



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

PARECER Nº 808/2012-AGU/CONJUR-MS/PSFF

ASSUNTO: Responsabilidade de planos de saúde quanto ao fornecimento de medicamentos.

EMENTA: PLANOS DE SAÚDE.
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.
HIPÓTESES OBRIGATÓRIAS. DECISÃO JUDICIAL. FORNECIMENTO PELA UNIÃO.
ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 32 DA LEI 9.656/98. RESSARCIAMENTO.
DENUNCIAÇÃO DA LIDE. AÇÃO DE REGRESSO.

RELATÓRIO

Senhor Consultor Jurídico,

Trata-se de parecer acerca da responsabilidade dos planos de assistência à saúde no que tange ao fornecimento de medicamentos aos segurados, no bojo do qual se buscará delimitar a abrangência de tal responsabilidade, os medicamentos cujo fornecimento é obrigatório, as possibilidades jurídicas de a União buscar o ressarcimento juntos a tais planos de assistência quando for condenada judicialmente a fornecer medicamentos a beneficiários de planos de saúde.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Dessa forma, o presente parecer servirá como orientação à Consultoria Jurídica Junto ao Ministério da Saúde, Coordenação de Assuntos Judiciais, de como proceder nos casos em que o medicamento pleiteado em demanda judicial seja de cobertura obrigatória dos planos de assistência à saúde e o autor do processo judicial seja beneficiário destes, sugerindo-se, ainda, que tais recomendações sejam repassadas aos órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União, responsáveis pela demanda judicial.

Cabe esclarecer, ainda, que o presente parecer se baseia nos fundamentos trazidos pela nota nº 167/2012/GEAS/CGRAS/DIPRO/ANS, a qual foi elaborada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar com o fim de auxiliar a Consultoria Jurídica Junto ao Ministério da Saúde a fixar uma orientação para a atuação nos casos acima narrados.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Com o intuito de regular a atuação dos planos e seguros privados de assistência à saúde o Poder Legislativo editou a Lei nº 9.656/98, sendo submetidas às suas disposições as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, nos moldes do art. 1º do referido diploma legal.

A fim de regular e fiscalizar a atuação de tais pessoas jurídicas, o art. 1º, §1º, da Lei 9.656/98 submeteu as supracitadas pessoas jurídicas às normas oriundas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Portanto, diante do relevante interesse público que a saúde suplementar desperta, o legislador entendeu pertinente que tal atividade, mesmo exercida por



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

particulares, merecia ser regulada, fiscalizada e normatizada por pessoa jurídica de direito público, razão pela qual designou a ANS para o exercício deste importante papel.

Dessa forma, não se pode considerar, como outrora, que por se tratar de contratos e relações particulares, o regime dos planos de assistência à saúde estaria sujeito unicamente à esfera da autonomia da vontade privada dos contratantes.

Sabe-se que, há décadas, impulsionado ainda mais pelo surgimento da CRFB/88, o Direito Civil deixou de ser regulado somente por normas de direito privado, sofrendo enorme influência dos ramos do Direito Público (se é que ainda é cabível essa tradicional classificação doutrinária bifurcada).

Percebe-se, portanto, que há verdadeira constitucionalização do Direito Civil, devendo este ser interpretado à luz das normas constitucionais, as quais irradiam os seus valores principiológicos tanto na atividade do legislador, quanto na interpretação e aplicação das normas existentes.

Assim, não por mero acaso o legislador tratou de regulamentar intensamente a atividade de saúde suplementar, concedendo poderes à ANS para que esta regulamente ainda mais pormenorizadamente tal atividade que, além do seu caráter econômico e privado, possui relevantíssimo interesse público no seu desempenho.

Isso porque a CRFB/88 estabeleceu em seu art. 6º que a saúde é direito social e, portanto, fundamental, daqueles que estejam em solo pátrio, devendo ser fomentado pelo Estado, seja direta ou indiretamente, um sistema de saúde que atenda as necessidades da população.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Demonstrando a importância do direito à saúde para o Estado Democrático de Direito Brasileiro, a CRFB/88 trouxe um rol de artigos específicos sobre a saúde, estabelecendo no seu art. 196 que:

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

Sabedora, todavia, que um sistema de saúde unicamente público não seria capaz de garantir a todos os cidadãos brasileiros, seja pela escassez de recursos seja pela missão hercúlea que seria gerir um sistema em tais moldes, o Poder Constituinte elaborou as seguintes normas:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Ora, depreende-se de tais normas que, para que seja atingido o direito à saúde que idealizou o constituinte, é imprescindível a participação da iniciativa privada, a fim de garantir àqueles que puderem e quiserem arcar com os custos o acesso aos serviços de saúde prestados por particulares.

Assim, a iniciativa privada possui importante papel no sistema de saúde brasileiro, pois, ao mesmo tempo em que incrementa a atividade econômica e gera



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

a faculdade dos cidadãos em contratarem serviços de saúde que mais se amoldem aos seus perfis, desafoga, ao menos em parte, o sistema de saúde público, o qual teria dificuldades em garantir o direito à saúde à integralidade da população.

Trata-se, portanto, de medida extremamente salutar por parte do Constituinte. Porém, não se pode esquecer, jamais, que o direito à saúde, mesmo quando prestado através de particulares, nunca perderá o interesse público que o fundamenta, daí a opção da regulação pormenorizada da atividade dos planos privados de assistência à saúde.

Partindo-se desse pressuposto e passando-se a analisar mais detidamente a questão do fornecimento de medicamentos, a ANS, conforme se pode extrair da nota técnica anexa (Nota nº 167/2012/GEAS/CGRAS/DIPRO/ANS):

“considera que programas e políticas que facilitem o acesso dos pacientes aos medicamentos necessários para o tratamento de suas doenças (incluindo aqueles de uso domiciliar), constituem um fator de fundamental importância para o aprimoramento da assistência à saúde. Por este motivo, a Assistência Farmacêutica foi incluída como um dos eixos temáticos da Agenda Regulatória da ANS(...)”

Continua a autarquia em sua exposição:

“Para poder conhecer melhor as experiências desenvolvidas na área de Assistência Farmacêutica, a ANS constituiu um Grupo Técnico composto por operadoras, associações de pacientes e empresas especializadas. Este Grupo tem por objetivo ampliar as discussões com vistas à elaboração de um ato normativo que oriente a criação de programas de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Assistência Farmacêutica que sejam efetivos e viáveis, possibilitando o acesso amplo a medicamentos no âmbito da Saúde Suplementar.”

Sabendo-se da importância da Assistência Farmacêutica para a ANS, passará a ser analisada a responsabilidade dos planos de assistência à saúde no fornecimento de medicamentos aos beneficiários.

DA RESPONSABILIDADE DOS PLANOS NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Primeiramente, na análise do plano infraconstitucional, a Lei 9.656/98 trouxe algumas coberturas obrigatórias para os planos de assistência a saúde, inclusive na matéria de fornecimento de medicamentos.

Assim, deve-se analisar o disposto na seguinte norma do apontado diploma legislativo:

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

II - quando incluir internação hospitalar:

d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar;

Da leitura da referida norma, constata-se que se devem diferenciar, primeiramente, os planos que incluem em sua cobertura internação hospitalar e aqueles que não a incluem.

Tratando-se de planos que asseguram a internação hospitalar, torna-se obrigatório o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar.

Percebe-se, portanto, que nos planos que cobrem internação hospitalar, todos os medicamentos prescritos por médico para utilização durante a internação deverão ser obrigatoriamente fornecidos pelos planos.

Porém, há exceção a essa regra, em favor dos beneficiários. Há um caso em que, mesmo o medicamento sendo ministrado fora da unidade hospitalar, será de fornecimento obrigatório pelos planos de assistência.

Tal exceção se dá nos casos de internação domiciliar, modalidade de tratamento que não é obrigatória segundo a Lei ou normatização infralegal, mas que pode ser oferecida, com ou sem previsão contratual, como cobertura adicional.

Como se extrai da nota técnica anexa:

“nos casos em que a operadora, de comum acordo com o paciente ou seus familiares, resolva cobrir a internação domiciliar como substituição



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

a uma internação hospitalar, a RN nº 211/2010, alterada pela RN nº 262/2011, determina que as coberturas asseguradas devem ser as mesmas daquelas previstas, nos planos com cobertura hospitalar, para os períodos de internação, o que inclui as despesas com medicamento."

Portanto, nos casos em que o plano autorize a internação domiciliar em substituição à hospitalar, também se faz cogente a norma trazida no art. 12, II, d, da Lei 9.656/98, sendo obrigatório o fornecimento dos medicamentos.

Findando o assunto, leia-se a seguinte disposição do art. 13 da RN nº 211 da ANS:

"Art. 13. Caso a operadora ofereça a internação domiciliar em substituição à internação hospitalar, com ou sem previsão contratual, deverá obedecer às exigências previstas nos normativos vigentes da Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA e nas alíneas "c", "d" e "e" do inciso II do artigo 12 da Lei nº 9.656, de 1998. Parágrafo único. Nos casos em que a assistência domiciliar não se dê em substituição à internação hospitalar, esta deverá obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes."

Passando-se para a regulamentação infralegal sobre o fornecimento de medicamentos pelos planos de assistência à saúde, constata-se que a Resolução Normativa 167/1998 estabeleceu, tanto para planos com cobertura hospitalar quanto para os planos com cobertura ambulatorial, a obrigatoriedade de cobertura à quimioterapia oncológica ambulatorial, definida como:

"(...) aquela baseada na administração de medicamentos para tratamento do câncer, incluindo os medicamentos para o controle de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

efeitos adversos relacionados ao tratamento que, **independentemente da via de administração e da classe terapêutica necessitem**, conforme prescrição do médico assistente, ser administrados sob intervenção ou supervisão direta dos profissionais, dentro do estabelecimento de saúde." (nota técnica anexa)

Dessa forma, também é obrigatório para os planos o fornecimento dos medicamentos necessários à quimioterapia oncológica ambulatorial, incluindo-se aqueles necessários para controlar os efeitos adversos. Nesse sentido, vide os seguintes dispositivos da resolução nº 211 da ANS:

Art. 17 O Plano Ambulatorial comprehende os atendimentos realizados em consultório ou em ambulatório, definidos e listados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, não incluindo internação hospitalar ou procedimentos para fins de diagnóstico ou terapia que, embora prescindam de internação, demandem o apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas, ou serviços como unidade de terapia intensiva e unidades similares, observadas as seguintes exigências:

XI – cobertura de quimioterapia oncológica ambulatorial, entendida como aquela baseada na administração de medicamentos para tratamento do câncer, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes que, independentemente da via de administração e da classe terapêutica necessitem, conforme prescrição do médico assistente, ser administrados sob intervenção ou supervisão direta de profissionais de saúde dentro de estabelecimento de Saúde;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Art. 18 O Plano Hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no [inciso X deste artigo](#), observadas as seguintes exigências:

X - cobertura obrigatória para os seguintes procedimentos considerados especiais cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em nível de internação hospitalar: ([Redação dada pela RN nº 262, de 01/08/2011](#))

b) quimioterapia oncológica ambulatorial, como definida no [artigo 17, inciso XI](#), desta Resolução;

Desbravando-se ainda mais o plano infralegal, extrai-se da Resolução nº 211/2010, dispondo que também é obrigatória a cobertura dos medicamentos registrados na ANVISA que necessitem ser utilizados para a realização dos procedimentos diagnósticos e terapêuticos previstos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, relação esta que constitui a cobertura mínima obrigatória dos planos regulamentados pela Lei 9.656/98.

Portanto, para a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos previstos no rol obrigatório, os planos deverão também fornecer os medicamentos necessários a tais procedimentos, conforme se extrai do art. 17, III, da RN nº 211 da ANS, abaixo transscrito:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

III - cobertura de medicamentos registrados/regularizados na [ANVISA](#), utilizados nos procedimentos diagnósticos e terapêuticos contemplados nos Anexos e nos artigos desta Resolução Normativa;

Por fim, a partir de 1º de janeiro de 2012, a Resolução Normativa nº 262/2011 disciplinou como obrigatória a cobertura de terapia, realizada em regime ambulatorial, com medicamentos denominados imunobiológicos, “também chamados de modificadores da resposta biológica, os quais utilizam mecanismos de ativação do próprio sistema imunológico do paciente no combate a processos inflamatórios auto-imunes ou a disfunções celulares específicas.”

Resumidamente, há o seguinte quadro:

1. Planos com cobertura hospitalar:

1.1 Todos os medicamentos prescritos pelo médico assistente para a administração durante o período de internação hospitalar, desde que seu uso se dê em conformidade com as indicações previstas na bula do medicamento registrado junto à ANVISA (inclui-se, no presente caso, a internação domiciliar em substituição à hospitalar);

1.2 Quimioterapia oncológica ambulatorial, como definida no texto;

2. Planos com cobertura ambulatorial:

2.1 Quimioterapia oncológica ambulatorial;

2.2 Terapia imunobiológica, conforme diretriz de utilização;

2.3 Medicamentos utilizados nos procedimentos diagnósticos e terapêuticos previstos na cobertura obrigatória.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Contudo, existem exceções à obrigatoriedade de fornecimento dos medicamentos pelos planos. Como se extrai do art. 10, V e VI, da Lei 9.656/98, faculta-se aos planos a exclusão contratual do dever de fornecer medicamentos de uso domiciliar e de medicamentos sem registro junto à ANVISA:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;

Já o art. 10, I, da Lei 9.656/98, faculta a exclusão da cobertura de medicamentos para tratamentos experimentais, o que inclui o uso de medicamentos para indicações clínicas diversas daquelas previstas na bula do medicamento (uso off-label):

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

Percebe-se, portanto que, mesmo nas hipóteses narradas acima como de fornecimento obrigatório, é facultada a exclusão contratual do fornecimento de tais medicamentos nos casos de medicamentos sem registro junto à ANVISA ou quando ocorre o uso off-label.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Importante observar, porém, que os planos podem ampliar a cobertura dos medicamentos a serem fornecidos, devendo tal fato ser verificado pontualmente em cada contrato de seguro saúde, nos termos do art. 15 da resolução nº 211 da ANS:

Art. 15. As operadoras de planos privados de assistência à saúde poderão oferecer, por sua iniciativa, cobertura maior do que a mínima obrigatória prevista nesta Resolução Normativa e nos seus Anexos, inclusive medicação de uso oral domiciliar.

Ficou traçado, desse modo, o âmbito de responsabilidade dos planos de assistência à saúde no que tange ao fornecimento de medicamentos aos beneficiários. Passarão a ser vistas, agora, as consequências jurídicas de tal obrigatoriedade quando a União é condenada judicialmente a fornecer medicamento que o plano era obrigado a fornecer.

DO DEVER DOS PLANOS DE REEMBOLSAR A UNIÃO

Primeiramente, deve-se esclarecer que o Sistema Único de Saúde é universal, tendo qualquer pessoa direito a tratar-se através do sistema, devendo haver o atendimento integral, conforme determinado no art. 198, II, da CRFB/88.

Com base em tal princípio, o Poder Judiciário vem condenando, sistematicamente, a União a fornecer diversos medicamentos às pessoas que buscam a tutela judicial do direito à saúde.

Deixando de lado o acerto ou desacerto da judicialização das políticas de saúde, o fato é que milhares de decisões judiciais condenam a União todos os meses a fornecer diversos tipos de medicamentos.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Contudo, o Poder Judiciário não vem discutindo, no caso concreto, a corresponsabilidade dos planos de assistência à saúde no fornecimento do medicamento pleiteado, sequer sendo indagado nos autos do processo judicial se o autor é beneficiário de algum plano de saúde.

Ora, como visto acima, há casos em que há o dever legal de fornecimento dos medicamentos pelos planos privados de assistências à saúde.

Nesse sentido, deixar a cargo do erário o custo e a responsabilidade do fornecimento de medicamentos, cuja responsabilidade pertence à pessoa jurídica de direito privado que aufera lucro para, supostamente, prestar os serviços de saúde aos beneficiários, contraria a razoabilidade.

Não há como justificar que empresas que exploram uma atividade econômica, engordem seus lucros ao custo dos recursos da União destinados ao Sistema Público de Saúde.

Como se sabe e já foi exposto acima, a partir da CRFB/88 ficou notória a submissão das relações privadas também às normas de interesse público, havendo, como alguns doutrinadores denominam, uma publicização do Direito Civil.

Uma das grandes novidades legislativas recentes foi a incorporação pelo Código Civil de 2002 de normas constitucionais que determinam que a funcção social seja observada nas relações privadas.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Assim, o art. 5º, XXIII, da CR FB/88 estabelece que a propriedade atenderá a sua função social e o art. 170 da Lei maior elenca a função social da propriedade como princípio regente da ordem econômica.

Na mesma linha, o Código Civil de 2002 traz a função social dos contratos, conforme dispõe o art. 421 do Código Civil:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Portanto, os contratos se dão em razão e nos limites da sua função social, sendo intrínseco a todos os contratos o respeito a tal norma principiológica. Ainda mais razão há para a observância da função social do contrato quando a relação jurídica envolve o direito à saúde de um dos contratantes, direito este fundamental, conforme dispõe o art. 6º da CRFB/88.

Pergunta-se, portanto, se há respeito à função social do contrato de plano de saúde quando o plano contratante deixa de fornecer o medicamento cuja obrigação lhe é inerente e deixa que o custo de tais bens recaia sobre o erário?

Obviamente, a resposta há de ser negativa. Como narrado no início desta fundamentação, um dos motivos da prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada, além do princípio da livre iniciativa, é a necessidade da existência de um sistema de saúde complementar ao sistema público para que seja garantido o direito de saúde à população.

Ao se tratar do direito à saúde, um direito social por excelência, é necessário ao Estado realizar escolhas trágicas, que nada mais exprimem senão, de um lado, a situação de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, e, de outro, as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos.

Portanto, sabendo-se que a necessidade de prestação de serviço é quase infinita e que os recursos orçamentários, por sua própria natureza, são finitos, o Poder Público teria imensas dificuldades orçamentárias para garantir o direito à saúde integral a toda população.

Antevendo tal dificuldade, o Constituinte, sabiamente, abriu à iniciativa privada a possibilidade de prestação de serviços em saúde como um modo de fomentar a atividade econômica e desafogar a pressão da demanda sobre o SUS. Analogicamente, pode-se comparar ao princípio da capacidade contributiva, ou seja, aqueles que possuem uma situação econômica mais favorável naturalmente passam a procurar o sistema privado de saúde, desafogando o sistema público e possibilitando a melhoria dos serviços prestados pelo SUS.

Diante do exposto, comprehende-se que a função social do contrato de plano de saúde é imensa, tendo em vista a natureza do direito com que trata e, ao mesmo tempo, a suma importância da existência de um bom sistema privado de saúde para o funcionamento eficaz do sistema público.

Ora, quando os planos de saúde deixam de fornecer os medicamentos obrigatórios aos beneficiários e estes são fornecidos à custa da União há, sem dúvida, violação à função social do contrato.

Não há como se sustentar a legitimidade de uma conduta na qual um ente privado embolsa grandes lucros, deixa de prestar o serviço que lhe é inherente e transfere parte do ônus de sua atividade econômica aos cofres públicos.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Persistindo este tipo de conduta, haverá, na verdade, verdadeira transferência de dinheiro público para a iniciativa privada, gerando um enriquecimento que, além de ser sem causa, é ilícito.

E como é notório, o direito brasileiro não pactua com o enriquecimento sem causa, muito menos quando este se dá em detrimento do direito individual e coletivo à saúde. Em razão disso, o Código Civil dispõe:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Perceba-se, portanto, que o direito não admite a existência de enriquecimento sem causa e o trata como situação irregular e transitória, caminhando e impulsionando as forças naturais para o reestabelecimento do status quo ante, ou seja, a restituição do valor acrescido ilicitamente ao patrimônio de outrem.

No presente caso, não há outra solução a ser tomada, a não ser o pleito da União de restituição pelas operadoras de plano de saúde dos valores que tenha despendido em razão de medicamentos de fornecimento obrigatório pelos planos a seus beneficiários.

A saída é jurídica e moralmente irrepreensível, tendo em vista que não há razão, diante da função social do contrato de plano de saúde, para a União fornecer medicamento ao qual a operadora do plano estava obrigada a fornecer.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Deve-se observar, ainda, a possibilidade de aplicação analógica do disposto no art. 32 da Lei 9.656/98, abaixo transcrito:

Art. 32. Serão resarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

Ora, tal norma tem plena aplicação ao caso concreto pois, apesar de não se tratar de uma prestação espontânea pela União, mas sim através de uma ordem judicial, trata-se de prestação de serviço à saúde cuja responsabilidade era da operadora de plano de saúde, razão pela qual, deve-se aplicar a referida norma à situação apontada, justificando-se o ressarcimento à União dos custos oriundos do fornecimento do medicamento.

Antes que seja alegada a constitucionalidade de tal norma, é de bom tom colacionar o seguinte julgado do STF:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9.656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AOATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositoria da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositoria de ação direta de constitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. **4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal.**

Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renomeado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99.

(ADI 1931 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno,

PARECER Nº 808/2012-AGU/CONJUR-MS/PSFF



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

julgado em 21/08/2003, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02
PP-00266)

Portanto, é plenamente exigível a pretensão da União que busque o resarcimento ao erário das verbas gastas em razão do fornecimento de medicamentos através de demandas judiciais quando os autores destas sejam beneficiários de planos de saúde e o medicamento seja de fornecimento obrigatório, seja em razão da lei, seja em razão das disposições do contrato.

DA DENUNCIAÇÃO DA LIDE

Verificando-se, no caso concreto, que a lide se amolda à situação acima narrada, opina a Consultoria Jurídica Junto ao Ministério da Saúde aos órgãos de execução da **Procuradoria-Geral da União responsáveis que efetuem a denunciação da lide**, trazendo para o processo judicial a pretensão resarcitória da União junto à operadora do plano de saúde.

Isso porque, analisando-se as alternativas processuais, a denunciação da lide é aquela que melhor atende a pretensão processual da União em tais casos, conforme se verifica do art. 70, III, da CRFB/88:

Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Embora a doutrina e jurisprudência sejam pacíficas ao afirmar que tal hipótese não mais é obrigatória, trata-se de medida processual salutar, tendo em



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

vista a economia processual e a celeridade obtidas ao se propor tal modalidade de intervenção de terceiro.

Portanto, identificando-se que o autor da demanda é beneficiário de plano de saúde e constatando-se o dever da operadora em fornecer o medicamento, seja nas hipóteses acima narradas, seja através da análise específica do contrato, sugere-se que a Procuradoria faça a denunciação da lide, buscando em favor da União o resarcimento dos gastos com o medicamento em face da operadora de plano de saúde.

DA POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE REGRESSO

Não tendo sido proposta ou aceita a denunciação da lide, haverá, ainda, a possibilidade de propositura de ação de regresso em face da operadora, tendo em vista que, como já afirmado, o art. 70, III, do CPC não é uma hipótese de denunciação obrigatória da lide.

Tendo em vista tal possibilidade e sabendo-se que até agora não é hábito na defesa da União a tentativa de resarcimento junto às operadoras de plano de saúde, vislumbra-se que há grande quantidade de demandas já ajuizadas nas quais será cabível o ajuizamento de ação de regresso.

Porém, tendo em vista a prescrição, deve-se limitar tal busca, caso haja condições materiais, humanas e haja conveniência e interesse por parte dos órgãos interessados, às ações que tenham transitado em julgado há menos de 5 anos, sob pena de ter ocorrido a prescrição, nos moldes do art. 1º, do Decreto 20.910/32.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que, em se tratando de medicamento cujo fornecimento seja de responsabilidade de um plano de saúde, cabe à União, primeiramente, solicitar que essa obrigação jurídica seja prestada por quem está obrigado legal ou contratualmente: o plano privado de assistência à saúde. Caso isso não seja viável, a União deverá pleitear o resarcimento dos custos do fornecimento em face da operadora do plano de saúde responsável, caso o autor da demanda judicial seja beneficiário de tal plano.

É o parecer.

À consideração do Ilustríssimo Coordenador de Assuntos Judiciais.

Brasília, 01 de julho de 2012.

PAULO SÉRGIO FERREIRA FILHO

Advogado da União

De acordo, Brasília, 01 de julho de 2012.

HIGOR REZENDE PESSOA

Advogado da União

Coordenador de Assuntos Judiciais



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

De acordo, Brasília, 01 de julho de 2012.

ALESSANDRA VANESSA ALVES

Advogada da União
Coordenadora-Geral de Assuntos Jurídicos

De acordo, Brasília, 01 de julho de 2012.

JEAN KEIJI UEMA

Consultor Jurídico