

Paulo Roberto do Nascimento Martins¹

Bernardo Franke Dahinten²

Augusto Franke Dahinten²

O PROBLEMA ENVOLVENDO AS OPMEs E OS PLANOS DE SAÚDE: CONTORNOS E ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA

The problem involving OPMEs and the health plans contracts: outline and analysis of the issue

¹ Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre/RS, Brasil.

² Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre/RS, Brasil.

Correspondência: Augusto Franke Dahinten. *E-mail*: gutodahinten@yahoo.com.br.

Recebido em: 01/03/2016. Aprovado em: 22/03/2016.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo introduzir e analisar algumas das questões mais polêmicas relacionadas às indicações de Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPMEs) no âmbito dos contratos de planos de saúde. No texto, são exibidos elementos normativos atinentes a esse contexto, bem como decisões judiciais emblemáticas acerca da temática. O escopo é defender, de forma fundamentada, que a indicação de próteses e órteses pelo profissional assistente não pode ser vista como a única opinião válida, tampouco como necessariamente a mais correta, haja vista a existência de interesses outros que não a mera saúde do paciente e que também estão frequentemente em jogo. Ao final, é explicado que, à luz da normatização atualmente vigente no Brasil no âmbito da saúde suplementar, ao médico assistente cabe (apenas) indicar as características dos materiais necessários, cabendo à operadora de planos de saúde a escolha da marca e do fabricante. Enquanto os magistrados não se conscientizarem dessas normas, este sério problema não se resolverá.

Palavras-Chave

Contratos de Planos de Saúde; Decisões Judiciais; OPMEs.

ABSTRACT

This paper has as its scope to introduce and analyze some of most polemic issues involving the indications of OPMEs within the health plans contracts. During the text, are exhibited normative elements related to this context, as well as some judicial decisions concerning this matter, aiming to defend, with reasonable grounds, that the indication of the patient's doctor, when choosing prostheses and orthoses, cannot be taken as the unique nor necessarily the best opinion, given the existence of other interests, beyond the patient's health, that are often in stake as well. At the end, it is explained that, in light of the currently existing regulation in Brazil, in the context of the supplementary health system, to the patient's doctor is given the authority only to indicate the characteristics of the materials needed, leaving it to the health plans Operators the choice of the brand and the manufacturer. As long as the courts deny these rules, this serious problem will not be solved.

Keywords

Health Plan Contracts; Juridical Decisions; OPMEs.

Introdução

No dia 04 de janeiro de 2015, o programa *Fantástico*, da TV Globo, através da matéria denominada “Máfia das Próteses Coloca Vidas em Risco com Cirurgias Desnecessárias”, surpreendeu a sociedade brasileira ao denunciar práticas ilícitas de alguns profissionais da saúde, envolvendo a indicação e utilização de marca comercial de órteses, próteses e materiais especiais (conhecidos pela sigla OPME) em detrimento da saúde e da segurança dos pacientes.

O problema não é novo e inegavelmente resulta da crescente comercialização (verdadeira mercantilização) que a medicina vem sofrendo, com o aceite por parte de alguns médicos do assédio (financeiro) de fabricantes, fornecedores e distribuidoras de materiais – que oferecem ganhos econômicos em troca da utilização de marcas comerciais específicas, independentemente da efetiva indicação técnica e da necessidade do paciente.

Esse conflito de interesses intensificou-se, no âmbito da saúde suplementar, na relação existente entre o médico assistente e as operadoras de planos de saúde (OPS), especificamente nas situações em que há a imposição, por parte do primeiro, de determinada marca comercial de OPME¹ e o parecer técnico contrário, por parte da Auditoria Médica da Operadora.

E o problema foi acentuado com a chamada judicialização da saúde. Inicialmente, ao arbitrar a divergência, o Poder Judiciário esposou o entendimento de que cabe ao médico assistente escolher o material adequado a seu paciente, independentemente de a auditoria médica do plano de saúde manifestar-se contrária à indicação.

De outra parte, os órgãos administrativos de fiscalização – como a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) – e os conselhos profissionais – como o Conselho Federal de Medicina (CFM) – passaram a disciplinar a matéria em sentido contrário, determinando que ao médico assistente cabe, apenas, indicar as características dos materiais necessários à execução dos procedimentos, justificando clinicamente a indicação.

No momento em que repercutem as denúncias contra a conduta de determinados médicos, revelam-se indiscutivelmente válidos os estudos voltados a analisar e esclarecer, no âmbito dessas delicadas situações, a competência de cada um dos agentes atuantes na saúde suplementar, de forma a se fixar, de maneira fundamentada, se a prerrogativa de escolher a marca comercial dos materiais cabe ao médico assistente ou ao plano de saúde.

Este é o propósito do presente artigo.

¹“Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPME) são insumos utilizados na saúde e sempre relacionados a uma intervenção médica ou odontológica, diagnóstica ou terapêutica.” (GEAP. *Norma técnica de órteses, próteses e materiais especiais*. Brasília: Direção Executiva GEAP, 2009. p. 28).

I. Noções gerais acerca das OPMEs

1. Um problema também da saúde pública

De pronto, é importante destacar que a problemática envolvendo as denominadas OPMEs não se restringe à saúde suplementar e às indicações tecnicamente indevidas, por parte de médicos assistentes, aos beneficiários de contratos de planos de saúde.

O problema, em verdade, encontra eco também, e possivelmente de forma ainda mais assustadora, na saúde pública, haja vista a notória existência de cartéis de fabricantes e fornecedores desses produtos e de processos licitatórios fraudulentos, não raramente superfaturados, através dos quais o poder público adquire materiais e contrata serviços – apenas para mencionar algumas das formas corruptas e antiéticas que permeiam o contexto das OPMEs, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)².

Não há qualquer dúvida, portanto, de que toda essa problemática que gravita em torno das OPMEs diz respeito ao mercado da saúde como um todo, atingindo suas esferas pública e privada e afetando, destarte, a todos: médicos, hospitais, operadoras de planos de saúde, poder público, gestores, empresas fabricantes desses materiais, empresas distribuidoras e, evidentemente, pacientes, entre outros.

Prova disso é que, desde fevereiro de 2015, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 017/2015³, de autoria da senadora gaúcha Ana Amélia Lemos. Se aprovado nos termos originalmente propostos, o projeto introduzirá no Brasil mecanismos inéditos de controle e de regulação dos preços desses materiais, aplicáveis a pessoas jurídicas tanto de direito público como de direito privado.

Além disso, com a veiculação da questão na mídia e a publicização dos crimes e infrações cometidos na indicação das OPMEs, foram instaurados – e continuam em andamento – Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) especificamente para investigar o assunto, tanto em nível estadual (como é o caso da Assembleia Legislativa gaúcha) como em nível federal (no Senado e na Câmara dos Deputados).

Fato é que o problema, portanto, não se limita, de modo algum, à saúde suplementar e a seus mais de 50 milhões de beneficiários de contratos de assistência privada à saúde⁴, e sim atinge toda a população brasileira, esteja ela vinculada ou não a seguros e planos de saúde.

²Apenas para exemplificar, citável matéria intitulada “Cirurgia mediante comissão e fraude”, veiculada no *Jornal Zero Hora*, no dia 05 de janeiro de 2015, de autoria de Giovani Grizotti, na qual é apontado que o problema envolvendo OPMEs lesa, também, o SUS.

³Eis a ementa do referido projeto: “Define normas de regulação para o mercado de órteses, próteses e materiais especiais (OPME)”. Apenas para ilustrar, o referido projeto legislativo traz, entre outros, a previsão expressa de pesadas multas serão aplicada a quaisquer entidades ou pessoas que pagarem ou receberem comissão em razão da prescrição destes materiais.

⁴AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. *Dados gerais*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 05 jan. 2016.

2. OPMEs e os contratos de planos de saúde

Até o ano de 1998 – quando ainda não havia, no âmbito dos planos e seguros de saúde, qualquer normatização mais rigorosa –, praticamente todos os aspectos dessas modalidades contratuais, inclusive no que tange à amplitude (extensão) das coberturas assistenciais, permaneciam ao largo de quaisquer exigências maiores. Por decorrência, as empresas atuantes nesse mercado eram, em linhas gerais, livres para excluir e limitar direitos dos seus beneficiários, sem maiores riscos.

Tal cenário de falta de regulamentação modificou-se brutalmente com a edição de Lei Federal n. 9.656/1998⁵, a denominada Lei dos Planos de Saúde (LPS) e com a criação da ANS, agência reguladora criada por lei com a finalidade precípua de regulamentar e fiscalizar o mercado da saúde suplementar⁶.

A normatização trouxe diversas inovações. Dentre elas, e de especial valia para este texto, passou a ser vedada a exclusão de cobertura para órteses e próteses ligadas ao ato cirúrgico. Contudo, permitiu a exclusão, por exemplo, de materiais não ligados ao ato cirúrgico⁷ ou materiais com finalidades estéticas⁸.

Portanto, a rigor, atualmente todos os planos de saúde firmados sob a égide dessa nova legislação trazem, obrigatoriamente, o direito à cobertura para próteses, órteses e materiais equivalentes⁹.

⁵BRASIL. *Lei Federal n. 9.656, de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

⁶A ANS foi criada pela Lei n. 9.961/2000, da qual se destacam os seguintes artigos: “Art. 1°. É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro – RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”; e “Art. 3°. A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”. (BRASIL. *Lei Federal n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016).

⁷“fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico”. Artigo 10, inciso VII (BRASIL. *Lei Federal n. 9.656, de 03 de junho de 1998*, cit.); Aurisvaldo Sampaio, ao comentar esta possibilidade de exclusão, esclarece que: “Não ligados ao ato cirúrgico são aqueles dispositivos cuja instalação ou remoção do corpo humano não requeira a realização de cirurgia. Exemplos que independe de ato cirúrgico são as próteses auditivas e varias órteses ortopédicas, como a subpatela”. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de plano de saúde*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 294).

⁸“procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim”. Art. 10, inciso II (BRASIL. *Lei Federal n. 9.656, de 03 de junho de 1998*, cit.).

⁹Há quem diga, no entanto, que com a LPS a cobertura para OPMEs passou a ser obrigatória “seja qual for o tipo de plano, até mesmo no mais básico”. (FARIAS, Carolina Steinmuller; FARIAS, Thélío Queiroz. *Práticas abusivas das operadoras de planos de saúde*. 1. ed. Lemi, SP: Anhanguera, 2011. p. 75). Pela oportunidade, cumpre ressaltar não ser este o nosso entendimento, uma vez que o implante de OPMEs pressupõe procedimento cirúrgico inerente a segmentação hospitalar. Nosso entendimento é acompanhado por diversos doutrinadores. Nesse sentido, apenas para exemplificar, citam-se LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. *Regulação estatal e assistência privada à saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 195; e BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 62.

Entretanto, conforme se demonstrará adiante, tal normatização, ao contrário do que se poderia imaginar, não conseguiu resolver suficientemente determinadas questões fundamentais relativas ao processo de indicação e escolha de OPMEs por parte dos médicos assistentes dos beneficiários. Isso gerou (e vem gerando) um problema de proporções gigantescas e que, até hoje, prejudica todos os setores e participantes desse mercado, em especial os pacientes beneficiários.

II. O poder da opinião do médico assistente

Ao longo do tempo, o Poder Judiciário, ao discutir a marca comercial de órteses, próteses e materiais especiais a ser utilizada em procedimento cirúrgico, firmou a convicção de que “cabe ao médico assistente determinar qual o melhor e mais adequado material a tratar a moléstia do paciente”¹⁰.

São inúmeros os precedentes jurisprudenciais, decorrentes de todas as regiões do país, capazes de atestar a hegemonia da opinião e das escolhas do médico assistente à qual os litígios envolvendo planos de saúde encontram-se atados. A título de ilustração, seguem colacionadas duas ementas, a primeira oriunda do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e a segunda, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ACÇÃO COMINATÓRIA – CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE – COBERTURA PARA CIRURGIA DE ARTROPLASTIA TOTAL DO JOELHO – IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE – NECESSIDADE INDICADA POR MÉDICO ESPECIALISTA – EXCLUSÃO DE COBERTURA EXPRESSA NO CONTRATO – ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA – Se o contrato de plano de saúde não exclui a cobertura para a cirurgia de artroplastia deve também abranger o custo da prótese necessária ao sucesso do procedimento, tal como recomendado pelo médico especialista que atendeu a usuária do plano de saúde. O dispositivo de plano de saúde que exclui a cobertura de determinadas próteses é dissonante da boa-fé que deve pautar os contratos de consumo.

¹⁰Segue a ementa em que a dita máxima restou registrada: “APELAÇÕES CÍVEIS. ACÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA. PLANO DE SAÚDE. DESPESAS RELATIVAS AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. SUBSTITUIÇÃO DE PRÓTESE PENIANA. NECESSIDADE COMPROVADA. COBERTURA DEVIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Os contratos de planos e seguro de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35 da Lei n. 9.656/98, pois envolvem típica relação de consumo. Assim, incide, na espécie, o artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. 2. Não há como o plano de assistência à saúde negar cobertura da prótese utilizada para a realização do procedimento cirúrgico, porque o art. 10 da Lei n.º 9.656/98 não exclui da cobertura do contrato de plano de saúde o fornecimento de materiais essenciais à realização de cirurgia. É devida a cobertura securitária da prótese, necessária à melhora na qualidade de vida da parte autora. Cabe ao médico assistente determinar qual o melhor e mais adequado material a tratar a moléstia do paciente. 3. Honorários advocatícios. Fixação da verba conforme art. 20, §3º, do CPC, por se tratar de sentença condenatória. Recurso provido, no ponto. RECURSO DA RÉ DESPROVIDO. RECURSO DO AUTOR PROVIDO”. (Apelação Cível n. 70057235871, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 10/12/2014).

(Apelação Cível n. 1.0024.10.290888-6/001, 10ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relatora: Ângela de Lourdes Rodrigues, Julgado em 11/11/2014)¹¹.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. FORNECIMENTO DE PRÓTESE ORTOPÉDICA. MARCA ZIMMER. NEGATIVA DE COBERTURA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. [...] II. Os contratos de planos de saúde estão submetidos às normas do Código de Defesa do Consumidor. Inteligência do art. 35-G, da Lei nº 9.656/98 e da Súmula 469, do STJ. Ademais, o art. 10, inciso VII, da Lei nº 9.656/98, dispõe que somente poderão ser excluídos da cobertura dos planos de saúde os gastos com próteses, órteses e seus acessórios quando desvinculados ao ato cirúrgico. III. Não há motivo para a recusa de cobertura pela operadora do plano de saúde da prótese ortopédica indicada pelo médico em marca específica (Zimmer), considerando os esclarecimentos do profissional no sentido da melhor qualidade e melhor adaptação do paciente com o referido material. IV. Estando presentes os requisitos previstos no art. 273, do CPC, deve ser deferida a antecipação de tutela para determinar o fornecimento do material. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento n. 70062572912, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 25/03/2015).

Com efeito, não se desconhece a existência de fatores históricos, políticos e sociais que justificam essa máxima – a de que a opinião médica deva ser considerada a única abalizada para detectar se o indivíduo está ou não saudável e, em caso negativo, quais os procedimentos que devem ser adotados:

Esse poder de dizer a saúde e a doença, bem como determinar o tratamento a ser seguido, foi obtido ao longo de muitos anos e com grande protagonismo dos médicos para conseguir a exclusividade e, concomitantemente, afastar os possíveis concorrentes na tarefa de estabelecer o que é doença e o que é cura¹².

Eliot Freidson, aliás, destaca a *preeminência* (no sentido de superioridade) como sendo, inclusive, a principal característica da profissão médica, de

¹¹Segue trecho da dita decisão: “No que concerne ao fato da cobertura pretendida pela Autora tratar-se de prótese importada e o plano de saúde em questão apenas arcar com os custos da prótese nacional, de igual forma, tal fundamento não pode ser utilizado para a negativa de cobertura. O laudo médico comprovou a necessidade da utilização de prótese importada, por esta possuir maior durabilidade e melhor material, ensejando melhores resultados ao paciente. [...] Registro que a prótese importada foi indicada pelo médico especialista para o caso da Autora, não cabendo à operadora de plano de saúde indicar a melhor técnica cirúrgica para o tratamento de seu segurado, ou melhor, prótese a ser usada, utilizando meramente o conceito custo”.

¹²CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2014. p. 16.

modo que o conhecimento médico (isto é, do profissional médico) sobre as doenças e seus respectivos tratamentos deve ser considerado como autorizado e definitivo:

Se considerarmos a profissão médica atualmente, fica claro que sua principal característica é a preeminência. É preeminente não apenas no prestígio, mas também na autoridade relativa à sua especialidade. Isto para dizer que o conhecimento médico sobre doenças e seu tratamento é considerado autorizado e definitivo. Apesar das exceções interessantes, como a quiroprática e homeopatia, não existem representantes de ocupações em competição direta com a Medicina que tenha conseguido posições semelhantes na formulação de políticas relacionadas à saúde. A posição da Medicina hoje em dia está próxima das antigas religiões de Estado – ela tem um monopólio aprovado oficialmente sobre o direito de definir o que é saúde e doença e de tratá-la. Além disso, ela é altamente reconhecida pelo público, o que reflete o grande prestígio que possui¹³.

O poder do profissional médico na indicação de procedimentos e tratamentos permanece tão forte e evidente que, por exemplo, a própria Lei Federal n. 12.842/2013¹⁴ (Lei do Ato Médico) prevê, como atividade privativa do médico, a “indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios” (artigo 4º, inciso I).

Ou seja, até mesmo no âmbito da legislação federal, está normatizado e consagrado o “poder vinculante” da opinião do médico. *Angélica Carlini*¹⁵ também reconhece a atualidade dessa problemática situação: “No mundo contemporâneo os médicos quase sempre são os únicos autorizados a fixar conceitos de saúde, de doença e, em decorrência disso, os únicos autorizados a determinar o tratamento adequado para as pessoas”.

E por certo, no que tange ao paciente/beneficiário, diante desse “poder” historicamente conferido ao profissional da medicina, nada cabe senão aceitar e concordar com as indicações e opções de tratamento apontadas por seu médico. Isso porque é inequívoco que os pacientes não dispõem de conhecimentos

¹³FREIDSON, Eliot. *Profissão médica: um estudo de sociologia do conhecimento aplicado*. São Paulo: Unesp; Porto Alegre: Ed. do Sindicato dos Médicos. 2009. p. 16-17.

¹⁴BRASIL. *Lei Federal n. 12.842, de 10 de julho de 2013*. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

¹⁵CARLINI, Angélica. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 19.

técnicos suficientes para saber da eficiência dos tratamentos médicos que lhes são prescritos¹⁶.

Nesse panorama – considerando ainda o cenário socioeconômico em que se vive, de verdadeira “guerra” (da classe médica) contra as baixas remunerações praticadas, sobretudo, no que concerne aos profissionais vinculados às OPS –, não é difícil imaginar alguns médicos estimulados a indicar e prescrever tratamentos e serviços até mesmo desnecessários¹⁷ como forma de incrementar seus honorários¹⁸.

A autonomia do profissional médico, portanto, não pode ser vista como um poder onipotente e superior aos demais, mas com ressalvas, de forma a se evitarem abusos e ações antiéticas e corruptas, haja vista outros interesses que sabidamente coexistem nesse ambiente e não raramente influenciam determinantemente na eleição deste ou daquele tratamento, deste ou daquele material, desta ou daquela marca comercial¹⁹.

Neste contexto, é de máxima relevância verificar o que as normas incidentes nesse processo determinam.

III. A escolha do material cabe à OPS

1. A Posição da ANS

Conforme acima visto, é obrigação imposta por lei a cobertura, por parte das OPS, de materiais ligados a procedimentos cirúrgicos, entre eles órteses e próteses. Entretanto, também consoante acima demonstrado, o Judiciário tende a considerar essa obrigação cumprida apenas quando satisfeita a exata exigência do médico assistente. Ou seja, em linhas gerais, a jurisprudência tem como norte o entendimento de que, ao

¹⁶Destacando justamente a existência dessa assimetria de informação no mercado de saúde suplementar entre consumidores e prestadores, ver OCKE-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do estado? *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 157-185, jan./abr. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rec/v10n1/07.pdf>>. <http://dx.doi.org/10.1590/S1415-98482006000100007>.

¹⁷LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. op. cit., p. 112-113.

¹⁸O assunto, sob forma de falhas de mercado existentes no setor de saúde suplementar, é explorado por BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre concorrência e concentração em serviços de saúde: relações verticais e horizontais. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e regulação no setor de saúde suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 76-77; e FOLLAND, Sherman; GOODMAN, Allen. C.; STANO, Miron. *A economia da saúde*. Tradução de Cristina Bazan. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2008. p. 272-280.

¹⁹A respeito da autonomia do profissional, destacável a seguinte passagem de *Angélica Carlini*: “A autonomia como pressuposto essencial da prática da atividade médica é importante para garantia do melhor tratamento para o paciente, porque permite ao profissional enfrentar todo o tipo de pressão seja pela redução de custos no tratamento, seja pela não realização do não tratamento. Mas essa é uma face do problema, a outra é que a autonomia pode ser utilizada para impor tratamentos cujos resultados ainda não estão satisfatoriamente comprovados, medicamentos de alto custo em lugar de outros mais baratos, inserção de novas tecnologias sem a necessária avaliação da relação custo-benefício, por vezes adotando procedimento em razão da pressão da indústria da produção de aparelhos, próteses, órteses ou de medicamentos”. (CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública no Brasil*, cit., p. 24).

médico assistente, é garantido o direito de exigir o exato material a ser usado em seu paciente, inclusive indicando de forma expressa a marca comercial e/ou o fornecedor.

Já há alguns anos, todavia, essa realidade vem despertando inquietação por parte das OPS, irrisignação esta cada vez mais alçada ao crivo judicial. Em 2009, por exemplo, ao julgar a Apelação Cível n. 471.821-4/2-00²⁰, interposta por beneficiário de plano de saúde, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso e manteve a sentença de improcedência, sob o entendimento de que “o paciente tem direito a próteses adequadas, mas não a marcas certas”. Restou ressaltado, na oportunidade, que a OPS teria cumprido a sua obrigação ao fornecer a prótese, ainda que de marca distinta daquela especificamente solicitada pelo profissional médico.

Esse exato entendimento foi ratificado e oficializado pela ANS pouco depois, quando da publicação da Resolução Normativa (RN) n. 211/2010²¹. A RN estipulou, de forma implícita, que é das OPS – e não dos médicos assistentes, portanto – a competência para definir a marca comercial das órteses e próteses por elas fornecidas.

Diz-se de forma “implícita” porque o parágrafo 2º, do artigo 18²², da referida resolução normativa determinava caber ao médico assistente (apenas) a prerrogativa de determinar as características dos materiais necessários à execução dos procedimentos e, quando solicitado pela OPS, justificar clinicamente sua indicação e oferecer, pelo menos, três marcas de produtos de fabricantes diferentes.

Percebe-se que a intenção da agência reguladora, desde aquela época (início de 2010) até hoje, tem sido coibir a prática, pelo profissional da saúde, de vincular a prescrição médica à determinada marca comercial. A mesma previsão regulamentar

²⁰Segue a respectiva ementa: “Plano de Saúde – fornecimento de próteses para cirurgia ortopédica – médico que se recusou a aceitar as próteses de marca diversa das que tinham sido por ele exigidas – direito que não está amparado pelo contrato – o paciente tem direito a próteses adequadas, mas não a marcas certas – sentença mantida – recurso não provido” (9ª Câmara “B” da Seção de Direito Privado, Relator Des. José Luiz Germano; o mesmo precedente pode ser identificado através do n. 0126809-31.2006.8.26.0000).

²¹AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Resolução Normativa n. 211, de 11 de janeiro de 2010*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTU3NQ==>>. Acesso em: 29 abr. 2016. Revogada pela RN n. 338/2013.

²²Art. 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: [...] VI – cobertura de órteses e próteses ligadas aos atos cirúrgicos listados no Anexo desta Resolução; [...] §2º Para fins do disposto no inciso VI deste artigo, deve ser observado o seguinte: I – cabe ao médico ou cirurgião dentista assistente a prerrogativa de determinar as características (tipo, matéria-prima e dimensões) das órteses, próteses e materiais especiais – OPME necessários à execução dos procedimentos contidos no Anexo desta Resolução Normativa; II – o profissional requisitante deve, quando assim solicitado pela operadora de plano privado de assistência à saúde, justificar clinicamente a sua indicação e oferecer pelo menos 03 (três) marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, dentre aquelas regularizadas junto à ANVISA, que atendam às características especificadas; e III – em caso de divergência entre o profissional requisitante e a operadora, a decisão caberá a um profissional escolhido de comum acordo entre as partes, com as despesas arcadas pela operadora”. Id. Ibid.

foi repetida na RN n. 262/2011²³, e posteriormente ampliada com a publicação da RN n. 338/2013²⁴, estando integralmente mantida na RN n. 387/2015²⁵ (que entrou em vigor recentemente, em janeiro de 2016).

Acerca destas últimas, embora tenham mantido o comando de que “cabe ao médico ou cirurgião dentista assistente a prerrogativa de determinar as características (tipo, matéria-prima e dimensões) das órteses, próteses e materiais especiais (OPMEs)”²⁶ e de que, quando solicitado pela OPS, poderá “justificar clinicamente sua indicação e oferecer pelo menos 03 (três) marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, dentre aquelas regularizadas junto à Anvisa, que atendam às características especificadas”²⁷, desde a RN n. 338/2013 passou a haver a previsão de que o médico assistente somente poderá “recusar até três nomes indicados por parte da operadora para composição da junta médica”²⁸, limitando a possibilidade de escolha do profissional a integrar a terceira opinião.

Portanto, não há dúvidas de que a regra editada pelo órgão regulador garante à OPS o direito de escolher a marca comercial e o fabricante dos materiais a serem utilizados, desde que, obviamente, atendidos os requisitos e detalhes técnicos indicados pelo médico assistente.

2. A posição do CFM e do Código de Ética Médica

De outra parte, o CFM publicou a Resolução n. 1.595/2000, proibindo a vinculação da prescrição médica à obtenção de vantagens materiais ofertadas por eventuais interessados na produção ou comercialização de produtos farmacêuticos ou equipamentos na área médica²⁹.

²³AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Resolução Normativa n. 262, de 01 de agosto de 2011*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/rn%20262.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

²⁴AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Resolução Normativa n. 338, de 21 de outubro de 2013*. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=260921>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

²⁵AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Resolução Normativa n. 387, de 28 de outubro de 2015*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=r aw&id=MzExMA==>>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

²⁶Ibid.

²⁷Ibid.

²⁸AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Resolução Normativa n. 338, de 21 de outubro de 2013*, cit.

²⁹Art. 1º: “Proibir a vinculação da prescrição médica ao recebimento de vantagens materiais oferecidas por agentes econômicos interessados na produção ou comercialização de produtos farmacêuticos ou equipamentos de uso na área médica”; Art. 2º: “Determinar que os médicos, ao proferir palestras ou escrever artigos divulgando ou promovendo produtos farmacêuticos ou equipamentos para uso na medicina, declarem os agentes financeiros que patrocinam suas pesquisas e/ou apresentações, cabendo-lhes ainda indicar a metodologia empregada em suas pesquisas – quando for o caso – ou referir a literatura e bibliografia que serviram de base à apresentação, quando essa tiver por natureza a transmissão de conhecimento proveniente de fontes alheias. Parágrafo-Único – Os editores médicos de periódicos, os responsáveis pelos eventos científicos em que artigos, mensagens e matérias promocionais forem apresentadas são co-responsáveis pelo cumprimento das formalidades prescritas no caput deste artigo”. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 1.595, de 18 de maio de 2000*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2000/1595_2000.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016).

Posteriormente, em 2007, o mesmo CFM, instado a manifestar seu posicionamento quanto à exigência pelo médico de materiais de determinada marca comercial, emitiu o Parecer n. 16/2008. Nele, asseverou que “não há justificativa para o médico excluir marca comercial de produtos e/ou instrumentos para procedimentos”³⁰.

O mencionado órgão fundamentou seu entendimento na ausência de competência técnica, pelo profissional da medicina, para reprovar a utilização de marcas comerciais aprovadas e comprovadas cientificamente, bem como nos indícios de “mercantilização sorrateira da Medicina”, fazendo com que os interesses comerciais comprometam e se sobreponham à relação médico-paciente e “provocando fundada presunção de interação ou dependência com a comercialização do produto”.

Ressaltou, ainda, que a conduta do médico que deixa de atender a um determinado paciente, apagando-se à utilização de produtos de determinada marca comercial em detrimento de quaisquer outras, ofende não só o Código de Ética Médica, mas também ao artigo 196³¹, da Constituição da República de 1988 (CF/88).

O aludido parecer originou-se de anterior manifestação do Conselho Regional de Medicina do Paraná (Parecer n. 1.627/2004), que, consultado sobre o tema no ano de 2004, emitiu parecer nesse mesmo sentido:

[...] Servimo-nos da presente para formular consulta a esse Egrégio Conselho, no sentido de saber se o fato do profissional médico exigir, para a realização da cirurgia, o fornecimento de instrumental ou aparelho de determinada marca comercial, caracteriza, em tese, algum tipo de infração ao Código de Ética Médica. [...] O médico deve receber material e instrumental para realizar os procedimentos registrados e liberados pelos órgãos competentes, mais do que isso devem ser de comprovada qualidade. Existem várias empresas que disponibilizam os materiais e os instrumentais de qualidade muito semelhante, portanto não tem qualquer motivo para o médico exigir uma marca comercial específica. Poderá em casos muito especiais que um instrumental tem particularidade técnica específica e única alternativa para determinado procedimento a ser realizado. Nestes casos excepcionais, o médico deve apresentar uma solicitação, com os detalhes e a justificativa da indicação. Caso

³⁰CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Processo-consulta CFM n. 8.077/07 – Parecer CFM n. 16/08*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/2008/16_2008.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016. Relator José Hiran da Silva Gallo; relator de Vista Antônio Gonçalves Pinheiro.

³¹Art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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”. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016).

não se tratando desta condição excepcional, não há qualquer justificativa para o médico exigir o material ou instrumental de apenas uma empresa fornecedora dos referidos materiais. Quanto à questão, se poderá haver algum tipo de infração ao código de ética médica, respondo que até seria possível haver indícios de infração, se restar comprovado que o médico tem atuado de forma a obter ganho ou vantagens pela exigência de utilizar materiais de uma única empresa, quando outras empresas disponibilizam matérias de igual qualidade.

Por outro lado, também o Código de Ética Médica, constante na Resolução CFM n. 1.931/2009³², veda expressamente o exercício mercantilista da medicina (artigo 58) e a interação do médico com qualquer organização destinada à fabricação ou comercialização de produtos de prescrição médica (artigos 68 e 69).

Foi nesse contexto que, em 25 de outubro de 2010, o CFM publicou a Resolução n. 1.956/2010, cujo próprio preâmbulo reconhece ser

vedado ao médico obter qualquer forma de lucro ou vantagem pela comercialização de medicamentos, órteses, próteses, materiais especiais ou artigos implantáveis de qualquer natureza, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional³³.

A referida resolução, em semelhante trilha das normas da ANS, determinou que ao médico assistente cabe, apenas e tão somente, indicar “as características (tipo, matéria-prima, dimensões) das órteses, próteses e materiais especiais implantáveis, bem como o instrumental compatível, necessário e adequado à execução do procedimento” (artigo 1º), bem como “justificar clinicamente a sua indicação, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e as legislações vigentes no país” (artigo 2º). Além disso, vedou, de forma expressa, ao médico assistente exigir fornecedor específico ou marca comercial exclusiva (art. 3º).

Não bastasse isso, é digno de nota que também o Conselho Federal de Odontologia (CFO), seguindo a trilha das normas acima comentadas, publicou a Resolução n. 115/2012³⁴, especificamente aplicável ao cirurgião-dentista, a quem restou igualmente vedado “exigir fornecedor ou marca comercial exclusiva” (artigo 3º). A resolução revela-se extremamente importante, notadamente em razão de as solicitações feitas por cirurgiões buco-maxilo-faciais não raramente também se utilizarem de órteses, próteses e materiais especiais.

³²CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.931, de 17 de setembro de 2009*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

³³CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.956, de 25 de outubro de 2010*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1956_2010.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

³⁴CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. *Resolução n. 115, de 03 de abril de 2012*. Disponível em: <<http://cfo.org.br/servicos-e-consultas/ato-normativo/?id=1630>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

IV. Do assédio financeiro e da mercantilização

De outra parte, a Anvisa, que tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e comercialização de produtos, publicou em dezembro de 2008 a Resolução – RDC n. 96/2008³⁵. Nela, afirmou que o eventual apoio ou patrocínio aos profissionais de saúde não pode, em nenhuma hipótese, estar condicionado à prescrição médica (artigo 42).

Mais uma vez a preocupação desta agência reguladora, tal como antes visto em relação à ANS, foi a existência de indícios de que alguns laboratórios, distribuidores e fabricantes de produtos médicos estariam exercendo marketing questionável em saúde, influenciando os profissionais da área médica, ainda que indiretamente, a utilizarem somente os produtos de determinada marca comercial.

Todos esses normativos regulamentadores dos órgãos administrativos de fiscalização (como a ANS e a Anvisa) e dos conselhos profissionais (como o CFM e o CFO) visam, claramente, a superar o crescente assédio dos profissionais da saúde por parte dos distribuidores e fornecedores de OPMEs^{36,37}.

Tal assédio, decorrente da mercantilização da qual a medicina vem sendo vítima, é explorado por *Gabriel Schulman*:

Sob diversos aspectos, tem-se assinalado a mercantilização dos serviços de saúde. [...] parece indiscutível que as consequências atingem os mais variados recantos da atividade da

³⁵AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Resolução Normativa n. 96, de 17 de dezembro de 2008*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/7504330048d1c2a2b2eebba3f2835ae8/Resolucao_96_2008_consolidada_final_site_setembro2010.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 29 abr. 2016.

³⁶A fulminar qualquer dúvida quanto a esta constatação, cabível a reprodução do seguinte trecho de *Milena Pereira*: “As Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPME) têm, cada vez mais, comprometido os custos da assistência à saúde. O avanço tecnológico nessa área tem sido vertiginoso, especialmente em algumas especialidades como cirurgias de coluna, ortopédicas e endovasculares. Hoje, os pacientes participam da prescrição e definição da técnica a ser utilizada na cirurgia, pois são grandes usuários da internet, que têm todo o tipo de informação, e o leigo não sabe discernir o que é confiável do que não é. Não bastasse isso, os médicos são assediados pelas distribuidoras de materiais e fabricantes. Esses estão dentro dos centros cirúrgicos dos hospitais, oferecendo ao profissional, materiais que facilitam o seu trabalho, sem, no entanto, trazer a confirmação de sua eficácia para o paciente. Alguns médicos, ainda, não só determinam a marca do material requisitado, mas exigem o fornecedor do mesmo. O direcionamento a algum fornecedor impossibilita a compra do OPME pelo melhor preço, tanto pelo hospital como pela operadora de saúde”. (PEREIRA, Milena. *Utilização de órteses, próteses e materiais especiais: OPME em Operadoras de Planos de Saúde Suplementar*. 2011. (Conclusão de Curso) – Pós-Graduação em Gestão de Planos de Saúde. Universidade Anhanguera-Uniderp. São Paulo, 2011. p. 25). No mesmo sentido, registra-se o artigo *A maldição da prótese*, do médico *José Pedro Jorge Filho*, publicado pelo CFM, em que são destacados os problemas decorrentes da má prática da Medicina, como a seleção “imoral” de pacientes e a prática de comissionamento, chamado de “chocolate”, “percento” ou o “kickback”. (JORGE FILHO, José Pedro. *A maldição da prótese*. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/artigos/impressao.asp?id=1059>>. Acesso em: 30 nov. 2011).

³⁷A mercantilização da Medicina e alguns dos seus aspectos é apontada em FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 167-169.

saúde, a afetar as relações entre médico e paciente e a atingir a qualidade dos tratamentos³⁸.

E o autor continua:

Entre outras manifestações ou efeitos deste processo de transformações, observa-se, na assistência privada, a redução do tempo das consultas; a solicitação de exames complementares desnecessários, bem como a opção por tratamentos mais convenientes e lucrativos [...] ³⁹.

Com efeito, também em 2008, sob o título “Fabricantes de órteses premiam médicos”, o *Jornal da Associação Médica de Minas Gerais* denunciou a prática de alguns médicos receberem percentual pela utilização de material ou ficarem presos a determinado fornecedor em função de algum benefício concedido:

FABRICANTES DE ÓRTESES PREMIAM MÉDICOS

Médicos recebem, sim, comissão por implante de órteses e próteses. É o que revelam profissionais ouvidos pelo *Jornal da AMMG*, entre eles, presidentes e diretores de Sociedades de especialidades. A prática não abrange todos os médicos, mas parece corriqueira em algumas especialidades, como cirurgia cardiovascular, cirurgia plástica, neurocirurgia, oftalmologia e ortopedia. [...] “É abominável o médico receber percentual pela utilização de material ou ficar preso a determinado fornecedor em função de algum benefício concedido, mas infelizmente isso acontece”, afirma o presidente da Sociedade Brasileira de Ortopedia e traumatologia – Regional de Minas Gerais, Marcelo Back Sternick. Ele acredita que esse seja o motivo de alguns médicos preferirem utilizar próteses importadas a nacionais. “É uma grande mentira falar que o material nacional não presta”, afirma. O especialista conta ainda que centenas de ortopedistas brasileiros são réus em um processo na Justiça Federal, acusados de utilizarem próteses de qualidade duvidosas. “Alguns materiais reprovados em países do primeiro mundo são despejados aqui. Verdadeira sucata”, denuncia. “A coisa saiu da esfera ética para a policial”⁴⁰.

No âmbito internacional, onde o problema também existe, cabe destacar o artigo intitulado “Indústria ‘empurra’ novas drogas, sem garantir que são melhores que antigas”, de autoria de Richard A. Friedman, publicado pelo jornal *The New*

³⁸SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 249.

³⁹Id. *Ibid.*, p. 250.

⁴⁰FABRICANTES de órteses premiam médicos. *Jornal da AMMG*, abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.saude.mppr.mp.br/arquivos/File/dwnld/sd_corr_489.pdf>.

York Times em 2009⁴¹. A matéria denunciava o fato de médicos e pacientes serem “inundados” com campanhas de marketing de empresas farmacêuticas, o que acabava fazendo com que o tratamento convencional e de eficácia assegurada fosse deixado de lado pela novidade mercadológica. O artigo concluía que os estudos comprovam que os profissionais que possuem laço com a indústria farmacêutica têm maior tendência a prescreverem um medicamento de marca, ao invés de um genérico, ao contrário dos médicos que não possuem qualquer vinculação com essas empresas.

Não por outra razão, nos Estados Unidos foi promulgado o chamado *Anti-Kickback Statute (The Medicare and Medicaid Patient Protection, de 1987)*, precisamente voltado a censurar o recebimento de suborno e comissões, com a estipulação de penalizações aos profissionais que recebam qualquer tipo de remuneração a partir de influência sobre a prescrição médica.

Diversos outros autores igualmente apontam a problemática inerente ao constante assédio que os médicos recebem quase que diariamente de laboratórios e fabricantes, bem como a inequívoca **influência** (inclusive e especialmente na prescrição de tratamentos e medicamentos) destes sobre aqueles – muito embora seja verdade que a maioria dos profissionais não admita ser suscetível a tais influências⁴².

Destaca-se ainda, na literatura, artigo publicado em Portugal no qual a questão foi estudada a partir de um levantamento de centenas de textos e pesquisas, desenvolvidos em diversos países sobre o assunto⁴³. A influência dos denominados delegados de informação médica (DIM), representantes dos laboratórios farmacêuticos (LF), revela-se claramente visível e constante em todo o mundo: “Vários trabalhos sugerem que o comportamento dos médicos está relacionado com, e é afetado por, as suas interações com os LF. As suas opções terapêuticas são obviamente a área mais afetada”⁴⁴. A conclusão do texto do referido artigo não surpreende: “Todos os estudos existentes, realizados noutros países, indicam que os LF e os DIM, seus

⁴¹FRIEDMAN, Richard A. Indústria ‘empurra’ novas drogas, sem garantir que são melhores que antigas. *New York Times*, 18 May 2009. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2009/05/19/health/19rmd.html?_r=1>. Acesso em 15 set. 2015.

⁴²[...] a maioria dos médicos acredita firmemente que é imune à influência dos DIM [...]”.(GRANJA, Mônica. Ligações perigosas: os médicos e os delegados de informação médica. *Revista Acta Médica Portuguesa*, v. 18, p. 62, 2005. Disponível em: <<http://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/viewFile/1002/671>>). Na mesma trilha é a afirmação de Valderílio Feijó Azevedo: “Infelizmente, a maioria dos médicos não reconhece que possa ser influenciada pelas ações de marketing industrial [...]”.(AZEVEDO, Valderílio Feijó. Biofármacos e ética em reumatologia. *Revista Bioética*, v. 19, n. 3, p. 659-670, 2011. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/669/716>).

⁴³GRANJA, Mônica. op. cit., p. 61-68.

⁴⁴Id. *Ibid.*, p. 64.

representantes, influenciam de forma importante e muitas vezes negativa o comportamento do médico⁴⁵.

Essa realidade é tão evidente no mundo, que, vale lembrar, até mesmo Hollywood já a veiculou em produções cinematográficas. São exemplos os filmes *Big Bucks*, *Big Pharma* (dirigido por Amy Goodman, de 2006) e *Amor e Outras Formas (Love & Other Drugs)*, dirigido por Edward Zwick, de 2010); ambos mostram, de uma forma ou de outra, o poder e a influência dos fabricantes sobre as indicações médicas.

Diante de tal situação e da comprovada influência de fatores outros que não a mera saúde e o bem-estar do paciente, entendemos e defendemos ser extremamente importante o papel do médico auditor e da terceira opinião médica no processo de análise e de regulação – preocupação que, por vezes, é severamente criticada. Embora a licitude dessas providências esteja à margem de qualquer impugnação⁴⁶, cabe ressaltar que a própria possibilidade de questionamento da indicação do médico assistente não é vista com bons olhos por grande parte dos profissionais médicos⁴⁷.

Não se trata, destarte, apenas de reduzir custos, mas de racionalizar os usos em uma área de necessidades crescentes e infinitas e, especialmente e acima de tudo, evitar indicações desnecessárias e, por vezes, prejudiciais aos pacientes beneficiários.

V. Da imperiosa necessidade de conscientização do Judiciário

Diante do cenário nacional e internacional de nítida mercantilização da medicina, realidade emblematicamente ilustrada por prescrições médicas vinculadas a determinada marca comercial, não foi surpresa a reportagem (verdadeira denúncia) exibida em 04 de janeiro de 2015 no programa *Fantástico* da TV Globo, denominada “Máfia das próteses coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias”. Na reportagem, foi escancarada a prática ilegal exercitada por profissionais médicos de indicação e utilização de marcas comerciais específicas de OPMEs, com evidente intuito de locupletamento e em detrimento da saúde e da segurança dos pacientes.

O Poder Judiciário, no entanto, na maioria de suas decisões, parece continuar alheio a essas reiteradas denúncias, bem como às normatizações administrativas acima destacadas, mantendo o (oblíquo) entendimento de que

a indicação do material a ser utilizado cabe ao médico responsável e habilitado para o tratamento do paciente, o qual é capacitado

⁴⁵GRANJA, Mônica. op. cit., p. 66.

⁴⁶A auditoria médica, como atividade regulamentada, está prevista tanto no Código de Ética Médica (no capítulo XI), como na Resolução n. 1.614/2001, do Conselho Federal de Medicina. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.614, de 08 de fevereiro de 2001*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2001/1614_2001.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016).

⁴⁷Genival Veloso de França, por exemplo, é expressamente contrário à auditoria médica. (FRANÇA, Genival Veloso de. op. cit., p. 86-87).

para decidir a melhor opção de material cirúrgico, não podendo, destarte, o plano de saúde opinar a respeito dos procedimentos⁴⁸.

Ou, ainda, que “ não há indícios nos autos de que o profissional médico tenha indicado o material em questão com fins econômicos ou para fraudar o sistema dos planos de saúde”⁴⁹.

É verdade que algumas decisões pontuais, como a do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 0062670-89.2011.8.19.000⁵⁰, começam a reconhecer de forma expressa que “a escolha do fornecedor do material necessário à cirurgia da parte autora cabe ao plano de saúde, nos termos da Resolução n. 1.956/2010 do Conselho Federal de Medicina, e não ao médico [...]”, sobretudo “[...] nas hipóteses em que o material indicado pelo médico tem um custo significativamente superior ao material do fornecedor indicado pelo plano de saúde, com indícios de enriquecimento ilícito”.

Ou, ainda, nesse mesmo sentido, a decisão do Tribunal de Justiça de Minas⁵¹ que, ao julgar pedido de “fornecimento de materiais/prótese de alto custo para procedimento cirúrgico”, reconheceu que, embora o laudo do médico assistente tenha a sua importância,

não é espécie de prova suprema ou irrefutável, ainda mais quando a solução da controvérsia, de natureza complexa, depende de conhecimento técnico-científico, necessário para se saber a respeito da possibilidade de substituição do medicamento ou sobre sua imprescindibilidade.

Na mesma esteira, é citável também o julgamento da Apelação Cível n. 70064251713, de 23 de abril de 2015 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o relator Ney Wiedemann Neto entendeu por indeferir o pedido de beneficiário que se insurgia quanto à prótese ofertada pelo plano de saúde, sob o fundamento de que não haveria prova da superioridade do material solicitado pelo médico quando comparado com o oferecido pela OPS⁵², em nítido exemplo de mitigação do poder vinculativo da opinião do médico assistente.

⁴⁸Apelação Cível n. 70042973776, 6ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 25/09/2014, Publicado em 01/10/2014.

⁴⁹Agravo de Instrumento n. 70064429673, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 27/05/2015, publicado em 02/06/2015.

⁵⁰Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento n. 0062670-89.2011.8.19.0000, 17ª Câmara Cível, Relator Elton M. C. Leme.

⁵¹Ap. Cível/Reex Necessário n. 1.0702.12.031989-3/001, 1ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relator: Alberto Vilas Boas, Julgado em 24/02/2015.

⁵²Segue a ementa: “Apelação cível. Seguros. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Prótese importada. Indicação médica. Não comprovação de resultados superiores às outras espécies de próteses e da necessidade de implantação da referida prótese para obtenção de sucesso no resultado da cirurgia. Legalidade da negativa de custeio do produto importado. Determinação de realização do procedimento cirúrgico com as próteses sugeridas pela ré. Redimensionamento dos ônus sucumbenciais. Apelo da parte autora parcialmente provido e apelo da ré prejudicado”.

Contudo, precedentes como esses são a esmagadora minoria. Em que pese a existência dessas decisões – que, convém reconhecer, são prolatadas em maior número nos últimos tempos⁵³ –, o Poder Judiciário ainda está longe de reconhecer e acolher, de forma majoritária, a vedação imposta por agências reguladoras e conselhos profissionais no sentido de que o profissional da saúde, ao solicitar cobertura para órteses, próteses e materiais, não pode exigir determinado fornecedor ou marca comercial exclusiva.

De outra banda, mesmo quando a vedação administrativa é prestigiada e adotada, por vezes o faz de forma equivocada, como se pode verificar no julgamento da Apelação Cível n. 1.0134.13.013360-3/001⁵⁴, na qual o Tribunal de Justiça mineiro entendeu que a OPS, ao recusar a cobertura para a prótese solicitada pelo médico assistente, deveria ter apresentado questionamento quanto à marca e ao fornecedor indicados. Pela referida decisão, a OPS não teria demonstrado “a divergência quanto à prótese específica indicada pelo médico assistente, bem como que a outra prótese oferecida atendia perfeitamente às características previamente especificadas no laudo médico”, o que, em verdade, destoa daquilo que a normatização estabelece.

A tendência, entretanto, é que o número de decisões que atentem para as normas acima referidas aumente e se prolifere. Não apenas em virtude da grande divulgação e publicização dessas questões e práticas ilegais, mas também por conta do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que não tem poupado esforços no sentido de recomendar aos magistrados a adoção de ferramentas que lhes permitam assegurar maior eficiência nas demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Dignos de menção, nessa esteira, as Recomendações ns. 31/2010⁵⁵ e 36/2011⁵⁶; e os

⁵³A mudança no rumo da orientação jurisprudencial, com a superação da anterior tendência em determinar o deferimento de toda e qualquer prestação em matéria de saúde, sem considerar as circunstâncias, já é evidente. Em levantamento feito junto às decisões do STF e do STJ, já se constatou que, atualmente, os tribunais estão sendo mais cautelosos e analisando as peculiaridades de cada caso e, em determinadas situações, negando a prestação pretendida, conforme apontado em BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 16, n. 1, mar./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025/98615>>. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111>.

⁵⁴Apelação Cível n. 1.0134.13.013360-3/001, 18ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relator: João Cancio, Julgado em 04/11/2014.

⁵⁵Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 31, 30 de março de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 29 abr. 2016).

⁵⁶Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde complementar”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 36, de 12 de julho de 2011*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=847>>. Acesso em: 29 abr. 2016).

Enunciados n. 27⁵⁷, 28⁵⁸, entre outros, aprovados na Jornada de Direito da Saúde, em 2014, todos do CNJ.

Considerações finais

O problema quanto às indicações de marcas exclusivas, no âmbito das OPMEs, como visto, consiste um obstáculo vivenciado nos serviços de saúde de forma geral, tanto os privados quanto os públicos. Apesar de todo o conjunto normativo que disciplina essas questões estipular que, ao médico assistente, é vedada a indicação de marca comercial quando da solicitação de próteses, órteses ou materiais especiais, a realidade vem se mostrando outra.

Conforme demonstrado, de acordo com as normas cunhadas tanto pelas agências reguladoras quanto pelos conselhos de classe, ao médico assistente cabe, apenas, a indicação quanto às características técnicas dos materiais dos quais seu paciente precisa. É absolutamente proibida, pois, a indicação de marcas, cabendo esta escolha às OPS – desde que obedecidos os requisitos técnicos solicitados pelo profissional no caso concreto.

A notícia veiculada pelo programa Fantástico, da TV Globo, sem dúvida serviu para escancarar, de forma pública e nacional, as condutas verdadeiramente criminosas de alguns profissionais médicos que, em absoluta revelia daquilo que as normas e regulamentações prescrevem e da saúde dos pacientes, se aproveitam de sua posição e reiteradamente indicam marcas comerciais específicas – inclusive quando sequer há necessidade de implante pelo paciente –, com patente intuito de enriquecimento indevido, antiético e criminoso.

É perante essa realidade turbulenta que o papel do Poder Judiciário ganha relevância e destaque, na medida em que os magistrados podem, nas inúmeras ações judiciais que versam especificamente quanto a essas questões, reconhecer que a opinião do médico assistente não é absoluta e que devem ser respeitadas as normas e regulamentações acima trabalhadas, não apenas como forma de evitar a mercantilização da medicina, como também de salvaguardar a saúde dos pacientes.

Ainda são poucas as decisões que se inclinam nesse sentido. Contudo, conforme se percebe e se procurou sinalar, pouco a pouco surgem novos precedentes atentos a essa realidade e que reconhecem, de forma louvável, a aplicação das normas e da legislação. O prognóstico, portanto, é de esperança.

⁵⁷Enunciado n. 27/2014: “As Resoluções nº. 1956/2010 Conselho Federal de Medicina e nº. 115/2012 do Conselho Federal de Odontologia e o rol de procedimentos e eventos em saúde vigentes na Agência Nacional de Saúde Suplementar, e suas alterações, são de observância obrigatória”. Id. Ibid.

⁵⁸Enunciado n. 28/2014: “Nas decisões liminares para o fornecimento de órteses, próteses e materiais especiais – OPME, o juiz deve exigir a descrição técnica e não a marca específica e/ou o fornecedor, em consonância com o rol de procedimentos e eventos em saúde vigentes na ANS e na Resolução n. 1956/2010 do CFM, bem como a lista de verificação prévia sugerida pelo CNJ”. Id. Ibid.

Referências

- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. *Dados gerais*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 05 jan. 2016.
- AZEVEDO, Valderílio Feijó. Biofármacos e ética em reumatologia. *Revista Bioética*, v. 19, n. 3, p. 659-670, 2011. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/669/716>.
- BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 16, n. 1, mar./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025/98615>>. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111>.
- BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre concorrência e concentração em serviços de saúde: relações verticais e horizontais. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e regulação no setor de saúde suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 47-108.
- BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- CARLINI, Angélica. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 17-46.
- _____. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2014.
- FARIAS, Carolina Steinmuller; FARIAS, Théo Queiroz. *Práticas abusivas das operadoras de planos de saúde*. 1. ed. Lemi, SP: Anhanguera, 2011.
- FOLLAND, Sherman; GOODMAN, Allen. C.; STANO, Miron. *A economia da saúde*. Tradução de Cristina Bazan. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2008.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- FREIDSON, Eliot. *Profissão médica: um estudo de sociologia do conhecimento aplicado*. São Paulo: Unesp. Porto Alegre: Ed. do Sindicato dos Médicos. 2009.
- FRIEDMAN, Richard A. Indústria ‘empurra’ novas drogas, sem garantir que são melhores que antigas. *New York Times*, 18 May 2009. Disponível em <http://www.nytimes.com/2009/05/19/health/19rmnd.html?_r=1>. Acesso em 15 set. 2015.
- GEAP. *Norma técnica de órteses, próteses e materiais especiais*. Brasília: Direção Executiva GEAP, 2009.
- GRANJA, Mônica. Ligações perigosas: os médicos e os delegados de informação médica. *Revista Acta Médica Portuguesa*, v. 18, p. 61-68, 2005. Disponível em: <<http://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/viewFile/1002/671>>.

JORGE FILHO, José Pedro. *A maldição da prótese*. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/artigos/impressao.asp?id=1059>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

FABRICANTES de órteses premiam médicos. *Jornal da AMMG*, abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.saude.mppr.mp.br/arquivos/File/dwnld/sd_corr_489.pdf>.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. *Regulação estatal e assistência privada à saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OCKE-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do estado? *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 157-185, jan./abr. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rec/v10n1/07.pdf>>. <http://dx.doi.org/10.1590/S1415-98482006000100007>.

PEREIRA, Milena. *Utilização de órteses, próteses e materiais especiais: OPME em Operadoras de Planos de Saúde Suplementar*. 2011. 47f. (Conclusão de Curso) – Pós-Graduação em Gestão de Planos de Saúde. Universidade Anhuera-Uniderp. São Paulo.

SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de plano de saúde*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

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

Paulo Roberto do Nascimento Martins - Especialista em Direito Cooperativista pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); especialista em Direito Médico pela Escola Superior Verbo Jurídico. Advogado. Porto Alegre/RS, Brasil.

Bernardo Franke Dahinten - Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); especialista em Direito Médico pela Escola Superior Verbo Jurídico; especialista em Direito Empresarial pela (PUC-RS); especialista em Direito Imobiliário, Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Advogado. Porto Alegre/RS, Brasil.

Augusto Franke Dahinten - Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); MBA em Direito Empresarial com ênfase em Direito Tributário pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC); especialista em Direito Internacional Público e Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela UFRGS. Advogado. Porto Alegre/RS, Brasil. *E-mail*: gutodahinten@yahoo.com.br.