

LIMITES E POSSIBILIDADES PARA O DIREITO DE RESSARCIMENTO NOS CASOS DE LIPOSSUCÇÃO EM LIPEDEMA NO SISTEMA DE SEGURO-SAÚDE DA ALEMANHA¹⁻²

POSSIBILITIES AND LIMITS AT REIMBURSEMENT CLAIMS OF LIPOSUCTIONS FOR LIPEDEMA IN THE GERMAN HEALTH INSURANCE SYSTEM

Karin Henke³

Doutoranda na Faculdade de Direito (Universidade Goethe, Frankfurt, Alemanha)

ÁREA(S): Direito médico; direito social; biodireito; direito privado.

RESUMO: Este texto trata da questão de como demandas de benefícios podem ser exitosamente invocadas judicialmente na Alemanha. Usando um exemplo delimitável, lipoaspiração no caso de lipedema, ficará claro quais características especiais o sistema de seguros apresenta. Vale a pena dar uma primeira olhada nas normas legais específicas e, em seguida, uma segunda olhada na prática jurídica. Com base nisso, uma visão geral deve

ser criada das condições gerais dos sistemas individuais e dos limites e das possibilidades do requerente de benefício para ter êxito em seu pedido de reembolso. Serão analisados o sistema legal e a prática privada de seguro de saúde, bem como o subsídio, que são os principais pilares do sistema de saúde alemão.

ABSTRACT: *This paper deals with the question of how benefit claims can be enforced in court in Germany. Using a delimitable example, liposuction in the case of lipedema, it will be made clear what*

¹ Traduzido por Luís Sander. *E-mail:* sanderjeanne@terra.com.br e luismsander@gmail.com. Revisão da tradução por Italo Furhmann. *E-mail:* italo.fuhrmann@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3458219631970901>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-3914-8200>.

² O presente texto resultou de *paper* apresentado pela autora, doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt, orientada pela Professora Doutora Astrid Wallrabenstein (atualmente, Juíza do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) no Grupo de Estudos em Direitos Fundamentais - GEDF do PPGD da PUCRS, coordenado pelo Professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, em novembro de 2019. Agradecemos ao Centro de Estudos Europeus e Alemães (DAAD) da PUCRS e da UFRGS, nas pessoas de sua Presidente Professora Dra. Cláudia Lima Marques e do seu Vice-Presidente, Professor Dr. Draiton Gonzaga de Souza, pelo financiamento dos custos da tradução.

³ *E-mail:* henke@jur.uni-frankfurt.de.

special features the insurance system and the allowance have. It is worth taking a first look at the individual legal norms and then a second look at legal practice. Based on this, an overview is to be created of the general conditions of the individual systems and the limits and possibilities of the benefit claimant to enforce his claim for reimbursement. The systems under consideration are the statutory and private health insurance as well as the subsidy, which are the main pillars of the German health system.

PALAVRAS-CHAVE: Lipoaspiração; lipedema; assunção de custos; ressarcibilidade.

KEYWORDS: *Liposuction; lipedema; assumption of costs; enforcement of claims for payment.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O caminho para os Tribunais; 2 O fundamento de uma ação – Os distintos pressupostos para o direito; 3 Prática judicial; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The way to the courts; 2 The merits of an action – The various conditions of entitlement; 3 Legal practice; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Este trabalho examina a questão de como direitos a prestações podem ser implementados na Alemanha. A partir de um exemplo delimitável, a lipossucção em um caso de lipedema, visa-se esclarecer que particularidades têm o sistema de seguros de saúde e o subsídio. Para isso, vale a pena olhar primeiramente as distintas normatizações legais e, na sequência, em segundo lugar, a prática jurídica. Com base nisso se visa criar um panorama das condições gerais que têm os distintos sistemas e que limites e possibilidades tem o requerente desse serviço para implementar seu direito à restituição.

O sistema de seguro de saúde na Alemanha se subdivide, inicialmente, em dois sistemas de seguro: o seguro de saúde estatal ou obrigatório, que se baseia em um sistema de solidariedade, e o seguro de saúde privado, cujo relacionamento com os segurados se assenta em uma relação privada de prestação de serviços. Ao lado disso, existe na Alemanha o subsídio, uma forma particular de cobertura de custos que está à disposição de todas as pessoas que são funcionários públicos e, portanto, servidores do Estado. A distinção entre seguro público e privado também existe no Brasil. O Sistema Único de

Saúde (SUS) é mencionado expressamente na Constituição brasileira⁴, nos arts. 196, 197 e 198⁵, ao passo que, na Alemanha, as regulações sobre o seguro de saúde obrigatório se encontram no Código de Segurança Social 5 (SGB V, na sigla em alemão). Diferentemente do Brasil, onde o seguro privado faz parte do SUS e está sob regulação e fiscalização estatal⁶, o seguro de saúde privado está separado do obrigatório. A relação de seguro entre os planos de saúde privados e os segurados se baseia em um contrato de seguro de saúde cujo fundamento é a Lei dos Contratos de Seguro (VVG, na sigla em alemão)⁷ e se concretiza pelas condições-modelo para o seguro de despesas médicas e diárias de internação hospitalar (MB/KK, na sigla em alemão)⁸.

Visto que o seguro de saúde privado e o seguro de saúde obrigatório são seguros de saúde e o subsídio, por sua vez, constitui um apoio financeiro do Estado e justamente não é um seguro, daremos uma designação comum aos três termos para fins de simplificação. No contexto deste trabalho, eles são examinados para verificar se cobrem as despesas financeiras de um tratamento ou, mais precisamente, se existe uma obrigação de pagamento ou não. Disso resulta a designação simplificada “sistemas de pagamento”⁹.

Este trabalho submeterá precisamente esses três “sistemas de pagamento” a uma comparação. A ideia que nos servirá de ponto de partida é que um paciente sofre de lipedema e a pergunta é como se dá a cobertura dos custos de uma lipossucção¹⁰. Esse questionamento abre o caminho para três ramos judiciais diferentes e três bases de direitos diferentes.

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017.

⁵ Cf., também, Barbosa, 2017, p. 38.

⁶ Ibid., p. 39.

⁷ Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz – VVG), vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631), das zuletzt durch den Artikel 15 des Gesetzes vom 17. August 2017 (BGBl. 3214) geändert worden ist.

⁸ Musterbedingungen 2009 für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung (MB/KK 2009), Stand: Februar 2019, p. 3.

⁹ Nesse ponto, o conceito de sistema de seguro não é suficientemente preciso. O seguro de saúde obrigatório e o privado são contratos de seguro celebráveis que assumem os custos em caso de doença. O subsídio, por sua vez, é um privilégio de servidores públicos. Esse pagamento suplementar por parte do Estado ocorre por causa de seu dever de prestar assistência a seus funcionários e justamente não se baseia em um sistema de seguro.

¹⁰ Também chamada de lipoaspiração.

1 O CAMINHO PARA OS TRIBUNAIS

Dependendo do sistema, a implementação de um direito ocorre de forma diversa. Litígios com o seguro de saúde obrigatório são resolvidos no Tribunal Social, com o seguro de saúde privado, no Tribunal Civil e com o subsídio no Tribunal Administrativo. Por isso, a primeira bifurcação já ocorre no caminho para os Tribunais, a saber, na questão da admissibilidade de uma ação.

1.1 JURISDIÇÃO SOBRE DIREITO SOCIAL

Os litígios referentes ao direito social não têm uma via judicial uniforme para os Tribunais Sociais, de modo que igualmente podem ser julgados pelo Tribunal Administrativo, conquanto não sejam expressamente remetidos aos Tribunais Sociais no caso de litígios de direito público, segundo o § 51, 1, n^{os} 1-10 da Lei sobre o Poder Judiciário Social (SGG, na sigla em alemão)¹¹. A via judicial para os Tribunais Sociais está aberta para litígios de direito público a partir da seguridade social e, com isso, também do âmbito do SGB V, o do seguro de saúde obrigatório (§ 51, 1, n^o 2 do SGB V)¹². Com isso, porém, fica igualmente claro que as questões do seguro de saúde privado justamente não são decididas nos Tribunais Sociais, mas que ocorre uma delimitação clara das vias judiciais. A ação deve ser movida no tribunal em cuja circunscrição o autor da ação tem seu domicílio ao movê-la (§ 57, 1, 1 da SGG).

Para garantir que os tribunais não sejam sobrecarregados com ações, todo autor de uma ação precisa evidenciar sua necessidade de proteção jurídica. Esse é o caso se, com o processo, o autor da ação persegue um interesse digno de proteção jurídica, ou seja, se não pode alcançar seu objetivo de forma mais simples, rápida e barata¹³. Isto é particularmente importante para os Tribunais Sociais, pois neles a contratação de advogado não é obrigatória. Segundo o § 73, 1 da SGG, os próprios envolvidos podem conduzir seu litígio perante o Tribunal Social. Como eles também podem se autorrepresentar perante o Tribunal Social Estadual, tampouco há contratação obrigatória de advogado em processos de apelação ou recurso. Isso resulta da conclusão em contrário das normas sobre o processo de apelação (§§ 144 ss., 73 da SGG) e de recurso (§§ 124 ss., 67, 4 do Código de Jurisdição Administrativa [VwGO, na sigla em

¹¹ Waltermann, 2017, § 21, n. 691.

¹² Ibid.

¹³ Gross, in: Lüdtkke et al., 2017, observação preliminar antes do § 51, n. 9.

alemão]). Essa representação voluntária, contudo, só se estende até o Tribunal Social Estadual; perante o Tribunal Social Federal, a contratação obrigatória de advogado está prevista expressamente (§ 73, 4 da SGG)¹⁴. Por conseguinte, isso também compreende recursos de revisão, recursos de queixa por inadmissão de revisão e questões semelhantes perante o Tribunal Social Federal¹⁵. Entretanto, o acionamento voluntário de um advogado é sempre opcional (§ 73, 2, 1 da SGG), e nesse caso os interessados também têm de arcar com os custos.

Outra vantagem é que, segundo o § 183, 1 da SGG, os processos nos Tribunais Sociais são gratuitos na medida em que o autor da ação é um segurado ou beneficiário e, por conseguinte, quer reivindicar um direito a uma prestação social. Isso compreende as custas judiciais, ou seja, todos os custos que o tribunal tem em decorrência da ação, como, por exemplo, custos de pessoal, e também não depende das perspectivas de êxito da ação movida¹⁶.

Durante o processo está em vigência o princípio do inquérito de ofício (§ 103, 1 da SGG), que é vantajoso para o autor da ação. Segundo esse princípio, o tribunal investigará os fatos de ofício, de modo que ele próprio apresentará provas sobre os fatos relevantes para a decisão¹⁷.

1.2 PROCEDIMENTO COMUM: JURISDIÇÃO CÍVEL

Se o autor da ação tem um seguro de saúde privado, ele precisa ajuizar a ação no âmbito da jurisdição cível, pois celebrou um contrato com uma empresa sujeita ao direito privado¹⁸.

Embora também neste caso haja a competência territorial, a chamada competência em razão da instância é mais significativa. Ela define que “nível” da jurisdição cível é competente. Ao passo que no direito administrativo há uma hierarquia clara – Tribunal Administrativo (1ª instância), Tribunal Administrativo Superior (2ª instância) e Tribunal Administrativo Federal (3ª instância –, já na primeira instância há uma delimitação decisiva entre o juízo cível e o Tribunal de Justiça Estadual. Essa questão é definida de acordo com o valor que está em jogo no litígio. Em princípio, litígios jurídicos referentes ao

¹⁴ Schmidt, in: Ladewig, 2019, § 73 SGG, n. 4 s.

¹⁵ Wenner, in: Knickrehm et al., 2019, § 73 SGG.

¹⁶ Schmidt, in: Meyer-Ladewig; 2020, § 183 SGG, n. 3.

¹⁷ Ibid., § 103 SGG, n. 1 ss.

¹⁸ Kalis, in: Langheid; Wandt, 2017, § 192, n. 39.

direito civil são atribuição do juízo cível, contanto que o valor do litígio não ultrapasse € 5.000, caso em que é encaminhado ao Tribunal Estadual (§§ 23, n° 1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário [GVG, na sigla em alemão], 71, 1 da GVG). Não obstante, tanto no juízo cível quanto no Tribunal Estadual de Justiça e no Tribunal Federal de Justiça existe a obrigação de contratação de advogado (§ 78, 1, 1, 3 do Código de Processo Civil [ZPO, na sigla em alemão]). Com isso, o risco dos custos associados ao processo aumenta para o autor da ação, pois, além das custas judiciais, há também os honorários do advogado que o representa¹⁹.

No juízo cível toda pessoa tem, em princípio, o direito de pleitear²⁰. Isso significa poder fazer declarações eficazes diante do juízo e apresentar requerimentos (§ 78, 1 do ZPO).

A desvantagem é que o autor da ação tem de pagar um adiantamento das custas judiciais (§ 12, 1, 1 da Lei sobre as Custas Judiciais [GKG, na sigla em alemão]), fazendo, assim, um “pré-pagamento”.

No processo civil, o chamado princípio de negociação vige em lugar do princípio do inquérito de ofício. Frente aos fatos que lhe são favoráveis, o autor da ação tem o ônus da prova e, por conseguinte, precisa apresentar provas que sustentem seu possível direito. Só existe apresentação de provas onde as partes oferecem uma prova para uma afirmação de fato²¹. A grande diferença em relação ao princípio do inquérito de ofício é que as partes podem apresentar voluntariamente requerimentos para comprovar os fatos relevantes para elas²². Com isso, elas podem influenciar ativamente o curso da audiência e, conseqüentemente, seu desfecho.

1.3 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Dentro dos sistemas de pagamento, o subsídio ocupa uma posição especial e é debatido diante do Tribunal Administrativo. Esse grupo de pessoas consiste de funcionários públicos ou outras pessoas com direito a receber subsídio²³.

¹⁹ Meller-Hannich; Nöhre, 2019, 2522 (2524).

²⁰ Toussaint, in: Krüger; Rauscher, 2016, § 78 ZPO, n. 1.

²¹ Prütting, in: Krüger; Rauscher, 2016, § 284 ZPO, n. 89.

²² Fritsche, in: Krüger; Rauscher, 2016, § 144 ZPO, n. 2.

²³ Como funcionário público, se recebe uma parte em subsídio e para a outra parte é-se obrigado a fazer um seguro parcial. Esses seguros parciais são oferecidos pelos planos de saúde privados. A título de exemplo: um servidor público recebe uma cobertura de 60% dos custos de seu empregador (subsídio). Ele tem de cobrir os outros 40% por meio de um seguro de saúde privado. Para isso, normalmente

1.3.1 Sistema e função do subsídio

Todo funcionário público na Alemanha tem direito ao subsídio²⁴. Segundo o § 6º, 2 do Decreto sobre Subsídios Federais (BBhV, na sigla em alemão), os funcionários públicos estão isentos de seguro se, “no caso de doença”, possam extrair um direito de receber subsídio a partir das normas do direito referente aos subsídios²⁵. Em termos históricos, o que está por trás disso é a ideia básica de que o empregador protege o funcionário público contra o risco financeiro da doença (trata-se do chamado “dever de assistência”)²⁶. Isso não significa que o empregador e, portanto, o subsídio tenha de assumir todos os custos relativos a um tratamento médico. Por outro lado, basta que ele conceda prestações não monetárias, dê subvenções ou determine de modo equivalente o valor dos salários²⁷.

1.3.2 Implementação judicial

Com base em uma atribuição impositiva especial, a via judicial está sempre aberta para litígios entre funcionários públicos e o Estado (§ 54, 1 da Lei sobre o Status dos Servidores Públicos [BeamtStG, na sigla em alemão] e § 12, 1 da Lei do Funcionalismo Público Federal [BBG, na sigla em alemão] em associação com § 40, 1, 1 do Código Jurisdicional Administrativo [VwGO, na sigla em alemão])²⁸. A razão disso é a relação específica de poder entre um funcionário público e seu empregador. Isso cria uma relação de dependência mais intensa²⁹ e resulta da tradicional relação de serviço e fidelidade de um funcionário público³⁰.

Em princípio, o Tribunal Administrativo na primeira instância tem a competência conforme o § 45 do VwGO³¹.

celebra um contrato de seguro-saúde parcial de 40% com uma empresa privada. O fenômeno daí resultante é que os servidores públicos celebram (têm de celebrar) preponderantemente um contrato de seguro de saúde (parcial) privado. Para diminuir um pouco essa vinculação e oferecer alternativas, procura-se tornar a opção do seguro de saúde obrigatório mais atraente. Nesse tocante, Hamburgo é pioneiro com o “modelo de Hamburgo”.

²⁴ Bieback, 2018, 715 (716).

²⁵ Ibid., 715 (716).

²⁶ Ibid., 715 (720).

²⁷ BVerfG, Beschluss v. 25.09.2001, Az.: 2 BvR 2442/94, Rn. 10.

²⁸ Schenke, 2019, n. 149.

²⁹ Conceito de Otto Mayers; veja também Schenke, 2019, n. 134 ss. e 149.

³⁰ Battis, in: Grigoleit; Hebel, 2017, § 4, n. 23.

³¹ Württenberger; Heckmann, 2018, § 12, n. 204.

Independentemente do tipo de ação que seja lícito perante o tribunal, no caso desses litígios é preciso realizar um procedimento pré-contencioso (§§ 68 ss. do VwGO), já que se visa evitar que os servidores públicos entrem em litígio com seu empregador no tribunal³² (cf. § 54, 2 da BeamStG, § 126, 2, 2 da BBG).

Nos Tribunais Administrativos não há, em princípio, obrigatoriedade de contratação de advogado. Segundo o § 67, 1 do VwGO, os próprios interessados podem conduzir o litígio, não necessitando, por conseguinte, de representação processual por parte de um advogado. Como no caso dos Tribunais Sociais, porém, também neste o legislador fez uma exceção para os tribunais superiores (Tribunal Administrativo de Recurso e Tribunal Administrativo Federal [§ 67, 4 do VwGO]).

Em um processo podem incidir diversas categorias de custos: custas judiciais, custos extrajudiciais e custos do procedimento pré-contencioso. O legislador define os custos no § 162 do VwGO como custas judiciais (taxas e despesas), bem como todos os dispêndios dos interessados que sejam necessários para o adequado ajuizamento da ação e defesa judicial, incluindo os custos do procedimento pré-contencioso (§ 162, 1 do VwGO). O tribunal toma a fixação provisória do valor do litígio indicada para proceder a um cálculo provisório dos custos, de modo que o autor da ação possa planejar os prováveis custos³³. A base para o cálculo dos custos é constituída pela Lei de Custas Judiciais (GKG, na sigla em alemão)³⁴. Ao contrário do que ocorre no processo civil, porém, o autor da ação não precisa pagar ao tribunal um adiantamento das custas judiciais³⁵. Contanto que o autor da ação abra mão de um advogado e aceite a sentença da primeira instância, os custos ficarão dentro de um limite previsível.

2 O FUNDAMENTO DE UMA AÇÃO - OS DISTINTOS PRESSUPOSTOS PARA O DIREITO

Assim que a barreira da competência estiver superada, deve-se verificar se existe de fato um direito à cobertura de despesas.

³² Cf. Repkewitz; Waibel, 2010, 813 (813).

³³ Geiger, 2005, 491 (491).

³⁴ Hüttenbrink, in: Kuhla et al., 2002, G. 10, n. 73.

³⁵ *Ibid.*, G. 10, Rn. 74.

2.1 DIREITO PERANTE O SEGURO DE SAÚDE OBRIGATÓRIO

2.1.1 Qualidade de segurado (§ 5 do SGB V)

Para poder fazer valer um direito frente a uma seguradora, é preciso se apoiar em elementos resultantes da relação contratual de seguro. Para isso, é necessário, inicialmente, que o autor da ação faça parte do círculo de pessoas seguradas ou que fizesse parte dele no momento em que surgiu o direito reivindicado (cf. Capítulo 2 do SGB V).

2.1.2 Ocorrência de um evento segurado (§ 27, 1, 1 do SGB V)

De acordo com o § 27, 1, 1 do SGB V, “os segurados têm direito a tratamento médico quando ele for necessário para identificar uma doença, curá-la, impedir seu agravamento ou mitigar reclamações relacionadas a ela”. Neste contexto, doença é qualquer estado irregular do corpo e da mente que torne necessário um tratamento médico e/ou acarrete incapacidade de trabalho³⁶. O tratamento hospitalar pressupõe que ele seja realizado em um hospital credenciado, consoante o § 108 do SGB V (§ 27, 1, 1, 2, n° 5 do SGB V). O grupo de pacientes examinado mais de perto neste trabalho é formado por pacientes que sofrem de lipodistrofia, que está associada a dores praticamente insuportáveis, de modo que uma parte das pessoas acometidas por ela quase não consegue caminhar ou movimentar seus membros. Isso representa um estado irregular do corpo; por conseguinte, tem-se aí um evento segurado consoante o § 27, 1, 1 do SGB V.

2.1.3 Modo e amplitude da prestação

a) Fundamento para o direito à lipossucção ambulatorial

Quando a pessoa passa a ser um segurado do seguro de saúde obrigatório, ela se torna parte de uma comunidade solidária³⁷. As contribuições pagas para o seguro são colocadas em um fundo para a saúde com cujos recursos se procede a uma distribuição baseada em risco para as diversas operadoras do seguro de saúde obrigatório³⁸. A partir de princípios de solidariedade e do compromisso para com a comunidade solidária, essas operadoras desenvolveram um catálogo de prestações ou serviços.

³⁶ BSG, Urteil v. 28.02.2008, Az.: B 1 KR 19/07 R, Rn. 10.

³⁷ Vossen, in: Krauskopf et al., 2018, § 1, n. 5 s.

³⁸ Boetius, in: Langheid; Wandt, 2017, observação preliminar sobre os §§ 192 a 208, n. 80 s.

O direito a prestações normatizado nos §§ 27, 1, 1, 2, n° 1, 28, 1 do SGB V no caso de um tratamento ambulatorial constitui um direito geral e é concretizado por outras normas³⁹. Limites para o direito a prestações se encontram, por um lado, nas normas sobre a tomada de decisões por parte do Comitê Federal Conjunto (GBA, na sigla em alemão), §§ 91 ss. do SGB V⁴⁰, e, por outro, no imperativo da viabilidade econômica normatizado no § 2, 2, 1 e § 12, 1 do SGB V. Segundo eles, o tratamento é economicamente viável se é suficiente, adequado a seus fins e economicamente viável do ponto de vista de uma relação de custo-benefício⁴¹. Se esses pressupostos não estiverem dados, a prestação não pode ser reivindicada pelo segurado.

b) Fundamento para o direito à lipossucção hospitalar

Também no caso da assistência médica hospitalar, cabe aos segurados um direito geral que tem seus limites no imperativo da viabilidade econômica⁴². A estrutura da verificação é semelhante à do atendimento médico ambulatorial, mas o fundamento legal se encontra no § 137c, 1, 1 do SGB V. A distinção feita dentro do seguro de saúde obrigatório entre tratamento ambulatorial e hospitalar se baseia na suposição de que dentro dos hospitais trabalhem muitos especialistas e de que a avaliação deles desfrute de uma “confiança antecipada quanto à necessidade de um tratamento” em comparação com os médicos avulsos (que atendem ambulatorialmente). Tratamentos realizados em hospitais precisam ser exigíveis para um atendimento suficiente, adequado a seus fins e economicamente viável dos segurados levando em consideração o nível universalmente reconhecido dos conhecimentos médicos (§ 137c, 1 do SGB V). Se o tratamento corresponde ao nível universalmente reconhecido dos conhecimentos médicos e se ele é necessário, então também se tem um tratamento exigível⁴³. Como na avaliação de um tratamento hospitalar se parte de uma autorização básica, o tratamento pode ser realizado por conta do seguro de saúde enquanto o Comitê Federal Conjunto (GBA) não o tenha excluído do catálogo de prestações (§ 137c, 1, 2 do SGB em associação com o § 137c, 2,

³⁹ Felix, 2014, n. 61.

⁴⁰ Vossen, in: Krauskopf et al., 2018, § 135, n. 10 s.

⁴¹ Propp, in: Giesen et al., 2019, § 135, n. 37.

⁴² Felix, 2014, p. 66.

⁴³ Wahl, in: Engelmann et al., 2016, n. 55.

2 do SBG)⁴⁴. Em princípio, o hospital pode escolher, com base na confiança antecipada, os métodos de tratamento, mas só na medida em que estejam contidos no catálogo de prestações. Isso significa também que um tratamento hospitalar é coberto quando o método de tratamento corresponder às exigências do imperativo de qualidade (compare a lipossucção ambulatorial). Entretanto, o Tribunal Social Federal não reconhece a lipossucção como serviço regular, pois o imperativo de qualidade não está garantido⁴⁵. Para isso, a “grande maioria dos respectivos especialistas (médicos e cientistas)” deveria aprovar o tratamento e, salvo posições minoritárias, deveria haver consenso sobre a adequação da terapia⁴⁶. No § 39, 1, 1 do SGB V esse direito é concretizado no sentido de que o próprio hospital (nos moldes do § 108 do SBG V) avalia se e que tipo de tratamento hospitalar é necessário.

Atualmente, a lipossucção ainda é enquadrada na categoria “Novo método de exame e tratamento” (cf. § 135, 1, 1, 1 do SBG V), o que primordialmente não significa que um método de tratamento tenha sido lançado recentemente no mercado. Afirma-se, antes, que um método de tratamento ainda não foi suficientemente examinado (nos moldes do SGB V) segundo os critérios do GBA. O serviço é novo quando não foi definido, no momento da prestação do serviço, como serviço passível de faturação nos moldes do Critério Unitário de Avaliação para Serviços de Médicos Credenciados (EBM-Ä, na sigla em alemão)⁴⁷. Isso ocorre mediante observação por um longo período de tempo e a realização de estudos abrangentes e documentados. Ao final da cadeia de testes, o Comitê Federal Conjunto enuncia uma recomendação na forma de uma diretiva (cf. § 135, 1, 1 do SGB V). O GBA emite, no marco da diretiva, uma recomendação positiva se o novo método de exame e tratamento constitui um atendimento suficiente, adequado a seus fins e economicamente viável do segurado (cf. § 92, 1, 1, 2, nº 5 do SGB V). Até o momento atual o GBA ainda não emitiu um parecer positivo, mas em 18 de janeiro de 2018 foi decretada uma “Diretiva do Comitê Federal Conjunto sobre os testes com a lipossucção para o tratamento do lipedema” (Erp-RL Liposuktion, na sigla em alemão). Com a introdução da diretiva sobre os testes se implementou, finalmente, uma análise estatística e científica da utilidade de uma lipossucção. Atualmente, porém, o

⁴⁴ Felix, 2014, p. 66.

⁴⁵ BSG, Urteil v. 24.04.2018, Az.: B 1 KR 13/16 R, Rn. 25; SozR 4-2500 § 137e Nr. 1.

⁴⁶ BSG, Urteil v. 24.04.2018, Az.: B 1 KR 13/16 R, Rn. 25; SozR 4-2500 § 137e Nr. 1.

⁴⁷ Felix, 2014, p. 62.

procedimento ainda está no estágio de experimento, de modo que por enquanto só se pode reafirmar o potencial de uma alternativa de tratamento exigível⁴⁸. Por meio da execução da diretiva, o GBA deve ter a possibilidade de fazer uma avaliação final a respeito da utilidade da lipossucção e, assim, deve ser possível, ou não, classificá-la como um serviço regular. Esse procedimento aparentemente complicado de alinhamento dos direitos a uma prestação serve para empregar os recursos financeiros do fundo da saúde de maneira razoável e adequada, pois os seguros de saúde precisam utilizar os recursos a eles destinados de forma conscienciosa, economicamente criteriosa e razoável, para que o emprego de meios de pagamento continue sendo eficiente⁴⁹. Até agora, porém, isso tem a consequência de que atualmente a lipossucção não precisa ser coberta pelos seguros de saúde. Como segurado de um seguro de saúde obrigatório, o exercício de um direito será, portanto, em termos jurídicos, dificilmente estruturado, e só poderá lograr êxito em situações de caráter excepcional.

2.2 DIREITO PERANTE O SEGURO DE SAÚDE PRIVADO

2.2.1 § 192 da Lei sobre Contratos de Seguro em associação com o Contrato de Seguro de Saúde em associação com o § 1, 2 das Condições-Padrão do Seguro de Despesas Médicas e do Seguro de Diária por Internação Hospitalar

O direito a prestações frente ao seguro de saúde privado decorre do § 192 da Lei sobre Contratos de Seguro⁵⁰ em associação com o Contrato de Seguro de Saúde em associação com o § 1, 2 das Condições-Padrão do Seguro de Despesas Médicas e do Seguro de Diária por Internação Hospitalar⁵¹. Com isso, a seguradora assume o compromisso de cobrir despesas de tratamentos terapêuticos necessários do ponto de vista médico que, via de regra, têm sua causa em uma doença. Despesas são direitos a prestações que o segurado adquiriu por ter cumprido um direito de retribuição efetivo e exigível por parte de um prestador de serviços (o prestador de tratamento/médico)⁵².

⁴⁸ BSG, Urteil v. 28.05.2019, Az.: B 1 KR 32/18 R, Rn. 20.

⁴⁹ BSG, Urteil v. 24.04.2018, Az.: B 1 KR 13/16 R, Rn. 25 f., BSG, 1-57 = SozR 4-2500 § 137e Nr. 1.

⁵⁰ Kalis, in: Langheid; Wandt, 2017, § 192, n. 39.

⁵¹ Kalis, in: Bach; Moser, 2015, § 139 VVG, n. 10.

⁵² Kalis, in: Langheid; Wandt, 2017, § 192, n. 19.

2.2.2 Necessidade médica

A avaliação da necessidade médica não depende da avaliação do tomador do seguro nem da avaliação do médico que realiza o tratamento⁵³. Um tratamento terapêutico é necessário do ponto de vista médico em consonância com o § 1, 2, 1 das Condições-Padrão antes citadas quando, no momento da realização do tratamento médico, era defensável, segundo os dados e conhecimentos da medicina, considerá-lo necessário do ponto de vista médico⁵⁴. A medida é defensável se a enfermidade do paciente é cientificamente fundamentada, justificada e verificável e o método de tratamento escolhido nesse caso também é “proveitoso”⁵⁵. Visto que, para a necessidade do ponto de vista médico, também se exige que o tratamento da doença tenha boas perspectivas de êxito, é preciso que ocorra uma ponderação abrangente, o que torna necessário o exame do caso específico⁵⁶. Nessa ponderação do caso específico devem ser levados em consideração alguns fatores, como a gravidade da intervenção prevista, o montante dos custos que se esperam, a enfermidade do paciente, o risco de complicações do tratamento e a probabilidade de êxito⁵⁷. A avaliação da necessidade do ponto de vista médico ocorre de forma objetiva e, justamente por isso, não pode ser feita pelo médico ou pelo paciente, pois estes são diretamente afetados pelo resultado⁵⁸.

2.2.3 Ausência de alternativa e de métodos de tratamento mais econômicos

Justamente no tocante aos custos resultantes, há pontos de atrito entre o prestador do serviço, o paciente e a seguradora. O paciente gostaria que os custos fossem integralmente cobertos, o médico, de receber uma remuneração adequada pelo serviço, e a seguradora, de economizar seus recursos financeiros. Por isso, é preciso verificar se não pode haver um outro método de tratamento mais econômico e igualmente eficaz. Para definir um método de tratamento

⁵³ OLG Köln, Urteil v. 23.11.2012, Az.: 20 U 96/10, Rn. 4.

⁵⁴ BGH, Beschluss v. 17.12.2014, Az.: IV ZR 399/ 13, Rn. 13.; veja também: LG Dortmund, Urteil v. 27.11.2008, Az.: 2 O 273/06, Rn. 19.

⁵⁵ BGH, Urteil v. 12.03.2003, Az.: IV ZR 278/01, Rn. 27; Kalis, in: Langheid; Wandt, 2017, § 192, n. 23.

⁵⁶ LG Köln, Urteil v. 18.07.2012, Az.: 23 O 213/11, VersR 2013, 54 (54).

⁵⁷ LG Köln, Urteil v. 18.07.2012, Az.: 23 O 213/11, VersR 2013, 54 (54); Kalis, in: Langheid; Wandt, 2017, § 192, n. 23.

⁵⁸ Kalis, in: Langheid; Wandt, 2017, § 192, n. 24.

alternativo, é preciso levar em consideração alguns aspectos, como os seguintes: segurança de obtenção de êxito, relação com os riscos do tratamento, efeito da terapia em curto e longo prazos, prognóstico dos custos também em uma perspectiva em longo prazo, possibilidade/oferta do tratamento. No caso da lipossucção, a drenagem linfática manual com subsequente compressão das extremidades a serem tratadas pode ser relevante⁵⁹. Se várias alternativas de tratamento estiverem disponíveis, deve-se examinar objetivamente se elas são equivalentes ou se há uma certa gradação⁶⁰ entre elas⁶¹. Este último aspecto deve ser entendido no sentido de que certos tratamentos são preferíveis e outros métodos só serão empregados quando os anteriores não forem promissores ou não atingirem o objetivo a que se visa⁶². Só há direito a um tratamento operatório por lipossucção se tiver ocorrido uma resistência à terapia⁶³. Se, neste caso, os custos do tratamento ainda são adequados do ponto de vista econômico (imperativo da viabilidade econômica⁶⁴), a seguradora de saúde privada precisa assumir integralmente o montante do serviço.

2.3 DIREITO A PARTIR DA CONCESSÃO DO SUBSÍDIO

2.3.1 Fundamento jurídico para a concessão do subsídio

O subsídio está regulamentado em diversas leis e para diversos tipos de ocupação. De modo bem geral, pode-se dizer que o Decreto sobre Subsídios Federais (BBhV) regulamenta a aptidão ao subsídio para despesas referentes a um funcionário público federal. Ao lado disso, os vários Estados da Federação emitiram regulações próprias que compreendem despesas que dizem respeito a seus próprios funcionários públicos estaduais. Por conseguinte, as reivindicações relativas ao subsídio se subdividem em muitos ramos, que é preciso examinar um a um em cada caso. Uma comparação das normas dos subsídios estaduais com as do subsídio federal mostra, porém, que os fatos constitutivos essenciais são semelhantes nas diversas normas.

⁵⁹ AG Recklinghausen, Urteil v. 19.04.2011, Az.: 13 C 18/10, Rn. 13.

⁶⁰ Assim, as terapias podem ocorrer em uma sequência escalonada. Se, por exemplo, o tratamento com meias de compressão não for bem-sucedido, pode-se experimentar uma dieta com exercícios esportivos na sequência.

⁶¹ OLG Köln, Urteil v. 23.11.2012, Az.: 20 U 96/10, Rn. 4.

⁶² Ibid.

⁶³ OLG Köln, Urteil v. 23.11.2012, Az.: 20 U 96/10, Rn. 3 f.

⁶⁴ BGH, Urteil v. 12.03.2003, Az.: IV ZR 278/01, Rn. 8.

Via de regra, o círculo de pessoas com direito a subsídio compreende não só os próprios funcionários públicos, mas também a família. Com isso, também o companheiro ou a companheira pode fazer valer um direito a partir do vínculo de serviço estatutário. Em princípio, várias pessoas podem ser incluídas no subsídio. No caso clássico, o homem é funcionário público e, por conseguinte, recebe o reembolso de uma parte de seus custos. Como até agora só se conhece a doença lipedema em mulheres, surgem, com isso, duas formas de concretização do direito. A primeira é que a própria funcionária pública sofre da doença e reivindica um direito ao subsídio. A segunda forma ocorre quando o marido é servidor público e faz valer direitos para a esposa que, com isso, também tem esse direito⁶⁵.

A norma a ser aplicada no Decreto sobre Subsídios Federais⁶⁶ se encontra no § 6 do BBhV, segundo o qual, em princípio, despesas são aptas a receber o subsídio se são necessárias e adequadas do ponto de vista econômico (§ 6, 1, 1 do BBhV). Ao lado disso se encontram as normas referentes a subsídios dos diversos Estados da Federação. Em 16 Estados surgiram decretos referentes ao subsídio que retomam em parte os respectivos decretos federais e todos aqueles que redigiram regulações próprias. As suas características essenciais, porém, podem ser resumidas e expostas representativamente nos seguintes vértices.

A primeira categoria de leis é constituída por aquelas que são idênticas à regulação federal, ou seja, “despesas necessárias e adequadas do ponto de vista econômico” (§ 6 do BBhV). Essa formulação foi assumida pelo Estado de Brandemburgo: “Despesas necessárias e adequadas do ponto de vista econômico em caso de doença” (§ 62, 3, 1, 1 da Lei do Funcionalismo Público de Brandemburgo [LBG, na sigla em alemão])⁶⁷. Também Mecklemburgo-Pomerânia Ocidental, em sua Lei do Funcionalismo Público Estadual, remete às regulações da Lei do Funcionalismo Público Federal (§ 80, 1 da LBG em associação com o § 80, 3 da BBG)⁶⁸.

⁶⁵ OVG Lüneburg, Urteil v. 22.01.2013, Az.: 5 LB 50/11, Rn. 1 ff.

⁶⁶ Bundesbeihilfeverordnung, Verordnung über Beihilfe in Krankheits-, Pflege-, und Geburtsfällen (BBhV) vom 13.02.2009 2009, (BGBl. I S. 326), die zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 11. Dezember 2018 (BGBl. S. 2387) geändert worden ist.

⁶⁷ Beamtengesetz für das Land Brandenburg (Landesbeamtengesetz – LBG) vom 03. April 2009 (GVBl. I/09, Nr. 4, S. 26), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 05. Juni 2019 (GVBl. I/19, Nr. 19).

⁶⁸ Beamtengesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern (Landesbeamtengesetz – LBG M-V), GS Meckl.-Vorp. Gl. Nr. 2030 – 11, vom 17. Dezember 2009 (GVOBl. M-V S. 687), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 22. Mai 2018 (GVOBl. M-V S. 193).

A segunda categoria é formada pelos Estados que se orientam pelo Decreto sobre Subsídios Federais. Em consonância com o direito de Hesse, despesas são aptas ao subsídio quando são, em princípio, necessárias e na medida em que seu montante seja adequado (§ 5, 1, 1 do Decreto sobre Subsídios de Hesse [HBeihVO, na sigla em alemão])⁶⁹. A mesma formulação se encontra na lei sobre os subsídios de Hamburgo (§ 80, 4, da HmbBG [na sigla em alemão])⁷⁰. Em Bremen se encontra a formulação de que as despesas necessárias são aptas ao subsídio em um volume adequado em caso de doença (§ 3, 1, 1 do Decreto sobre Subsídios de Bremen [BremBVO, na sigla em alemão])⁷¹.

Na terceira categoria, que apresenta a maior diferença em relação ao Decreto sobre Subsídios Federais, enquadra-se a regulação da Baixa Saxônia. Esta é, em termos comparativos, abrangente e exaustiva e define as despesas aptas ao subsídio da seguinte maneira:

São aptas ao subsídio as despesas comprovadas e adequadas para serviços [...] médicos necessários do ponto de vista da medicina, prestados segundo métodos científicos universalmente reconhecidos. Despesas para serviços não universalmente reconhecidos do ponto de vista científico são aptas ao subsídio na medida em que isso está disposto no Anexo 1. (§ 5, 1, 1 e 2 do Decreto sobre Subsídios da Baixa Saxônia [NBhVO, na sigla em alemão])⁷²

Ainda que à primeira vista as normas sobre subsídios efetivamente contenham diferenças, elas se resumem a três características essenciais: a necessidade, o montante adequado e a ausência de uma possível razão de exclusão.

⁶⁹ Hessische Beihilfenverordnung (HBeihVO), in der Fassung vom 5. Dezember 2001 (GVBl. I.S. 482, 491, 564), zuletzt geändert durch Verordnung vom 28. September 2015 (GVBl. S. 370).

⁷⁰ Hamburgisches Beamtengesetz (HmbBG) vom 15. Dezember 2009 (HmbGVBl. 2009, S. 405), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. Mai 2018 (HmbGVBl. S. 199).

⁷¹ Verordnung über die Gewährung von Beihilfen in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen (Bremische Beihilfeverordnung – BremBVO), in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Juni 2005 (Brem.GBl. S. 215), zuletzt geändert durch Verordnung vom 21. Mai 2019 (Brem.GBl. S. 444, 508).

⁷² Niedersächsische Beihilfeverordnung (NBhVO), vom 7. November 2011, letzte berücksichtigte Änderung: mehrfach geändert; §§19 und 35 neu gefasst, § 51 a eingefügt durch Artikel 1 bis 7 der Verordnung vom 15.08.2019 (Nds. GVBl. S. 232).

2.3.2 Pressupostos para o direito

Portanto, a aceitação da aptidão ao subsídio para a lipossucção depende substancialmente das três características seguintes: as despesas se caracterizam por serem necessárias para aliviar dores e/ou recuperar a saúde⁷³. Para isso, o método de tratamento precisa ser eficaz e seu benefício médico ser demonstrável⁷⁴. Além do reconhecimento científico, a realização do tratamento precisa ser imperativa⁷⁵. Com isso, a característica da despesa necessária tem um obstáculo menor para superar. A remoção de células adiposas excessivas contribui para reduzir as dores causadas por um número excessivo de células adiposas. No tocante à avaliação do reconhecimento científico, o subsídio tem mais liberdade na apreciação e não está, como o seguro de saúde obrigatório, vinculado à avaliação de uma instância externa. Como também ocorre no direito social e civil, os custos requisitados precisam ser proporcionais ao serviço prestado. O dispêndio é adequado quando ele representa um serviço médico em consonância com a tabela de referência do Regulamento de Honorários Médicos (GOÄ, na sigla em alemão), cabendo, portanto, ao médico⁷⁶. Como a lipossucção não está regulamentada no GOÄ, aplica-se a regra segundo a qual serviços médicos que não tenham sido incluídos na tabela de honorários são calculados de acordo com sua espécie, seus custos e o tempo que requerem consoante serviços equivalentes contidos nessa tabela. Na comparação, deve-se recorrer a algumas características, como o objeto do exame, a técnica do exame e a técnica de tratamento, bem como o grau de dificuldade e o trabalho que requer a intervenção⁷⁷. Além disso, existem ainda outros fatores que podem limitar uma reivindicação de prestação de serviços. Assim, métodos de tratamento modernos e também mais intensivos em termos de intervenção não são autorizados se houver métodos de tratamento alternativos, conservadores e possivelmente também mais econômicos. Isso se refere especialmente ao tratamento dietético ou o uso de meias e ataduras de compressão⁷⁸.

⁷³ Aufwendungen gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVO NRW aus VG Düsseldorf, Urteil v. 12.12.2019, Az.: 26 K 10699/16, Rn. 3.

⁷⁴ VG Münster, Urteil v. 29.11.2018, Az.: 5 K 2163/18, Rn. 18.

⁷⁵ VG Münster, Urteil v. 29.11.2018, Az.: 5 K 2163/18, Rn. 21.

⁷⁶ VG Köln, Urteil v. 02.02.2017, Az.: 1 K 1983/16, Rn. 29.

⁷⁷ VG Köln, Urteil v. 02.02.2017, Az.: 1 K 1983/16, Rn. 30.

⁷⁸ OVG Lüneburg, Urteil v. 22.1.2013, Az.: 5 LB 50/11, Rn. 3.

De modo geral, os pressupostos dos direitos são semelhantes aos que já foram expostos quando se tratou da jurisdição social e cível.

3 PRÁTICA JUDICIAL

É interessante comparar essa suposição à prática judicial efetiva. A título de exemplo se aduzirão sentenças representativas de cada ramo do Judiciário. Isso serve para formar uma ideia das possibilidades e dos limites estabelecidos pelos tribunais.

3.1 JURISDIÇÃO SOBRE DIREITO SOCIAL

Também segundo a sentença mais recente do Tribunal Social Federal, a autora da ação não tem direito à restituição dos custos no marco de um atendimento regular (§ 27, 1, 2 n^o 5 em associação com § 39, 1, 1 do SBG V)⁷⁹. O maior obstáculo para o atendimento da reivindicação é, até agora, a circunstância de que o método de tratamento não cumpre as exigências do imperativo de qualidade⁸⁰. Como se explicou antes, exigências rigorosas estão vinculadas ao imperativo de qualidade. As boas experiências feitas até agora com a lipossucção em lipodistrofias não foram processadas nem estatística, nem cientificamente. Por causa disso, não há um estudo representativo sobre as chances de sucesso do tratamento. Esta é também a razão pela qual o Tribunal Social Federal continua vendo apenas o mero potencial de um método de tratamento e também sustenta que o padrão de qualidade não pode ser baixado a esse nível⁸¹. O fulcro da questão é que se autorize um tratamento suficiente, adequado a seus fins, necessário e correspondente ao imperativo da qualidade, mas não mais do que isso⁸². A grande maioria dos tribunais se manifesta contra um reembolso de despesas, pois o tratamento hospitalar não corresponde ao estado da arte dos conhecimentos médicos e/ou, segundo as informações do Serviço Médico da Confederação das Seguradoras de Saúde, a qualidade e eficácia dessa medida ainda não estão suficientemente asseguradas⁸³. Embora os tribunais reconheçam o próprio lipedema como doença, o serviço só é classificado como serviço adicional

⁷⁹ BSG, Urteil v. 28.05.2019, Az.: B 01 KR 32/18 R, Rn. 7.

⁸⁰ BSG, Urteil v. 28.05.2019, Az.: B 01 KR 32/18 R, Rn. 8.

⁸¹ BSG, Urteil v. 28.05.2019, Az.: B 01 KR 32/18 R, Rn. 9.

⁸² BSG, Urteil v. 28.05.2019, Az.: B 01 KR 32/18 R, Rn. 14.

⁸³ Plagemann, 2015, 369255 (369255).

ou contribuição própria⁸⁴. Esses limites rigorosos são necessários para garantir um atendimento adequado às necessidades e uniforme para a totalidade dos portadores do seguro obrigatório⁸⁵. Em um sistema solidário, é particularmente importante só autorizar o uso dos recursos disponíveis sob pressupostos rigorosos. Esse caminho – visto como parcimonioso – da autorização de uso dos recursos também corrobora, porém, a ideia da solidariedade, a saber, que os segurados se apoiem mutuamente, ainda que em detrimento da autorização de serviços exclusivos. Essa suposição também se reflete nas sentenças. Atualmente, a terapia da lipossucção em lipedema se encontra em processo de testes. Semelhante foi a decisão tomada em abril de 2018 pelo Tribunal Social Federal em Kassel ao recusar a prestação do serviço com a justificativa de que não se trata de um serviço prestado por médicos credenciados que possa ser cobrado do seguro de saúde obrigatório⁸⁶. Não há reconhecimento por parte do Comitê Federal Conjunto e tampouco existe uma indicação para internação hospitalar⁸⁷.

3.2 JURISDIÇÃO CÍVEL

Por outro lado, existe uma tendência do seguro de saúde privado em assumir os custos do procedimento; porém, se, mesmo assim, houver um litígio perante o Tribunal, surgem distintos fundamentos e decisões. A autora de uma ação não teve, em última análise, sucesso, no ano de 2012, no Tribunal de Justiça do Estado em Colônia⁸⁸ ao solicitar que seu plano de saúde privado cobrisse os custos da intervenção cirúrgica. O Tribunal negou a necessidade médica do tratamento em consonância com o § 1, 2, 1 em associação com MB/KK 94, porque, do ponto de vista do tribunal, os métodos conservadores de tratamento não tinham sido empregados de forma exaustiva⁸⁹. Mas o Tribunal também afirmou que, “se vários métodos de tratamento entram em cogitação, [...] deve-se verificar se eles são equivalentes ou se há uma relação de gradação entre eles”⁹⁰. Com essa formulação, ele dá a entender que, em caso de necessidade, seu ponto de partida é a cobertura dos custos. O mesmo ponto de partida foi adotado pelo

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ BSG, Urteil v. 28.05.2019, Az.: B 01 KR 32/18 R, Rn. 14.

⁸⁶ BSG, Urteil v. 24.04.2018, Az.: B 1 KR 13/16 R, Rn. 2; SozR 4-2500 § 137e Nr. 1.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ OLG Köln, Urteil v. 23.11.2012, Az.: 20 U 96/10.

⁸⁹ OLG Köln, Urteil v. 23.11.2012, Az.: 20 U 96/10, Rn. 4.

⁹⁰ Ibid.

Juízo de Primeira Instância de Recklinghausen⁹¹. Nesse caso, porém, o seguro de saúde já tinha assumido a lipossucção para as pernas da autora da ação, mas rejeitou a reivindicação de uma lipossucção nos braços. O Tribunal acolheu uma reivindicação com base no contrato do seguro de saúde em associação com o § 1, 2 de MB/KK para os tratamentos⁹². O Tribunal também superou a barreira da “alternativa de tratamento melhor e mais econômica”, pois, nesse caso, o método conservador de tratamento com linfodrenagem e compressão teria sido igualmente eficaz, mas, em longo prazo, mais caro e laborioso do que a lipossucção⁹³. Também o Tribunal de Justiça do Estado em Düsseldorf confirmou, já em 2007, a necessidade da lipossucção, que era pacífica para todos os envolvidos e para o Tribunal⁹⁴. Uma sentença do Tribunal de Primeira Instância em Dortmund vai mais longe ainda ao classificar a lipossucção como “método preferencial”, sendo, por isso, necessário do ponto de vista médico. Portanto, nos Tribunais Civis a tendência vai na direção da cobertura dos custos. Também se podem registrar duas suposições que não estão comprovadas nesse ponto. Já que nos últimos anos poucos processos foram decididos pelos Tribunais Civis, a tendência provavelmente é que, de modo geral, os custos sejam cobertos. A primeira ideia de que possivelmente haja mais mulheres com lipedema no seguro de saúde obrigatório do que no privado não é plausível. A discrepância entre os processos judiciais é tão grande que um deslocamento estatístico em detrimento do seguro de saúde obrigatório não entra em cogitação. Além disso, nos seguros de saúde privados sempre há a intervenção de uma instância de arbitragem, o chamado *ombudsman*. Ele medeia no caso de litígios entre o segurado e a seguradora e leva, possivelmente, a um consenso entre as partes. Pode exercer influência sobre ambas as partes e levar, assim, a uma resolução extrajudicial de diferendos⁹⁵, que, para as seguradoras, também implica o risco de que uma decisão seja contrária à seguradora e produza efeitos sobre as outras relações de seguro. A apresentação de uma queixa ao *ombudsman* é gratuita para

⁹¹ AG Recklinghausen, Urteil v. 19.04.2011, Az.: 13 C 18/10, Rn. 10.

⁹² Ibid.

⁹³ AG Recklinghausen, Urteil v. 19.04.2011, Az.: 13 C 18/10, Rn. 13. O Tribunal baseou sua avaliação nos argumentos contidos no parecer de especialista.

⁹⁴ OLG Düsseldorf, Urteil v. 04.12.2007, Az.: I-4 U 48/07, Rn. 22. Observação: Da decisão também se pode depreender que o seguro de saúde privado parte tendencialmente da viabilidade de reembolso dos custos de uma lipossucção. O objeto de litígio nesse caso, porém, era o montante dos custos e a forma do acerto de contas.

⁹⁵ Römer, 2005, 1251 (1251).

os segurados, que têm a liberdade de recorrer a um advogado por sua própria conta⁹⁶. Se o processo nessa instância não corresponder aos desejos do segurado, ele sempre tem ainda a possibilidade de recorrer à via judicial.

3.3 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Entre o contencioso administrativo e a jurisdição cível, entretanto, não há unanimidade na avaliação da lipossucção. Os Tribunais Administrativos também classificam a lipossucção como um método de tratamento sem reconhecimento científico, visto que ela carece de estudos e investigações científicas que também tenham sido devidamente processadas pela ciência⁹⁷. Mas, na mais recente sentença de 2017, o Tribunal também salienta claramente que, em princípio, isso não obsta uma aptidão ao subsídio⁹⁸. Isso se aplica se para esse caso não houver ainda um método de tratamento cientificamente reconhecido, ou se houver tal método, ele não tiver sido bem-sucedido, ou se um procedimento terapêutico já reconhecido não puder ser empregado⁹⁹. Portanto, o Tribunal desenvolve hipóteses excepcionais para as quais, não obstante, ocorre uma cobertura dos custos. Uma condição para isso, contudo, é que exista a probabilidade de que, em uma fase de testes médicos previstos, a terapia seja classificada como universalmente reconhecida do ponto de vista científico e, por conseguinte, seja tida como necessária¹⁰⁰. Nesse caso é interessante, por um lado, que o Tribunal tenha respondido essa pergunta afirmativamente e, por outro, que entre as partes isso fosse pacífico, porque o subsídio já tinha pago a lipossucção¹⁰¹. Essa avaliação também coincide com a do Tribunal Administrativo em Ansbach. Nesse caso, o Tribunal também tinha confirmado a necessidade do tratamento médico, mas questionado a adequação econômica, razão pela qual só uma

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ VG Köln, Urteil v. 02.02.2017, Az.: 1 K 1983/16, Rn. 21.

⁹⁸ VG Köln, Urteil v. 02.02.2017, Az.: 1 K 1983/16, Rn. 25.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Também, nesse caso, o subsídio tinha concordado em assumir os custos, mas as partes debatiam o montante das despesas e as cifras a serem empregadas no acerto de contas. Por fim, o Tribunal rejeitou a ação por causa de falta de adequação econômica. Houve uma decisão idêntica no processo VG Stuttgart, Urteil v. 15.05.2013, Az.: 12 K 4123/11. A autora da ação queria apenas o pagamento de outros serviços por parte do seguro, pois o subsídio não tinha assumido custos suficientes para a lipossucção. O Tribunal deu razão a ela até certo ponto e ampliou o direito de cobertura.

parte dos custos era apta ao subsídio¹⁰². Nesse tocante, em 2013, o Tribunal Administrativo em Lüneburg tinha decidido de outra forma e rejeitado claramente a aptidão ao subsídio. Segundo ele, na ausência de comprovantes e investigações suficientes, a lipossucção justamente não constituía um método de tratamento universalmente reconhecido do ponto de vista científico, o que, por fim, acarretou o indeferimento do pedido¹⁰³.

CONCLUSÃO

O sistema de saúde alemão (incluindo o subsídio) é, como tal, um sistema unificado, coeso em si, que, à primeira vista, só se distingue por um “tipo de pagamento” diferente. Olhando mais de perto, porém, vê-se que ele tem muitas ramificações, particularidades e características judiciais. Aqui, esses mecanismos de regulação específicos foram expostos, sendo representados pela lipossucção em caso de lipedema. Essa forma de exposição pode fazer sentido, pois, com base nela, se mostram os desafios e limites dos diversos direitos a serviços, pois a questão da cobertura dos custos acarreta grandes diferenças entre os diversos sistemas de pagamento. Mas a exposição com base em um caso também pode, justamente por causa das diferenças consideráveis, ser inapropriada porque pode levar a mal-entendidos, como em relação ao fato de que – com base no exemplo do seguro de saúde obrigatório – o catálogo de serviços é muito restrito. Embora no cotidiano se mostrem limites e delimitações, elas aparecem de maneira atenuada, como no caso da lipossucção. Enquanto no caso da lipossucção ou se faz o pagamento ou não se faz, os serviços em saúde em geral são na prática cobertos. Mesmo que muitas vezes o seguro de saúde obrigatório só pague pelo atendimento básico e o seguro de saúde privado e o subsídio invistam em tratamentos mais recentes, qualitativamente superiores¹⁰⁴, todos garantem um atendimento adequado das pessoas seguradas ou com direito a subsídio.

Muitas vezes, a reivindicação de direitos frente ao seguro de saúde obrigatório não era bem-sucedida por causa da necessidade do tratamento. Segundo o § 27 do SGB V, essa necessidade está dada quando o objetivo

¹⁰² VG Ansbach, Urteil v. 21.03.2007, Az.: AN 15 K 06.02083, AN 15 K 06.02573, AN 15 K 06.02574, Rn. 49 f. Essa posição foi seguida pelo Tribunal Administrativo da Baviera (Beschluss v. 26.06.2007, Az.: 14 ZB 07.1205), que tinha de decidir sobre o requerimento subsequente de admissão de recurso.

¹⁰³ OVG Lüneburg, Urteil v. 22.01.2013, Az.: 5 LB 50/11, Rn. 29.

¹⁰⁴ Quanto ao seguro de saúde privado como sistema de saúde aberto para inovações, veja Wallrabenstein, 2019, p. 6 ss.

perseguido com o tratamento não pode ser alcançado com maior eficácia de uma outra forma, sendo, nesse sentido, suficiente que o tratamento ofereça, em termos de extensão e qualidade, chances suficientes para um sucesso terapêutico¹⁰⁵. De modo semelhante ao que acontece no tratamento odontológico, “necessidade” não significa que se obtenha nesse caso a obturação com um material sintético que não desbote, e sim apenas a obturação com amálgama mais econômica, porém suficiente. Ela se refere, portanto, ao imperativo de que o serviço não deve ser demasiado¹⁰⁶. Um serviço pode ser economicamente viável, mas, se houver outro que também seja suficiente para o tratamento adequado a seus fins, deve-se preferir o serviço qualitativa ou quantitativamente “inferior” ou mais reduzido¹⁰⁷. Nesse caso, o serviço mais reduzido também pode ocasionar menos custos, pois, via de regra, recorre a formas de tratamento ou materiais mais conservadores. A preferência do serviço mais reduzido está, via de regra, forçosamente associada ao fato de causar custos menores, como mostra o exemplo da obturação com amálgama. Entretanto, não se exclui a possibilidade de que uma forma conservadora de tratamento precise ser executada com maior frequência e intensidade, o que acarreta custos iguais ou até mais elevados. Então a forma de tratamento mais recente – lipossucção única *versus* tratamento com meias elásticas e drenagem linfática durante anos – pode ser mais econômica e, portanto, preferível¹⁰⁸.

A margem de manobra que os sistemas de pagamento têm é variável. Como a lipossucção até agora não foi aceita como serviço regular, o sistema de saúde obrigatório está com as mãos atadas. Assim, o GBA precisa fazer uma avaliação final para decidir se esse serviço será incluído no catálogo. A situação do seguro de saúde privado e do subsídio é diferente. Embora também estejam sujeitos ao imperativo da viabilidade econômica e, por conseguinte, a ponderações econômicas, também podem incluir novos métodos de tratamento nessas ponderações. Isso lhes possibilita contrapor perspectivas de sucesso em longo prazo e custos.

A adesão ao sistema de saúde obrigatório, contudo, também traz vantagens. Como esses processos são resolvidos no Tribunal Social, eles não

¹⁰⁵ Kraftberger, in: Hänlein et al., 2016, § 27, n. 58.

¹⁰⁶ Wagner, in: Wagner; Knittel, 2019, § 12, n. 9.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ AG Recklinghausen, Urteil v. 19.04.2011, Az.: 13 C 18/10, Rn. 13.

acarretam custas judiciais. Também é possível levar o processo até a segunda instância, sem contratar advogado, o que faz com que nesse tocante não haja necessariamente custos. Como o princípio do inquérito de ofício está em vigor, um cidadão versado em direito pode se confiar às mãos do tribunal, pois este cuida para que todos os fatos relevantes para a decisão sejam relatados. Isso representa um alívio em termos de custo e responsabilidade para o autor da ação, que poderia se sentir menos intimidado em movê-la. Essa disposição para o litígio também se reflete nas sentenças judiciais. Ao fazer pesquisas na Internet também se encontram bem mais decisões judiciais de Tribunais Sociais relacionadas a reivindicações de segurados do plano de saúde obrigatório do que se verifica nos Tribunais Cíveis e Administrativos¹⁰⁹. Isso pode ter duas causas. Por um lado, não há muito a perder nos Tribunais Sociais. A lipossucção ocasiona custos entre € 3 e 10 mil, razão pela qual há muito dinheiro em jogo nesse caso. Visto que, no caso de se ganhar um processo, os custos cobertos pela seguradora superam em muito o risco assumido, a barreira para entrar com uma ação se torna menor. Por outro lado, a lipossucção não é um método de tratamento desconhecido. Como método de tratamento cosmético, ela desfruta – não só no Brasil – de enorme popularidade para se conseguir a forma que se deseja. Na opinião dos médicos, a lipossucção poderia ser vista como único método apropriado e eficaz para aliviar dores com rapidez, pois no espaço de poucas horas se removem camadas de gordura que se procura remover com meses de dietas e prática de esportes. Depois da consulta ou do tratamento, os pacientes precisam esclarecer a questão da cobrança dos custos ou o pagamento de uma coparticipação. Isso também poderia se refletir nos muitos processos judiciais. Entretanto, ainda que inicialmente a porta para o Tribunal Social esteja bem aberta (admissibilidade), segundo o estado atual ela se fecha rapidamente quando, em um segundo momento, se analisa a fundamentação do direito. A barreira para o novo método de tratamento ainda é muito elevada e produz uma situação jurídica inequívoca. A diretiva sobre os testes com a lipossucção é um primeiro passo na direção de uma cobertura futura dos custos. Após a conclusão do processo de testes, o GBA pode determinar se esse método de tratamento para a terapia de lipedemas satisfaz o imperativo da qualidade. Também isso, porém, em última análise, não irá assegurar uma cobertura dos custos, pois com

¹⁰⁹ Por exemplo, uma pesquisa feita no portal www.juris.de mostra que, nos últimos anos, houve 140 processos no Tribunal Social, apenas seis no Tribunal Civil e só cinco no Tribunal Administrativo (em 15.02.2019; palavra-chave: Liposuktion bei Lipödem).

isso ele não se tornará o método preferencial, e sim “apenas” uma alternativa de tratamento. Se, então, ele resistirá a uma ponderação custo-benefício em comparação com os métodos conservadores de tratamento é algo que só se poderá decidir de caso a caso.

No caso das ações na jurisdição cível, a necessidade de recorrer a um advogado – ou não – pode depender mais ou menos do acaso, pois a experiência mostra que o limite de € 5 mil entre o Juízo Cível e o Tribunal Estadual de Primeira Instância é rapidamente alcançado quando o que está em pauta é uma intervenção médica de maior porte, tanto mais que os custos da intervenção estão, muitas vezes, relacionados à gravidade do adoecimento e não podem ser controlados ou planejados pela pessoa afetada. Além dos honorários advocatícios futuros, o autor da ação também precisa pagar um adiantamento das custas do processo e, portanto, assumir uma antecipação. Como no processo civil o princípio do inquérito de ofício não se aplica, e o autor da ação tem o ônus da prova, podem surgir custos adicionais para o processo de prova e pareceres médicos. Não se deve esquecer que, com frequência, processos civis se estendem por anos a fio. Isso se deve ao fato de os tribunais poderem recorrer a conhecimentos médicos juridicamente relevantes, mas não serem médicos especialistas formados (naturalmente, as exceções confirmam a regra, mas são raras). Por isso, para avaliar a necessidade de uma lipossucção em relação a outros métodos de tratamento, eles sempre necessitam de um parecer médico. Tal parecer pode, às vezes, requerer muito tempo e trabalho, razão pela qual também nesse caso podem surgir custos elevados. Por outro lado, pode-se supor que muitos litígios sequer cheguem ao tribunal. A raridade dos processos decididos nos últimos anos sugere que muitos litígios já tenham sido resolvidos previamente. A suposição de que um número menor de mulheres com lipossucção esteja no seguro de saúde privado não se sustenta. A discrepância de processos de 1 para 20 entre Tribunal Civil e Tribunal Social é alta demais para se poder supor que dentro do seguro de saúde privado menos mulheres sofram de lipedema, ainda mais que a causa da doença ainda não é conhecida. Isso poderia, antes, ser devido ao fato de que, por um lado, um *ombudsman* é acionado antes do processo e, por outro, de que as próprias seguradoras muitas vezes aprovam a necessidade da lipossucção. Como há poucas sentenças, parece que os custos parecem ter sido cobertos previamente. Isso talvez se dê porque, em muitos casos, os planos de saúde privados admitam a necessidade do tratamento médico por iniciativa própria. Isso também corresponde ao caráter

do seguro de saúde privado, que é conhecido por pagar por procedimentos mais recentes e materiais de valor mais alto. O paciente privado não só terá a cobertura da obturação com amálgama, mas também receberá um enxerto com material sintético de cor firme. Assim, seria possível supor que isso também se aplique à lipossucção, que, a rigor, simplesmente também está incluída no serviço coberto pela seguradora. E mesmo que as seguradoras avaliem isso de modo distinto, a tendência na jurisdição cível é de reconhecer a necessidade da lipossucção. E, por fim, os Tribunais Cíveis não terão grande interesse em obter sentenças contra si. Isso pode estimular o encaminhamento de reivindicações de outros segurados, embora as empresas de direito privado possam evitar esses efeitos mediante um ajuste contratual. E na concorrência para obter clientes isso prejudica a empresa. Existe uma concorrência entre as seguradoras de direito privado na busca de (novos) clientes¹¹⁰, razão pela qual há uma disposição de resolver litígios dentro da relação contratual de seguro. O acionamento de um *ombudsman* pode dirimir disputas entre o segurado e a seguradora. Ele pode promover essa resolução ativamente fazendo a seguradora cobrir os custos, assumir por uma coparticipação ou propondo alternativas ao segurado. A inclusão da mediação de um terceiro pode facilitar que as partes envolvidas cheguem a um acordo, com o que também se evitam litígios perante o tribunal.

Nos processos que tramitam na jurisdição cível, chama a atenção o fato de que a maioria das ações não eram fundamentadas – em parte ou em seu todo. Isso indica que o subsídio tende a rejeitar a cobertura dos custos. Olhando-se mais de perto, porém, percebe-se que esse não é o caso. As hipóteses das quais se partia eram, às vezes, a circunstância de que o subsídio pagava pela lipossucção, mas não integralmente. Disso resultam duas suposições: a lipossucção é basicamente reconhecida como tratamento necessário e o montante dos custos a serem assumidos constitui o ponto contencioso propriamente dito. O reconhecimento da necessidade se mostra no fato de que, via de regra, ela era pacífica entre as partes, mas de que se disputava em torno do montante. Ora, se é o montante que é objeto de disputa, isso significa que, ao menos basicamente, o direito existe. Essa tendência também se reflete nas sentenças. Segundo o Tribunal Administrativo em Colônia (Az: 1 K 1983/16), embora a

¹¹⁰ Isso se refere mais à concorrência na busca de novos clientes, pois a migração entre diversos planos de saúde privados não é nada atraente de momento, pois as provisões para a velhice não podem ser transferidas para uma outra seguradora, de modo que se acaba perdendo o bônus economizado ao longo do tempo.

lipossucção não seja um método de tratamento reconhecido cientificamente, isso não se opõe expressamente à aptidão ao subsídio. A tendência vai na direção de seu reconhecimento como método de tratamento, que, mesmo não tendo sido ainda testado suficientemente, poderia, ao menos segundo a tendência dos tribunais, ser classificada como científica em razão de testes previstos, tornando-se, assim, necessária. Também nesta cadeia argumentativa fica claro que o direito à lipossucção existe ao menos em princípio. Como, porém, até agora o montante foi objeto de contenda, o autor da ação deve pressupor que só haverá uma cobertura parcial dos custos. Mas, visto que os casos que acabaram sendo resolvidos pelo tribunal são muito poucos, dever-se-ia poder supor que em muitos casos o subsídio tenha coberto todos os custos.

Por fim, o paciente privado provavelmente tem as melhores chances de receber de seu plano de saúde a restituição do valor da lipossucção em caso de lipedema. Resta esperar se isso ainda irá mudar para os segurados do plano de saúde obrigatório após o término da fase de testes.

REFERÊNCIAS

- BACH, Peter; MOSER, Hans. *Private Krankenversicherung: Kommentar zu den MB/KK- und MB/KT*. 5. ed. München, 2015.
- BARBOSA, Jeferson Ferreira. *Grenzziehung und Verhältnis zwischen der privaten Krankenversicherung und der öffentlichen Absicherung gegen Krankheit in Deutschland und Brasilien*. Tese de Doutorado, 2017.
- BIEBACK, Karl-Jürgen. *Öffnung der GKV für Beamte*. NZS, p. 715, 2018.
- ENGELMANN, Klaus; SCHLEGEL, Rainer; VOELZKE, Thomas; ADOLF, Hans (Ed.). *Juris PraxisKommentar SGB V*. Saarbrücken, 2016.
- FELIX, Dagmar. *Das Sozialrechtsfallbuch II*. Berlin, 2014.
- GEIGER, Harald. *Gerichtskosten und Streitwerte in verkehrsverwaltungsrechtlichen Streitigkeiten*. DAR, p. 491, 2005.
- GIESEN, Richard; KREIKEBOHM, Ralf; ROLFS, Christian et al. (Ed.). *BeckOK Sozialrecht: Beck'scher Online-Kommentar*. 54. ed. Atualização de 01.09.2019.
- GRIGOLEIT, Klaus Joachim; HEBELER, Timo. *Bundesbeamtengesetz: Kommentar*. 5. ed. München, 2017.
- HÄNLEIN, Andreas; SCHULER, Rolf; BOETTICHER, Arne von (Ed.). *Sozialgesetzbuch V: Gesetzliche Krankenversicherung. Nomos-Kommentar*. 5. ed. Baden-Baden, 2016.
- KNICKREHM, Sabine; KREIKEBOHM, Ralf; WALTERMANN, Raimund et al. *Kommentar zum Sozialrecht: VO (EG) Nr. 883/2004, SGB I bis SGB XII, SGG, BAföG, BEEG*,

- Kindergeldrecht (EStG), UnterhaltsvorschussG. 6. ed. Beck'sche Kurz-Kommentare. München, v. 63, 2019.
- KRAUSKOPF, Dieter; BAIER, Gerhard; WAGNER, Regine. *Soziale Krankenversicherung – Pflegeversicherung: Kommentar*. München, 2018.
- KRÜGER, Wolfgang; RAUSCHER, Thomas (Ed.). *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: Gesamtwerk*. 5. ed. München, 3 v., 2016.
- KUHLA, Wolfgang; HÜTTENBRINK, Jost; ENDLER, Jan. *Der Verwaltungsprozess*. 3. ed. München, 2002.
- LANGHEID, Theo; WANDT, Manfred (Ed.). *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*. 2. ed. München, v. 2, 2017.
- LÜDTKE, Peter-Bernd; BERCHTOLD, Josef; BINDER, Stefan (Ed.). *Sozialgerichtsgesetz: Handkommentar. Nomos-Kommentar*. 5. ed. Baden-Baden, 2017.
- MELLER-HANNICH, Caroline; NÖHRE, Monika. Ein zeitgemäßer Rahmen für Zivilrechtsstreitigkeiten: Aktuelle Herausforderungen an die gerichtliche und außergerichtliche Rechtsdurchsetzung. *NJW*, p. 2522, 2019.
- MEYER-LADEWIG, Jens. *Sozialgerichtsgesetz: Kommentar*. 13. ed. München, 2020.
- PLAGEMANN, Herman. Anmerkung zu LSG Bayern: Ambulante Liposuktion ist keine Kassenleistung. *FD-SozVR*, 369255, 2015.
- REPKEWITZ, Ulrich; WAIBEL, Stefanie. Das Vorverfahren in beamtenrechtlichen Streitigkeiten. *NVwZ*, p. 813, 2010.
- RÖMER, Wolfgang. Der Ombudsmann für private Versicherungen. *NJW*, p. 1251, 2005.
- SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Verwaltungsprozessrecht*. 16. ed. Heidelberg, 2019.
- WAGNER, Regine; KNITTEL, Stefan (Ed.). *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung: Kommentar*. München, v. 1, 2019.
- WALLRABENSTEIN, Astrid. Right to Health as a Stimulus for Innovation. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: PGE-RJ, 2019.
- WALTERMANN, Raimund. *Sozialrecht*. 13. ed. Heidelberg, 2018.
- WÜRTEMBERGER, Thomas; HECKMANN, Dirk. *Verwaltungsprozessrecht*. 4. ed. München, 2018.

Submissão em: 05.12.2020

Avaliado em: 14.01.2021 (Avaliador A)

Avaliado em: 03.03.2021 (Avaliador B)

Aceito em: 25.03.2021