesidade torna-se caro, decorrente da variedade de profissionais, os quais são necessários para trabalharem nesse contexto. Logo, pode-se perceber um dos motivos para tentar entender as negativas das assistências médicas privadas acerca dessa doença e o porquê se faz

necessário acionar o judiciário para o cumprimento da obrigação da prestadora de serviços de saúde.

3 FUNDAMENTAÇÃO DA JUDICILAIZAÇÃO DA SAÚDE NOS PROCESSOS QUE ENVOLVE AS ASSISTÊNCIAS MÉDICAS PRIVADAS NOS CASOS DE OBESIDADE

Como já relatado o fenômeno da Judicialização da saúde vem crescendo de modo avassalador, porquanto nota-se que as negativas de atendimentos referentes aos tratamentos nos planos de saúde privados têm sido constantes, não favorecendo o procedimento necessário para a preservação da vida, o qual é um status constitucional imprescindível.

A obesidade, como foi dito, é uma afecção que vem aumentando consideravelmente no Brasil e é designada como uma doença, tendo as seguintes classificações, quais sejam: obesidade grau I, grau II e grau III ou respectivamente, leve, moderada e mórbida. Elas necessitam de tratamento multifatorial, ou seja, de diversos profissionais, por ser tida como uma comorbidade, isto é, reúne uma série de outras doenças, podendo levar o paciente à morte.

No SUS quase não se fala sobre o tratamento desta doença, vez que o referido sistema não possui estrutura básica para soluções de problemas com tamanha complexidade. Portanto, reunir profissionais, para o controle de uma doença, que necessita de amparos técnicos diversificados e constantes, torna-se difícil devido à precariedade existente no sistema de saúde pública brasileira.

A solução encontrada pelos pacientes tem sido as assistências médicas privadas, que por sua vez ao cobrarem mensalidades aos pacientes podem oferecer locais mais qualificados, confortáveis e especializados para atendê-los. Porém, paradoxalmente, quando necessitam do serviço, esbarram-se com negativas de atendimento, fazendo-os recorrer ao judiciário para garantir os seus direitos à saúde, previsto constitucionalmente.

Em razão do exposto, percebem-se denegações, no que diz respeito ao tratamento da obesidade, pois faz-se necessário um conjunto de profissionais para

realizá-lo e muitas vezes, internamentos em clínicas especializadas por tempo indeterminado. Esse fator leva a crer que os custos para os planos de saúde privados são muito caros e prolongados, devido à multifatorialidade da doença; razão pela qual essas assistências alegam a não existência no contrato dos consumidores, da cobertura a tal afecção como também não está previsto no Rol da ANS, a qual regula tais planos.

Faz-se necessário um processo de revisão do rol da ANS. A ANS conta com a constituição de um grupo técnico composto por representantes de entidades de defesa do consumidor, de operadoras de planos de saúde, de profissionais de saúde que atuam nos planos de saúde e de técnicos da agência. Enquanto tal revisão não vem, tem-se recorrido a liminar, como instrumento principal utilizado pelo Poder Judiciário para garantir o acesso imediato de um cidadão a um determinado bem ou serviço, vez que as tutelas de urgência são deferidas pelos Magistrados em torno de 94%, o que revela que há muitas denegações de atendimentos por parte porquanto há muitas denegações de atendimentos por parte das assistências médicas privadas, sobretudo no que diz respeito à obesidade.

Para Oliveira e Fontes (2013, p. 48) a obesidade além de ter tornado-se assunto de interesse universal é também uma das grandes causas de sofrimento social.

A obesidade é atualmente assunto de interesse universal. É considerada uma doença crônica, multifatorial, caracterizada pelo acúmulo excessivo de tecido adiposo no organismo. É fator de risco para patologias graves, como a diabetes, doenças cardiovasculares, hipertensão, distúrbios reprodutivos em mulheres, alguns tipos de câncer e problemas respiratórios.

A obesidade pode ainda ser causa de sofrimento, de depressão e de comportamentos de esquiva social, que prejudicam a qualidade de vida, Além de trazer sérios riscos para a pessoa, a doença é um dos mais graves problemas de saúde pública do mundo. Apesar dos inúmeros tratamentos existentes, sua prevalência vem crescendo nas últimas décadas, e especialistas a caracterizam como epidemia.

Com efeito, os supracitados autores afirmam que a cirurgia bariátrica para tratamento da obesidade, doença crônica, de difícil tratamento, constitui-se num problema por ser cara, fazendo com que a área técnica das operadoras de planos de saúde avalie exames mais simples, normalmente menos onerosos, como suficientes para contribuir na busca diagnóstica, ao invés de realizarem a gastroplastia por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, através da

sua Quinta Câmara Cível⁷, não coaduna com o pensamento, dos operadores de planos de saúde, arguindo que eles devem custar o tratamento em clínica especializada.

Ainda sobre a realidade ontológica da obesidade, Braga *et al.* (2010), expõe ser uma condição médica crônica com origem multifatorial, requerendo tratamento de abordagem múltipla. Nessa esteira, Bianchini *et al.* (2012), compreende que o aumento exponencial da obesidade ocorre por multiplicidade de fatores, necessitando assim de diversos profissionais para atuarem em seu tratamento.

Desse modo, diante da complexidade que envolve tal problema e da performance do judiciário, Ferreira (2013) declara que a Judicialização carrega alguns efeitos colaterais os quais precisam ser remediados, porquanto há a ausência de preparo técnico dos Magistrados para lidar com demandas no que tange à saúde, por situações que desconhecem, e ainda porque há tratamento em hospitais que vivenciam situações as quais dificilmente podem ser reduzidas a termo em um processo judicial; exigindo-se assim, dos juízes conhecimentos da medicina moderna, tendo em vista os inúmeros processos com os quais eles têm de lidar.

Nesse sentido, para auxílio dos Magistrados foi criado pelo poder judiciário o Núcleos de Assessoria Técnica e Judicialização da Saúde (NATs) que tem a seguinte finalidade:

Os núcleos têm como finalidade o auxílio dos Magistrados no julgamento das demandas envolvendo prestações relacionadas ao direito à saúde, viabilizando a disponibilidade de um conhecimento técnico para o respaldo de uma decisão mais segura. Contudo, mesmo sendo esse objetivo primeiro dos núcleos, não podemos deixar de visualizar outras finalidades, como: a) melhor atendimento do cidadão, que pode vir a ter sua pendência resolvida em até 48 horas, deixando assim de percorrer todo o trâmite normal do judiciário; ou b) ainda a capacidade de diminuir o inchaço do Judiciário, uma vez que adota uma espécie de filtro (FERREIRA, 2013, p. 222).

A autora Ferreira (2013) apresenta uma visão crítica pessimista do NAT. Para a mesma o referido núcleo seria um aparato do governo pensado para reduzir o número de demandas pela imposição de pareceres tendenciosos, restringindo o direito do contraditório, a imparcialidade e a manutenção da ampla defesa do juízo,

⁷(Classe: AGRAVO DE INSTRUMENTO, Número do Processo: 30680-1/2009, Órgão Julgador: QUINTA CÂMARA CÍVEL, Relator: JOSE CICERO LANDIN NETO, Data do Julgamento: 15/12/2009).

havendo a necessidade de refletir se adicionar mais instâncias e exigir a prolação de um parecer em demandas como a de saúde não violariam a razoável duração do processo e a própria isonomia. Adiante, indaga-se a mesma, se esses núcleos são constitucionais ou inconstitucionais e afirmando o seguinte:

Sim, os NATs são constitucionais, porque eles não estão usurpando a função judicial de zelar pelos direitos humanos fundamentais, como o direito à saúde, mas auxiliando no aprimoramento do processo de tomada de decisão (FERREIRA, 2013, p. 235).

4 O NIP ENQUANTO MEDIDA ALTERNATIVA DE JUDICIALIZAÇÃO

Neste item encontra-se a razão de ser desse trabalho, vez que se aponta a superação possível para o problema da Judicialização da saúde no que diz respeito a obesidade. A Lei nº 9.658/98 corrobora o marco na área privada da saúde no Brasil, como também a Lei nº 9.961/00, a qual criou a ANS com a finalidade de fiscalizar e regulamentar a relação entre as operadoras e os consumidores de planos de saúde. A partir desse momento é que houve um crescimento expressivo no número de ações judiciais e conseqüentemente o fenômeno denominado “judicialização da saúde”:

Desde que foi criada, a ANS vem tratando de regulamentar o setor nas várias dimensões de sua atuação, tais como a definição das regras de cobertura de um plano de saúde referência, o estabelecimento de um rol mínimo de procedimentos cobertos, a definição de parâmetros de funcionamento das operadoras, a habilitação dos planos, as normas de contratação individual e coletiva de planos e seguros e de operação da rede credenciada. A agência cuidou também de fixar diretrizes contábeis e de definir modelagem das informações cadastrais de planos e beneficiários, além de promover as ações de fiscalização e cuidar do processo sancionador das operadoras.

Uma das resoluções mais importantes emitidas pela agência reguladora é justamente aquela relacionada ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que é referência mínima obrigatória de planos de saúde contratados a partir de 2 de janeiro de 1999 (OLIVEIRA; FORTES, 2012/2013, p. 36).

No aprimoramento da regulamentação para melhor prestação dos serviços aos consumidores, a ANS criou a NIP, a qual permite à agência reguladora mediar conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde, sejam eles médicos ou odontológicos, em casos de denegação da cobertura. Esse procedimento está previsto na Resolução Normativa nº 226, publicada em 5 de agosto de 2010, com vigência a partir de 6 de novembro de 2010, promovendo mais rapidez na resolução

dos conflitos relacionados à liberação de procedimentos entre consumidores e operadoras.

O procedimento é concedido ao consumidor, caso tenha ocorrido denegação por parte do plano de forma injusta, e a sanção para os planos de saúde privados é responder a um processo administrativo junto Agência Reguladora. Tal procedimento facilita a vida dos usuários e atenua o processo da Judicialização da saúde em diversos casos, não somente nos de obesidade, que é interesse desse trabalho, porquanto existe um desconhecimento do NIP, pela ausência de divulgação do Governo, do procedimento adotado pela ANS. Tal insuficiência de informações dos direitos à saúde das assistências médicas privadas, quando se poderia, na verdade, inibi-las com uma ação mais simples e eficaz, garantindo assim, o acesso à saúde de maneira mais rápida, prática e menos burocrática, diminuindo o acervo do poder judiciário.

Logo, as notificações do NIP possuem duas classificações, quais sejam: a assistencial e a não assistencial. Aquela terá como referência toda e qualquer restrição de acesso à cobertura de assistência médica privada, enquanto essa obterá interligação com os demais temas, os quais não envolvam apenas cobertura assistencial, mas também situações em que o beneficiário do plano de saúde sofra afetação da conduta proveniente desse, bem como elas sejam passíveis de intermediação.

Assim, é importante ressaltar que as assistências médicas privadas ao sofrerem o processo administrativo gerado pela denegação do tratamento, o qual deveria ser concedido ao consumidor sofre um grande impacto, vez que as operadoras vão passar por avaliação da ANS. Portanto, toda vez que um plano de saúde passa por essa situação corre o risco de pagar uma multa, a qual varia de acordo com a demanda correspondente que varia de R\$ 80 mil a R\$ 160 mil reais, porém existem hipóteses em que as assistências médicas são condenadas a pagar os valores iniciais com multiplicadores (índice estipulado pela ANS, onde ele é multiplicado pela quantidade de beneficiários do plano informados junto à ANS por causa da reincidência, segundo a própria ANS.

Portanto, o NIP é eficiente e eficaz, pois promove de maneira rápida a solução de conflitos existentes entre planos de saúde e seus beneficiários, evitando

a Judicialização. Posto isto, nota-se que a medida coercitiva adotada pela ANS por meio do processo administrativo, gera um grande impacto econômico neles, haja vista que caso exista a confirmação de negativa de atendimento, como também a persistência nas reiterações de descumprimento, as multas são altíssimas como já confirmadas e por sua vez proporcionam um impacto muito grande nas operadoras, por isso o NIP, traz impactos avassaladores e constantes, por ser menos burocrático e eficaz, dando mais segurança aos consumidores.

Contudo, apesar de oito anos de criação, pode-se notar não ser do conhecimento de todos, pois se fosse os índices de Judicialização seriam menores, pois permitiria que o consumidor tivesse uma resposta mais eficiente e eficaz acerca do seu problema, tanto com a liberação imediata do procedimento quanto com a manutenção da denegação, podendo o consumidor saber pela própria ANS se a operadora está agindo em conformidade com a legislação ou não.

No entanto, como dito, é muito importante que exista uma divulgação maior do NIP, tanto por parte da Agência, como por parte do próprio Governo, a fim de possibilitar que a sociedade tome conhecimento do procedimento e possa utilizá-lo em seu benefício, pois, muitas vezes, o consumidor não procura a solução de seu conflito administrativamente, partindo para processos judiciais que poderão ser mais demorados.

CONCLUSÃO

No presente artigo podem-se notar os avanços relacionados à saúde no Brasil, dando ênfase às assistências médicas privadas e como elas podem beneficiar e trazer malefícios à população brasileira, tendo em vista que o Sistema Único de Saúde não cumpre com a sua garantia Constitucional. A partir disso, compreende-se o porquê os cidadãos buscam os planos de saúde.

Entretanto, quando os referidos cidadãos necessitam de cuidados relativos à saúde, muitas vezes precisam recorrer ao judiciário como última alternativa para salvaguardar o seu direito, nem sempre conseguindo, mesmo pagando mensalmente valores caros para essas instituições. Como o tratamento para a

obesidade é extremamente caro em decorrência de ser uma doença multifatorial, isto é, que necessita de diversos profissionais da área de saúde para solucioná-la, como viu-se ao longo deste artigo, as denegações são constantes.

Diante disso, o fenômeno da Judicialização veio para tentar garantir o já previsto na Carta Magna acerca dos direitos à saúde, embora o judiciário não consiga também alcançar de maneira efetiva o cumprimento das obrigações dos planos de saúde para com os seus pacientes, vez que as ordens judiciais são descumpridas constantemente, não possuindo eficácia!

Contudo, a Agência Nacional de Saúde (ANS) possui um procedimento interno, conhecido como Notificação de Investigação Preliminar (NIP) que permite àquela mediar conflitos entre consumidores e operadoras de planos de saúde, sejam eles médicos ou odontológicos, em casos de denegação de cobertura, em esses podem registrar demandas de informação e reclamação, sendo a operadora notificada, por meio eletrônico. A operadora tem até 10 dias úteis para adotar as medidas necessárias à solução do problema, caso contrário responderá por processo administrativo junto à Agência Reguladora, apesar disso, tal procedimento é pouco usado e conhecido.

Entende-se que as demandas judiciais seriam atenuadas, bem como o fenômeno da Judicialização se o NIP fosse conhecido pelos usuários. Logo, o judiciário ficaria desafogado e os consumidores, de imediato teriam os seus casos de negativas de saúde solucionados. Partindo desse contexto, de maior divulgação desse procedimento, os Magistrados poderiam incluir nas suas decisões, que em caso de descumprimento das decisões judiciais a ANS fosse oficiada para que tomasse as medidas cabíveis.

Tendo o Estado representado na figura do Juiz o poder de determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial (art.139, IV, do NCPC). Como também dar ciência às partes da existência de vias administrativas, as quais permitiriam que as verídicas denegações de saúde fossem resolvidas de modo eficiente e eficaz.

REFERÊNCIAS

- BAHIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO, Número do Processo: 30680-1/2009, Órgão Julgador: QUINTA CÂMARA CÍVEL, Relator: JOSE CICERO LANDIN NETO, Data do Julgamento: 15/12/2009). **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/23309451/pg-155-caderno-2-entrancia-final-capital-diario-de-justica-do-estado-da-bahia-djba-de-21-11-2010>>. Acesso em: 25 mar. 2018.
- BIANCHINI, Josiane Aparecida Alves *et al.* “Tratamento da Obesidade: Revisão de artigos sobre intervenções multiprofissionais no contexto brasileiro”. **Revista Arq. Ciências Saúde**. N. 1, abr/jun 2012.
- BONATTO, Claudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais**. 5. ed. rev. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.
- CRUZ, Vitor (coord. [da série]). **1948 – Direito Constitucional**. FGV: questões comentadas e organizadas por assunto. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. ver, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FERREIRA, Siddharta Legale; COSTA, Aline Matias da. Núcleos de Assessoria Técnica e Judicialização da Saúde: Constitucionais ou inconstitucionais. **Revista SJRJ do Rio de Janeiro**. v. 20, n. 36, abr/2013.
- GIANCOLI, Bruno Pandori. **Direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção de elementos do direito; v.4).
- NUNES, Carlos Francisco Oliveira; JÚNIOR, Alberto Novaes Ramos. Judicialização do direito à saúde na região Nordeste, Brasil: dimensões e desafios. **Caderno de Saúde Coletiva do Rio de Janeiro**. v. 24, nº 2, jun.2016.
- NUNES, Luis Antonio Rizzato. **Curso do direito do consumidor**. 6. ed. Ver, e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional**. 9. ed. ver, e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 (Elementos do Direito, v.1).

OLIVEIRA, José Antônio Diniz de; FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. De que reclamam, afinal? Estudo das Ações Judiciais contra uma operadora de plano de saúde. **Revista RDisan de São Paulo**. v. 13, nº 3, nov.2012/ fev.2013.

PEPE, Vera Lúcia Edais, [et al.]. **“A Judicialização da Saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica”**. Ciência e Saúde Coletiva, v.15, nº 5, ab.2010.

TAVARES, Braga Telma *et al.* Obesidade e qualidade de vida: revisão da literatura. **Revista Médica de Minas Gerais**. v. 20, nº 3, ago/2010.